

## **Vertragliche Schuldverhältnisse: eine Fallsammlung mit Lösungen in ‘Gegenüberstellung’ von neuem und altem Schuldrecht**

**Christoph Becker**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Becker, Christoph. 2002. Vertragliche Schuldverhältnisse: eine Fallsammlung mit Lösungen in “Gegenüberstellung” von neuem und altem Schuldrecht. Köln: Carl Heymanns.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Christoph Becker

---

# Vertragliche Schuldverhältnisse

Eine Fallsammlung mit Lösungen  
in *Gegenüberstellung* von neuem  
und altem Schuldrecht

Carl  
Heymanns  
Verlag

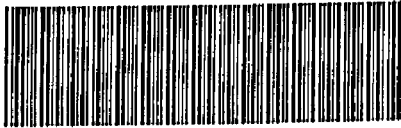




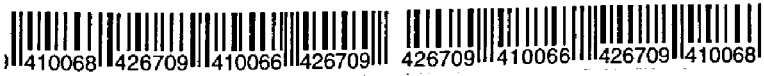
37 PD 4303 B395+2

Becker Vertragliche Schuldverhältnisse

UB Augsburg



08800001440224





# Vertragliche Schuldverhältnisse

Eine Fallsammlung mit Lösungen  
in Gegenüberstellung von neuem  
und altem Schuldrecht

Von

Professor Dr. Christoph Becker

Universität Augsburg



Carl Heymanns Verlag KG Köln · Berlin · Bonn · München

---

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Becker, Christoph:**

Vertragliche Schuldverhältnisse – Eine Fallsammlung mit Lösungen in  
Gegenüberstellung von neuem und altem Schuldrecht / von Christoph  
Becker

Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002

ISBN 3-452-25079-2

NE.:

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.



© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München 2002  
50926 Köln

E-Mail: [service@heymanns.com](mailto:service@heymanns.com)

<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-25079-2

K- 0 2 0 8 5 6 0

Gesamtherstellung: Grafik + Druck GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

## Vorwort

Die sogenannte Modernisierung des Schuldrechts vom Ende des Jahres 2001 nötigte zu schlagartiger Umstellung des Rechtslebens, der Beratungspraxis und der Rechtslehre einschließlich des Prüfungswesens. Mit vorliegender Fallsammlung will der Verfasser in Studium und Fortbildung Hilfe bei der neuen Formulierung von Lösungsansätzen und Argumentationen bieten. Die Fälle stammen aus den vom Verfasser in den vergangenen fünfzehn Jahren veranstalteten Übungen. Sie behandeln gestörte Schuldverhältnisse, nämlich die allgemeinen Fallgruppen von Leistungsstörungen und die besonderen Regelungen bei Kauf und Werk, sowie Verjährung. Damit liegen sie in den Hauptbereichen der Schuldrechtsmodernisierung.

Für kritische Lektüre vor dem Satz danke ich meinem Mitarbeiter, Herrn Assessor *Karl Pobuda*. Beim Korrekturlesen nach dem Satz half er mir ebenfalls; außerdem unterstützten mich darin Frau stud. iur. *Elisabeth Brennauer* und Herr cand. iur. *Markus Wirth*. Frau *Waltraud Schneider* trug die Last, aus meinen Anzeichnungen und Notizen das Stichwortregister ins Reine zu schreiben.

Augsburg, im Juli 2002

*Christoph Becker*



# Inhalt

	Seite
<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Einleitung</b> .....	IX
1. Jahrhundertwerk Bürgerliches Gesetzbuch .....	IX
2. Dreiteilige Schuldrechtsmodernisierung .....	IX
a) Reform des Mietrechts .....	IX
b) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit Eingriffen in bestehende Rechtsbeziehungen .....	X
c) Novellierung des Schadensersatzrechts .....	XVI
3. »Modernisierung« .....	XVII
4. System der Leistungsstörungen .....	XX
5. Anlage der Falldarstellungen .....	XXIV
<b>Fälle mit Lösungen</b> .....	1
Fall 1 Dachpappe für die Werkhalle: Verjährung eines Werklohn- anspruchs .....	1
Fall 2 Verlegung eines Pop-Konzerts: Änderungsvorbehalt in All- gemeinen Geschäftsbedingungen und Unmöglichkeit .....	10
Fall 3 Plakate für den Konzertveranstalter: Verzögerung einer Werklieferung (Abbruch der Vertragsabwicklung; Rücktritt; Schadensersatz wegen Schuldnerverzuges) .....	36
Fall 4 Honorar für die Künstleragentur: Zahlungsverzug .....	92
Fall 5 Gebrauchter Zementmischer: Lieferung ohne Eigentums- vorbehalt .....	115
Fall 6 Jalousien für das Reisebüro: Positive Vertragsverletzung und Verschulden bei Vertragsanbahnung .....	129
Fall 7 Geschmackloser Kabarettist: Kündigung aus wichtigem Grund .....	148
Fall 8 Sponsoring für Kulturveranstaltung: Wegfall der Geschäfts- grundlage .....	168
Fall 9 Pflanzen aus der Baumschule: Widerruf eines Haustürgeschäftes .....	180

## Inhalt

Fall 10	Schimmeliges Schwarzbrot: Sachmangel beim Kauf ohne Vertragsgestaltung . . . . .	234
Fall 11	Nebelmaschine: Sachmangel beim Kauf mit Vertragsgestaltung	260
Fall 12	Kredit für die Agentur: Nichtabruf und Ausdehnung eines Darlehens . . . . .	303
Fall 13	Kredit zwecks Umschuldung: Stornierung überteuerten Verbraucherdarlehens. . . . .	318
Fall 14	Achtundvierzig Raten für ein Automobil: Erledigter Abzahlungskauf mit Eigentumsvorbehalt . . . . .	330
Fall 15	Stillstehende Armbanduhr: Sachmangel im Werk. . . . .	346
Fall 16	Wankelmütiger Galerist: Vorzeitige Beendigung der Miete? . .	364
Fall 17	Stehengebliebener Versicherungsvertreter: Haftung für Mängel der Mietsache . . . . .	380
	Abkürzungen . . . . .	407
	<b>Materialien und Literatur zur Schuldrechtsmodernisierung . . . . .</b>	<b>409</b>
1.	Materialien zur Entwicklung des Gesetzes . . . . .	409
	a) Reform des Mietrechts . . . . .	409
	b) Schuldrechtsmodernisierung . . . . .	409
	c) Novellierung des Schadensersatzrechts . . . . .	410
	d) Dokumentationen . . . . .	410
2.	Literatur . . . . .	410
	a) Gesamtdarstellungen und Handbücher . . . . .	410
	b) Kommentare . . . . .	413
	c) Schriften zu Teilbereichen. . . . .	413
	d) Falldarstellungen. . . . .	416
	Sachregister . . . . .	417

# Einleitung

## 1. Jahrhundertwerk Bürgerliches Gesetzbuch

Das Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1896 ist ein Jahrhundertwerk im zweifachen Sinne. Seine Schöpfung in den siebziger bis neunziger Jahren des neunzehnten Jahrhunderts war eine der gewaltigsten Leistungen in der Geschichte des Rechts. Die ersten hundert Jahre seiner Geltung waren aber auch eine Zeit unablässiger Änderungen des Gesetzbuches. In deren Folge nimmt sich das Reformwerk vom Beginn des zweiten Jahrhunderts unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch, die Modernisierung des Schuldrechts, gewiß nicht als der kleinste Eingriff aus. Mit ihm ist die Reihe der drei Hauptzivilgesetze vollständig, welche, allesamt ehrwürdigen Alters, an der Wende vom zweiten zum dritten Jahrtausend tiefe Umgestaltung erfuhren. Denn auch das Handelsgesetzbuch und die Zivilprozeßordnung blieben nicht unangetastet. Diese erlitt im Jahre 2001 mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eine Umgestaltung, deren übelste Auswirkungen auf die Suche nach Rechtsschutz Widerstand aus Justiz und Anwaltschaft verhindern half. Jenes erlebte im Jahre 1998 eine zweiteilige Reform, welche zunächst die Kaufmannschaft überhaupt und dann die Beförderungs- und Lagergeschäfte neu ordnete.

## 2. Dreiteilige Schuldrechtsmodernisierung

Die Modernisierung des Schuldrechts zerfällt in drei Schübe. 2

### a) Reform des Mietrechts

Den Anfang machte mit Wirkung ab 1. September 2001 die Reform des Mietrechts vom 19. Juni 2001. Überleitungsvorschriften enthält Art. 229 § 3 EGBGB. 3

## Einleitung

### b) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit Eingriffen in bestehende Rechtsbeziehungen

- 4 Der Hauptteil folgte am 26. November 2001 und führt die Modernisierung im Namen. Ruhm der Einmaligkeit ist ihm gewiß. Allen Warnungen<sup>1</sup> zum Trotz wurde mit Wirkung ab dem 1. Januar 2002 dem gesamten bürgerlichen Rechtsverkehr ein neues System von Vorschriften über Leistungsstörungen und damit eine neue bürgerlich-rechtliche Regulierung von Interessengegensätzen schlechthin aufgegeben. Zu dessen Kenntnisnahme aus dem Bundesgesetzblatt vor dem Inkrafttreten standen die Weihnachtsfeiertage zur Verfügung. In dieser Zeit wären beispielsweise sämtliche Vertragsmuster für den Gebrauch ab dem 1. Januar 2002 zu überarbeiten gewesen. Schon die Redaktion des Gesetzes stand unter unerträglichem Druck. Wenige Monate standen zur Verfügung. Zeit für die notwendige Auseinandersetzung in Fachwelt und Öffentlichkeit blieb trotz Erreichbarkeit bereits eines Diskussionsentwurfes aus dem Bundesministerium der Justiz über das elektronische Datennetz noch im Jahre 2000 nicht. Um das Gesetzgebungsverfahren umso rascher vorantreiben zu können, wurde sogar der zunächst dem Bundesrat zuzuleitende Regierungsentwurf wortgleich als Entwurf der regierungstragenden Fraktionen und einiger ihrer Abgeordneter unmittelbar beim Bundestag eingebracht. Weder die Existenz von früheren Diskussionsentwürfen nebst Abschlußbericht über Möglichkeiten einer Reform des Schuldrechts, namentlich des Rechts der Leistungsstörungen, aus den siebziger bis neunziger Jahren des verwichenen Jahrhunderts<sup>2</sup> noch der Zwang, drei europäische Richtli-

1 Auch mittels gemeinsamer Erklärung ungefähr der Hälfte der deutschen Zivilrechtslehrer. Dazu hatten mit elektronischem Rundschreiben am 12. April 2001 die Kollegen Professoren Dres. Altmeppen (Passau), Braun (Passau), Dauner-Lieb (Köln), Ernst (Bonn), Flume (Bonn), Hromadka (Passau), Huber (Bonn), Jakobs (Bonn), Koller (Regensburg), Leenen (Berlin), Lieb (Köln), Löwisch (Freiburg), Lutter (Bonn), Musielak (Passau), Picker (Tübingen), Ranieri (Saarbrücken), Stürner (Freiburg) und Wilhelm (Passau) aufgerufen.

2 Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Band I bis Band III, Köln, 1981 bis 1983; Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1992. Jene Entwürfe behandelte der 60. Deutscher Juristentag in Münster 1994; Tagungsbände dazu: Verhandlungen des Sechzigsten Deutschen Juristentages. Münster 1994, herausgegeben von der

nien<sup>3</sup> umzusetzen, können das überstürzte Vorgehen rechtfertigen. Mag auch die Begründung zum Regierungsentwurf (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Begründung, A.I, Seite 79, rechts), die Unziemlichkeit des Vorgehens sehend, in vorweggenommener Verteidigung tiefe Durchdringung des Stoffes, die eine Entscheidung des Gesetzes erlaube, behaupten. Das, was sich im »modernisierten« Schuldrecht findet, entspricht nicht den genannten Entwürfen der Schuldrechtskommission. Und noch viel weniger war die Erörterung dieser Entwürfe in Fachwelt und Öffentlichkeit erledigt – außer in dem Sinne, daß der Gesetzgeber besser nichts ins Werk setzen möge und die Angelegenheit auf sich beruhen lassen sollte. Und in Ansehung der bescheidenen Anstöße aus den europäischen Richtlinien hätten punktuelle Änderungen genügt.

Der Staat hat mit der »Schuldrechtsmodernisierung« seine Sorge um Sicherheit der Rechtsbeziehungen geradezu vorsätzlich aufgegeben. 5

Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), München, 1994, Abteilung Zivilrecht; Band II/2 (Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlußfassung), München, 1994, Abteilung Zivilrecht. Zur Struktur des Rechts der Leistungsstörungen nach den Vorstellungen jener Entwürfe BRITTA KLEY, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung. Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, Berlin, 2001.

- 3 Erstens die sogenannte Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; das ist Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 1999, Nr. L 171, Seiten 12 ff., umzusetzen bis zum 31. Dezember 2001. Zweitens die sogenannte Zahlungsverzugsrichtlinie; das ist Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2000, Nr. L 200, Seiten 35 ff., umzusetzen bis zum 7. August 2002. Drittens die sogenannte E-Commerce-Richtlinie; das ist Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2000 Nr. L 178, Seiten 1 ff., umzusetzen bis zum 16. Januar 2002; diese E-Commerce-Richtlinie ergänzt die sogenannte Unterlassungsklagenrichtlinie, das ist Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz vom Verbraucherinteressen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 1998, Nr. L 166, Seiten 51 ff., umzusetzen bis zum 31. Dezember 2001.

## Einleitung

Als hingegen das Deutsche Reich sich über zwei Jahrzehnte hinweg das Bürgerliche Gesetzbuch schuf, gewährte man dem Rechtsverkehr noch nach der Verkündung im Reichs-Gesetzblatt eine Zeit des Kennenlernens von mehr als drei Jahren. Die Überleitung nach der Schuldrechtsmodernisierung regelt Art. 229 EGBGB in seinen §§ 5 bis 7. Je nachdem, ob das Schuldverhältnis bis zum 31. Dezember 2001 oder seit dem 1. Januar 2002 entstand, gilt altes oder neues Recht (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Jedoch hielt es der Gesetzgeber für klug, in Dauerschuldverhältnissen von dieser Regel abzuweichen. Sie sollen ab dem 1. Januar 2003 auch dann dem neuen Recht unterfallen, wenn sie aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung stammen (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB).

- 6 Tatsächlich sagten viele Einzelhändler im Vorgriff auf die neue zwei-jährige Verjährung von Rechten wegen Mängeln nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB neuer Fassung (im Falle von Rücktritt oder Minderung mit §§ 218, 438 Abs. 4, Abs. 5 BGB) bereits vor dem 1. Januar 2002 ihren Kunden zu, sich zwei Jahre lang für Sachmängel verantwortlich halten zu wollen. Ob diese Verantwortlichkeit allerdings nach §§ 459ff. BGB alter Fassung zu bemessen ist (dann läge bloße Verlängerung der Gewährleistungsfrist nach § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB alt vor) oder nach §§ 434ff., 474ff. BGB neuer Fassung (durch vereinbarte vorgezogene Geltung des künftigen Rechts) oder ob sich dies als eine an altes oder neues Mängelrecht anknüpfende unselbständige Garantie versteht, blieb in der Regel offen. Gleichzeitig versuchten verhandlungsstarke Einzelhändler noch im Jahre 2001, durch entsprechende Gestaltung der Verträge mit ihren Lieferanten und sogar durch nachträgliche Änderung bereits geschlossener Verträge, den erst für Beschaffung ab dem 1. Januar 2002 geltenden Rückgriff in die Lieferkette nach §§ 478f. BGB neuer Fassung für die noch im Jahr 2001 getätigten Einkäufe zu eröffnen. Damit wollten die Einzelhändler sicherstellen, daß sie bei Verkauf an Verbraucher nach dem 31. Dezember 2001 nicht allein die Folgen der nach neuem Recht eintretenden Haftung zu tragen hätten. Die Anstrengungen galten sowohl einzelnen Einkäufen als auch Dauerlieferbeziehungen.

Den Eingriff in bestehende Dauerschuldverhältnisse versuchte die Begründung zum Regierungsentwurf, die Reform zum Selbstzweck erhebend, dreifach zu erklären: Das neue Recht weise keine Wertungsbrüche im Verhältnis zum alten auf; es sei zu vermeiden, daß auf Jahre hinaus doppeltes Recht gelte; die Parteien hätten Gelegenheit, ihre Verträge an das neue Recht anzupassen (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040 Begründung zu Art. 229 § 4 des Entwurfes, Seite 273, links). Die Frage ist indessen, warum eine Partei sich eine Verschiebung der gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für angemessene Risikoverteilung gefallen lassen muß und warum sie sich auf Änderungswünsche der anderen Seite einlassen sollte. Der Gesetzgeber stellt je einer Seite die Anbahnung von Änderungsverträgen anheim, was dem Gegenüber willkommene Gelegenheit zum Ausgleich gefühlter anderweitiger Defizite bieten wird. Wahrscheinlich liegt hier, in der mutwilligen Veränderung des gesetzlichen Rahmens, ein neues Anwendungsfeld für die Regeln über Störung der Geschäftsgrundlage. Konsequenterweise sind diese Regeln wohl nicht der neuen Beschreibung des Kündigungsrechts wegen Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB (als Sonderregelung gegenüber der Vorschrift über die Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in § 314 BGB) zu entnehmen, sondern der bisherigen Verallgemeinerung von Vorschriften über die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in Verbindung mit der Betrachtung von § 242 BGB wegen der Erheblichkeit gewisser Umstände als Geschäftsgrundlage. Denn die Störung tritt nicht erst mit Erstreckung des neuen Schuldrechts auf alte Dauerschuldverhältnisse ab dem 1. Januar 2003 ein. Sie ergab sich sogleich mit Verkündung der Reform im Bundesgesetzblatt Ende des Jahres 2001 aus der Aussicht auf baldige Erstreckung. Besonders betroffen sind Mietverträge. Sie erlitten zweifache Reform – zunächst jene des Mietrechts, dann diese der Schuldrechtsmodernisierung im engeren Sinne.

Noch schwieriger zu beurteilen ist das Schicksal alter Rahmenverträge. Sie unterfallen dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der alten, bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung – wenngleich als Dauerschuldverhältnisse gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB nur bis zum 31. De-

## Einleitung

zember 2002. Die aufgrund des alten Rahmenvertrages seit dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Einzelverträge jedoch sind nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB sogleich dem neuen Recht unterstellt. Das kann mit den Intentionen des alten Rahmenvertrages in Widerspruch geraten. Gegebenenfalls wird dem Rahmenvertrag durch ergänzende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu entnehmen sein, daß auch die neuen Einzelverträge noch altem Recht folgen. Dabei kann sich dann das Problem ergeben, ob das der Vertragsgestaltung im Einzelfall großzügiger Raum gewährende alte Recht sich gegenüber dem neuen, eventuell strengeren, weitergehend indispositiven Recht durchzusetzen vermag. Umgekehrt kann es sein, daß zwar auch nach ergänzender Auslegung für die neuen Einzelverträge neues Recht gilt, dann aber die Geschäftsgrundlage für den alten Rahmenvertrag als gestört anzusehen ist. Dies erlaubt, wo eine Anpassung ausgeschlossen oder vom anderen Teil verweigert wird, die Kündigung aus wichtigem Grund (nicht gemäß § 313 BGB in Vorrangstellung vor § 314 BGB, sondern nach alter Anknüpfung an den aus einzelnen Vorschriften ableitbaren allgemeinen Rechtsgedanken einer Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen und an § 242 BGB betreffend die Relevanz der Geschäftsgrundlage).

- 9 Drastische Einschnitte in vorhandene Schuldverhältnisse ergeben sich auch im Verjährungsrecht. Die neuen Vorschriften gelten für alte Ansprüche, welche gemäß altem Recht noch nicht am 1. Januar 2002 verjährt waren (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Besonders empfindlich trifft dies Ansprüche mit regelmäßiger Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB. Diese Frist verkürzte sich auf ein Zehntel und beträgt nunmehr drei Jahre. Nur eine leichte Abmilderung enthält Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB: Ist eine Frist nach neuem Recht – insbesondere die regelmäßige Frist – kürzer als nach altem Recht, so beginnt die Frist nach neuem Recht am 1. Januar 2002 neu zu laufen. Der 31. Dezember 2004 ist daher ein wichtiges Datum im Fristenkalendar. Dasselbe gilt für den 31. Dezember 2011, wenn die neue zehnjährige Höchstfrist aus § 199 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 BGB auszulaufen droht. Nur wenn die alte Frist eher zu Ende liefe als die verkürzte und mit dem 1. Januar 2002 angesetzte neue, bleibt es beim alten (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB).

Neben der Problematik des Eingriffs in bestehende Geschäfte steht eine systematische. Unklar bleibt ab Geltung des neuen Schuldrechts die Einbettung des besonderen Rechts der Leistungsstörungen für die Miete (§§ 536 ff. BGB) in die allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen (§§ 275 ff. BGB). Mit der im letzten Augenblick der Schuldrechtsmodernisierung an einzelnen Stellen versuchten sprachlichen Anpassung des neuen Mietrechts («Mangel» statt »Fehler«; »Schadensersatz« statt »Schadensersatz wegen Nichterfüllung«) ist es nicht getan. Das reformierte Mietrecht stammt noch aus dem durch die Schuldrechtsmodernisierung überholten alten System der Leistungsstörungen. Beim Reisevertrag, der noch nach dem Mietrecht Gegenstand eines Neuerungsbedürfnisses war<sup>4</sup>, hat man nicht einmal eine derartige sprachliche Annäherung unternommen. Nach wie vor spricht § 651c Abs. 1 BGB vom »Fehler«. Das hat den Vorzug der Aufrichtigkeit. Doch besteht nun bei beiden Vertragstypen Unsicherheit darüber, ob der Gläubiger vom Schadensersatzanspruch (§ 536a Abs. 1 BGB; § 651f. Abs. 1 BGB) zum Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB übergehen kann, soweit der Anspruch auf Schadensersatz nach den besonderen Vorschriften dieser Vertragstypen funktionsgleich mit dem in § 284 BGB vorausgesetzten Anspruch auf »Schadensersatz statt der Leistung« nach allgemeinen Vorschriften ist. Nämliches gilt für die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei der Schenkung (§§ 523, 524 Abs. 2 Satz 2 BGB). Bloßes Redaktionsversehen ist offenbar, daß im Schenkungsrecht zwar bezüglich der Rechtsmängel die Verweisung ins Kaufrecht aktualisiert wurde (§ 523 Abs. 2 Satz 2 BGB), aber hinsichtlich der Sachmängelhaftung § 524 Abs. 2 Satz 3 BGB noch immer auf die nicht mehr vorhandenen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache verweist.

Ein anderes Beispiel für Zweifel im systematischen Verständnis ist die Haftung der Bank für zögerliche Überweisung nach §§ 676b und 676c BGB. Diese im Jahre 1999 eingeführte Haftung nahm schon im alten Schuldrecht eine Sonderstellung ein und ließ sich nicht in die gewöhn-

<sup>4</sup> Zweites Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften, vom 23. Juli 2001, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, Seiten 1658 ff.

## Einleitung

lichen Kategorien von Ansprüchen einordnen. Sind die Ansprüche aus Verzögerung der Überweisung nicht einmal deutlich als Schadensersatzansprüche identifizierbar, fällt die Verbindung zu den allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen umso schwerer. Die Sperrigkeit lag daran, daß der Anstoß aus dem europäischen Recht kam, dessen Systematik oft von der im deutschen Zivilrecht gewohnten abweicht. Bereits die Sonderung der Überweisung als gegenüber dem Dauerschuldverhältnis Girovertrag eigenständiger Überweisungsvertrag (§ 676a Abs. 1 Satz 1 BGB) ohne Dauercharakter bereitet Schwierigkeiten. Milderung erfahren die Einordnungsschwierigkeiten freilich durch § 676c Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach andere Anspruchsgrundlagen, an Verschulden oder an ungerechtfertigte Bereicherung anknüpfend, unberührt bleiben.

### c) Novellierung des Schadensersatzrechts

- 12 Ein dritter Teil der Erneuerung des Schuldrechts konnte nicht mehr zum neuen Jahr abgeschlossen werden. Er soll, nach aktualisierter Zeitplanung im Verlaufe des Jahres 2002, das Schadensersatzrecht novellieren. Dem Gesetzgeber schwebt eine Umverteilung des Schadensersatzvolumens vom Sachschaden zum Personenschaden vor. Er geht offenbar, gleichsam in einem statischen Weltbild befangen, von einem festen Betrag für eine an Geschädigte verteilbare Masse aus. Zudem scheint ihm in anmaßender Grundhaltung die Schadensersatzpflicht nicht eine Angelegenheit wechselseitiger Verantwortung der Privatrechtssubjekte zu sein, sondern eine Wohltat des Staates, die er politisch beliebig variieren dürfe. Spektakulär wird freilich das wenigste sein. Einiges ist sinnvolle Vereinfachung, anderes lästige Verkomplizierung. Am Ende sollen namentlich stehen: Schmerzensgeld bei jeder Haftungsgrundlage (jedoch immer noch ohne ausdrückliche Anknüpfung an Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts); Beschneidung der Verantwortlichkeit von Kindern bei Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres; Erleichterung des Nachweises von Voraussetzungen für die Arzneimittelhaftung; Haftung des gerichtlich bestellten Gutachters; Haftung des Halters eines im Unfallzeitpunkt an ein Kraftfahrzeug gekoppelten

Anhängers zusätzlich zur Kraftfahrzeughalterhaftung; Herausnahme des Umsatzsteueranteils aus fiktiver Abrechnung eines Sachschadens. Die Übergangsregelung wird daran anknüpfen, ob das schädigende Ereignis vor dem Stichtag eintrat oder seit diesem Tage.

### 3. »Modernisierung«

Inwiefern das Schuldrecht nun »modernisiert« dasteht, wissen seine Liebhaber vielleicht eines Tages zu erklären. Gelegenheit dazu mag ein allfälliges Gesetz zur Nachbesserung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts bieten (welches, anders als im Falle der Insolvenzsrechtsreform, der Gesetzgeber nicht einmal mit der erreichten Reformgeschwindigkeit noch vor dem Inkrafttreten des nachzubessernden Gesetzes hätte erlassen können). Vorderhand scheint der Gesetzgeber nur insoweit modern zu sein, als er sich darin gefallen darf, dem ungunstigen Beispiel der Wirtschaftslenker folgend, mit hohen Transaktionskosten, welche andere zu tragen haben, unüberlegte Umstrukturierung betrieben zu haben. Das Prädikat »Modernisierung« kann ein Gesetz nicht für sich beanspruchen, das, ausweislich der Entwurfsbegründungen im Detail allermeist nur das bisherige Recht neu zu formulieren vorgibt oder bei Änderungen schlicht einem abweichenden rechtspolitischen Willen folgt. 13

»Modern« ist ein Gesetz, wenn es neue soziale und ökonomische Entwicklungen aufgreift. Blinde Übernahme von aktuell üblicher Vertragsgestaltung (so die Bremsung des reklamierenden Käufers, der, seines Geldes in der Regel bereits ledig, zunächst Nacherfüllung erdulden muß) genügt dafür nicht. Ebenso wenig trägt die Eingliederung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) mit seinem im Kern (Klauselkontrolle) ein Vierteljahrhundert alten rechtspolitischen Stande eine Titulierung als »modern«. »Modern« ist ein Gesetz auch nicht deswegen, weil es vermeintlich oder wirklich überholtes Viehmängelrecht (§§ 482 ff. BGB alt nebst Kaiserlicher Verordnung) eliminiert. Und gewiß reicht es auch nicht aus, amtliche Überschriften für sämtliche Vorschriften des Zweiten und aller übrigen Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches zu ersinnen. 14

## Einleitung

- 15 Zuletzt wäre zu belegen, daß es immerhin »modern« sei, Nebenrecht in das Stammgesetz zurückzuholen. Der Gesetzgeber schrieb sich dies auf die Fahnen. In der Tat gibt es kein AGB-Gesetz und kein Haustürwiderrufgesetz mehr, kein Verbraucherkreditgesetz, kein Teilzeitwohnrechtgesetz, kein Fernabsatzgesetz (Art. 7 Nr. 4, 5, 3, 6, 7 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts). Doch blieben beispielsweise das Gesetz über den Versicherungsvertrag und das Fernunterrichtsschutzgesetz getrennt bestehen. Außerhalb des Textzusammenhanges sind auch die verbraucherschützenden Vorschriften aus dem Bereich der Kapitalanlage geblieben (vergleiche § 312a BGB). Neues Nebenrecht bereichert das bürgerliche Recht in Gestalt des Unterlassungsklagengesetzes und einer Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht, mittlerweile umbenannt in »Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung – BGB-InfoV)«<sup>5</sup>. Kaum der Erwähnung bedarf, daß beide Regelwerke ihre irreführend weit formulierten Themen bei weitem nicht ausschöpfen. In ersterem findet man nun die Regelungen des beseitigten AGB-Gesetzes über Verbandsklagen (§§ 13 bis 21 sowie 22 und 22a ABGG). Darin versteckt sich aber auch die Einigungsstelle für die Beschwerden von Bankkunden (§ 14 UKlaG), so wie schon der Platz in § 29a ABGG wenig glücklich gewählt war. Letztere ist eine erweiterte Fassung der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern aus dem Jahre 1994. Sie ersetzt zudem in ihren §§ 12f. jüngster Zählung (betreffend Informationspflichten der Kreditinstitute) die aufgehobene (Art. 6 Nr. 1 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) Verordnung über Kundeninformationspflichten vom 30. Juli 1999 (Bundesgesetzblatt Teil I, 1999, Seite 1730); diese Verordnung hatte sich auf § 675a Ab. 2 BGB alter Fassung gestützt. Die (zwar gesetzlich geänderte, aber gemäß Art. 7 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in

5 Gemäß Art. 1 Nr. 1 Erste Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung, vom 13. März 2002, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2002, Seiten 1141 ff. Auch die Zählung der Paragraphen verschob sich. Neuerliche Änderung durch Verordnung zur Änderung der Ersten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung, vom 28. März 2002, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2002, Seite 1230 (neuer § 14, betreffend Sicherungsschein-Formulare, vor anfänglichen § 12; § 12 wird § 15).

einheitlichen Verordnungsrang zurückgekehrte) Verordnung führt nunmehr die Ermächtigungen der Artikel 238 bis 242 EGBGB aus. Verfehlt wäre die Annahme, in ihr ein Panorama aller vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten finden zu können.

Das Beispiel des Teilzeitwohnrechtvertrages illustriert den Zusammenhang der Vorschriften: Time-Sharing-Geschäfte stellt § 485 Abs. 1 BGB widerruflich. Die Frist beträgt gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB zwei Wochen nach der Willenserklärung des Verbrauchers. Wenn allerdings der Vertrag unvollständig ist, das heißt, wenn Angaben gemäß einer Rechtsverordnung nach § 482 Abs. 2 BGB fehlen, beginnt die Frist nicht zu laufen (§ 485 Abs. 4 BGB). Das zielt unausgesprochen zunächst auf § 484 BGB. Denn § 484 Abs. 1 Satz 5 BGB besagt, daß der Vertrag Angaben nach einer Rechtsverordnung zu § 482 Abs. 2 BGB enthalten müsse. § 482 Abs. 2 BGB nun handelt vom Prospekt über die Ferienwohnanlage. Was er enthält, gelangt gemäß § 484 Abs. 1 Satz 3 BGB in den Vertrag. Manche Inhalte eines Prospektes sind frei wählbar, viele hingegen unverzichtbar. Den unverzichtbaren Inhalt, worauf § 484 Abs. 1 Satz 5 BGB für den Vertrag und deswegen § 485 Abs. 1 BGB für den Widerruf abstellt, zu bestimmen trägt der in § 482 Abs. 2 BGB herangezogene Artikel 242 EGBGB dem Verordnungsgeber auf. Das zielt auf § 2 Abs. 1 der erwähnten Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht. Der zweite Absatz dieses Paragraphen regelt die Anforderungen an die Widerrufsbelehrung. Die Ermächtigung dazu ergibt sich aus Art. 245 Nr. 1 EGBGB, worauf freilich § 355 BGB keinen Hinweis gibt. Besonderes Augenmerk ist dabei der Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 1 der Informationspflichtenverordnung insofern zu widmen, als die Widerrufsbelehrung »außerdem«, das heißt neben den Details nach § 2 Abs. 1 der Verordnung, im Prospekt zu erscheinen hat. Diese Anordnung verwirklicht die separate Verordnungsermächtigung aus Art. 245 Nr. 2 EGBGB, derzufolge das Bundesjustizministerium bestimmt, wie die Widerrufsbelehrung mit den Prospektangaben zu verbinden ist. Im Ergebnis kommt das bürgerliche Recht mindestens so zersplittert daher wie zuvor, wenn es nicht gar noch unübersichtlicher geworden ist.

## Einleitung

- 17 Der Gewöhnung bedarf übrigens die Unterbringung der zurückgeholtten Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Allgemeinen Schuldrecht und nicht – wie man es nach bisherigem Verständnis und üblicher Handhabung in den systematischen Darstellungen erwartet – im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Auch die allgemeinen Regeln zu Widerruf und Rückgabe in Verbrauchergeschäften (§§ 355 ff. BGB) gehörten eigentlich in das Erste Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches. Doch ist ihre Nähe zum Rücktritt, der seit jeher seinen Platz im Zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches hat, ein mindestens ebenso gewichtiges Zuordnungskriterium; es stand schon bei der Schaffung von §§ 361 a f. BGB alter Fassung Pate.
- 18 Welchen Themen sich ein »modernes« Zivilgesetzbuch widmet, zeigt eher der Zweite Teil des Zivilgesetzbuches der russischen Föderation vom Jahre 1995<sup>6</sup>. Er enthält beispielsweise Regelungen über Energieversorgung, Finanzierungsleasing (Finanzmiete), unechtes Factoring (Finanzierung durch Abtretung), Bankkonto und Zahlungsverkehr, Franchising, Vermögensverwaltung. Ob es wünschenswert ist, für jeden »modernen« Geschäftsbereich einen eigenen Regelungsbereich zu formulieren, ist eine ganz andere Frage. Keineswegs muß man beklagen, daß im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch Finanzierungsleasing lediglich unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherkredites erscheint (§ 500 BGB), Girokonto und Überweisung nur ausschnitthaft in §§ 676 a bis c, 676 f bis 676 h BGB (und zwar schon vor der »Modernisierung«) behandelt sind und Sponsoring gänzlich unbekannt ist.
- 19 Wiederum auf einem anderen Blatt steht, ob das Bürgerliche Gesetzbuch mit seiner »Modernisierung« dem niederländischen Nieuw Burgerlijk Wetboek den Rang als jüngstes Gesetzbuch der Europäischen Union abgelaufen hat und sich so als Muster für ein europäisches Zivilgesetzbuch zu empfehlen vermag.

<sup>6</sup> Ausgabe in deutscher Sprache: Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (Zweiter Teil) von 1995, bearbeitet und eingeleitet von Herwig Roggemann und Wilfried Bergmann, Berlin, 2000.

## 4. System der Leistungsstörungen

Zu den größten Anliegen der Schuldrechtsmodernisierung im engeren Sinne zählt die Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen. Dabei wird einer neuen Gewichtung der Tatbestandsmerkmale herausragende Bedeutung beigemessen. Im Mittelpunkt soll nicht mehr der Begriff der Unmöglichkeit stehen (wenn er denn dort gestanden haben sollte), sondern der allgemeinere Begriff der Leistungsstörung oder Pflichtverletzung (Begründung zum Regierungsentwurf: Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Begründung, A.III.1, A.IV.1 und zu § 275 BGB, Seiten 82 ff., 93 ff., 127 f.). Dem entspricht die generelle Formulierung des neugefaßten § 280 Abs. 1 BGB, wonach Schadensersatz aus Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis folgt.

Gleichwohl bleiben die bislang gewohnten Fallgruppen in je eigenständige Tatbestände und Rechtsfolgen gegliedert. Insbesondere ist nicht etwa die Figur der »Unmöglichkeit« abgeschafft. Im Gegenteil gewinnt – wegen der Eingliederung der Folgen eines Sachmangels bei Kauf und Werk in die allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen – die Unmöglichkeit zusätzliche Bedeutung, wenn die nunmehr für beide Geschäfte vorgesehene Nacherfüllung nicht ausführbar ist (siehe für Kauf §§ 437, 439 BGB und §§ 218 Abs. 1 Satz 2, 438 Abs. 4 und Abs. 5 BGB; für Werk §§ 634, 635 BGB und §§ 218 Abs. 1 Satz 2, 634a Abs. 4 und Abs. 5 BGB). Dann kann der Käufer (Besteller) sofort zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, zu Rücktritt oder Kündigung, zu Minderung greifen. Bei Möglichkeit der Nacherfüllung ist ihm das vorerst verwehrt. Die Auflistung der Behelfe in §§ 437, 634 BGB läßt das freilich nur den Eingeweihten erkennen. Der Nachrang von Schadensersatz statt der Leistung, Rücktritt oder Kündigung, Minderung ergibt sich aus den allgemeinen Regeln. Denn der Käufer (Besteller) hat normalerweise nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, nach § 323 Abs. 1 BGB oder nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB zunächst eine Frist zur ordentlichen Erfüllung, das heißt zur Nacherfüllung zu setzen und so dem Verkäufer (Unternehmer) eine »zweite Chance« (oder gar deren noch mehr; siehe § 440 Satz 2 BGB) zu geben.

## Einleitung

- 22 Ursprüngliche Überlegungen radikalerer Einschnitte in das Gefüge der Leistungsstörungen sind bereits im Regierungsentwurf der Erkenntnis gewichen, daß der Gesetzgeber im großen und ganzen das über Jahrhunderte aus dem Rechtsleben gewachsene Gerüst von Regelgruppen nicht sinnvoll beseitigen kann. Insbesondere gibt es natürlich nach wie vor Fälle der Unmöglichkeit, des unwiederbringlichen Ausfalls. Oder soll man, wenn die Straßenbahn ausfiel, am anderen Tage zweimal zur Arbeit gebracht werden? Soll man in der Folgewoche doppelt heizen, wenn eine Woche lang die Fernwärme zusammengebrochen war?
- 23 Ganz im Gegenteil nahm der Gesetzgeber besondere Mühen auf sich, um die gesetzlichen Regeln zur Unmöglichkeit noch stärker als früher zu differenzieren. Eigens schuf er Vorschriften über sogenannte »faktische« oder auch »praktische Unmöglichkeit« (§ 275 Abs. 2 BGB) nebst weiteren Fällen der Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB), welche von ähnlichem Gewicht wie die Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB sind, freilich nur eine Einrede, nicht eine Einwendung liefern. Die Unzumutbarkeit nahegelegenen Umstände können allerdings je nach Lage der Dinge auch Hinweise auf Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB enthalten. Unterhalb der Schwelle zur Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB liegt die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung, welche den Verkäufer nach § 439 Abs. 3 BGB, den Unternehmer nach § 635 Abs. 3 BGB zur Leistungsverweigerung berechtigt. All das ist kunstvoll vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) abzugrenzen, worunter die »wirtschaftliche Unmöglichkeit« fällt (Begründung zu § 275 Abs. 2 Satz 1 des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 129f.). Diese Unterscheidung ist keineswegs bloß akademisch, denn Wegfall der Geschäftsgrundlage ist kein Schadensersatztatbestand, wohl hingegen – Vertretenmüssen unterstellt – Unmöglichkeit, Leistungsverweigerung wegen unmöglichkeitsgleicher Unzumutbarkeit und Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes oder der Werkleistung, mag auch die Nacherfüllung befugt als unzumutbar verweigert sein.
- 24 Deshalb muß es nicht verwundern, daß die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen in einem sehr differenzierten und sich nicht auf den

ersten Blick erschließenden Normensystem erscheinen. Insbesondere ist es nicht so, als ob die zentrale Ersatznormierung des § 280 Abs. 1 BGB in jedem Falle einer Leistungsstörung ohne weiteres zum Schadensausgleich führte. Vielmehr versteht sich der Ersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB allein als Ergänzung entweder zu einer schon erbrachten Leistung oder zu einer zwar (bisher) nicht erbrachten, aber noch nachholbaren Leistung. Kann die Leistung indessen gar nicht (mehr) fließen oder wünscht der Gläubiger die an sich noch mögliche Leistung nicht mehr, so gelten für den »Schadensersatz statt der Leistung« Sonderregeln (§§ 283, 311 a Abs. 2, 281, 282 BGB). Dabei ist außerdem ausgerechnet die Unmöglichkeit, trotz Ausbildung eines Einheitsbegriffes (§ 275 BGB), in den Folgen an verschiedenen Stellen geordnet – je nachdem danach, ob das Hindernis nachträglich eintrat (§ 283 BGB) oder schon von Anfang an vorlag (311 a Abs. 2 BGB).

Bei Kauf und Werk deckt deshalb der sofort erreichbare Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB nicht den Mangelschaden, sondern nur den Mangelfolgeschaden ab – und zwar denjenigen Mangelfolgeschaden, welcher, bereits eingetreten, durch Nacherfüllung nicht mehr ungeschehen zu machen und nicht mehr zu verhüten ist. Für den weitergefressenen Mangel gilt, obwohl zerlegbar in Mangelschaden betreffend Ausgangslage und Mangelfolgeschaden betreffend weitere Entwicklung, wahrscheinlich insgesamt ebenfalls primär Nacherfüllung. Die unglückliche Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden in Kauf- und Werkvertragsrecht mit Konsequenzen in der Verjährung (§§ 477, 638, 195 BGB alt), deren Beseitigung ein Hauptanreiz für die Schuldrechtsreform sein sollte, bleibt also in neuem Zusammenhang erhalten. Erst dann, wenn Schadensersatz statt (und nicht mehr nur neben) der Leistung zu gewähren ist (§§ 281, 283, 311 a Abs. 2 BGB), entfällt die Unterscheidung, und es finden sämtliche Schadensposten gleichermaßen Berücksichtigung. 25

Außerdem überschneidet sich nunmehr die Schlechterfüllung noch stärker mit dem Schuldnerverzug. Wenn der Verkäufer schlechte Ware liefert, kann der Käufer ihn in Verzug setzen. Denn der Verkäufer ist mit seiner Hauptpflicht, mangelfrei zu liefern, im Rückstand. Schäden aus minderer Brauchbarkeit sind dann als Verzugsschäden abwickelbar 26

## Einleitung

(§§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB). Aber auch unabhängig vom Verzug liegt wegen des Mangels Vertragsverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB vor, die in Schadensersatz (eventuell »Schadensersatz statt der Leistung«) münden kann. Bis zur Schuldrechtsmodernisierung kannte der Kauf (im Gegensatz zu Werk und Miete) diese Zweigleisigkeit nicht.

### 5. Anlage der Falldarstellungen

- 27 Zweck der vorliegenden Übungsfälle ist es, Hilfestellung beim Übergang von der Subsumption unter altes Recht zur Subsumption unter neues Recht zu geben. Die in dieser Sammlung enthaltenen Sachverhaltsschilderungen sind mit doppelten Lösungshinweisen versehen. Jede Aufgabe erfährt Behandlung sowohl nach altem als auch nach neuem Recht. Die beiden Lösungen stehen im Druckbild einander gegenüber, damit Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Argumentationsverlauf oder in der Zitation einschlägiger Vorschriften hervortreten.
- 28 Den Hinweisen zur Lösung gehen Vorüberlegungen zum Verständnis der Aufgabenstellung und zur Ansetzung der Lösung voraus. Sie wären in einer Übung kein Bestandteil eines schriftlichen Lösungsvorschlages.
- 29 Weitere Zutat sind ergänzende Angaben zum Umfeld der im Sachverhalt auftretenden Probleme. Die ergänzenden Hinweise sind hinter den Lösungshinweisen abgedruckt und wie diese zweigleisig.
- 30 Somit unterliegt jede Falldarstellung der folgenden Gliederung:
  - Schilderung des Sachverhaltes mit Aufgabenstellung;
  - Vorüberlegungen zur Analyse des Falles, die nicht in die Reinschrift einer Übungsarbeit gehören würden;
  - synoptische Lösung nach altem und nach neuem Recht;
  - synoptische ergänzende Hinweise nach altem und nach neuem Recht.

## Fall 1 Dachpappe für die Werkhalle: Verjährung eines Werklohnanspruches

Verzinkereibetreiber Viktor betraut Dachdeckermeister Dirk am 28. Oktober 1996 (2002) damit, neue Teerpappe auf der Werkhalle anzubringen. Die Arbeiten werden schon am 18. August 1997 (2003) zur Zufriedenheit des Viktor abgeschlossen. Im September 2001 (2007) bemerkt Dirk mit Schrecken, daß er es bislang versäumt hat, Viktor die Rechnung zu schicken. Sein Geselle Gerold meint, wenn er versuche, sich an seinen Unterricht in der Berufsschule zu erinnern, so komme er zu dem Schluß, daß Dirk nach so langer Zeit keinerlei Zahlung mehr verlangen könne. 101

Dirk grämt sich. Zu Recht? Bei der Beantwortung der Frage sind die nicht eingeklammerten Jahreszahlen für die Lösung nach altem Recht einzusetzen; die eingeklammerten Jahreszahlen betreffen die Bearbeitung nach neuem Recht.

---

### Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Die Fallkonstellation ist einfach. Die Frage richtet sich nur auf einen einzigen Anspruch in der Beziehung zwischen zwei Personen (Dirk und Viktor). Nebenforderungen (namentlich Zinsen) stehen nicht zur Erörterung an. 102

In Betracht kommt ausschließlich ein Werklohnanspruch. Bei dessen Entwicklung muß man Verjährung erörtern.

Der Fall ist allein nach dem Gesetz zu beurteilen. Von Einzelheiten der Vertragsgestaltung ist nichts zu erkennen. Insbesondere ist keine Rede davon, daß die Kontrahenten ihrem Geschäft die Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, kurz VOB/B, zugrundegelegt hätten.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 103 1. Es fragt sich, ob Dirk von Viktor Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB fordern kann.
- 104 2. Ohne Schwierigkeiten läßt sich in der Verabredung der Dacharbeiten der Abschluß eines Werkvertrages nach § 631 Abs. 1 BGB als Grundlage für einen Werklohnanspruch erkennen. Zu dessen Höhe erlaubt der Sachverhalt keine Feststellung. Es besteht insoweit aber auch kein Klärungsbedarf. Dirk beendet die Arbeiten am 18. August 1997 vertragsgemäß, und Viktor nimmt sie im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB ab. Somit wird der Werklohn gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB am 18. August 1997 fällig.
- 105 3.a Möglicherweise kann aber Viktor nach § 222 Abs. 1 BGB die Zahlung wegen Verjährung verweigern. Verjährung würde Dirks Anspruch zwar nicht aufheben. Er wäre aber einredebehaftet. Wie jeder Anspruch unterliegt auch Dirks Werklohnanspruch gemäß § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung.
- 106 3.b Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195 BGB dreißig Jahre. Auf diese Vorschrift kann man die Lösung aber nur stützen, wenn keine Sonderregelung eingreift. Eine solche Sonderregelung ist in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Bestimmung einer zweijährigen Frist zu finden. Diese Regelung erfaßt den Werklohnanspruch des Dirk als Anspruch eines Handwerkers für die Ausführung von Arbeiten. Dabei ist allerdings noch zu berücksichtigen, daß Dirk die Arbeiten für den Gewerbebetrieb des Viktor erbrachte. Eine solche Situation stellt § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB als Ausnahme dar. Das bedeutet jedoch nicht, daß nun die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB eingreift. Vielmehr unterfallen die von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgenommenen Ansprüche nach § 196 Abs. 2 BGB einer vierjährigen Verjährung. Demnach verjährt Dirks Werklohnforderung nach vier Jahren.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Es fragt sich, ob Dirk von Viktor Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB fordern kann. 103
2. Ohne Schwierigkeiten läßt sich in der Verabredung der Dacharbeiten der Abschluß eines Werkvertrages nach § 631 Abs. 1 BGB als Grundlage für einen Werklohnanspruch erkennen. Zu dessen Höhe erlaubt der Sachverhalt keine Feststellung. Es besteht insoweit aber auch kein Klärungsbedarf. Dirk beendet die Arbeiten am 18. August 2003 vertragsgemäß, und Viktor nimmt sie im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB ab. Somit wird der Werklohn gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB am 18. August 2003 fällig. 104
- 3.a Möglicherweise kann aber Viktor nach § 214 Abs. 1 BGB die Zahlung wegen Verjährung verweigern. Verjährung würde Dirks Anspruch zwar nicht aufheben. Er wäre aber einredebehaftet. Wie jeder Anspruch unterliegt auch Dirks Werklohnanspruch gemäß § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung. 105
- 3.b Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195 BGB drei Jahre. Auf diese Vorschrift kann man die Lösung aber nur stützen, wenn keine Sonderregelung eingreift. Eine solche Sonderregelung ist indessen weder im Recht des Werkvertrages (§§ 631 ff. BGB) noch im Fünften Abschnitt des Allgemeinen Teils (§§ 194 ff. BGB) zu finden. Damit bleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Demnach verjährt Dirks Werklohnforderung nach drei Jahren. 106

## Fall 1: Lösung nach **altem** Recht

- 107 3.c Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 201 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 198 BGB mit dem Schluß desjenigen Jahres, in welchem der Werklohnanspruch entsteht. Der Vergütungsanspruch entsteht mit Abschluß des Werkvertrages, hier am 28. Oktober 1996. Indessen setzt der Fristenlauf nach einhelliger Meinung trotz des Wortlautes von § 198 Satz 1 BGB nicht vor Fälligkeit ein. Erst mit Fälligkeit ist der Anspruch im Sinne der Verjährungsregeln »entstanden«. Fällig wird der Werklohn wie beschrieben am 18. August 1997. Die Verjährungsfrist beginnt daher erst mit dem 1. Januar 1998, 0.00 Uhr, zu laufen.
- 108 Das Ende der Verjährungsfrist liegt gemäß § 188 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB mit § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB am 31. Dezember 2001, 24.00 Uhr.
- 109 4. Im September 2001 ist Dirks Werklohnanspruch also noch nicht verjährt, so daß Dirk sich nicht grämen muß.

- 3.c Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Schluß desjenigen Jahres, in welchem der Werklohnanspruch entsteht. Außerdem verlangt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, daß dem Gläubiger die Anspruchsbegründung und die Person des Schuldners bekannt sind oder bei Meidung grober Fahrlässigkeit bekannt sein müßten. Der Vergütungsanspruch entsteht mit Abschluß des Werkvertrages, hier am 28. Oktober 2002. Nach dem Zustandekommen von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist jedoch unklar, ob das Entstehen für das Ingangsetzen der Frist genügt. Der Regierungsentwurf knüpfte ausdrücklich an die Fälligkeit, nicht an die Entstehung an. Mit eher verdunkelnden als erhellenden Überlegungen wandte sich dann aber der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages zum Begriff der Entstehung aus § 198 BGB alter Fassung zurück. Damit verband er die für sich genommen deutlich ausgesprochene, im weiteren Verlauf aber verworrene Vorstellung, daß Entstehung mit Fälligkeit gleichzusetzen sei (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7052, Seite 180). Insgesamt wird man anzunehmen haben, daß auch im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Entstehung des Anspruchs nicht allein seine Begründung, sondern auch seine Fälligkeit gehört. Ansonsten könnte es bei sehr weit im voraus geschlossenen Verträgen zur Verjährung vor Fälligkeit kommen. Das kann nicht Absicht des Gesetzes sein. Auch wäre nicht zu verstehen, wie Verjährungsfristen schon vor »Entstehung« zu laufen beginnen können (so in § 199 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB), wenn Entstehung mit Anspruchsbegründung gleichzusetzen sein sollte. Fällig wird der Werklohn wie beschrieben am 18. August 2003. Unzweifelhaft hat Dirk dabei bereits Kenntnis von Anspruchsbegründung und Person des Schuldners Viktor. Die Verjährungsfrist beginnt daher erst mit dem 1. Januar 2004, 0.00 Uhr, zu laufen. 107
- Das Ende der Verjährungsfrist liegt gemäß § 188 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB mit § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB am 31. Dezember 2006, 24.00 Uhr. 108
4. Im September 2007 ist Dirks Werklohnanspruch also verjährt, so daß Dirk sich in der Tat grämen muß. 109

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Übergangsregelung . . . . .	110	3. Länge und Lauf der Verjährungsfrist . . . . .	112
2. Kenntnis des Gläubigers . . . . .	111		

- 110 1. Der Fall spielt vollständig in der Zeit vor dem 1. Januar 2002. Er unterfällt damit insgesamt dem alten Recht. Hätte die Verjährung bereits unter der Geltung des alten Rechts zu laufen begonnen, ohne spätestens am 31. Dezember 2001 zu enden, wäre die Übergangsregelung des Art. 229 § 6 EGBGB zu beachten.
- 111 2. Die Kenntnis des Gläubigers von der Begründung des Anspruchs (den Umständen, nicht der rechtlichen Beurteilung nach) spielt nach altem Recht für die Verjährungsfrist nur ausnahmsweise, so für Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung in § 852 Abs. 1 Fall 1 BGB, eine Rolle. Zugleich läuft aber eine kenntnisunabhängige Frist von dreißig Jahren seit Begehung des Deliktes (§ 852 Abs. 1 Fall 2 BGB), also seit Anspruchsbegründung.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der  
ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Übergangsregelung . . . . .	110	3. Länge und Lauf der Verjährungsfrist. . . . .	112
2. Kenntnis des Gläubigers . . . . .	111		

1. Der Fall spielt vollständig in der Zeit seit dem 1. Januar 2002. Er unterfällt damit insgesamt dem neuen Recht. Hätte die Verjährung bereits unter der Geltung des alten Rechts zu laufen begonnen, ohne spätestens am 31. Dezember 2001 zu enden, wäre die Übergangsregelung des Art. 229 § 6 EGBGB zu beachten. 110

2. Die Kenntnis des Gläubigers von der Begründung des Anspruchs (den Umständen, nicht der rechtlichen Beurteilung nach) ist nach neuem Recht generell Voraussetzung für den Beginn des regulären Fristenlaufs (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Das kann nicht nur gesetzliche Schuldverhältnisse betreffen, sondern auch vertragliche Ansprüche. Denn bei vielen Geschäften identifizieren sich die Partner nicht. 111

Jedoch beginnt schon mit »Entstehung« des Anspruchs eine von Kenntnis unabhängige zehnjährige Frist, wenn der Anspruch kein Schadensersatzanspruch ist (§ 199 Abs. 4 BGB) oder wenn er zwar ein Schadensersatzanspruch ist, aber nicht auf der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit beruht (§ 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB). Ein Schadensersatzanspruch aus der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit verjährt ohne Kenntnis (und schon vor »Entstehung«) binnen dreißig Jahren (§ 199 Abs. 2 BGB). Ersatzansprüche aus der Verletzung anderer Persönlichkeitsgüter sind möglicherweise ebenso zu beurteilen. Die »Modernisierung« des Schuldrechts dürfte kaum das Anliegen haben, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches seit Jahrzehnten als den in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Persönlichkeitsgütern ebenbürtig und sogar als ihre Quelle empfunden wird, in seiner Bedeutung herabzustufen. Wahrscheinlicher ist, daß der Gesetzgeber sich lediglich nicht von der Aufzählung des überkommenen Gesetzestextes freizumachen wußte.

## Fall 1: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 112 3. Die Länge der Verjährungsfristen und ihr Lauf sind allgemein im Fünften Abschnitt des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt. Die Länge ergibt sich aus §§ 195 bis 197 BGB, gegebenenfalls aus Vertrag (§ 225 BGB). Der Fristbeginn ist in §§ 198 bis 201 BGB geregelt. Hemmung erscheint als schlichtes Anhalten der Zeitählung beim Fristanlauf oder während des Fristenverlaufes (§§ 202 bis 205 BGB) oder als Ablaufhemmung (§§ 206f. BGB). Unterbrechung bedeutet, daß die bereits gezählte Zeit nicht mehr berücksichtigt wird (§§ 208 bis 220 BGB). Dazu treten verstreut ergänzende oder verdrängende Sonderregelungen; so zur Länge (zum Beispiel § 477 BGB, § 638 BGB) oder zur Hemmung (§ 639 Abs. 2 BGB, § 852 Abs. 2 BGB).

Nicht nur unabhängig von der Kenntnis, sondern sogar schon vor »Entstehung« schließlich läuft eine Frist von dreißig Jahren bei Schadenersatzansprüchen, gerechnet ab dem Fehlverhalten (§ 199 Abs. 2 BGB wie oben; § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB). Gedacht ist dabei an Spätfolgen.

»Entstehung« ist bei allem wiederum als »Fälligkeit« zu lesen.

3. Die Länge der Verjährungsfristen und ihr Lauf sind allgemein im Fünften Abschnitt des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt. Die Länge ergibt sich aus §§ 195 bis 197, 199 Abs. 2 und 3 BGB, gegebenenfalls aus Vertrag (§ 202 BGB). Der Fristbeginn ist in §§ 199 bis 201 BGB geregelt. Hemmung erscheint wiederum als schlichtes Anhalten der Zeitählung beim Anlaufen der Frist oder in ihrem weiteren Verlauf (§§ 203 bis 209 BGB) oder als Ablaufhemmung (§§ 203 Satz 2, 210f. BGB). Unter Hemmung fallen viele Fälle, die früher zur Unterbrechung führten (namentlich die gerichtliche Verfolgung des Anspruchs). Für die restlichen Fälle verwendet das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr den Begriff der Unterbrechung, sondern spricht vom »Neubeginn der Verjährung« (§ 212 BGB). Das bedeutet wie früher bei Unterbrechung, daß die bereits gezählte Zeit außer Betracht bleibt. Dazu treten verstreut verdrängende Sonderregelungen zur Länge (zum Beispiel § 438 BGB, § 634a BGB). Die alten Sonderregelungen über Hemmung bei Verhandlungen sind in der allgemeinen Regel des § 203 BGB aufgegangen.

112

Fall 2 Verlegung eines Pop-Konzerts:  
Änderungsvorbehalt in Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen und Unmöglichkeit

- 201 Xenia aus Bonn löst im Vorverkauf beim Veranstalter eine Eintrittskarte für ein Pop-Konzert am Abend des 12. Mai im Rheinpark am Kölner Rheinufer gegenüber dem Dom. Auf der Rückseite der Karte ist unter anderem vordruckt: »Verlegung der Veranstaltung vorbehalten. Rücknahme der Karten bei Verlegung nur bis zum Tage vor dem endgültigen Veranstaltungstermin.« Aushänge mit dem vordruckten Text hat der Veranstalter in der Vorverkaufsstelle nicht angebracht. Am 9. Mai erfährt Xenia aus der Tagespresse, daß das Konzert von Köln nach Dortmund in die Westfalenhalle verlegt wird. Das Datum bleibt dasselbe. Aus Zeitmangel kann sie erst am Mittag des 12. Mai wieder die Vorverkaufsstelle des Veranstalters aufsuchen. Dort sagt man ihr, daß die Karte jetzt nicht mehr zurückgenommen werden könne. Xenia besteht auf Rückzahlung des Geldes. Zu Recht?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

- 202 Es handelt sich um eine unkomplizierte Zwei-Personen-Beziehung. Eine vom Veranstalter verschiedene Vorverkaufsstelle war nicht eingeschaltet. Zur Erörterung steht ein einziger Anspruch, nach dem gezielt gefragt ist. Die begehrte Rückzahlung wird man naheliegend unter dem Gesichtspunkt einer Auflösung des Geschäfts wegen Leistungsstörung betrachten. Erschwernisse aus besonderen Preisaufschlägen (Vorverkaufsgebühren) weist die Aufgabe nicht aus. Ebensowenig ist von Verzinsung oder Entreicherung die Rede.
- 203 Offener wäre eine Frage aus der Sicht vor dem Konzertabend etwa des Inhaltes gewesen, ob Xenia sich mit der Verlegung abfinden müsse. Dort könnte man nicht nur mit Prüfung eines Rückzahlungs-

## Fall 2: Änderungsvorbehalt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

anspruchs ansetzen, sondern ebensogut eine Untersuchung ohne Formulierung eines Anspruches beginnen. Eine mögliche Einleitung würde beispielsweise dahin lauten, ob der Veranstalter mit einem Konzert in Dortmund die Xenia geschuldete Leistung erbringe.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 204 Zu untersuchen ist, ob Xenia ihr Ansuchen auf Erstattung des vorausgezählten Eintrittsgeldes auf Unmöglichkeit stützen kann.
- 205 1. Rückzahlung ergibt sich aus Rücktritt vom Besuchervertrag nach § 346 Satz 1 BGB mit § 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB, wenn der Veranstalter Unmöglichkeit des Konzerts zu vertreten hat.
- 206 1.a Xenia schloß mit dem Veranstalter einen Besuchervertrag. Es kann zunächst offen bleiben, welche Bedeutung dem Aufdruck auf der Rückseite der Eintrittskarte zukommt. Soweit sich hieraus Schwierigkeiten in Anbetracht des Rechts Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben sollten, belasten diese gemäß § 6 Abs. 1 AGBG nicht den Vertragsschluß überhaupt.
- 207 1.b Die Absprache, gegen Eintrittsgeld ein Konzert aufzuführen, stellt einen Werkvertrag nach § 631 BGB dar. Damit handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag gemäß § 325 BGB. Die Pflicht des Veranstalters zur Aufführung steht in der Gegenseitigkeit. Es ist nicht ersichtlich, daß das Konzert in der ursprünglichen Planung von Anfang an undurchführbar und damit schon anfänglich unmöglich im Sinne von § 306 BGB gewesen wäre. Das Werk wurde indessen nachträglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB und damit gemäß § 325 BGB unmöglich, wenn es aus der Sicht des mittlerweile angebrochenen Konzerttages unweigerlich ausfallen wird und nicht nachholbar ist.
- 208 Kein Ausfall wäre Fehlerhaftigkeit gemäß § 633 Abs. 1 BGB oder Verspätung. Die Verlegung des Konzerts von Köln nach Dortmund ist keine Qualitätsfrage. Nach §§ 284 ff., 326 BGB zu würdigende Verspätung läge vor, wenn das am vorgesehenen Tag durchgeführte Konzert

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Zu untersuchen ist, ob Xenia ihr Ansuchen auf Erstattung des voraus- 204  
gezahlten Eintrittsgeldes auf Unmöglichkeit stützen kann.

1. Rückzahlung ergibt sich aus Rücktritt vom Besuchervertrag nach 205  
§ 346 Abs. 1 BGB mit § 326 Abs. 5 BGB, wenn das Konzert unmög-  
lich wurde.

1.a Xenia schloß mit dem Veranstalter einen Besuchervertrag. Es kann 206  
zunächst offen bleiben, welche Bedeutung dem Aufdruck auf der  
Rückseite der Eintrittskarte zukommt. Soweit sich hieraus Schwierig-  
keiten in Anbetracht des Rechts Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
ergeben sollten, belasten diese gemäß § 306 Abs. 1 BGB nicht den  
Vertragsschluß überhaupt.

1.b Die Absprache, gegen Eintrittsgeld ein Konzert aufzuführen, stellt 207  
einen Werkvertrag nach § 631 BGB dar. Damit handelt es sich um ein-  
en gegenseitigen Vertrag gemäß § 326 BGB. Die Pflicht des Veran-  
stalters zur Aufführung steht in der Gegenseitigkeit. Es ist nicht er-  
sichtlich, daß das Konzert in der ursprünglichen Planung von Anfang  
an undurchführbar und damit schon anfänglich unmöglich im Sinne  
von § 275 Abs. 1 BGB gewesen wäre. Ebenso wenig war es nur unter  
unzumutbaren Anstrengungen durchführbar und damit wegen anfäng-  
licher sogenannter faktischer Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 2 BGB  
oder wegen persönlicher Verhinderung nach § 275 Abs. 3 BGB ver-  
weigerbar. Das Werk wurde indessen nachträglich im Sinne von § 275  
Abs. 1 BGB und damit gemäß § 326 Abs. 5 BGB (in Verbindung mit  
§ 275 Abs. 4 BGB) unmöglich, wenn es aus der Sicht des mittlerweile  
angebrochenen Konzerttages unweigerlich ausfallen wird und nicht  
nachholbar ist.

Kein Ausfall wäre behebbare Mangelhaftigkeit gemäß §§ 633f. BGB 208  
oder Verspätung. Die Verlegung des Konzerts von Köln nach Dort-  
mund ist keine Qualitätsfrage. Nach §§ 280f., 286, 323 BGB zu wür-  
digende Verspätung läge vor, wenn das am vorgesehenen Tag durchge-

## Fall 2: Lösung nach altem Recht

in Dortmund ein anderes als das vertraglich geschuldete ist und außerdem das geschuldete Konzert in Köln noch nachgeholt werden kann. An der Nachholbarkeit fehlt es, weil der Veranstalter das Konzert als Unterhaltung zu dem bestimmten Tag versprach. Unterhaltung an einem anderen Tag ist eine andere als die geschuldete Leistung. Angesichts der erforderlichen Vorbereitungen ist undenkbar, daß das Konzert noch am selben Tage in Köln durchgeführt wird.

- 209 1.c Die Lösung hängt somit davon ab, ob das am richtigen Tag in Dortmund gebotene Konzert zur Erfüllung der Veranstalterpflicht taugt. Ist es erfüllungstauglich, so trat bislang noch keine Unmöglichkeit ein. Die Verlegung von Köln nach Dortmund ist unter dieser Voraussetzung lediglich eine Frage des Erfüllungsortes im Sinne von § 269 BGB. Es liegt dann an Xenia, sich nach Dortmund zu begeben und die Konzertleistung entgegenzunehmen. Erst wenn sie das nicht tut, stünde die Überlegung an, ob die dann eintretende Unmöglichkeit vom Veranstalter oder von Xenia zu vertreten ist.
- 210 Ein Konzert ist, betrachtet man allein die Darbietung an sich, nicht ortsgebunden. Der Veranstaltungsort wäre hiernach keine Frage der Leistungsbeschreibung, sondern nur eine Frage des Erfüllungsortes im Sinne von § 269 BGB. Die Leistung eines Kulturveranstalters ist jedoch nicht durch die Darbietung als solche definiert. Vielmehr verspricht er die Schaffung eines Erlebniswertes. Dieser Erlebniswert hat einen unlösbaren räumlichen Bezug. Der Bezug kann zum einen je nach Einzugsbereich einer Veranstaltung die rasche Erreichbarkeit betreffen. Zum anderen ist die Prägung der lokalen Atmosphäre von Belang. Das zielt sowohl auf die Beschaffenheit von Veranstaltungsraum oder Veranstaltungsgelände als auch auf die weiteren Möglichkeiten zur Freizeitgestaltung im Umfeld.
- 211 Im Einzelfall fällt die Einschätzung, wie weit oder eng der räumliche Bezug ist, nicht leicht. So ist gerade bei Konzerten populärer Musik zu beobachten, daß je nach Bekanntheitsgrad der Auftretenden die Besucher bereitwillig größte Strapazen der Anreise auf sich nehmen und dazu auch bei schwacher Einkommenslage klaglos erhebliche Geldmittel aufwenden. Das spricht für einen Spielraum des Veranstalters.

fürte Konzert in Dortmund ein anderes als das vertraglich geschuldete ist und außerdem das geschuldete Konzert in Köln noch nachgeholt werden kann. An der Nachholbarkeit fehlt es, weil der Veranstalter das Konzert als Unterhaltung zu dem bestimmten Tag versprach. Unterhaltung an einem anderen Tag ist eine andere als die geschuldete Leistung. Angesichts der erforderlichen Vorbereitungen ist undenkbar, daß das Konzert noch am selben Tage in Köln durchgeführt wird.

1.c Die Lösung hängt somit davon ab, ob das am richtigen Tag in Dortmund gebotene Konzert zur Erfüllung der Veranstalterpflicht taugt. Ist es erfüllungstauglich, so trat bislang noch keine Unmöglichkeit ein. Die Verlegung von Köln nach Dortmund ist unter dieser Voraussetzung lediglich eine Frage des Erfüllungsortes im Sinne von § 269 BGB. Es liegt dann an Xenia, sich nach Dortmund zu begeben und die Konzerteleistung entgegenzunehmen. Erst wenn sie das nicht tut, stünde die Überlegung an, ob die dann eintretende Unmöglichkeit vom Veranstalter oder von Xenia zu vertreten ist. 209

Ein Konzert ist, betrachtet man allein die Darbietung an sich, nicht ortsgebunden. Der Veranstaltungsort wäre hiernach keine Frage der Leistungsbeschreibung, sondern nur eine Frage des Erfüllungsortes im Sinne von § 269 BGB. Die Leistung eines Kulturveranstalters ist jedoch nicht durch die Darbietung als solche definiert. Vielmehr verspricht er die Schaffung eines Erlebniswertes. Dieser Erlebniswert hat einen unlösbaren räumlichen Bezug. Der Bezug kann zum einen je nach Einzugsbereich einer Veranstaltung die rasche Erreichbarkeit betreffen. Zum anderen ist die Prägung der lokalen Atmosphäre von Belang. Das zielt sowohl auf die Beschaffenheit von Veranstaltungsraum oder Veranstaltungsgelände als auch auf die weiteren Möglichkeiten zur Freizeitgestaltung im Umfeld. 210

Im Einzelfall fällt die Einschätzung, wie weit oder eng der räumliche Bezug ist, nicht leicht. So ist gerade bei Konzerten populärer Musik zu beobachten, daß je nach Bekanntheitsgrad der Auftretenden die Besucher bereitwillig größte Strapazen der Anreise auf sich nehmen und dazu auch bei schwacher Einkommenslage klaglos erhebliche Geldmittel aufwenden. Das spricht für einen Spielraum des Veranstalters. 211

## Fall 2: Lösung nach **altem** Recht

Er kann in den Grenzen billigen Ermessens gemäß § 315 Abs. 1 BGB die endgültige räumliche Festlegung treffen. Hiermit bestimmt er zugleich den Erfüllungsort im Sinne von § 269 Abs. 1 BGB. Daher ergibt sich nicht ohne weiteres aus jeder Verlängerung der Anfahrt eine Abweichung von der geschuldeten Leistung. Freilich ist es auch nicht selbstverständlich, daß gerade Xenia sich entgegenhalten lassen muß, daß – wenn es denn so sein sollte – im allgemeinen eine Verlegung von Köln nach Dortmund noch im Rahmen eines dem Veranstalter gebotenen Spielraums liegt. Nimmt man aber die Verschiedenheit der Aufführungsorte in Beschaffenheit und Umfeld hinzu, so ergibt sich eine so starke Abweichung, daß das Konzert in Dortmund nicht als das für Köln versprochene anzusehen ist (andere Ansicht vertretbar).

- 212 1.d Die Verlegung bedeutet nachträgliche Unmöglichkeit des Kölner Konzertes, sofern nicht der Veranstalter befugtermaßen seine Leistung neu festlegte und auf diese Weise das Dortmunder Konzert zum geschuldeten machte. Die Befugnis zur Leistungsänderung wohnt einem Besuchervertrag nicht generell inne. Nur innerhalb des oben beschriebenen Spielraums hat der Veranstalter Wahlmöglichkeiten. Nun aber geht es um die Frage, ob der Veranstalter den Spielraum überschreiten und neu umgrenzen darf. Xenia traf dazu keine besondere Absprache mit dem Veranstalter. Die Befugnis ergibt sich aber aus dem Aufdruck auf der Eintrittskarte, wenn dieser Vertragsbestandteil ist. Dies hängt von den Regeln des AGB-Gesetzes ab, wenn der Aufdruck unter Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG fällt.
- 213 Der Aufdruck enthält Regelungen zur Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Veranstalter und Besucher, das heißt Vertragsbedingungen. Es ist anzunehmen, daß der Aufdruck für Hunderte oder Tausende von Fällen und damit gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist. Gleichgültig ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG, daß der Text getrennt von der mündlich, schriftlich oder auf andere Weise erzeugten Übereinkunft, auf der Eintrittskarte als eigener stofflicher Grundlage notiert ist. Verwender der Klausel ist der Veranstalter. Problematisch ist allein, daß der Aufdruck dem Besucher erst zu Gesicht kommt, wenn der Veranstalter ihm die

Er kann in den Grenzen billigen Ermessens gemäß § 315 Abs. 1 BGB die endgültige räumliche Festlegung treffen. Hiermit bestimmt er zugleich den Erfüllungsort im Sinne von § 269 Abs. 1 BGB. Daher ergibt sich nicht ohne weiteres aus jeder Verlängerung der Anfahrt eine Abweichung von der geschuldeten Leistung. Freilich ist es auch nicht selbstverständlich, daß gerade Xenia sich entgegenhalten lassen muß, daß – wenn es denn so sein sollte – im allgemeinen eine Verlegung von Köln nach Dortmund noch im Rahmen eines dem Veranstalter gebotenen Spielraums liegt. Nimmt man aber die Verschiedenheit der Aufführungsorte in Beschaffenheit und Umfeld hinzu, so ergibt sich eine so starke Abweichung, daß das Konzert in Dortmund nicht als das für Köln versprochene anzusehen ist (andere Ansicht vertretbar).

1.d Die Verlegung bedeutet nachträgliche Unmöglichkeit des Kölner Konzertes, sofern nicht der Veranstalter befugtermaßen seine Leistung neu festlegte und auf diese Weise das Dortmunder Konzert zum geschuldeten machte. Die Befugnis zur Leistungsänderung wohnt einem Besuchervertrag nicht generell inne. Nur innerhalb des oben beschriebenen Spielraums hat der Veranstalter Wahlmöglichkeiten. Nun aber geht es um die Frage, ob der Veranstalter den Spielraum überschreiten und neu umgrenzen darf. Xenia traf dazu keine besondere Absprache mit dem Veranstalter. Die Befugnis ergibt sich aber aus dem Aufdruck auf der Eintrittskarte, wenn dieser Vertragsbestandteil ist. Dies hängt von den Regeln des Rechts Allgemeiner Geschäftsbedingungen ab, wenn der Aufdruck unter Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB fällt. 212

Der Aufdruck enthält Regelungen zur Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Veranstalter und Besucher, das heißt Vertragsbedingungen. Es ist anzunehmen, daß der Aufdruck für Hunderte oder Tausende von Fällen und damit gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist. Gleichgültig ist nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB, daß der Text getrennt von der mündlich, schriftlich oder auf andere Weise erzeugten Übereinkunft, auf der Eintrittskarte als eigener stofflicher Grundlage notiert ist. Verwender der Klausel ist der Veranstalter. Problematisch ist allein, daß der Aufdruck dem Besucher erst zu Gesicht kommt, wenn der Veranstalter ihm die 213

## Fall 2: Lösung nach altem Recht

Eintrittskarte aushändigt. Zu diesem Zeitpunkt ist der Besuchervertrag bereits abgeschlossen. Dafür, daß Xenia den Aufdruck oder eine andere Niederschrift der Klausel schon vorher bemerken konnte, spricht nichts. Somit entsteht der Zweifel, ob der Veranstalter seine Maßgaben zum Vertragsinhalt schon »bei Abschluß des Vertrages« stellte gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 am Ende AGBG. Dieses Merkmal darf man indessen nach dem Grundanliegen des Gesetzes, den Gegner des Verwenders zu schützen, nicht zu eng auslegen. Es genügt die Absicht des Verwenders, das Vorformulierte in den Vertrag hineinwirken zu lassen. Ob das allein von der zeitlichen Folge der tatsächlichen Abläufe her gelingen kann, berührt nicht die Definition Allgemeiner Geschäftsbeziehungen, sondern erst ihre Einbeziehung in den Vertrag. Der Aufdruck enthält demnach Allgemeine Geschäftsbedingungen.

- 214 Die Klausel ist in den Besuchervertrag einbezogen, wenn die Anforderungen des § 2 Abs. 1 AGBG eingehalten waren. Es ist weder erkennbar, daß Xenia nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG auf den Text aufmerksam gemacht worden wäre, noch daß der Veranstalter ihr gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG Gelegenheit zur Kenntnisnahme geboten hätte. Umso weniger läßt sich das Einverständnis Xenias nach § 2 Abs. 1 am Ende AGBG bejahen. Von den Anforderungen des § 2 AGBG nach § 24 Satz 1 AGBG wegen Unternehmereigenschaft des Verwendungsgegners abzusehen, besteht kein Anlaß. Die Klausel wurde nicht Vertragsbestandteil. Auf die Frage einer Unangemessenheit des Verlegungsvorbehaltes nach § 10 Nr. 4 AGBG kommt es nicht mehr an.
- 215 Der Veranstalter hatte keine Befugnis zur Verlegung des Konzertes. Die Verlegung nach Dortmund bewirkt nachträgliche Unmöglichkeit.
- 216 1.e Der Veranstalter führte die nachträgliche Unmöglichkeit wissentlich und willentlich, also vorsätzlich herbei. Vorsatz muß er gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit im Sinne von § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB vertreten.
- 217 1.f Xenia erlangte das Rücktrittsrecht gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Den Zeitpunkt für die Fälligkeit der ausfallenden Leistung muß sie nicht abwarten. Somit besteht nur noch die Frage, ob Xenia tat-

Eintrittskarte aushändigt. Zu diesem Zeitpunkt ist der Besuchervertrag bereits abgeschlossen. Dafür, daß Xenia den Aufdruck oder eine andere Niederschrift der Klausel schon vorher bemerken konnte, spricht nichts. Somit entsteht der Zweifel, ob der Veranstalter seine Maßgaben zum Vertragsinhalt schon »bei Abschluß des Vertrages« stellte gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 am Ende BGB. Dieses Merkmal darf man indessen nach dem Grundanliegen des Gesetzes, den Gegner des Verwenders zu schützen, nicht zu eng auslegen. Es genügt die Absicht des Verwenders, das Vorformulierte in den Vertrag hineinwirken zu lassen. Ob das allein von der zeitlichen Folge der tatsächlichen Abläufe her gelingen kann, berührt nicht die Definition Allgemeiner Geschäftsbeziehungen, sondern erst ihre Einbeziehung in den Vertrag. Der Aufdruck enthält demnach Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Klausel ist in den Besuchervertrag einbezogen, wenn die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB eingehalten waren. Es ist weder erkennbar, daß Xenia nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf den Text aufmerksam gemacht worden wäre, noch daß der Veranstalter ihr gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB Gelegenheit zur Kenntnisnahme geboten hätte. Umso weniger läßt sich das Einverständnis Xenias nach § 305 Abs. 2 am Ende BGB bejahen. Von den Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Unternehmereigenschaft des Verwendungsgegners abzusehen, besteht kein Anlaß. Die Klausel wurde nicht Vertragsbestandteil. Auf die Frage einer Unangemessenheit des Verlegungsvorbehaltes nach § 308 Nr. 4 BGB kommt es nicht mehr an. 214

Der Veranstalter hatte keine Befugnis zur Verlegung des Konzertes. Die Verlegung nach Dortmund bewirkt nachträgliche Unmöglichkeit. 215

1.e Darauf, ob der Veranstalter die Unmöglichkeit zu vertreten hat, kommt es für einen Rücktritt nicht an. Rücktritt ausschließende Verantwortlichkeit Xenias gemäß §§ 323 Abs. 6, 326 Abs. 5 Halbsatz 2 BGB liegt fern. 216

1.f Xenia erlangte das Rücktrittsrecht gemäß § 326 Abs. 5 Halbsatz 1 BGB. Das Rücktrittsrecht richtet sich gemäß § 326 Abs. 5 Halbsatz 2 BGB im einzelnen nach § 323 BGB. Jedoch braucht Xenia keine Frist 217

## Fall 2: Lösung nach altem Recht

sächlich zurücktrat. Vor einer Klärung, ob sie es ausübte, ist nach etwa verbleibenden anderen Ansätzen zu fragen.

- 218 2. Das Rücktrittsrecht steht in § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht allein. Vielmehr hat Xenia die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung.
- 219 Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte darf Gleichwertigkeit von Konzert und Eintrittspreis unterstellt werden. Die Geschädigte kann als Schadensersatz gemäß § 249 Satz 1 BGB zwar nicht Rückgewähr verlangen, wohl aber Ausgleich des verlorenen Eintrittsgeldes. Dies kommt im Ergebnis einer Erstattung nach Rücktritt gleich.
- 220 3. Xenia bleibt es ferner gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB unbenommen, die Unmöglichkeit als von keiner Seite zu vertreten anzusehen und gemäß § 323 BGB vorzugehen. § 323 Abs. 3 BGB gewährt in Verweisung auf die Rechtsfolgen ungerechtfertigter Bereicherung einen Anspruch auf Erstattung der bereits gewährten Gegenleistung. Einer Prüfung der Voraussetzungen von § 812 BGB bedarf es nicht. Xenia kann ihren Zahlungsanspruch auch auf § 323 Abs. 3 BGB stützen. Rücktritt ist dafür nicht notwendig.

zu setzen. Den Zeitpunkt für die Fälligkeit der ausfallenden Leistung muß sie gemäß § 323 Abs. 4 BGB nicht abwarten. Somit besteht nur noch die Frage, ob Xenia tatsächlich zurücktrat. Vor einer Klärung, ob sie es ausübte, ist nach etwa verbleibenden anderen Ansätzen zu fragen.

2. Das Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB steht nicht allein. Neben dem Rücktrittsrecht erwarb Xenia einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB mit §§ 280 Abs. 3, 283 BGB (über § 275 Abs. 4 BGB), wenn der Veranstalter den Ausfall des Konzerts zu vertreten hat. Der Veranstalter führte die nachträgliche Unmöglichkeit wissentlich und willentlich, also vorsätzlich herbei. Vorsatz muß er gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vertreten. Der Veranstalter ist sonach ersatzpflichtig. Ihren Ersatzanspruch kann Xenia nach Belieben ohne Rücktritt oder gemäß § 325 BGB in Verbindung mit einem Rücktritt erheben. Vom Rücktritt hängt allenfalls die Schadensberechnung ab. 218

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte darf Gleichwertigkeit von Konzert und Eintrittspreis unterstellt werden. Die Geschädigte kann als Schadensersatz gemäß § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) zwar nicht Rückgewähr verlangen, wohl aber Ausgleich des verlorenen Eintrittsgeldes. Dies kommt im Ergebnis einer Erstattung nach Rücktritt gleich. 219

3. Xenia bleibt es ferner unbenommen, gemäß § 326 Abs. 4 BGB (mit § 275 Abs. 1, Abs. 4 BGB) ohne Rücktritt ihr Eintrittsgeld als wegen Unmöglichkeit der zu vergütenden Leistung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB nicht mehr geschuldet zurückzufordern. § 326 Abs. 1 BGB verlangt nicht, daß der Schuldner den Ausfall zu vertreten hat. Es ist aber unschädlich, wenn er ihn zu vertreten hat. Entlastung des Veranstalters durch Verantwortlichkeit Xenias nach § 323 Abs. 2 Satz 1 BGB ist nicht festzustellen. § 323 Abs. 4 BGB gewährt in Verweisung auf die Rechtsfolgen eines Rücktritts einen Anspruch auf Erstattung der bereits gewährten Gegenleistung. Einer Prüfung der Voraussetzungen von § 346 BGB bedarf es nicht. Xenia kann ihren Zahlungsanspruch auch auf § 326 Abs. 4 BGB stützen. Rücktritt ist dafür nicht notwendig. 220

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 221 4. Nach allem ist das Rückzahlungsverlangen auf dreierlei Weise begründbar. Zur Erstattung führt zum einen gemäß § 346 Satz 1 BGB mit § 327 Satz 1 BGB Rücktritt nach § 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Den Betrag des Eintrittsgeldes erhält Xenia aber zum anderen auch im Wege des Schadensersatzes nach § 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Zum dritten steht Xenia die schlichte Rückforderung nach § 323 Abs. 3 BGB offen.
- 222 Alle drei Wege führen zum selben Ziel. Es kann dahinstehen, wie das Erstattungsverlangen zu verstehen ist. Insbesondere bedarf keiner Prüfung, ob es sich nach § 133 BGB als Rücktrittserklärung gemäß § 349 BGB auslegen läßt.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Aufbau des Gutachtens . . . . .	223	6. System der Leistungsstörungen und vorübergehende Unmöglichkeit . . . . .	233
2. Verzinsung des Eintrittsgeldes	224	7. Mitverschulden oder alleiniges Verschulden des Gläubigers . .	234
3. Fälle und Folgen der Unmöglichkeit. . . . .	225	8. Surrogat. . . . .	236
4. Erfüllungsinteresse oder negatives Interesse . . . . .	231	9. Formelhafte Individualvereinbarung . . . . .	237
5. Vertretenmüssen und Beweislast . . . . .	232		

- 223 1. Die vorgestellte Reihenfolge der Lösungsansätze ist nicht zwingend. Sie ergab sich aus der Reihung der dem Gläubiger gebotenen Möglichkeiten in § 325 Abs. 1 BGB, allerdings mit der Abweichung, daß nach dem Sachverhalt auf den ersten Blick Rücktritt näher zu liegen schien als Schadensersatz.

4. Nach allem ist das Rückzahlungsverlangen auf dreierlei Weise begründbar. Zur Erstattung führt zum einen gemäß § 346 Absatz 1 BGB Rücktritt nach § 326 Abs. 5 BGB. Den Betrag des Eintrittsgeldes erhält Xenia aber zum anderen auch im Wege des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 1 BGB mit §§ 280 Abs. 3, 283 BGB. Zum dritten steht Xenia die schlichte Rückforderung nach § 326 Abs. 4 BGB offen. 221

Alle drei Wege führen zum selben Ziel. Es kann dahinstehen, wie das Erstattungsverlangen zu verstehen ist. Insbesondere bedarf keiner Prüfung, ob es sich nach § 133 BGB als Rücktrittserklärung gemäß § 349 BGB auslegen läßt. Ein Verständnis des Erstattungsverlangens als Schadensersatz ist durch die Rücktrittsfrage nicht berührt. Denn es fügt sich sowohl in eine »kleine« Abrechnung nach der Differenzmethode, wie sie im Rücktrittsfalle geschieht, ein als auch in eine »große« Abrechnung nach der Surrogationsmethode ohne Rücktritt, welche bei einer Gegenleistung in Geld im Ergebnis der Differenzmethode gleichkommt. 222

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Aufbau des Gutachtens . . . . .	223	6. System der Leistungsstörungen und vorübergehende Unmöglichkeit . . . . .	233
2. Verzinsung des Eintrittsgeldes	224	7. Mitverschulden oder alleiniges Verschulden des Gläubigers . . .	234
3. Fälle und Folgen der Unmöglichkeit . . . . .	225	8. Surrogat . . . . .	236
4. Erfüllungsinteresse oder negatives Interesse . . . . .	231	9. Formelhafte Individualvereinbarung . . . . .	237
5. Vertretenmüssen und Beweislast . . . . .	232		

1. Der Aufbau ergab sich aus Parallelsetzung mit der Lösung nach altem Recht. Ein Gutachten allein nach neuem Recht könnte im Sinne sich steigender Anforderungen an den Sachverhalt auch zuerst die schlichte Rückerstattung zur Sprache bringen, dann den Rücktritt und zum Schluß den Schadensersatz. Auch die umgekehrte Reihenfolge (zurückgehende Anforderungen) wäre einleuchtend. 223

- 224 2. Eine Verzinsung des Eintrittsgeldes ergäbe sich für Xenia zum gesetzlichen Zinssatz (4% nach § 246 BGB) aus § 347 Satz 3 BGB.
- 225 3. Das Gesetz unterscheidet zwischen Unmöglichkeit, die jeden als Schuldner träfe («objektive Unmöglichkeit« oder schlicht »Unmöglichkeit«), und Unmöglichkeit nur für den fraglichen Schuldner («subjektive Unmöglichkeit«; »Unvermögen«). Auch anfängliche und spätere Hindernisse sind grundsätzlich unterschieden. Ferner muß man darauf achten, ob der Ausfall eine Pflicht mit Gegenseitigkeit betrifft oder eine einseitige Verbindlichkeit. Schließlich spielt das Vertretenmüssen eine Rolle.
- 226 Die Unterscheidung der objektiven von der subjektiven Unmöglichkeit macht sich beim anfänglichen Hindernis bemerkbar. Nur objektive anfängliche Unmöglichkeit macht das Geschäft gemäß § 306 BGB kraftlos; ein Ersatzanspruch bedarf eigenständiger Begründung in § 309 BGB (als Ausdruck des allgemeinen Gedankens einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß). Im Umkehrschluß besteht der Vertrag bei anfänglichem Unvermögen. Die Konsequenzen sind – methodisch im einzelnen umstritten – dieselben wie bei nachträglicher Unmöglichkeit. Bei wirklicher nachträglicher Unmöglichkeit allerdings stehen individuelle und allgemeine Hindernisse gemäß § 275 Abs. 2 BGB gleich.

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Zur Fortführung der herkömmlichen Kategorien von Leistungsstörungen trotz Bündelung ihrer Regelung siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 3 (unter 4). Unmöglichkeit ist nach wie vor als Fallgruppe von anderen Störungen abzugrenzen und sogar mit eigenen Konsequenzen (namentlich in §§ 283, 311a, 326 BGB) ausgestattet.

2. Eine Verzinsung des Eintrittsgeldes ergäbe sich für Xenia nicht ohne weiteres. Der Veranstalter muß jedoch die tatsächlich gezogenen Nutzungen (§§ 99, 100 BGB) herausgeben (§ 346 Abs. 1 am Ende BGB). Zog er solche nicht, so schuldet er Wertersatz, falls er bei ordnungsgemäßer Wirtschaft Nutzungen gezogen hätte (§ 347 Abs. 1 BGB). Maßstab ist die allgemein zu fordernde Sorgfalt. Nur der Rücktrittsberechtigte kann sich, wenn ihn eine Wertersatzpflicht trifft, mit der seinen eigenen Angelegenheiten gewidmeten Sorgfalt begnügen (§ 347 Abs. 1 Satz 2 BGB). 224

3. Das Gesetz unterscheidet in § 275 BGB grundsätzlich nicht zwischen Unmöglichkeit, die jeden als Schuldner trafe (»objektive Unmöglichkeit« oder schlicht »Unmöglichkeit«), und Unmöglichkeit nur für den fraglichen Schuldner (»subjektive Unmöglichkeit«; »Unvermögen«). Allerdings erfahren anfängliche und spätere Hindernisse zum Teil getrennte Behandlung; Schadensersatz und Aufwendungsersatz als Folgen anfänglicher Unmöglichkeit sind abgerückt in § 311a BGB geordnet. Man muß nicht generell darauf achten, ob der Ausfall eine Pflicht mit Gegenseitigkeit betrifft oder eine einseitige Verbindlichkeit. Schließlich spielt das Vertretenmüssen eine Rolle. 225

Trotz Gleichstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ergibt sich beim anfänglichen Hindernis verdeckt eine Unterscheidung: Zwar macht gemäß § 311a Abs. 1 BGB weder subjektive noch objektive anfängliche Unmöglichkeit das Geschäft kraftlos. Das Geschäft eignet sich aber nur als Grundlage für Sekundäransprüche. Diese sind in § 311a BGB eigens aufgeführt. Schadensersatz hat in § 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB (in Verbindung mit dem klarstellenden Verweis in § 275 Abs. 4 BGB) eine besondere Anspruchsgrundlage. Bei nachträglicher subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit hingegen beruht der Ersatzanspruch auf §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB. 226

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 227 Die Folgen der Unmöglichkeit richten sich (von anfänglicher objektiver Unmöglichkeit abgesehen) bald nach § 280 BGB (einseitige Schuld), bald nach §§ 323 bis 325, 327 (Schuld mit Gegenseitigkeit). Die Definition der Unmöglichkeit ist von der Frage des Vertretensmüssens unabhängig. § 275 Abs. 1 BGB ist insoweit mißverständlich; es geht dort darum, daß der Schuldner auch von Sekundäransprüchen frei wird. Allerdings kann es gemäß § 323 BGB zur Rückabwicklung kommen, ohne daß der Schuldner den Ausfall zu vertreten hätte.
- 228 Wegen Einforderns von Aufwendungsersatz als Schadensausgleich vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 3 (unter 12). Es ist nicht ersichtlich, daß Xenia das Konzert zu erwerblichen Zwecken besuchen wollte. Wäre sie bereits ahnungslos nach Köln gereist, könnte sie dafür keinen Ausgleich beanspruchen. Denn es greift keine Vermutung dafür ein, daß sich die Fahrtkosten finanziell gelohnt hätten. Ausgleich für vergebliche Fahrtkosten könnte sie allenfalls dann begehren, wenn der Veranstalter sich nicht genügend sorgfältig um Benachrichtigung des Publikums gekümmert hätte. Etwaige Versäumnisse wären positive Vertragsverletzung.
- 229 In Dauerschuldverhältnissen (mit oder ohne Gegenseitigkeit) kann Unmöglichkeit nach einem allgemeinen Rechtsgedanken das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund hergeben. Die Kündigung wirkt nur für die Zukunft. Keine Übereinstimmung besteht in der Frage, inwiefern Rücktritt und damit vollkommene Auflösung ausnahmsweise auch von einem Dauerschuldverhältnis möglich ist. Eine derartige Unterscheidung zwischen Dauerschuldverhältnis vor Vollziehung und Dauerschuldverhältnis nach Beginn der Vollziehung hat der Gesetzgeber selbst in § 109 Insolvenzordnung getroffen

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

In allen Fällen ist Aufwendungsersatz auf § 284 BGB zurückzuführen. Die Regelung für anfängliche Unmöglichkeit in § 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB ist nicht eigenständig, sondern verweist lediglich. Die Verweisung geht auf alle Voraussetzungen des § 284 BGB mit Ausnahme der Anknüpfung an die Voraussetzungen für Schadensersatz statt der Leistung; diese Anknüpfung bleibt nach § 311a BGB zu beurteilen.

Die Folgen Schadensersatz oder Aufwendungsersatz sind nicht danach differenziert, ob es sich um einseitige Schuld oder um Schuld mit Gegenseitigkeit handelt. Schließlich ist nicht nur die Definition der Unmöglichkeit von der Frage des Vertretenmüssens unabhängig, sondern auch die Rückabwicklung ohne oder nach Rücktritt gemäß § 326 BGB. Lediglich Schadensersatz oder alternativ Aufwendungsersatz knüpfen an das Vertretenmüssen an. 227

Der Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht unabhängig davon, ob sich die frustrierten Aufwendungen bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung finanziell rentiert hätten. Im Fall könnte Xenia, falls sie ahnungslos nach Köln gereist wäre, vom Veranstalter Ersatz für die Fahrtkosten einfordern, obwohl sie mit diesen auch dann belastet geblieben wäre, wenn das Konzert wirklich in Köln stattgefunden hätte. Weiteres zum Aufwendungsersatz lies in den ergänzenden Hinweisen zu Fall 3 (unter 12). 228

Bei Dauerschuldverhältnissen zieht Ausfall, wenn er die Bedeutung eines wichtigen Grundes erreicht, gemäß § 314 BGB die nur für die Zukunft wirkende Kündigung nach sich. Offen ist die Frage, inwiefern Rücktritt ausnahmsweise auch von einem Dauerschuldverhältnis möglich ist. Eine derartige Unterscheidung zwischen Dauerschuldverhältnis vor Vollziehung und Dauerschuldverhältnis nach Beginn der Vollziehung hat der Gesetzgeber selbst in § 109 Insolvenzordnung getroffen (dort geht es darum, daß der Insolvenzverwalter ein vom insolventen Schuldner eingegangenes Mietverhältnis auflösen darf). 229

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

(dort geht es darum, daß der Insolvenzverwalter ein vom insolventen Schuldner eingegangenes Mietverhältnis auflösen darf).

- 230 Gänzliche Auflösung einseitiger Schuldverhältnisse ist, abgesehen von Dauerschuldverhältnissen, nicht allgemein geregelt. Die Lösung muß man den besonderen Regeln des jeweiligen Schuldverhältnisses entnehmen (zum Beispiel Widerruf eines Auftrages durch den Auftraggeber nach § 671 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB).
- 231 4. Die Ersatzpflicht geht auf das Erfüllungsinteresse (positive Interesse) bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit, nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit und anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit. Sie geht auf den Vertrauensschaden (negatives Interesse) bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit.

Gänzliche Auflösung einseitiger Schuldverhältnisse ist, abgesehen von Dauerschuldverhältnissen, nicht allgemein geregelt. Die Lösung muß man den besonderen Regeln des jeweiligen Schuldverhältnisses entnehmen (zum Beispiel Widerruf eines Auftrages durch den Auftraggeber nach § 671 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB). 230

4. Die Ersatzpflicht soll immer auf das Erfüllungsinteresse (positive Interesse) gehen. Dies leuchtet bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit, nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit und anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit ein. Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit hingegen wird das positive Interesse nicht bestimmbar sein. Da niemand die Verbindlichkeit ordnungsgemäß hätte erledigen können, ist der für Berechnung des Erfüllungsinteresses notwendige Vergleich zwischen hypothetischer Vermögenslage nach Erfüllung und tatsächlicher Vermögenslage nicht möglich. Es fehlt die Einsatzgröße für die gedachte Vermögenslage. Die in der Begründung zum Regierungsentwurf betreffend § 311a Abs. 2 BGB betonte Verpflichtung auf das positive Interesse (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 165, rechts) läuft ins Leere. Feststellbar ist regelmäßig nur ein Vertrauensschaden. 231

Ausnahmen ergeben sich erst aus sehr großzügiger Wahl der Vergleichsposten. So kann man die Vermögenslage bei gedachter Erfüllung im Falle der schon beim Vertragsschluß unbehebbar mangelhaften Kaufsache dadurch zu ermitteln suchen, daß man hypothetisch einen früheren, vor dem Vertragsschluß gewesenen, mangelfreien Zustand fortschreibt. Oder man würde eine frühere, bei Vertragsschluß schon nicht mehr aktuelle Situation als noch gegeben denken, so daß hypothetisch ein Werk oder ein Dienst doch ausführbar wäre. Bei nur teilweise unmöglicher Leistung könnte man prüfen wollen, ob der möglich gebliebene Teil in quantitativer Übertragung die Vorstellung einer Vermögenslage nach gänzlich gelungener Leistung erlaubt. Schließlich käme man auch dadurch zu einer Berechnung des Ausfallschadens nach dem positiven Interesse, wenn man den Vergleich mit einer bloß

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 232 5. Für Schadensersatz und Rücktritt kommt es darauf an, ob der Schuldner den Ausfall zu vertreten hat. § 282 BGB schiebt ihm die Beweislast zu.
- 233 6. Zum System des Rechts der Leistungsstörungen einschließlich der Problematik sogenannter vorübergehender Unmöglichkeit siehe Fall 3 mit den ergänzenden Hinweisen (insbesondere unter 4).
- 234 7. Das Gesetz spricht die Fälle besonders an, in denen die Verantwortung für den Ausfall ganz beim Schuldner liegt (§§ 280, 325 BGB) oder ganz beim Gläubiger (§ 324 BGB) oder auf keiner Seite (§ 323 BGB). Die letztgenannten Regeln kann der Gläubiger nach § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB erst recht geltend machen, wenn der Schuldner den Ausfall zu vertreten hat.
- 235 Die Konsequenzen beiderseitigen Vertretenmüssens sind nicht eigens geregelt. Für die Schadensersatzfrage steht die allgemeine Regel des § 254 BGB zur Verfügung. Sie wirkt in den Ersatz frustrierter Aufwendungen hinein, da dieser nur ein Weg des Schadensausgleiches ist. Ihren Rechtsgedanken muß man auf die Rücktrittskonsequenzen oder die schlichte Verweigerung der Gegenleistung entsprechend anwenden. Die richtige Ansetzung von Lösungen für die beidseits zu vertretende

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

ähnlichen möglichen Leistung zuließe – etwa in dem Falle, daß eine Sportveranstaltung mit Teilnahme eines wenige Stunden zuvor tödlich verunglückten Sportlers A vereinbart wird, aber eine Sportveranstaltung mit dem sich bester Gesundheit erfreuenden Sportler B ähnliche Attraktivität für Besucher, Fernsehpublikum und Werbetreibende hätte. Bei derartigen Vergleichen muß man sich allerdings darüber im klaren sein, daß dann – von der quantitativen Teilunmöglichkeit abgesehen – die aktuelle Vermögenslage nicht mehr mit der gedachten Vermögenslage nach gedachter Durchführung des geschlossenen Vertrages verglichen wird. Vielmehr ist Vergleichsgröße die gedachte Situation nach gedachter Durchführung eines gedachten anderen Vertrages – eines zu einem früheren Zeitpunkt oder über einen anderen Gegenstand geschlossenen.

5. Für Schadensersatz und Aufwendungsersatz (nicht dagegen für Rückabwicklung) kommt es darauf an, ob der Schuldner den Ausfall zu vertreten hat. Die Bildung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 280 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB schiebt ihm die Beweislast zu. 232

6. Zum System des Rechts der Leistungsstörungen einschließlich der Problematik sogenannter vorübergehender Unmöglichkeit siehe Fall 3 mit den ergänzenden Hinweisen (insbesondere unter 4). 233

7. Das Gesetz spricht die Fälle besonders an, in denen die Verantwortung für den Ausfall ganz beim Schuldner liegt (§ 280 Abs. 1 BGB) oder ganz beim Gläubiger (§§ 323 Abs. 6, 326 Abs. 2 BGB). Ohne weiteres erfaßt ist auch die Verantwortlichkeit keiner Seite (§ 326 Abs. 1, Abs. 5 BGB). Regeln, die nicht voraussetzen, daß der Schuldner den Ausfall zu vertreten hat, lassen sich im Erst-recht-Schluß auf die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit anwenden. 234

Die Konsequenzen beiderseitigen Vertretenmüssens sind nicht eigens geregelt. Für die Schadensersatzfrage steht die allgemeine Regel des § 254 BGB zur Verfügung. Sie wirkt in den Aufwendungsersatz nach § 284 BGB hinein, da dieser nur an die Stelle des Schadensersatzes tritt. Den Rechtsgedanken von § 254 BGB muß man aber auch auf die Rücktrittskonsequenzen oder die schlichte Verweigerung der Gegenleistung entsprechend anwenden (dagegen bevorzugen LORENZ/ 235

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Unmöglichkeit ist allerdings hoch umstritten. So besteht schon kein Einvernehmen darin, daß überhaupt die Anspruchsbegründung ihren Ausgangspunkt – je nachdem, wer vorgeht – mit § 324 BGB oder § 325 BGB haben kann.

- 236 8. Ein aus der Unmöglichkeit hervorgehendes Surrogat kann der Gläubiger unabhängig von den Fragen beanspruchen, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat und ob die untergegangene Schuld in Gegenseitigkeit stand (§ 281 Abs. 1 BGB; siehe auch § 323 Abs. 2 BGB). Mitverschulden des Gläubigers mindert seinen Anspruch nicht.
- 237 9. Die Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie die Problematik der zu einmaliger Verwendung durch einen Unternehmer gegenüber einem Verbraucher vorformulierten Vertragsbedingungen ist im AGB-Gesetz behandelt. Wenn die Vertragspartner dagegen einen für eine Seite unangemessen nachteiligen Vertrag gemäß einem Vorschlag von Dritter Seite schließen, den keiner von beiden dem anderen unausweichlich stellt, bedarf es des Rückgriffs auf die Generalklausel des § 242 BGB. Dieser Rückgriff ist durch die Teilkodifikation der Regelungen zu ungleichem Verhandlungsgewicht im AGB-Gesetz nicht verschlossen. Das betrifft insbesondere notarielle Verträge, bei denen sich die Partner auf die Empfehlung des Notars verlassen, ohne daß eine Seite nachgerade auf Verwendung des vom Notar bereitgehaltenen Musters dringt. Auf die »formelhafte« Individualvereinbarung kann sich der von ihr Begünstigte nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn der Benachteiligte »übrumpelt«, das heißt nicht vom Notar über die Tragweite der fraglichen Klausel aufgeklärt wurde (BGH, Urteil vom 17. September 1987 – VII ZR 153/86, BGHZ 101,

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdn. 351f., die Gegenleistung stets ungekürzt zu lassen und den Gläubiger auf Schadensersatzabrechnung nach der Surrogationsmethode mit Berücksichtigung von § 254 BGB allein dort zu verweisen). Zu beachten ist, daß Mitverschulden des Gläubigers den Gläubiger nicht an Verweigerung der Gegenleistung oder am Rücktritt hindert. Erst seine alleinige oder nahezu alleinige Verantwortlichkeit schließt diese Rechte aus (§§ 326 Abs. 2, 323 Abs. 6 BGB). Die Problematik kehrt bei der Leistungsverzögerung wieder. Mit Reduzierung des Rücktrittsrechts auf ein den Verschuldensanteilen entsprechendes Recht zum Teilrücktritt läßt sie sich nicht bewältigen, denn es gibt nur den vollen Rücktritt oder gar keinen Rücktritt. Näheres findet sich in den ergänzenden Hinweisen zu Fall 3 (unter 8).

8. Ein aus der Unmöglichkeit hervorgehendes Surrogat kann der Gläubiger unabhängig von den Fragen beanspruchen, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat und ob die untergegangene Schuld in Gegenseitigkeit stand (§ 285 Abs. 1 BGB; siehe auch § 326 Abs. 3 BGB). Mitverschulden des Gläubigers mindert seinen Anspruch nicht. 236

9. Die Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie die Problematik der zu einmaliger Verwendung durch einen Unternehmer gegenüber einem Verbraucher vorformulierten Vertragsbedingungen ist in §§ 305 ff. BGB behandelt. Wenn die Vertragspartner dagegen einen für eine Seite unangemessen nachteiligen Vertrag gemäß einem Vorschlag von Dritter Seite schließen, den keiner von beiden dem anderen unausweichlich stellt, bedarf es des Rückgriffs auf die Generalklausel des § 242 BGB. Dieser Rückgriff ist durch die Teilkodifikation der Regelungen zu ungleichem Verhandlungsgewicht in §§ 305 ff. BGB nicht verschlossen. Das betrifft insbesondere notarielle Verträge, bei denen sich die Partner auf die Empfehlung des Notars verlassen, ohne daß eine Seite nachgerade auf Verwendung des vom Notar bereitgehaltenen Musters dringt. Auf die »formelhafte« Individualvereinbarung kann sich der von ihr Begünstigte nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn der Benachteiligte »überrumpelt«, das heißt nicht vom Notar über die Tragweite der fraglichen Klausel aufgeklärt wurde (BGH, Urteil vom 17. September 1987 – VII ZR 153/86, BGHZ 101, 237

Fall 2: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

350ff.; BGH, Urteil vom 29. Juni 1989 – VII ZR 151/88, NJW 1989, 2748ff.).

## Fall 2: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

350 ff.; BGH, Urteil vom 29. Juni 1989 – VII ZR 151/88, NJW 1989, 2748 ff.; WOLFGANG LITZENBURGER, Das Ende des vollständigen Gewährleistungsausschlusses beim Kaufvertrag über gebrauchte Immobilien, in: NJW 2002, 1244, 1245 ff.).

Fall 3 Plakate für den Konzertveranstalter:  
Verzögerung einer Werklieferung  
(Abbruch der Vertragsabwicklung; Rücktritt;  
Schadensersatz wegen Schuldnerverzuges)

- 301 a) Konzertveranstalter Konstantin hat Druckereieinhaber Drusus mit dem Druck von Plakaten betraut. Die Plakate sollen bis zum 15. August geliefert werden. Konstantin will sie ab dem 1. September für 3 Wochen auf Litfaßsäulen und Werbetafeln anbringen lassen. Entsprechende Abmachungen mit Werbeunternehmen hat Konstantin bereits getroffen. Die Plakate sind als Ankündigung einer Konzertreihe am Jahresende mit Hinweis auf sofortigen Beginn des Vorverkaufs gedacht.

Obwohl die Druckvorlagen ordnungsgemäß sind, gelingt es Drusus nicht, den Liefertermin einzuhalten. Denn sein Angestellter Anton ist mehrfach aus ungeklärter Ursache der Arbeitsstelle ferngeblieben.

Am 18. August fordert Konstantin den Drusus auf, bis zum 21. August die Plakate zu liefern; ansonsten lege er auf die Ausführung des Druckauftrages keinen Wert mehr. Als am 22. August noch immer keine Lieferung von Drusus eingetroffen ist, wendet sich Konstantin, ohne Drusus hiervon zu benachrichtigen, an den Schnelldruckbetrieb Sascha, der die gewünschten Plakate am 26. August liefert. Am 27. August liefert auch Drusus.

Drusus verlangt die vereinbarte Vergütung. Konstantin lehnt die Zahlung mit der Begründung ab, daß er für die Plakate des Drusus keine Verwendung habe. Er werde, so führt Konstantin weiter aus, den Werbeunternehmen die Plakate des Sascha geben. Drusus meint, sich eine solche Willkür nicht gefallen lassen zu müssen. Konstantin habe offensichtlich nach wie vor Bedarf an den Plakaten, da er immer noch Werbung betreiben wolle. Im übrigen sei die Verwendbarkeit seiner – des Drusus – Leistung für Konstantin ohnehin nicht sein – des Drusus – Risiko.

Muß Konstantin an Drusus zahlen?

b) Abwandlung: Bis zum 28. August zu liefernde Plakate will Konstantin ab dem 1. September für eine Woche auf Litfaßsäulen und Werbetafeln anbringen lassen. Wiederum sind entsprechende Abmachungen mit Werbeunternehmen bereits getroffen. Mit den Plakaten will Konstantin ein für den 7. September vorgesehenes Konzert kurzfristig bewerben. 302

Auch jetzt gelingt es Drusus nicht, den Liefertermin einzuhalten, weil sein Angestellter Anton mehrfach aus ungeklärter Ursache der Arbeitsstelle fernbleibt. Drusus tröstet Konstantin von Tag zu Tag. Nach dem 2. September ist von Drusus nichts mehr zu hören. Konstantin läßt nichts unversucht, kann aber keinen anderen Drucker finden, der ihm sofort helfen würde.

Erst am 5. September liefert Drusus die Plakate. K möchte sie nicht bezahlen, da er keinen Sinn darin sieht, sie jetzt noch aufzuhängen.

Muß K die Plakate bezahlen?

c) Fortsetzung der Abwandlung: Das Konzert vom 7. September ist schlecht besucht. Konstantin beharrt nicht nur auf seiner Zahlungsverweigerung, sondern kann einige Zeit später auch nachweisen, daß 300 Besucher mehr erschienen wären, wenn die Plakate rechtzeitig gehangen hätten. Er fordert von Drusus Ersatz des Einnahmenausfalls. 303

Zu Recht?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Alle drei Aufgaben richten sich allein auf die Beziehung zwischen den beiden Hauptakteuren Konstantin und Drusus. Stets entstehen Mißhelligkeiten aus Verzögerung der versprochenen Lieferung. Ohne Umschweife wird man als zugrundeliegendes Geschäft einen Werklieferungsvertrag ausmachen. 304

### Fall 3: Verzögerung einer Werklieferung

305 In den beiden ersten Aufgaben geht es um die Zahlungspflicht. Sie ist je nach näherer Einschätzung der Werklieferung von den Regeln des Kaufs oder denen des Werkvertrages aus zu untersuchen. Konstantin sieht sich aus Anlaß der Verzögerung des Drucks von ihr befreit. Es bietet sich an, der positiven Fragestellung zu folgen, das Gutachten als Prüfung eines Zahlungsanspruchs aufzubauen und nicht umgekehrt sogleich mit der Zahlungsverweigerung anzusetzen. Im Verlaufe der Prüfung wäre dann die Zahlungsverweigerung unter dem Gesichtspunkt zu untersuchen, ob die beiderseitigen Pflichten wegen Rücktritts oder zumindest wegen Ablehnung weiterer Vertragsabwicklung erloschen. Dazu kommt insbesondere das Regelwerk des Schuldnerverzuges in Betracht. Doch auch das Umfeld des Schuldnerverzuges ist zu beachten:

Zum einen drängt es sich auf, nach einem Fixgeschäft zu fragen und dabei zu erörtern, ob vielleicht die Lieferung der Plakate so eng an die Zeitvorgabe gebunden ist, daß Terminüberschreitung nicht mehr nur Verzögerung, sondern einen unrettbaren Leistungsausfall (Unmöglichkeit) bedeutet. Die Frage der Unmöglichkeit läßt sich innerhalb eines auf Rücktritt oder Ablehnung der Vertragsabwicklung zielenden Lösungsansatzes klären. Man kann sie aber auch mit einem separaten Lösungsansatz zu bewältigen suchen.

Zum anderen gibt es Regeln über Verzögerung neben denen des Schuldnerverzuges. Diese Regeln verlangen nicht durchweg, daß sämtliche Voraussetzungen für Schuldnerverzug erfüllt sind. Soweit sie geringere Anforderungen stellen, ist es sinnvoll, sie an die Spitze zu stellen.

Kündigung des Geschäfts nach § 649 BGB anzusprechen liegt hingegen fern. Dieses Instrument kann Konstantins Ansinnen nicht gerecht werden, weil es im Grundsatz die Vergütungspflicht nicht beseitigt.

Die Angabe einer Sachverhaltsvariation läßt im übrigen vermuten, daß die Lösungen sich nicht vollkommen decken, sondern der Aufgabensteller an – zumindest leicht – verschiedene Argumentationsverläufe denkt.

### Fall 3: Verzögerung einer Werklieferung

Bei der Erörterung eines Rücktrittsrechts ist voreilige Erörterung einer Rückabwicklung (§ 346 BGB alt und neu; § 327 BGB alt) zu vermeiden. Es geht nur um den ursprünglichen Zahlungsanspruch.

Die dritte Aufgabe zielt auf Schadensersatz wegen der Verzögerung. 306  
Hierzu drängt sich ein Lösungsansatz mit Schuldnerverzug auf. Weitere Ansätze kommen nicht in Frage, sobald die Einstufung des Vorfalles als Unmöglichkeit verneint ist.

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

Zu Aufgabe a:

- 307 1. Zu untersuchen ist, ob Drusus die vereinbarte Vergütung als Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB fordern darf.
- 308 2.a Grundvoraussetzung hierfür ist der Abschluß eines Werkvertrages nach § 631 BGB oder eines nach § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB wie ein Werkvertrag zu beurteilenden Werklieferungsvertrages.
- 309 2.b Die zwischen Konstantin und Drusus getroffene Absprache zielte auf die Anfertigung von Plakaten und damit auf einen Erfolg im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB. Allerdings sollte sich darin die Verpflichtung des Drusus nicht erschöpfen. Vielmehr ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte bei verständiger Würdigung der Abprache gemäß §§ 133, 157 BGB davon auszugehen, daß Drusus das für den Druck notwendige Material (Papier, Farben) selbst zu besorgen hatte. Außerdem mußte, so ergibt die Auslegung der Abrede weiter, Drusus das Erzeugnis dem Konstantin übergeben und zu Eigentum verschaffen. Damit stellt sich die Absprache als Werklieferungsvertrag nach § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.
- 310 2.c Werklieferungsverträge folgen nach § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB zunächst dem Kaufrecht. Hiernach wäre der Zahlungsanspruch auf § 433 Abs. 2 BGB zu stützen. Jedoch wird das Kaufrecht weitgehend, insbesondere auch hinsichtlich der Vergütung, durch die Regeln des Werkvertrages verdrängt, wenn das zugesagte Erzeugnis eine nicht vertretbare Sache darstellt. Vertretbar ist eine Sache gemäß § 91 BGB, wenn der Verkehr sie nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt und damit die Vorstellung einer Ersetzbarkeit eines einzelnen Stückes durch ein anderes oder einer Menge durch eine andere verbindet. Die Plakate sind zwar zählbar. Aber die Zahl kennzeichnet die in den Plakaten zu erbringende Druckleistung lediglich dem Umfang nach und drückt nicht zugleich auch die Austauschbarkeit des Gegenstandes

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

**Zu Aufgabe a:**

1. Zu untersuchen ist, ob Drusus die vereinbarte Vergütung als Kaufpreis nach § 433 Abs. 2 BGB fordern darf. 307
- 2.a Grundvoraussetzung hierfür ist der Abschluß eines Kaufvertrages nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB oder eines nach § 651 Satz 1 BGB wie ein Kauf zu beurteilenden Werklieferungsvertrages. 308
- 2.b Die zwischen Konstantin und Drusus getroffene Absprache zielte auf die Anfertigung von Plakaten und damit auf einen Erfolg im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB. Allerdings sollte sich darin die Verpflichtung des Drusus nicht erschöpfen. Vielmehr ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte bei verständiger Würdigung der Abprache gemäß §§ 133, 157 BGB davon auszugehen, daß Drusus das für den Druck notwendige Material (Papier, Farben) selbst zu besorgen hatte. Außerdem mußte, so ergibt die Auslegung der Abrede weiter, Drusus das Erzeugnis dem Konstantin übergeben und zu Eigentum verschaffen. Damit stellt sich die Absprache als Werklieferungsvertrag nach § 651 Satz 1 BGB dar, ohne daß geklärt werden müßte, inwieweit Kaufrecht Platz greifen kann, wenn das Material vom Besteller stammt. 309
- 2.c Werklieferungsverträge folgen nach § 651 Satz 1 BGB dem Kaufrecht unabhängig davon, ob das zugesagte Erzeugnis eine vertretbare Sache gemäß § 91 BGB oder eine nicht vertretbare Sache darstellt. Die bei nicht vertretbaren Erzeugnissen gemäß § 651 Satz 3 BGB ergänzend anzuwendenden Regelungen des Werkvertragsrechts betreffen nicht die Vergütungsfrage überhaupt. Folglich entstand der Zahlungsanspruch nach § 433 Abs. 2 BGB. 310

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

aus. Vielmehr entscheidet der besondere, von Konstantin gewünschte Inhalt über die Eigenheit der Leistung. Die Plakate sind eine Sonderanfertigung für Konstantin. Sie sind demnach keine vertretbaren Sachen. Folglich tritt gemäß § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB an die Stelle von § 433 Abs. 2 BGB die Begründung des Vergütungsanspruches mit § 631 Abs. 1 BGB.

- 311 2.d An dieser Stelle ist noch gleichgültig, ob der Vertrag ein Handelsgeschäft ist. Die Verpflichtung im Werklieferungsvertrag zum Werklohn überhaupt ist im Handelsgesetzbuch nicht besonders geregelt. Nach Art. 2 EGHGB bliebe es ohnehin bei den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, nämlich § 631 Abs. 1 BGB.
- 312 3. Der Werklohnanspruch des Drusus darf nicht inzwischen weggefallen sein.
- 313 3.a Zu denken ist zunächst an einen Verlust des Werklohnanspruchs wegen Unmöglichwerdens der Plakatlieferung gemäß § 323 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB. Die Lieferung müßte mit Erreichen des Termins oder später unnachholbar und gerade damit unmöglich im Sinne von § 275 BGB geworden sein. Das setzt jedoch voraus, daß die Zeitabsprache Teil der Definition der Lieferung wurde. Der Vertrag müßte sich als sogenanntes absolutes Fixgeschäft darstellen. Für eine derartige Interpretation des Geschäfts fehlen hier hinreichende Anhaltspunkte. Auch eine verzögerte Lieferung blieb erfüllungstauglich. Die Nützlichkeit für Konstantin würde nur allmählich schwinden. Die Werklohnverpflichtung entfiel demnach nicht wegen Unmöglichkeit.
- 314 3.b Der Zahlungsanspruch kann jedoch wegen Rücktritts des Konstantin untergegangen sein. Dazu ist zunächst nach einem Rücktrittsrecht zu fragen.
- 315 In Betracht kommt Rücktritt wegen Nichteinhaltens genau bestimmter Lieferzeit nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB. Drusus wie Konstantin sind Gewerbetreibende im Sinne von § 1 Abs. 1, Abs. 2 Halbsatz 1 HGB. Mangels näherer Angaben ist davon auszugehen, daß ihre Unternehmungen nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtung

- 2.d An dieser Stelle ist noch gleichgültig, ob der Vertrag ein Handelsgeschäft ist. Die Verpflichtung im Werklieferungsvertrag zur Kaufpreiszahlung überhaupt ist im Handelsgesetzbuch nicht besonders geregelt. Nach Art. 2 EGHGB bliebe es ohnehin bei den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, nämlich § 433 Abs. 2 BGB. 311
3. Der Anspruch des Drusus auf Vergütung der Werklieferung darf nicht inzwischen weggefallen sein. 312
- 3.a Zu denken ist zunächst an einen Verlust des Zahlungsanspruchs wegen Unmöglichwerdens der Plakatlieferung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB. Die Lieferung müßte mit Erreichen des Termins oder später unnachholbar und gerade damit unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB geworden sein. Das setzt jedoch voraus, daß die Zeitabsprache Teil der Definition der Lieferung wurde. Der Vertrag müßte sich als sogenanntes absolutes Fixgeschäft darstellen. Für eine derartige Interpretation des Geschäfts fehlen hier hinreichende Anhaltspunkte. Auch eine verzögerte Lieferung blieb erfüllungstauglich. Die Nützlichkeit für Konstantin würde nur allmählich schwinden. Die Zahlungsverpflichtung entfiel demnach nicht wegen Unmöglichkeit. 313
- 3.b Der Zahlungsanspruch kann jedoch wegen Rücktritts des Konstantin untergegangen sein. Dazu ist zunächst nach einem Rücktrittsrecht zu fragen. 314
- In Betracht kommt Rücktritt wegen Nichteinhaltens genau bestimmter Lieferzeit nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB. Drusus wie Konstantin sind Gewerbetreibende im Sinne von § 1 Abs. 1, Abs. 2 Halbsatz 1 HGB. Mangels näherer Angaben ist davon auszugehen, daß ihre Unternehmungen nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtung 315

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

bedürfen und somit nicht unter die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB fallen. Der Werklieferungsvertrag ist daher ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Die Vorschrift des § 345 HGB über einseitige Handelsgeschäfte muß nicht bemüht werden. § 381 Abs. 2 HGB stellt die kaufmännische Werklieferung dem Handelskauf gleich. Dies eröffnet den Weg zu § 376 HGB.

- 316 Die Lieferzeit war genau festgelegt. Nicht nur Konstantin, sondern auch Drusus war nach dem Inhalt der anzufertigenden Plakate klar, daß Verzögerungen auf jeden Fall zu vermeiden waren, sollte die Lieferung nicht bei fortschreitender Zeit ihren Sinn mehr und mehr verlieren. Es lag für beide Seiten auf der Hand, daß ein Geschäft über Werbeplakate, die auf den Tag bestimmte Ereignisse ankündigen, mit dem Liefertermin im Sinne eines sogenannten relativen Fixgeschäfts »steht und fällt«. Mit Verstreichen des Liefertermins gewann Konstantin deshalb das Recht zurückzutreten. Schuldnerverzug muß dafür nicht vorliegen. Ob in der konkret entstandenen Situation Konstantin für die verspätet gelieferten Plakate doch noch Verwendung hat, spielt keine Rolle; für eine abweichende Beurteilung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder Handelssitte (§ 346 HGB) ist kein Anhaltspunkt gegeben. Indessen läßt grundsätzlich erst der ausgeübte Rücktritt die wechselseitigen Ansprüche fortfallen. Andererseits erhält sich der Gläubiger nach § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB seinen Lieferanspruch nur dann, wenn er unverzüglich nach Fristablauf anzeigt, daß er auf Lieferung besteht. Verzichtet er darauf, entfällt mit seinem Lieferanspruch auch seine Zahlungspflicht. Was Konstantin insoweit tat, ist bisher ebensowenig geprüft wie das Eingreifen von Schadensersatzvorschriften. Beides kann die Entscheidung für einen Rücktritt beeinflussen. Die Beurteilung des Verhaltens von Konstantin ist einstweilen zurückzustellen. Es bewendet zunächst dabei, daß Konstantin ein Rücktrittsrecht erlangte.
- 317 3.c Ergänzend erhebt sich die Frage, ob sich das Rücktrittsrecht auch mit § 361 BGB begründen läßt. Indessen geht § 376 HGB dem § 361 BGB als Sondervorschrift im Sinne von Art. 2 Abs. 1 HGB vor. Es bedarf dann keiner zusätzlichen Ausführungen zur Auslegung des Geschäfts mit § 361 BGB als Interpretationsregel.

bedürfen und somit nicht unter die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB fallen. Der Werklieferungsvertrag ist daher ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Die Vorschrift des § 345 HGB über einseitige Handelsgeschäfte muß nicht bemüht werden. § 381 Abs. 2 HGB stellt die kaufmännische Werklieferung dem Handelskauf gleich. Dies eröffnet den Weg zu § 376 HGB.

Die Lieferzeit war genau festgelegt. Nicht nur Konstantin, sondern auch Drusus war nach dem Inhalt der anzufertigenden Plakate klar, daß Verzögerungen auf jeden Fall zu vermeiden waren, sollte die Lieferung nicht bei fortschreitender Zeit ihren Sinn mehr und mehr verlieren. Es lag für beide Seiten auf der Hand, daß ein Geschäft über Werbeplakate, die auf den Tag bestimmte Ereignisse ankündigen, mit dem Liefertermin im Sinne eines sogenannten relativen Fixgeschäfts »steht und fällt«. Mit Verstreichen des Liefertermins gewann Konstantin deshalb das Recht zurückzutreten. Schuldnerverzug muß dafür nicht vorliegen. Ob in der konkret entstandenen Situation Konstantin für die verspätet gelieferten Plakate doch noch Verwendung hat, spielt keine Rolle; für eine abweichende Beurteilung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder Handelssitte (§ 346 HGB) ist kein Anhaltspunkt gegeben. Indessen läßt grundsätzlich erst der ausgeübte Rücktritt die wechselseitigen Ansprüche fortfallen. Andererseits erhält sich der Gläubiger nach § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB seinen Lieferanspruch nur dann, wenn er unverzüglich nach Fristablauf anzeigt, daß er auf Lieferung besteht. Verzichtet er darauf, entfällt mit seinem Lieferanspruch auch seine Zahlungspflicht. Was Konstantin insoweit tat, ist bisher ebensowenig geprüft wie das Eingreifen von Schadensersatzvorschriften. Beides kann die Entscheidung für einen Rücktritt beeinflussen. Die Beurteilung des Verhaltens von Konstantin ist einstweilen zurückzustellen. Es bewendet zunächst dabei, daß Konstantin ein Rücktrittsrecht erlangte. 316

3.c Ergänzend erhebt sich die Frage, ob der Rücktritt sich auch mit § 323 Abs. 1 BGB begründen läßt oder ob mit Hilfe dieser Vorschrift sogar schon vor Ausübung des Rücktrittsrechts Fortfall der Zahlungspflicht festzustellen ist. 317

## Fall 3: Lösung nach altem Recht

### Fall 3: Lösung nach neuem Recht

Die Frage wäre sogleich zu verneinen, wenn § 376 HGB dem § 323 BGB als Sondervorschrift im Sinne von Art. 2 Abs. 1 HGB vorgeinge. Indessen setzen § 376 HGB und § 323 BGB verschiedene Tatbestände. Die Eigenständigkeit von § 323 BGB gegenüber § 376 HGB geht auch nicht insoweit verloren, als der Fall des relativen Fixgeschäftes mit § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB in den Zusammenhang des § 323 BGB integriert ist (andere Ansicht, wonach betreffend das relative Fixgeschäft § 376 HGB vorgeht, gut vertretbar).

Der Werklieferungsvertrag ist gegenseitiger Vertrag im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB. Die Lieferung der Plakate war darin eine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Hauptpflicht. Damit erübrigt sich das Problem einer Abgrenzung zwischen Rücktritt nach § 323 BGB wegen Verstoßes gegen die Leistungspflicht und Rücktritt nach § 324 BGB wegen Verstoßes gegen Nebenpflichten, welches daraus entsteht, daß § 323 BGB auch den Verstoß gegen nicht im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Leistungspflichten aus einem im übrigen gegenseitigen Vertrag erfassen soll (Begründung zu § 323 Abs. 1 BGB im Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 183, rechts). Erforderlich ist nun zwar auf Seiten des Drusus nicht Schuldnerverzug nach § 286 BGB, aber immerhin Ausbleiben der fälligen und durchsetzbaren Leistung. Die Lieferung war am 15. August fällig. Drusus stand kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Konstantin setzte Drusus gemäß § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Nachfrist. Hieran war Konstantin nicht etwa deswegen gehindert, weil er wegen Fixschuldcharakters der Lieferverbindlichkeit nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB oder nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder wegen Interessefortfalls nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB schon ohne Fristsetzung hätte zurücktreten dürfen. Dem Gläubiger bleibt es unbenommen, vorsichtshalber für die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen mehrerer Vorschriften zu sorgen. Mit einer Ablehnung der Leistung für den Fall der Fristversäumnis brauchte Konstantin seine Nachfrist nicht zu verbinden. Die Frist verstrich ohne Lieferung. Darauf, ob Drusus den Lieferrückstand zu vertreten hat, kommt es nicht an. Ein Ausschluß des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 BGB wegen Verantwortlichkeit des Konstantin liegt fern.

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

- 318 3.d Des weiteren ist an ein Recht zum Rücktritt in Anlehnung an die Vorschriften zur Wandelung nach §§ 636 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 634 Abs. 1 und 2 BGB zu denken.

Auf den Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen findet § 636 BGB nach § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB Anwendung. Gemäß Art. 2 Abs. 1 EGHGB ist § 636 BGB nicht durch § 376 HGB verdrängt. Drusus stellte das Werk ganz nicht rechtzeitig her gemäß § 636 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB. Um die Terminüberschreitung herrscht kein Streit; auf die Beweislastregel des § 636 Abs. 2 BGB kommt es nicht an. Konstantin setzte Drusus gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB mit § 636 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB eine Nachfrist von drei Tagen und erklärte dabei, die Plakate nach Ablauf der Frist nicht mehr annehmen zu wollen. Diese Zeitspanne ist nach den Umständen angemessen. Da Drusus sie nicht nutzte, erhielt Konstantin gemäß § 634 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 BGB mit § 636 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB das Recht zurückzutreten. Dieses Rücktrittsrecht konnte Drusus nicht durch nachträgliche Lieferung unterlaufen.

- 319 3.e Schließlich ist nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 BGB ein Rücktrittsgrund unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges zu suchen oder sogar schon vor Ausübung des Rücktrittsrechts Fortfall der Zahlungspflicht festzustellen.
- 320 Die Regelungen des § 326 BGB werden, was den Rücktritt anbelangt, weder von § 376 HGB noch von § 361 BGB überdeckt (andere Ansicht vertretbar). Auch § 636 Abs. 1 Satz 1 BGB verdrängt § 326 BGB nicht, wie § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB klarstellt.

Konstantin stand nach § 323 Abs. 1 BGB der Rücktritt zu Gebote. Bis zum Rücktritt bleibt allerdings, wenn man von § 376 HGB einmal abseht (oben 3.b), die Lieferpflicht und dementsprechend die Zahlungspflicht bestehen.

3.d Ohne Rücktritt entfällt die Lieferpflicht mit Einfordern von Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB. Die Schadensersatzsregelung des § 280 Abs. 1 BGB mit §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB wird von § 376 HGB nicht verdrängt (andere Ansicht vertretbar). 318

Drusus erbrachte seine Leistung nicht pünktlich und damit »nicht« im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Damit verletzte er seine Pflicht gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auf den Schuldnerverzug kommt es an dieser Stelle, obwohl er regelmäßig zugleich vorliegt, nicht an. Vielmehr entscheidet fruchtloser Ablauf einer Nachfrist oder deren Entbehrlichkeit nach § 281 Abs. 2 BGB. Da eine wörtliche Parallele zu § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB fehlt, ist nicht schon wegen Eigenschaft der Lieferverbindlichkeit als relative Fixschuld allein Entbehrlichkeit anzunehmen. Doch kann die Eigenschaft als Fixgeschäft unter den einschlägigen besonderen Umständen nach § 281 Abs. 2 Fall 2 BGB mitwirken. In Verbindung mit dem Interessefortfall war eine Nachfrist gemäß § 281 Abs. 2 Fall 2 BGB überflüssig, so wie es zum Rücktrittsrecht bereits dargelegt wurde (oben 3.c zu Aufgabe b). Seinen Rückstand hat Drusus im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten. Konstantin erhielt das Recht, Schadensersatz statt der Leistung zu fordern.

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

- 321 Der Werklieferungsvertrag ist gegenseitiger Vertrag im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Lieferung der Plakate war darin eine im Gegenseitigkeitszusammenhang stehende Hauptpflicht. Erforderlich ist Schuldnerverzug nach § 284 BGB auf Seiten des Drusus. Die Lieferung war am 15. August fällig. Drusus stand kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Zeit für die Lieferung war kalendermäßig bestimmt nach § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB. Schuldnerverzug ist daher gemäß § 285 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn Drusus seinen Rückstand nicht zu vertreten hat. Drusus muß eigenes Verschulden nach § 276 BGB ebenso verantworten wie dasjenige seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 Satz 1 BGB. Die Sorgfaltsanforderungen richten sich gemäß § 347 Abs. 1 HGB nach kaufmännischen Maßstäben.
- 322 Zu den Erfüllungsgehilfen zählt der im Sachverhalt erwähnte Anton als von Drusus bei Erledigung seiner Verpflichtungen eingesetzte Unterstützung. Da die Ursache für das Fernbleiben des Anton unklar bleibt, verbietet sich die Feststellung seiner Schuldlosigkeit. Ebenso wenig ist feststellbar, ob Drusus selbst alles Zumutbare tat, um das Fernbleiben auszuschließen oder zu überbrücken. Indem die Vorschrift des § 285 BGB als Ausnahme von § 284 BGB gestaltet ist, geht die unklare Tatsachenlage zu Lasten des Drusus. Damit steht Schuldnerverzug fest.
- 323 Konstantin setzte Drusus gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB eine angemessene Nachfrist; dabei brachte er unmißverständlich zum Ausdruck, die Lieferung nach ergebnislosem Zeitablauf nicht mehr annehmen zu wollen. Hieran war Konstantin nicht etwa deswegen gehindert, weil er nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB schon ohne Fristsetzung hätte zurücktreten dürfen. Dem Gläubiger bleibt es unbenommen, vorsichtshalber für die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen mehrerer Vorschriften zu sorgen. Auch auf Interessefortfall nach § 326 Abs. 2 BGB kommt es daher nicht an. Die Frist verstrich ohne Lieferung.
- 324 Konstantin stand nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt zu Gebote. Schon vor einer Entscheidung zwischen Erklärung des Rücktritts und Schadensersatzverlangen büßte Drusus seinen Zahlungsanspruch

### Fall 3: Lösung nach neuem Recht



### Fall 3: Lösung nach altem Recht

ein, weil er im wechselseitigen Zusammenhang mit dem Lieferanspruch stand und dieser nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB unterging.

- 325 4. Nachdem Konstantins Handlungsmöglichkeiten entwickelt sind, fragt sich, welchen Weg Konstantin einschlug. Auf die nachträgliche Lieferung mußte er sich nicht einlassen. Jedenfalls mit ihrer Ablehnung als Leistung wahrte Konstantin seine Handlungsmöglichkeiten. Konstantin brachte in seiner Zahlungsverweigerung deutlich zum Ausdruck, daß er an der Lieferung des Drusus kein Interesse mehr hat. Umso weniger ist eine unverzügliche Anzeige des Erfüllungsbegehrens im Sinne von § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB zu erkennen. Konstantin konnte die Angelegenheit wegen Fortfalls der Hauptansprüche auf sich beruhen lassen, Schadensersatz fordern oder zurücktreten.
- 326 Einen Rücktritt mußte Konstantin nach § 349 BGB gegenüber Drusus besonders erklären. Seiner Nachfristsetzung ist nach Auslegung gemäß § 133 BGB noch keine Rücktrittserklärung zu entnehmen. Mit der Nachfristsetzung verlor Konstantin allerdings auch nicht sein Rücktrittsrecht. Er durfte es zumindest nach Ablauf der Nachfrist ausüben. Das tat er womöglich mit seiner Zahlungsverweigerung. Sie läßt sich, da Konstantin nicht von ausgleichsbedürftigen Schäden spricht, eventuell gemäß § 133 BGB als Rücktrittserklärung auslegen. Fraglich bliebe freilich, ob es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder Handels-sitte (§ 346 HGB) mittlerweile zu spät für einen Rücktritt ist, nachdem Konstantin sich mehrere Tage nach Auslaufen der Nachfrist nicht mehr mit Drusus in Verbindung gesetzt hat. Indessen ist zu bedenken, daß im Gegenteil Fortsetzung des Geschäfts nach § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB besonders von Konstantin hätte gewünscht werden müssen.
- 327 Wofür sich Konstantin entschied, kann dahinstehen, wenn alle Wege die Zahlungspflicht beseitigen. Für Untätigbleiben und Rücktritt steht

4. Nachdem Konstantins Handlungsmöglichkeiten entwickelt sind, fragt sich, welchen Weg Konstantin einschlug. Auf die nachträgliche Lieferung mußte er sich nicht einlassen. Der Gesetzgeber ging zwar davon aus, daß der Schuldner die Schwebesituation zwischen Entstehen und Ausübung des Rücktrittsrechts durch Leistung beenden kann (Begründung zu § 323 Abs. 1 BGB nach dem Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 185, rechts). Dazu ist aber erforderlich, daß der Gläubiger die nachgeschobene Leistung noch akzeptiert (andere Ansicht vertretbar). Jedenfalls mit Ablehnung der Lieferung als Leistung wahrte Konstantin seine Handlungsmöglichkeiten. Konstantin brachte in seiner Zahlungsverweigerung deutlich zum Ausdruck, daß er an der Lieferung des Drusus kein Interesse mehr hat. Umso weniger ist eine unverzügliche Anzeige des Erfüllungsbegehrens im Sinne von § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB zu erkennen. Konstantin konnte die Angelegenheit wegen Fortfalls der Hauptansprüche auf sich beruhen lassen, Schadensersatz fordern oder zurücktreten. 325

Einen Rücktritt mußte Konstantin nach § 349 BGB gegenüber Drusus besonders erklären. Seiner Nachfristsetzung ist nach Auslegung gemäß § 133 BGB noch keine Rücktrittserklärung zu entnehmen. Mit der Nachfristsetzung verlor Konstantin allerdings auch nicht sein Rücktrittsrecht. Er durfte es zumindest nach Ablauf der Nachfrist ausüben. Das tat er womöglich mit seiner Zahlungsverweigerung. Sie läßt sich, da Konstantin nicht von ausgleichsbedürftigen Schäden spricht, eventuell gemäß § 133 BGB als Rücktrittserklärung auslegen. Fraglich bliebe freilich, ob es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder Handels-sitte (§ 346 HGB) mittlerweile zu spät für einen Rücktritt ist, nachdem Konstantin sich mehrere Tage nach Auslaufen der Nachfrist nicht mehr mit Drusus in Verbindung gesetzt hat. Indessen ist zu bedenken, daß im Gegenteil Fortsetzung des Geschäfts nach § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB besonders von Konstantin hätte gewünscht werden müssen. 326

Wofür sich Konstantin entschied, kann dahinstehen, wenn alle Wege die Zahlungspflicht beseitigen. Für Untätigbleiben und Rücktritt steht 327

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

dies bereits fest. Aber auch ein Schadensersatzverlangen würde den Zahlungsanspruch nicht wiederaufleben lassen. Dabei ist gleichgültig, ob man den Schadensersatz von vornherein nur als »klein« im Sinne der Differenzmethode berechenbar ansieht oder ob man dem Gläubiger, selbst wenn das bei einer in Geld bestehenden Gegenleistung keinen Sinn ergibt, »große« Abrechnung im Sinne einer Surrogationsmethode gestattet. Es braucht nicht geklärt zu werden, ob Konstantin endgültig von dem Geschäft loskommen oder sich mit bloßer Untätigkeit ein Schadensersatzverlangen vorbehalten wollte.

328 5. Drusus fordert das Geld zu unrecht.

#### Zu Aufgabe b:

- 329 1. Wiederum ist zu untersuchen, ob Drusus die vereinbarte Vergütung als Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB fordern darf.
- 330 2. Ein nach den Regeln des Werkvertrages zu beurteilender Werklieferungsvertrag liegt wie oben zu Aufgabe a (unter 2.a) geschildert vor.
- 331 3. Auch jetzt gilt, daß der Werklohnanspruch des Drusus nicht inzwischen weggefallen sein darf.
- 332 3.a Trotz der nunmehr sehr gedrängten Terminfolge ist erneut keine Unmöglichkeit der Lieferung festzustellen (andere Ansicht gut vertretbar; insbesondere Annahme der zeitlichen Grenze bei Beginn der geplanten Hängezeit und Abrechnung der hiervon verstrichenen gegenüber der verbliebenen Zeit).
- 333 3.b Der Zahlungsanspruch kann jedoch wegen Rücktritts des Konstantin untergegangen sein. Wie schon zu Aufgabe a (unter 3.b) läßt sich – vorbehaltlich früheren Untergangs der Zahlungspflicht – das Recht zum Rücktritt wegen Nichteinhaltens genau bestimmter Lieferzeit nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB feststellen.
- 334 3.c Rücktritt nach § 361 BGB scheidet wie zu Aufgabe a (unter 3.c) dargelegt aus.

dies bereits fest. Aber auch ein Schadensersatzverlangen würde den Zahlungsanspruch nicht wiederaufleben lassen. Dabei ist gleichgültig, ob man den Schadensersatz von vornherein nur als »klein« im Sinne der Differenzmethode berechenbar ansieht oder ob man dem Gläubiger, selbst wenn das bei einer in Geld bestehenden Gegenleistung keinen Sinn ergibt, »große« Abrechnung im Sinne einer Surrogationsmethode gestattet. Es braucht nicht geklärt zu werden, ob Konstantin endgültig von dem Geschäft loskommen wollte und dabei gemäß § 325 BGB etwaigen Schadensersatz nicht verlieren würde oder ob er sich bei bloßer Untätigkeit ein Schadensersatzverlangen vorbehalten wollte.

5. Drusus fordert das Geld zu unrecht. 328

**Zu Aufgabe b:**

1. Wiederum ist zu untersuchen, ob Drusus die vereinbarte Vergütung als Kaufpreis nach § 433 Abs. 2 BGB fordern darf. 329

2. Ein nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurteilender Werklieferungsvertrag liegt wie oben zu Aufgabe a (unter 2.a) geschildert vor. 330

3. Auch jetzt gilt, daß der Kaufpreisanspruch des Drusus nicht inzwischen weggefallen sein darf. 331

3.a Trotz der nunmehr sehr gedrängten Terminfolge ist erneut keine Unmöglichkeit der Lieferung festzustellen (andere Ansicht gut vertretbar; insbesondere Annahme der zeitlichen Grenze bei Beginn der geplanten Hängezeit und Abrechnung der hiervon verstrichenen gegenüber der verbliebenen Zeit). 332

3.b Der Zahlungsanspruch kann jedoch wegen Rücktritts des Konstantin untergegangen sein. Wie schon zu Aufgabe a (unter 3.b) läßt sich – vorbehaltlich früheren Untergangs der Zahlungspflicht – das Recht zum Rücktritt wegen Nichteinhaltens genau bestimmter Lieferzeit nach § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 HGB feststellen. 333

3.c Schließlich ist auch nun gemäß § 323 Abs. 1 BGB ein Rücktrittsgrund zu suchen. 334

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

- 335 3.d Rücktritt in Anlehnung an die Vorschriften zur Wandelung nach §§ 636 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 634 Abs. 1 und 2 BGB ist näher zu prüfen.
- 336 Wie zu Aufgabe a (unter 3.d) gezeigt, stellte Drusus sein Werk nicht rechtzeitig her. Der eigentlich notwendigen Fristsetzung bedarf es nach § 634 Abs. 2 BGB mit § 636 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB nicht, wenn Konstantin ein Interesse an sofortiger Lösung vom Geschäft hat. Ein derartiges Interesse ist darin zu finden, daß die von Konstantin geplante Verwendung nach Beginn der Hängezeit fortschreitend ihren Sinn einbüßte. Damit verringerten sich die Rücktrittsvoraussetzungen auf die Ablehnung der Leistung. Konstantin genoß spätestens mit Anbruch der gedachten Verwendungszeit ab 1. September die Möglichkeit, eine nachträgliche Lieferung abzulehnen und vom Vertrag zurückzutreten.
- 337 3.e Schließlich ist auch nun gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 BGB ein Rücktrittsgrund unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges zu suchen und gegebenenfalls Fortfall der Zahlungspflicht schon vor Ausübung des Rücktrittsrechts festzustellen.
- 338 Ähnlich wie zu Aufgabe a (unter 3.e) dargestellt, geriet Drusus mit Überschreiten des Liefertermins in Schuldnerverzug. Von einer Nachfristsetzung, wenngleich nicht von der Ablehnung, konnte Konstantin wegen Fortfalls seines Interesses an der Lieferung nach § 326 Abs. 2 BGB absehen. Spätestens mit Anbruch der Hängezeit durfte Konstantin die nachträgliche Lieferung ablehnen und dann nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB zwischen Schadensersatz wegen Nichterfül-

### Fall 3: Lösung nach neuem Recht

Ähnlich wie zu Aufgabe a (unter 3.c) dargestellt, überschritt Drusus den Liefertermin, ohne daß Konstantin hierfür verantwortlich wäre. Von einer Nachfristsetzung konnte Konstantin wegen Eigenschaft der Lieferverbindlichkeit als relative Fixschuld gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB (andere Ansicht, wonach § 376 HGB vorgeht, gut vertretbar; siehe oben 3.c zu Aufgabe a) und wegen Fortfalls seines Interesses an der Lieferung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB absehen. Spätestens mit Anbruch der Hängezeit durfte Konstantin die nachträgliche Lieferung übergehen und den Rücktritt erklären.

### Fall 3: Lösung nach **altem** Recht

lung und Rücktritt wählen oder schlicht auf Fortfall seiner Zahlungsverpflichtung verweisen.

- 339 4. Welchen Weg Konstantin letztlich einschlug, muß wie zu Aufgabe a (unter 4) nicht geklärt werden. Es mag zwar sein, daß Konstantin zwischenzeitlich im Sinne von § 376 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Lieferung beharrte, als Drusus ihn von Tag zu Tag vertröstete. Doch wenn es so gewesen sein sollte, so war dies jeweils mit neuerlicher Fristsetzung verbunden. Spätestens mit Verstreichen des 2. September gewann Konstantin sämtliche Handlungsmöglichkeiten zurück, falls er sie überhaupt vorübergehend aufgab. Die nachträgliche Lieferung muß Konstantin nicht als Leistung gelten lassen. In jedem Fall ist seine Zahlungsverweigerung berechtigt.
- 340 5. Drusus fordert das Geld zu unrecht.

#### **Zu Aufgabe c:**

- 341 1. Ausgleich der ausgefallenen Einnahmen kann Konstantin möglicherweise als Verzugsschadensersatz nach § 286 Abs. 1 BGB fordern.
- 342 1.a Drusus befindet sich mit Überschreiten des Liefertermins in Schuldnerverzug (oben 3.e zu Aufgabe b). Den Konstantin daraus erwachsenden Schaden muß er ersetzen. Einnahmehausfälle sind als entgangener Gewinn Schadensposten nach § 252 Satz 1 BGB. Der Ersatz geschieht gemäß § 249 Satz 1 BGB durch Ausgleichszahlung für den ausfallenden Geldbetrag. Nach dem Sachverhalt kann Konstantin zumindest im Sinne von § 252 Satz 2 BGB hinreichend belegen, welche Einnahmen er zu erwarten hatte.

4. Welchen Weg Konstantin einschlug, muß wie zu Aufgabe a (unter 4) nicht geklärt werden. Es mag zwar sein, daß Konstantin zwischenzeitlich im Sinne von § 376 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Lieferung beharrte, als Drusus ihn von Tag zu Tag vertröstete. Doch wenn es so gewesen sein sollte, so war dies jeweils mit neuerlicher Fristsetzung verbunden. Spätestens mit Verstreichen des 2. September gewann Konstantin sämtliche Handlungsmöglichkeiten zurück, falls er sie überhaupt vorübergehend aufgab. Die nachträgliche Lieferung muß Konstantin nicht als Leistung gelten lassen. In jedem Fall ist seine Zahlungsverweigerung berechtigt. 339
5. Drusus fordert das Geld zu unrecht. 340

### Zu Aufgabe c:

1. Ausgleich der ausgefallenen Einnahmen kann Konstantin möglicherweise als Verzugserschadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB mit §§ 280 Abs. 2, 286 BGB fordern. 341
- 1.a Der Werklieferungsvertrag ist Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 1 BGB und damit auch nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Leistungsrückstand ist eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Doch ergibt auch dann, wenn der Schuldner die Verzögerung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat, nicht schon die Feststellung des Rückstandes allein das Recht, den Schaden aus der Verzögerung ersetzt zu verlangen. Vielmehr verlangt § 280 Abs. 2 BGB, daß Schuldnerverzug im Sinne von § 286 BGB vorliegt. Der Eintritt von Schuldnerverzug ist in § 286 BGB näher geregelt. 342
- Die Lieferung der Plakate wurde fällig gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB und war durchsetzbar. Die Zeit für die Lieferung war kalendermäßig bestimmt nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Schuldnerverzug ist daher gemäß § 286 Abs. 4 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn Drusus seinen Rückstand nicht zu vertreten hat. Drusus muß eigenes Verschulden nach § 276 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB ebenso verantworten. 343

### Fall 3: Lösung nach **altem** Recht

- 346 1.b Allerdings fallen die Einnahmefälle nur insoweit unter Verzugsschaden, als sie dem Nichthängen der Plakate während des Verzuges entspringen. Das betrifft die Zeit bis zum Ablehnen der Lieferung. Danach befand Drusus sich nicht mehr im Schuldnerverzug. Nicht mehr erfaßt ist deshalb das Ausbleiben von Besuchern, die bei Annahme der Lieferung und nachträglichem Aufhängen der Plakate noch zum Konzertbesuch angeregt worden wären. Wiederum nach § 252 Satz 2 BGB müssen deshalb die von Konstantin getroffenen Anstalten und Vorkehrungen nach ihrem vermutlichen Erfolg zeitlich aufgeglie-

ten wie dasjenige seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 Satz 1 BGB. Die Sorgfaltsanforderungen richten sich gemäß § 347 Abs. 1 HGB nach kaufmännischen Maßstäben. Für noch darüber hinaus gesteigerte Anforderungen im Sinne von § 276 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB, beispielsweise aufgrund einer Garantie, hingegen ist nichts ersichtlich.

Zu den Erfüllungsgehilfen zählt der im Sachverhalt erwähnte Anton als von Drusus bei Erledigung seiner Verpflichtungen eingesetzte Unterstützung. Da die Ursache für das Fernbleiben des Anton unklar bleibt, verbietet sich die Feststellung seiner Schuldlosigkeit. Ebenso wenig ist feststellbar, ob Drusus selbst alles Zumutbare tat, um das Fernbleiben auszuschließen oder zu überbrücken. Indem die Vorschrift des § 286 Abs. 4 BGB als Ausnahme von § 286 Abs. 1 bis 3 BGB gestaltet ist, geht die unklare Tatsachenlage zu Lasten des Drusus. Damit steht Schuldnerverzug fest. 344

Drusus muß den Konstantin daraus erwachsenden Schaden nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ersetzen. Auf das Erfordernis des Vertretenmüssens gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt es nicht mehr an, nachdem bereits zur Verzugsbegründung gemäß § 286 Abs. 4 BGB Vertretenmüssen festgestellt wurde. Einnahmenausfälle sind als entgangener Gewinn Schadensposten nach § 252 Satz 1 BGB. Der Ersatz geschieht gemäß § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) durch Ausgleichszahlung für den ausfallenden Geldbetrag. Nach dem Sachverhalt kann Konstantin zumindest im Sinne von § 252 Satz 2 BGB hinreichend belegen, welche Einnahmen er zu erwarten hatte. 345

1.b Allerdings fallen die Einnahmenausfälle nur insoweit unter Verzugsschaden, als sie dem Nichthängen der Plakate während des Verzuges entspringen. Das betrifft die Zeit bis zum Ablehnen der Lieferung. Danach befand Drusus sich nicht mehr im Schuldnerverzug. Nicht mehr erfaßt ist deshalb das Ausbleiben von Besuchern, die bei Annahme der Lieferung und nachträglichem Aufhängen der Plakate noch zum Konzertbesuch angeregt worden wären. Wiederum nach § 252 Satz 2 BGB müssen deshalb die von Konstantin getroffenen Anstalten und Vorkehrungen nach ihrem vermutlichen Erfolg zeitlich aufgeglicke- 346

### Fall 3: Lösung nach **altem** Recht

dert werden. Notfalls schätzt das Gericht gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

- 347 2. Des weiteren steht Ersatz eines Nichterfüllungsschadens zur Prüfung an.
- 348 2.a Eine Anspruchsgrundlage hierfür kann § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 HGB ergeben. Überschreiten der festbestimmten Lieferzeit und Schuldnerverzug stehen fest (oben 3.b und 3.e zu Aufgabe b). Neben die Möglichkeit eines Rücktritts trat diejenige eines Schadensersatzbehrens wegen Nichterfüllung oder das schlichte Untätigbleiben.
- 349 2.b Eine andere Anspruchsgrundlage kann § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 1 BGB darstellen. Diese Vorschrift wird von § 376 HGB nicht verdrängt (andere Ansicht vertretbar). Ihre Voraussetzungen sind bereits als erfüllt beschrieben (oben 3.e zu Aufgabe b). Konstantin hat die Wahl zwischen Rücktritt, Schadensersatz und schlichter Nichtzahlung.
- 350 2.c Nun ist Interpretation der Zahlungsverweigerung nach § 133 BGB notwendig. Wenn Konstantin sich bereits für den Rücktritt entschied, kann er nicht mehr tun, als seine Zahlung einzubehalten, und es entging ihm, vom Verzugsschaden abgesehen, auf jeden Fall Schadensausgleich. Ohne Rücktritt hingegen steht es ihm frei, unter Einbehalt der Zahlung in sogenannter »Differenzmethode« als »kleinen Schadensersatz« einen Ausfall wegen Nichterfüllung insoweit ersetzt zu verlangen, als er nicht schon durch die Einsparung des Werklohnes kompensiert wird. Nach einem Teil der Literatur ist sogar »großer Schadensersatz« nach der »Surrogationsmethode« denkbar, was sich im Ergebnis allerdings bei einer Geldleistung nicht auswirkt. Unbenommen bleibt ihm das schlichte Einbehalten der Vergütung. Von dem Geschäft kommt Konstantin vollkommen lediglich durch Rücktritt los, verliert dann aber die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzurechnen. Von den Hauptlasten aus dem Vertrag wird er aber schon ohne Rücktritt frei.

dert werden. Notfalls schätzt das Gericht gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

2. Des weiteren steht Schadensersatz statt der Leistung zur Prüfung an. 347

2.a Eine Anspruchsgrundlage hierfür kann § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 HGB ergeben. Überschreiten der Lieferzeit und Schuldnerverzug stehen fest (oben 3.b zu Aufgabe b und zuvor 1 zu Aufgabe c). Neben die Möglichkeit eines Rücktritts trat diejenige eines Schadensersatzbegehrens wegen Nichterfüllung oder das schlichte Untätigbleiben. 348

2.b Eine andere Anspruchsgrundlage kann § 280 Abs. 1 BGB mit §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen. Diese Vorschrift wird von § 376 HGB nicht verdrängt (andere Ansicht vertretbar). Die Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung wurde bereits geprüft und bejaht (3.d zu Aufgabe a). 349

2.c Es erhebt sich nun die Frage, ob das Gegenüberstehen der Instrumente Untätigkeit, Schadensersatzbegehren und Rücktritt eine Interpretation der Zahlungsverweigerung nach § 133 BGB notwendig macht. Vorübergehende Untätigkeit und erst recht eine Deutung schon der Zahlungsverweigerung als Schadensersatzverlangen stehen einem jetzt erhobenen Schadensersatzbegehren nicht entgegen. Aber auch wenn Konstantin sich für Rücktritt entschied, blieb ihm nach § 325 BGB unbenommen, neben Einbehalt seiner Zahlung und Erhebung von Verzugsschadensersatz Schadensausgleich wegen Nichterfüllung zu fordern. § 325 BGB ist ganz allgemein formuliert und trifft Rücktritt sowohl nach § 323 BGB als auch nach § 376 HGB. Schaden könnte Konstantin dann in sogenannter »Differenzmethode« als »kleinen Schadensersatz« insoweit abrechnen, als er nicht schon durch die Einsparung der Vergütung kompensiert wird. Abrechnung von »großem Schadensersatz« nach der »Surrogationsmethode« freilich ist nur ohne Rücktritt denkbar. Sie wäre nicht auf § 376 HGB zu stützen (andere Ansicht vertretbar), sondern allenfalls auf § 281 BGB. 350

### Fall 3: Lösung nach altem Recht

- 351 Rücktritt erscheint nach allem als die ungünstigste Lösung. Es sind keine Anhaltspunkte zu erkennen, die hinreichend deutlich für die Wahl des Rücktritts als des ungünstigeren Behelfs sprächen. Daher ist anzunehmen, daß Konstantin noch nicht zurücktrat.
- 352 Konstantin kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Dieser bemißt sich im Grundsatz nach den Einnahmefällen im Sinne von §§ 252, 249 Satz 1 BGB, soweit sie aus der Zeit nach Verzugsende herrühren und abzüglich des ersparten Werklohnes. Es ist aber auch möglich, den Verzugschaden einzubeziehen. Dann entfällt dessen Abrechnung nach § 286 Abs. 1 BGB.

Für Konstantin wäre also ein Rücktritt in bezug auf § 376 HGB un- 351  
schädlich. Bei der Schadensberechnung nach § 281 BGB bestünde nun  
allerdings die Alternative zwischen »kleinem« und »großem« Scha-  
densersatz (andere Ansicht vertretbar), solange nicht Rücktritt die  
Wahl auf den »kleinen« Schadensersatz reduzierte. Dies scheint nun  
zur Klärung zu nötigen, ob Konstantin zurücktrat. Ein Motiv für die  
Auslegung läßt sich vielleicht aus dem Fortfall der wechselseitigen  
Pflichten gewinnen. Der Rücktritt hebt sie sofort auf und ist doch  
nicht mit dem Verlust der Haftung des Rücktrittsgegners verbunden.  
Das Schadensersatzverlangen muß ähnlich einer Rücktrittserklärung  
erhoben werden, um gemäß § 281 Abs. 4 BGB die Pflicht des Säumi-  
gen und damit auch die des Gläubigers aufzuheben. Um die eigene  
Leistungspflicht sofort abzuschütteln, empfiehlt sich daher einem  
Gläubiger, vor der Anmeldung von Schadensersatz zurückzutreten.  
Nach dem Sachverhalt forderte Konstantin nicht schon sofort Scha-  
densausgleich. Er wollte aber sofort von seiner Zahlungspflicht frei-  
kommen. Das legt die Annahme nahe, daß Konstantin zurücktrat. An-  
dererseits wurde Konstantin aufgrund der Wirkungen von § 376 HGB  
von den Hauptlasten aus dem Vertrag schon ohne Rücktritt frei.

Letztlich kann die Frage aber auch jetzt offenbleiben. Im Ergebnis be-  
steht, da die Leistung des Gläubigers Konstantin in Geld besteht, kein  
Unterschied zwischen Differenzmethode und Surrogationsmethode.  
Ob Konstantin zurücktrat, braucht daher nicht entschieden zu werden.

Konstantin kann Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenz- 352  
methode fordern. Dieser bemißt sich im Grundsatz nach den Einnah-  
menausfällen im Sinne von §§ 252, 249 Satz 1 BGB (nach der Scha-  
densersatzreform: §§ 252, 249 Abs. 1 BGB), soweit sie aus der Zeit  
nach Verzugsende herrühren und abzüglich der ersparten Vergütung.  
Es ist aber auch möglich, den Verzugschaden einzubeziehen. Dann  
entfällt dessen Abrechnung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Werklieferung . . . . .	353	8. Mitverschulden des Gläubigers . . . . .	364
2. Bauarbeiten . . . . .	355	9. Fortfall eines Entschuldigungsgrundes . . . . .	365
3. Rücktritt wegen Nichtausführung des Werks . . . . .	356	10. Schadensersatz und Rücktritt . . . . .	366
4. Verzug mit Ausführung oder Nacharbeit . . . . .	357	11. Folgen des Rücktritts . . . . .	367
5. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges . . . . .	360	12. Berechnung des Schadensersatzes . . . . .	368
6. Ersatz für Mahnung . . . . .	362		
7. Vertretenmüssen . . . . .	363		

353 1. Ein Vertrag über die Erzeugung eines Werks aus Stoffen des Bestellers ist kein Werklieferungsvertrag nach § 651 Abs. 1 BGB, sondern Werkvertrag nach § 631 BGB. Auch wenn der Unternehmer bei der Verarbeitung der vom Besteller stammenden Stoffe eigene Zutaten oder Nebensachen einsetzen muß, bleibt es, wie § 651 Abs. 2 BGB klarstellt, ein Werkvertrag. Werkvertrag liegt erst recht vor, wenn der Unternehmer mit Hilfe seiner Zutaten oder Nebensachen nichts erzeugen, sondern nur eine vorhandene Sache des Bestellers instandsetzen oder warten soll.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Werklieferung.....	353	8. Mitverschulden des Gläubigers.....	364
2. Bauarbeiten.....	355	9. Fortfall eines Entschuldigungsgrundes.....	365
3. Rücktritt wegen Nichtausführung des Werks.....	356	10. Schadensersatz und Rücktritt.....	366
4. Verzug mit Ausführung oder Nacharbeit.....	357	11. Folgen des Rücktritts.....	367
5. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges.....	360	12. Berechnung des Schadensersatzes.....	368
6. Ersatz für Mahnung.....	362		
7. Vertretenmüssen.....	363		

1. Ein Werklieferungsvertrag nach § 651 Satz 1 BGB liegt immer dann vor, wenn der Unternehmer etwas herstellen »oder« erzeugen soll. 353

Woher die zu verarbeitenden Stoffe stammen, ist gleichgültig. Sie können vom Besteller zur Verfügung gestellt werden oder beim Unternehmer schon vorhanden beziehungsweise von ihm erst noch zu beschaffen sein. Der Fall des vom Besteller herrührenden Stoffes ist in § 651 Satz 2 BGB eigens geregelt. Den Vertrag über Herstellung ohne Rücksicht auf die Quelle der Stoffe unterschiedslos dem Kaufrecht zu unterstellen, ist keine glückliche Erfindung. Der Gesetzgeber schaute offensichtlich allein auf die Frage der Haftung für Mängel und wollte sie nach Kaufrecht, das sich insofern nicht ganz mit dem Werkrecht deckt, geregelt wissen. Daß nun aber der Unternehmer dem Besteller das Produkt seiner Anstrengungen nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (mit § 651 Satz 1 BGB) zu übergeben und zu übereignen habe, ist unbeeindruckend, wenn das Ausgangsmaterial ohnehin dem Besteller gehörte. Es erklärt sich nicht mit dem Gedanken, daß vielleicht der Unternehmer wegen der Verarbeitung nach § 950 Abs. 1 BGB Eigentümer werde. Regelmäßig wird man den Vertrag dahin interpretieren müssen, daß die Verarbeitung für den Besteller geschehe. Dann steht das Produkt bereits im Augenblick seines Entstehens im Eigentum des Bestellers. Nicht ernsthaft kann man das Kaufrecht deswegen bemühen wollen, weil, je nachdem, wo die Herstellung stattfindet, der Besteller

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

noch den unmittelbaren Besitz zurückerlangen muß. Die Begründung zum Regierungsentwurf (zu § 651 BGB, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 268, links) möchte die Gleichsetzung auf die europäische Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG stützen, weil diese (in ihrem Art. 1 Abs. 4) im Gegensatz zum UN-Kaufrecht (Art. 3 Abs. 1 des United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) nicht ausdrücklich die Herstellung aus Stoffen des Bestellers ausnehme. Die Gleichgültigkeit des Gesetzgebers gegenüber der Quelle des Stoffes wird im übrigen dann enden, wenn der Stoff nicht pünktlich zur Stelle ist und deswegen die Verarbeitung stockt. Sollte der Stoff vom Besteller stammen, wird man vielleicht eines Tages die Mitwirkungsregelung des § 642 BGB analog heranzuziehen haben, falls die allgemeinen Regeln über Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) oder Pflichtverletzung (§§ 280 ff. BGB; hierunter fällt auch der Gläubigerverzug, soweit er dem Schuldner Ungelegenheiten bereitet) sich als ungenügend erweisen. Ist der Unternehmer beschaffungspflichtig, können sich für ihn Lasten aus Risikoübernahme nach § 276 Abs. 1 Satz 1 am Ende BGB ergeben.

Schließlich ist die gleichzeitige Verwendung der Begriffe »herstellen« und »erzeugen« kein Grund zu tieferer Auseinandersetzung. Es handelt sich um eine Paarformel, das heißt der eine Begriff kann den anderen ersetzen. Was wie ein Anklang an feierliche deutsche Sprache des Mittelalters und der Neuzeit anmutet, entspringt der Unschärfe vertragsgemäß in Brüssel herzustellender oder zu erzeugender neuer deutscher Rechtssprache und deckt sich zugleich mit der deutschen Fassung des UN-Kaufrechts. Solche Rechtssprache ist, im Gleichklang mit allen anderen europäischen Amtssprachen beziehungsweise landessprachlichen Übersetzungen, notgedrungen eine Mischung aus den Systemen von Rechtsbegriffen aller Mitgliedstaaten beziehungsweise Vertragsstaaten, welche aus unterschiedlichen Systemen von Rechtsinstituten erwachsen. Die gewonnene Mischung paßt in keine teilnehmende Rechtssprache und in kein teilnehmendes Rechtssystem nahtlos. Die Begründung zum Regierungsentwurf (zu § 651 BGB, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 268, links) scheint »erzeugen« stets auf vertretbare Sachen, »herstellen« aber auf unvertretbare beziehen zu wollen. Darüber darf man getrost hinwegsehen.

354

- 355 2. Beim Bauvertrag ist das Baumaterial auf jeden Fall nur Zutat, der Vertrag also ein Werkvertrag, wenn das Grundstück dem Besteller gehört und somit das Bauwerk gemäß §§ 93f. BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird. Derartige Identität von Grundeigentümer und Besteller läßt sich mit etwas gutem Willen auch bei Errichtung von Eigentumswohnungen oder Teileigentumsgebäuden finden. Aber bei Trennung von Grundeigentum und Aufbauten wird zumeist direkt ein Werkvertrag und kein Werklieferungsvertrag angenommen. Wenn der Besteller Erbbaurechtsinhaber ist, versteht sich das leicht aus der Gleichstellung des Erbbaurechts mit einem Grundstück und der rechtlichen Verbindung des Bauwerks mit dem Erbbaurecht (§ 12 Verordnung über das Erbbaurecht). Weniger einsichtig ist die Betonung des Grundstücks, wenn der Besteller nur Mieter ist, das Bauwerk also lediglich Scheinbestandteil nach § 95 BGB wird. Gänzlich undurchsichtig sind die Fälle, in denen das Grundstück dem Unternehmer gehört oder von ihm – mit oder ohne Zwischenerwerb – zu beschaffen ist (Bauträgervertrag). Dasselbe gilt für den in der Realität oft nicht leicht hiervon abzugrenzenden Baubetreuungsvertrag, dem zwar meistens, aber nicht notwendig zugrundeliegt, daß das Grundstück sich schon im Eigentum oder zumindest im Besitz des Bauherrn aufgrund Miete, Pacht oder Erbbaurechts befindet. Vielfach behilft sich die Deutung der Geschäfte mit der Annahme, es liege eine Mischung von Elementen des Werks, des Kaufs und der Werklieferung vor. Zumeist neigt die Lösung dann – auf welchem Wege auch immer – zum Werkvertragsrecht mit seinen längeren Verjährungsfristen betreffend die Gewährleistung (vergleiche DIETRICH REINICKE/KLAUS TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1997, Rn. 978ff.). Rar sind klare Zuordnungen wie diejenige im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 12. Mai 1976 – VIII ZR 26/75 (NJW 1976, 1539f.); dort ist ein Vertrag über Bau auf gemietetem Grund als Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache eingestuft. Bei Fertigteilbauten hätte man konsequent an vertretbare Sachen zu denken. Schließlich ist zu bemerken, daß sogar ein Geschäft über einen bei Vertragsschluß schon fertigen, vielleicht sogar kurzzeitig schon benutzten Bau (Neubau oder einem Neubau vergleichbar durchgreifend sanierter Altbau) mit Blick auf die Verjährung der Gewährleistung

2. Nur bewegliche Erzeugnisse sind nach § 651 Satz 1 BGB geeigneter 355  
Gegenstand eines Werklieferungsvertrages. Bauwerke sind nicht schon  
deswegen beweglich, weil die Baustoffe es waren. Nach wie vor be-  
steht die Frage, ob die Einschätzung des zu errichtenden Bauwerkes  
als unbeweglich (jedenfalls nach neuem Recht keine Werklieferung  
denkbar) oder beweglich (dann Werklieferung möglich) von seiner sa-  
chenrechtlichen Zuordnung abhängt. Geschäfte über den Erwerb eines  
schon fertigen Bauwerks (Neubaus oder durchgreifend sanierten Alt-  
baus) können nun ohne Not als das eingeordnet werden, was sie wirk-  
lich sind, nämlich als Kauf. Die Verjährung der Ansprüche wegen ei-  
nes Mangels ist für Kauf (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a BGB) und  
Werk (634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB) gleich geregelt.

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

gern dem Werkrecht anstatt dem Kaufrecht unterstellt wird – und zwar unmittelbar, ohne Annahme eines Werklieferungsvertrages.

- 356 3. Das Rücktrittsrecht nach § 636 BGB ist eine Eigenheit des Werkvertragsrechts. Es ergänzt die allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen. Man darf es nicht mit der Kündigung durch den Besteller nach § 649 Satz 1 BGB verwechseln. Das Kündigungsrecht steht dem Besteller ohne Grund zu. Deswegen bleibt er im Grundsatz vergütungspflichtig (§ 649 Satz 2 Halbsatz 1 BGB). Obwohl die Ausführung des Werks häufig längere Zeit in Anspruch nimmt, deutet der Begriff Kündigung nicht darauf, daß der Werkvertrag ein Dauerschuldverhältnis wäre. Außerordentliche Anlässe führen als Gewährleistungsfälle zur Wandlung, sonst nach den allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen zum Rücktritt.
- 357 4. Schuldnerverzug ist mit einem im Ansatz eigenständigen Regelwerk ausgekleidet. Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen heben sich von der Regelung anderer Leistungsstörungen ab. Andere Leistungsstörungen folgen eigenen Regeln. Allerdings liefert das Regelwerk über Schuldnerverzug verallgemeinerungsfähige Gedanken, die der Bewältigung positiver Vertragsverletzung zugeführt werden.
- 358 Überschneidung ergibt sich des weiteren zum Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB). Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet die sogenannte vorübergehende Unmöglichkeit, sobald man regelwidrig zuläßt, daß

3. Das Rücktrittsrecht nach § 636 BGB hat im neuen Schuldrecht **356** keine Entsprechung. Es gelten nur die allgemeinen Regeln über Verzögerung. Unberührt ist Kündigung durch den Besteller nach § 649 Satz 1 BGB ohne Grund. Immer noch ist der Werkvertrag kein Dauerschuldverhältnis. Außerordentliche Anlässe führen nicht zur Kündigung nach § 314 BGB, sondern nach den allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen, ergänzt um die Vorschriften über Mängel, zum Rücktritt.

4. Schuldnerverzug ist nur ein Fall in einem in Ansatz einheitlichen **357** Regelwerk für alle Leistungsstörungen. Das Recht der Leistungsstörung versteht sich als eine Verallgemeinerung der früheren Regeln über positive Vertragsverletzung. Die Pflichtverletzung macht dabei den Tatbestandskern aus. Das neue Schuldrecht hat dies mit dem UN-Kaufrecht gemein, wo ebenfalls im ersten Schritt generell von Vertragsverletzung (Art. 25) oder Nichterfüllung der einer Seite obliegenden Pflichten (zum Beispiel Art. 45 Abs. 1) die Rede ist (Begründung zum Regierungsentwurf, Allgemeiner Teil, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 92, rechts). Allerdings kann das Gesetz nicht die Verschiedenheit der Lebenssachverhalte ignorieren. Deshalb differenzieren die Regelungen im einzelnen vielfach nach den unterschiedlichen Vorkommnissen. Selbst die zentrale Schadensersatzvorschrift des § 280 Abs. 1 BGB ist nur in einem Teil der Fälle ohne weiteres anwendbar, und die Begründung zum Regierungsentwurf ermuntert ausdrücklich dazu, sich ihre Wirkung in den hergebrachten Fallgruppen vorzustellen (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 135 f.).

Überschneidung ergibt sich nach wie vor zum Gläubigerverzug **358** (§§ 293 ff. BGB), welcher, von redaktionellen Anpassungen abgesehen, keine Neuregelung erfuhr. Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet auch

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

die Einschätzung, ob Unmöglichkeit oder Verzug vorliege, anders als strikt aus der Sicht zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses geschieht, gleichwie die Dinge sich später verschoben haben mögen. § 308 BGB hebt im übrigen ausdrücklich die vorübergehende anfängliche objektive Unmöglichkeit von der Behandlung der dauernden anfänglichen objektiven Unmöglichkeit ab.

- 359 Wo Gesetz oder Vertrag Nachlieferung (§ 480 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder Nachbesserung (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB; vergleiche §§ 476a BGB, 11 Nr. 10 Buchstaben b und c AGBG) vorsehen, kann Schuldnerverzug in bezug auf dieses Nachleisten eintreten. Bei der Miete ist bereits die Hauptpflicht des Vermieters, das Mietobjekt zur Verfügung zu stellen, mit Mangelfreiheit verknüpft (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB; auch schon § 536 BGB vor der Mietrechtsreform vom 19. Juni 2001). Auf diese Weise kann der Vermieter schon in Schuldnerverzug gera-

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

immer noch die sogenannte vorübergehende Unmöglichkeit. In § 275 Abs. 1 BGB gemäß Regierungsentwurf (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040) war durch die Wendung »soweit und solange« ausdrücklich auch die vorübergehende Leistungsverhinderung als Unmöglichkeit gekennzeichnet. Während der Schweben sollte der Gläubiger durch Rücktritt nach § 326 Abs. 5 BGB (im Entwurf undeutlich § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB nur die Teilunmöglichkeit betreffend, als welche aber den Entwurfsverfassern als sogenannte Teilunmöglichkeit in der Zeit auch die vorübergehende Unmöglichkeit erschien) vollendete Tatsachen schaffen können (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 129 zu § 275 BGB, und Seite 189, links, zu § 326 BGB); späteres Wiedermöglichwerden hätte die Vertragspflichten nicht wiederbelebt. Im weiteren Beratungsverlauf (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7052, Seiten 12, 183, links) hielt man diese Festlegung für ungünstig, entschloß sich aber andererseits auch nicht zu einer ausdrücklichen Eingliederung des Falles vorübergehenden Leistungshindernisses in den Bereich des Schuldnerverzuges. Der Gläubiger wurde darauf verwiesen, das Problem dadurch zu umgehen, daß er vorsichtshalber eine Nachfrist setze, auch wenn das bei Einstufung des Vorfalles als Unmöglichkeit eigentlich überflüssig sei. Im Hinblick auf das allfällige Insolvenzrisiko ist dieser Rat wenig hilfreich. Das ursprüngliche Konzept ist damit nicht klar beseitigt. Wenn daher in § 275 Abs. 1 BGB nur das Wort »soweit« erscheint, so kann man dies auch temporal verstehen und die vorübergehende Störung als vorübergehende Unmöglichkeit einstufen wollen. Wünschenswert wäre ein solches Ergebnis nicht.

Wo das Gesetz Nacherfüllung durch Nachbesserung oder Neuvernahme (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB) vorsieht, hat es zunächst die Mangelfreiheit in die Hauptpflicht integriert (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 1, 633 Abs. 1 BGB). Hier kann schon die zwar pünktliche, aber mangelhafte Leistung Schuldnerverzug bedeuten. Daneben steht die Möglichkeit, den Verkäufer, Vermieter oder Unternehmer gerade hinsichtlich der Nacherfüllung in Schuldnerverzug zu setzen. Beim Vermieter ist

359

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

ten, wenn er den Mietgegenstand dem Mieter zwar pünktlich, aber mangelhaft gibt. Doch fragt sich, ob nicht § 536a BGB (zuvor § 538 BGB) eine abschließende Sonderregelung darstellt und deshalb der Verzug sich allein auf die Beseitigung des Mangels beziehen kann. Ähnlich liegt es beim Werk. Mangelfreiheit gehört zur Leistung des Unternehmers (§ 633 Abs. 1 BGB). Die Regelung über Selbstvornahme in § 633 Abs. 3 BGB kann man dahin deuten wollen, daß Schuldnerverzug in Ansehung des Mangels stets separat, das heißt unter Anknüpfung an den Nachbesserungsanspruch, festzustellen ist. Über Selbstvornahme bei Miete siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 17 (unter 3).

- 360 5. Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges sind abschließend in §§ 284f. BGB aufgezählt. Freilich blieben Lücken. Die Durchsetzbarkeit der Forderung ist nicht als generelle Voraussetzung erwähnt. Probleme tun sich insoweit beispielsweise bei den gesetzlich näher geregelten Einreden aus Unzumutbarkeit auf. So ist es der Fall bei unverhältnismäßigen Anstrengungen zur Nachbesserung des Werks (§ 633 Abs. 2 Satz 3 BGB).

- 361 Als Ersatz für Mahnung fehlt die ernsthafte Leistungsverweigerung, das Wissen um den Rückstand und den dringenden Wunsch des Gläubigers oder andere Fälle, in denen eine Mahnung überflüssig erscheint. Eine ergänzende Sonderregelung besteht im Frachtrecht für die Über-

ausschließlich dies möglich, falls man § 536a BGB (weiterhin) als eine Sonderregel empfinden wollte; was freilich dem Anliegen der Schuldrechtsmodernisierung, die Leistungsstörungen möglichst homogen zu regeln, zuwiderliefe und weniger Beifall verdiente. Ist aber der Mangel unbehebbar, liegt – je nach den Umständen – anfängliche oder nachträgliche teilweise Unmöglichkeit vor.

5. Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges sind abschließend in § 286 BGB aufgezählt. Freilich blieb eine Lücke. Die Durchsetzbarkeit der Forderung ist nicht als generelle Voraussetzung erwähnt. Probleme tun sich insoweit beispielsweise bei den gesetzlich näher geregelten Einreden aus Unzumutbarkeit auf. Dies sind die Fälle sogenannter faktischer Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) oder persönlicher Verhinderung (§ 275 Abs. 3 BGB) oder unverhältnismäßiger Anstrengungen zur Nacherfüllung unterhalb der Schwelle zur faktischen Unmöglichkeit oder persönlichen Verhinderung (§§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB). Die Voraussetzungen dafür kann der Gläubiger regelmäßig nicht erkennen. Man könnte deswegen anzunehmen geneigt sein, daß entgegen der allgemeinen Regel die Einrede erst von dem Zeitpunkt an verzugsausschließend wirkt, in welchem der Schuldner sie erhebt. Vorzugswürdig indessen erscheint es, sich darauf zu beschränken, daß der Schuldner die Einrede irgendwann geltend macht. Der Gläubiger steht deswegen nicht schutzlos. Der Schuldner muß sein Interesse an klaren Verhältnissen gemäß § 241 Abs. 2 BGB respektieren. Schweigt er demzuwider, ist dies Pflichtverletzung, die ihn nach § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, ohne daß wegen der ausstehenden Leistung Schuldnerverzug vorliegen müßte.

360

361

Als Ersatz für Mahnung ist die ernsthafte Leistungsverweigerung genannt (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB), das Wissen um den Rückstand und den dringenden Wunsch des Gläubigers oder andere Fälle, in denen eine Mahnung überflüssig erscheint, fängt § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB auf.

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

schreitung (§ 425 Abs. 1 am Ende HGB) einer Lieferfrist (§ 423 HGB).

- 362 6. Überschreiten kalendermäßig bestimmter Leistungszeit ersetzt eine Mahnung (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB). Überschreiten kalendermäßig lediglich bestimmbarer Leistungszeit genügt nur in Kündigungsfällen (§ 284 Abs. 2 Satz BGB).
- 363 7. Zu vertreten hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und jede Fahrlässigkeit seiner selbst (§ 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB) oder seiner Leute (§ 278 Satz 1 BGB; ergänzende Sonderregelung für Frachtgeschäft in § 428 BGB). Strengere Haftung oder mildere Haftung können durch Gesetz oder Vertrag bestimmt sein. Grenzen für Haftungssteigerung oder Haftungserleichterung setzen §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, 9, 11 Nr. 7 bis 9 AGBG; im unternehmerischen Verkehr sind gegebenenfalls außerdem §§ 346 HGB, 24 AGBG zu beachten.
- 364 8. Hat ein Verschulden auf Seiten des Gläubigers an der Verzögerung mitgewirkt, so hindert das den Eintritt des Schuldnerverzuges nicht. Schadensersatz zu verlangen ist dem Gläubiger ebenso möglich wie ein an die Verzögerung (mit oder ohne Schuldnerverzug) anknüpfender Rücktritt. Bei schwerwiegender eigener Vertragsuntreue allerdings gerät der Schuldner gar nicht erst in Schuldnerverzug. Ein nicht an Schuldnerverzug anknüpfendes Rücktrittsrecht auszuüben ist dem Gläubiger zumindest nach Treu und Glauben verwehrt. Einen nach dem Grad der Mitverantwortung gestuften Teil-Rücktritt gibt es nicht. Ist Schuldnerverzug oder sonstige Rücktrittsberechtigung anzunehmen, reduziert immerhin § 254 BGB die Schadensersatzleistung und korrigiert eventuell in analoger Anwendung die Rücktrittsfolgen. Im einzelnen ist der Umgang mit beiderseitigem Verschulden unklar.

Eine Sonderregelung besteht weiterhin im Frachtrecht für die Überschreitung (§ 425 Abs. 1 am Ende HGB) einer Lieferfrist (§ 423 HGB).

6. Überschreiten kalendermäßig bestimmter Leistungszeit ersetzt eine Mahnung (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Überschreiten kalendermäßig lediglich bestimmbarer Leistungszeit genügt nicht nur in Kündigungsfällen, sondern generell bei Anknüpfung an ein Ereignis (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Beispiele für derartige Ereignisse sind Lieferung einer Ware, Zugang einer Rechnung, Abruf eines Loses aufgrund Zuliefervertrages. 362

7. Zu vertreten hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und jede Fahrlässigkeit seiner selbst (§ 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB) oder seiner Leute (§ 278 Satz 1 BGB; ergänzende Sonderregelung für Frachtgeschäft in § 428 BGB). Strengere Haftung oder mildere Haftung können, wie § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB klarstellt, durch Gesetz oder Vertrag bestimmt sein. Grenzen für Haftungssteigerung oder Haftungserleichterung setzen §§ 138 Abs. 1, 242, 307, 309 Nr. 7, Nr. 8 Buchstabe a BGB; im unternehmerischen Verkehr sind gegebenenfalls außerdem §§ 346 HGB, 310 Abs. 1 BGB zu beachten. 363

8. Hat ein Verschulden auf Seiten des Gläubigers an der Verzögerung mitgewirkt, so hindert das den Eintritt des Schuldnerverzuges nicht. Schadensersatz zu verlangen ist dem Gläubiger ebenso möglich wie ein an die Verzögerung (unabhängig vom Schuldnerverzug) anknüpfender Rücktritt. Bei schwerwiegender eigener Vertragsuntreue allerdings gerät der Schuldner gar nicht erst in Schuldnerverzug. Rücktritt ist bei stark überwiegender Verantwortung des Gläubigers ausgeschlossen (§ 323 Abs. 6 BGB). Die Mitverantwortung muß so hoch sein, daß Schadensersatz nach § 254 BGB ganz zu versagen wäre (Begründung zu § 323 Abs. 5 im Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 187). Einen nach dem Grad der Mitverantwortung gestuften Teil-Rücktritt gibt es nicht. Daran ändert nichts, daß die Begründung zum Regierungsentwurf (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 205) glaubte, auf eine Nachfolgeregelung zu den früheren §§ 469 ff. BGB (von mehreren verkauften Sachen sind einzelne mangelhaft) verzichten zu können, weil sich die 364

- 365 9. Hat der Schuldner seinen Rückstand bei Mahnung oder Mahnungsersatz nicht zu vertreten, gerät er in Schuldnerverzug, sobald die Entschuldigung fortfällt. Neue Mahnung ist nicht nötig.
- 366 10. Auf Schuldnerverzug fußen die Möglichkeiten der §§ 286 Abs. 2, 326 BGB, die ausstehende Leistung (bei § 286 Abs. 2 BGB ohne und bei § 326 BGB mit Gegenseitigkeitsbezug) abzuweisen und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder zurückzutreten. Eine gesetzliche Regelung zur gänzlichen Auflösung einseitiger Schuldverhältnisse besteht nicht als eine allgemeine; sie ist bei den besonderen Regeln des jeweiligen Schuldverhältnisses zu suchen (zum Beispiel Widerruf eines Auftrages durch den Auftraggeber nach § 671 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB). Bei Dauerschuldverhältnissen (mit oder ohne Gegenseitigkeit) liefert ein allgemeiner Rechtsgedanke das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Wichtiger Grund kann der Schuldnerverzug oder auch der bloße Rückstand mit einer einseitigen oder im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Leistung sein. Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen auch ein Dauerschuldverhältnis vollkommene Auflösung erleiden kann (siehe ergänzende Hinweise zu Fall 2, unter 3). Unabhängig von alldem steht das Lösungsrecht nach rechtskräftiger Verurteilung gemäß § 283 BGB.

dort angeordneten Folgen vermeintlich schon aus allgemeinen Überlegungen zum Rücktrittsrecht (und die Folge eines Sachmangels beim Kauf ist gemäß § 437 Nr. 2 Fall 1 BGB ein Rücktrittsrecht) ableiten ließen. Unbeachtlich ist auch die Vorstellung (Begründung zu § 323 Abs. 4 des Regierungsentwurfs, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 186, rechts), hinter der Regelung des § 323 Abs. 5 BGB über Rücktritt vom ganzen Geschäft bei Säumigkeit nur in einem Teil stehe der Grundsatz, daß Störung eines Teiles des Vertrages zunächst nur Teil-Rücktritt ergebe, wie das angeblich schon für §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 BGB gegolten habe. Rücktritt gibt es mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nur ganz oder gar nicht. Ist Schuldnerverzug oder Rücktrittsberechtigung anzunehmen, reduziert immerhin § 254 BGB die Schadensersatzleistung und korrigiert eventuell in analoger Anwendung die Rücktrittsfolgen. Im einzelnen ist der Umgang mit beiderseitigem Verschulden weiterhin unklar.

9. Hat der Schuldner seinen Rückstand bei Mahnung oder Mahnungsersatz nicht zu vertreten, gerät er in Schuldnerverzug, sobald die Entschuldigung fortfällt. Neue Mahnung ist nicht nötig. 365

10. Die Möglichkeit des § 323 BGB, die ausstehende Leistung mit Gegenseitigkeitsbezug im Rücktrittswege abzuweisen, ist generell vom Schuldnerverzug unabhängig. Dasselbe gilt für die Einforderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer einseitigen oder einer synallagmatischen Pflicht nach § 281 BGB. Eine gesetzliche Regelung zur gänzlichen Auflösung einseitiger Schuldverhältnisse besteht, von Dauerschuldverhältnissen abgesehen, nicht als eine allgemeine; sie ist bei den besonderen Regeln des jeweiligen Schuldverhältnisses zu suchen (zum Beispiel Widerruf eines Auftrages durch den Auftraggeber nach § 671 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB). Bei Dauerschuldverhältnissen (mit oder ohne Gegenseitigkeit) liefert § 314 BGB das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Wichtiger Grund kann der Schuldnerverzug oder auch der bloße Rückstand mit einer einseitigen oder im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Leistung sein. Unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen auch ein Dauerschuldverhältnis vollkommene Auflösung erleiden kann (siehe ergänzende Hinweise zu Fall 2, unter 3). Ein von alledem gesondertes 366

367 11. Die Folgen eines Rücktritts wegen Verzuges sind gemäß § 327 Satz 1 BGB (analog angewandt, wenn bei der Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts ein Verweis fehlt) grundsätzlich die gleichen wie beim vertraglich vorbehaltenen Rücktritt nach §§ 346 ff. BGB. Etwa zu erstattende Zahlungen (Vorauszahlungen, Abschlagszahlungen) werden mit dem gesetzlichen Zinssatz (4% nach § 246 BGB, 5% nach § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB) verzinst (§ 347 Satz 3 BGB).

368 12. Will der Gläubiger Schadensersatz (wegen Verzugschadens oder wegen Nichterfüllungsschadens) einfordern, fällt ihm die Berechnung nicht immer leicht. Manche Größen kann er nur mit großen Mühen ermitteln und schlecht beweisen, manche wird er nur ungerne offenbaren. § 252 BGB gibt ihm bezüglich entgangenen Gewinns gewisse Erleichterungen, und im Zivilprozeß hilft § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO zusätzlich über Unsicherheiten hinweg. Dem entgangenen Gewinn sollte man die entgangene Milderung eines Verlustes gleichsetzen. Nichtsdestoweniger ist für die Reklamation einer Gewinnschmälerung oder einer Verlusterhöhung ein Grundgerüst differenzierter Darlegung unerlässlich.

Das kann nahelegen, sich auf eine Minimalforderung zu beschränken, nämlich auf Ersatz lediglich der Aufwendungen aus Vorkehrungen, die der Gläubiger in Erwartung der verzögerten Leistung traf – zum Beispiel Schulung von Mitarbeitern wegen einer für den Betrieb bestellten Maschine. Ausgleich frustrierter Aufwendungen gewährt die Rechtsprechung denjenigen Gläubigern, welche die Leistung erwerblich einsetzen. Für sie streitet eine Rentabilitätsvermutung. Man geht

Lösungsrecht nach rechtskräftiger Verurteilung kennt das Gesetz nicht mehr.

11. Die Folgen eines Rücktritts kraft Gesetzes, namentlich wegen Pflichtverletzung, sind gemäß § 346 Abs. 1 BGB von vornherein im Grundsatz die gleichen wie beim vertraglich vorbehaltenen Rücktritt. Sie richten sich nach §§ 346ff. BGB. Etwa zu erstattende Zahlungen (Vorauszahlungen, Abschlagszahlungen) werden nicht ohne weiteres verzinst. Vielmehr findet eine konkrete Abrechnung gezogener Nutzungen (§§ 99, 100 BGB) statt (§ 346 Abs. 1 am Ende BGB). Zog der Erstattungspflichtige keine Nutzungen, so schuldet er Wertersatz, falls er bei ordnungsgemäßer Wirtschaft Nutzungen gezogen hätte (§ 347 Abs. 1 BGB). Maßstab ist die allgemein gebotene Sorgfalt. Beschränkung auf Sorgfalt, die er seinen eigenen Angelegenheiten angedeihen läßt, genießt, soweit ihn ebenfalls eine Pflicht zum Wertersatz wegen Nichtziehens von Nutzungen trifft, lediglich der Rücktrittsberechtigte (§ 347 Abs. 1 Satz 2 BGB). 367

12. Anspruch auf Aufwendungsersatz gewährt das Gesetz anlässlich einer Pflichtverletzung dem Gläubiger ausdrücklich in § 284 BGB. Der Aufwendungsersatz tritt an die Stelle einer Abrechnung von Schadensersatz statt der Leistung im Sinne von § 281 BGB (oder von §§ 282, 283 oder 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB). Aufwendungsersatz nach § 284 BGB kann der Gläubiger unabhängig davon begehren, ob die Aufwendungen sich bei ordnungsgemäßer Leistung gelohnt hätten. Der Zweck, zu dem der Gläubiger die Aufwendungen tätigte, muß nicht auf Erwerb gerichtet gewesen sein. Falls er erwerbsorientiert war, so ist es für den Gläubiger unschädlich, wenn die Aufwendungen sich auch bei ordentlicher Vertragsabwicklung nicht gelohnt hätten; es gibt keine Abzüge für Ausbleiben von Rentabilität. Dem beliebigen Zweck müssen die Aufwendungen allerdings entsprochen haben (§ 284 am Ende BGB). 368

Beispiel:

Das Energieunternehmen soll Fernwärme liefern. Der Kunde baut eine Übernahmestation. Wegen Verzuges des Energieunternehmens mit der Herstellung des Fernwärmeanschlusses löst sich Kunde vom

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

also davon aus, daß mit Hilfe der verzögerten Leistung zumindest die Aufwendungen wiedereingespielt würden. In einer Vollermittlung des entgangenen Gewinns würden die Aufwendungen von den Erlösen abgezogen. Deswegen ist auch der isoliert geforderte Aufwenderersatz beschnitten, sobald sich ergibt, daß er nicht vollständig aus den Erträgen der gehaltenen Aufwendungen refinanziert worden wäre. Sollte die Leistung nicht erwerbsorientiert genutzt werden, gibt es gar keinen Geldausgleich für die Aufwendungen. Denn mit den monetären Kosten wäre der Gläubiger auch bei pünktlichem Empfang der Leistung belastet geblieben. Auf niemanden hätte der auf die Jolle wartende Freizeitschiffer die Kosten des Segelkurses abwälzen können. Allenfalls könnte man den Schuldner im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB) zur Nachbildung des mit den Aufwendungen bezweckten Erfolges anhalten wollen. Der erwähnte Bootverkäufer müßte seinem enttäuschten Kunden Segelgenuß verschaffen. Denn letztlich besteht der Schaden nicht in der Frustration der Aufwendungen, sondern im Ausbleiben ihres Nutzens. Eben deswegen ist die Frustration erwerbsorientierter Aufwendungen in Geld zu entschädigen. In einer über die Erwerbsorientierung hinausgehenden Verallgemeinerung wäre derartige Haftung indessen uferlos.

Fernwärme-Vertrag und stellt auf Erdgas (vom selben Anbieter) oder auf Propangas (von einem anderen Lieferant) um. Die Fernwärmestation ist dafür nicht nutzbar. Der Kunde kann Aufwendungsersatz nach § 284 BGB unabhängig davon beanspruchen, ob er die Fernwärme privat, als ideellen Zwecken dienende Institution oder betrieblich nutzen wollte.

Sorgsam beachten muß der Gläubiger, daß der Aufwendungsersatz nur alternativ zum Schadensersatz statt der Leistung zu fordern ist. 369  
Einfordern von Schadensersatz statt der Leistung hat zwar nur hinsichtlich der abgelehnten Leistung Gestaltungswirkung (§ 281 Abs. 4 BGB) und läßt den Übergang zum Aufwendungsersatz offen. Doch kann der Gläubiger nicht gleichzeitig Schadensersatz und Aufwendungsersatz begehren. Dies ist einsichtig, soweit die Aufwendungen im Falle einer Schadensersatzabrechnung ohnehin nur eine Einsatzgröße zur Bestimmung entgangenen Gewinns darstellen würden. Will der Gläubiger sich entgangenen Gewinns über getätigte Aufwendungen hinaus erholen, so mag er eine genaue Berechnung anstellen. Unglücklich ist der Entscheidungszwang indessen, wenn ein vorhandener anderer Schadensposten nichts mit einer – bestehenden oder nicht bestehenden – Gewinnerwartung aus Verwendung der gestörten Leistung zu tun hat oder wenn der Gläubiger die Leistung gar nicht zu-

## Fall 3: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

rückweisen möchte. Weder in Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB noch in Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB (und benachbarten Vorschriften) sind Aufwendungen – sie hätten ihrerseits Gewinnbezug oder auch nicht – als zusätzliche Rechnungsgrößen einzubringen. In einigen Fällen wird der Gläubiger das Problem dadurch entschärfen können, daß er die verschiedenen Schadensposten auf möglichst verschiedene Weisen zur Abrechnung anbringt. Er wird dem Schuldner verschiedene Pflichtverletzungen vorwerfen und die Schadensposten entsprechend verteilen (vergleiche BARBARA DAUNER-LIEB, Das Leistungsstörungsrecht im Überblick, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht, Rdn. 52). Und er kann den Verzugsschaden separat vom Nichterfüllungsschaden halten und verdrängt dann nur die Abrechnung des letzteren durch Einfordern von Aufwendungsersatz.

Einige Beispiele sollen das Problem der Bündelung oder Trennung von Schadensposten veranschaulichen: 370

a) Der Konzertveranstalter hat keine erwerbliche, sondern eine ideelle Zielsetzung. Für die bestellten Plakate mietete er bereits Werbeflächen. Von der Mietzinsverpflichtung kann er sich nicht mehr befreien, als er die ausbleibenden Plakate abbestellt (Aufwendungsersatz nach § 284 BGB). Um auf das Konzert aufmerksam zu machen, läßt der Veranstalter im Hörfunk Werbung in einem Umfang einblenden, der dieselbe Reichweite beim Publikum hat wie die gedachte Plakataktion. Die kurzfristig arrangierte Rundfunkwerbung ist teurer (die Differenz als Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB; oder, wenn der Veranstalter die Plakate nicht abbestellt, der volle Betrag als Verzugsschadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB). 371

b) Der gewerblich oder ideell tätige Konzertveranstalter akzeptiert die verspäteten Plakate. Über einen Teil der geplante Zeit kann er sie noch aufhängen. Den Mietzins für die Werbeflächen muß er in voller Höhe entrichten, für die Zeit bis zum Anbringen ist er also nutzlos gezahlt (Aufwendungsersatz nach § 284 BGB würde Ablehnen der Plakate voraussetzen; der gewerbliche Veranstalter kann immerhin auf Ermittlung entgangenen Gewinns ausweichen). 372

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

c) Die neue Produktionsstraße kommt nicht zum Termin. Der Besteller muß die bereits außer Betrieb genommene alte Anlage neu rüsten. Außerdem ist die alte Anlage weniger produktiv (Verzugsschadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB). Endlich läßt der Besteller die Produktionsstraße woanders anfertigen. Das wird teurer (Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB). Die übergangsweise wiederbelebte alte Anlage ist weiterhin weniger produktiv (Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die teilweise schon geschehene Umrüstung für die neue Produktionsstraße ist nutzlos (Aufwendungsersatz nach § 284 BGB). Alles läßt sich in eine Feinabrechnung entgangenen Gewinns einbringen. Bei einem nicht auf Erwerb ausgerichteten Betrieb ginge das jedoch nicht. 373

d) Das Immobilienbüro hat schon ein neues Netz zum elektronischen Datenaustausch genau passend zum bestellten Datenverarbeitungssystem angelegt. Das System wird wegen Verzuges abbestellt. Das Netz ist für eine andere Anlage unbrauchbar. Die Kosten der Netzinstallation sind zu erstattende Aufwendungen (§ 284 BGB). Aber was ist dann mit Kosten einer Mietanlage zur Überbrückung? Oder mit zwischenzeitlicher Verteuerung anderer Systeme? Beides sind Schadensposten. Ersatz für Mietzahlung zur Überbrückung ist Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB), solange das System noch nicht abbestellt ist, und »Schadensersatz statt der Leistung« (§ 281 BGB) nach Abbestellung (wobei der Gläubiger die Zeit bis zur Abbestellung einbeziehen kann). Ausgleich der Verteuerung ist ebenfalls »Schadensersatz statt der Leistung« (§ 281 BGB). Die Schadensposten sind nicht zusätzlich zum Aufwendungsersatz, sondern nur statt dessen ansetzbar. Rechnet der Gläubiger hingegen entgangenen Gewinn ab, werden die Kosten der Netzinstallation als Abzugsposten (den Gläubiger bereits vorfinanzierte) berücksichtigt. 374

Als gemäß § 284 BGB ausgleichsfähige Aufwendungen sollte man auch die Anstrengungen der Forderungsüberwachung einschließlich Kosten zusätzlicher Mahnungen ansehen, solange die Leistung noch einforderbar, insbesondere nicht unmöglich ist. Auch dies nimmt der Konfrontation von Schadensersatz und Aufwendungsersatz die Schärfe. Die Bindung von ohnehin zu entlohnendem Personal zählt nicht 375

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 377 Aufwendungsersatz als Schadensausgleich ist nicht zu verwechseln mit Aufwendungsersatz wegen Selbstvornahme anstelle des säumigen Schuldners (zum Beispiel § 536a Abs. 2, § 633 Abs. 3 BGB; vergleiche ergänzende Hinweise zu Fall 15, unter 4, und zu Fall 17, unter 3) oder Verwendungsersatz nach Rücktritt (§§ 347 Satz 2 mit Satz 1, 994 ff. BGB).

zu den Aufwendungen. Wenn das Industrieunternehmen seine Mitarbeiter für die bestellte Produktionsstraße schulen läßt, und sich dies nach Abbestellung wegen Verzögerung als nutzlos erweist, so kann es nicht die eingesetzte Arbeitszeit der Mitarbeiter, sondern lediglich das Honorar für den auswärts eingeholten Trainer mit dem Schädiger abrechnen. Anders ist es, wenn neues Personal eigens eingestellt oder nicht entlassen wurde, damit es mit der erwarteten Leistung (Maschine) arbeite. Als Aufwendungen abrechenbar sind auch Produktionsausfälle, welche entstanden, als während der Schulung betriebliche Aufgaben brachlagen. Abrechenbar sind auch Zusatzentgelte oder Außerhausvergaben zwecks Erledigung der durch die Schulung beeinträchtigten Arbeiten.

Ein weiteres Problem bereitet die Verbindung von § 284 BGB zu besonderen Schadensersatzvorschriften. Man sollte meines Erachtens § 284 BGB auch in den Fällen solcher Schadensersatzregelungen greifen lassen, die funktionsgleich mit »Schadensersatz statt der Leistung« nach §§ 281 bis 283, 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB sind. Das sind die Anordnungen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, zum Beispiel in § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 HGB oder in § 536a Abs. 1 BGB (es handelt sich hier um Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil auch spätere Instandsetzung die Mietsache nicht rückwirkend für die Zeit der Mangelhaftigkeit vertragsgemäß machen kann). Das Merkmal abgelaufener Nachfrist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ist dabei nicht in die anderen Vorschriften zu übertragen (siehe ergänzende Hinweise zu Fall 17, unter 2). 376

Aufwendungsersatz an Stelle von Schadensausgleich ist nicht zu verwechseln mit Aufwendungsersatz wegen Selbstvornahme anstelle des säumigen Schuldners (zum Beispiel § 536a Abs. 2, § 637 Abs. 1 BGB; vergleiche ergänzende Hinweise zu Fall 15, unter 4, und zu Fall 17, unter 3) oder Verwendungs- und Aufwendungsersatz nach Rücktritt (§§ 347 Abs. 2 BGB). 377

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 377 Aufwendersatz als Schadensausgleich ist nicht zu verwechseln mit Aufwendersatz wegen Selbstvornahme anstelle des säumigen Schuldners (zum Beispiel § 536a Abs. 2, § 633 Abs. 3 BGB; vergleiche ergänzende Hinweise zu Fall 15, unter 4, und zu Fall 17, unter 3) oder Verwendungsersatz nach Rücktritt (§§ 347 Satz 2 mit Satz 1, 994ff. BGB).

### Fall 3: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

zu den Aufwendungen. Wenn das Industrieunternehmen seine Mitarbeiter für die bestellte Produktionsstraße schulen läßt, und sich dies nach Abbestellung wegen Verzögerung als nutzlos erweist, so kann es nicht die eingesetzte Arbeitszeit der Mitarbeiter, sondern lediglich das Honorar für den auswärts eingeholten Trainer mit dem Schädiger abrechnen. Anders ist es, wenn neues Personal eigens eingestellt oder nicht entlassen wurde, damit es mit der erwarteten Leistung (Maschine) arbeite. Als Aufwendungen abrechenbar sind auch Produktionsausfälle, welche entstanden, als während der Schulung betriebliche Aufgaben brachlagen. Abrechenbar sind auch Zusatzentgelte oder Außerhausvergaben zwecks Erledigung der durch die Schulung beeinträchtigten Arbeiten.

Ein weiteres Problem bereitet die Verbindung von § 284 BGB zu besonderen Schadensersatzvorschriften. Man sollte meines Erachtens § 284 BGB auch in den Fällen solcher Schadensersatzregelungen greifen lassen, die funktionsgleich mit »Schadensersatz statt der Leistung« nach §§ 281 bis 283, 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB sind. Das sind die Anordnungen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, zum Beispiel in § 376 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 HGB oder in § 536a Abs. 1 BGB (es handelt sich hier um Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil auch spätere Instandsetzung die Mietsache nicht rückwirkend für die Zeit der Mangelhaftigkeit vertragsgemäß machen kann). Das Merkmal abgelaufener Nachfrist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ist dabei nicht in die anderen Vorschriften zu übertragen (siehe ergänzende Hinweise zu Fall 17, unter 2). 376

Aufwendungsersatz an Stelle von Schadensausgleich ist nicht zu verwechseln mit Aufwendungsersatz wegen Selbstvornahme anstelle des säumigen Schuldners (zum Beispiel § 536a Abs. 2, § 637 Abs. 1 BGB; vergleiche ergänzende Hinweise zu Fall 15, unter 4, und zu Fall 17, unter 3) oder Verwendungs- und Aufwendungsersatz nach Rücktritt (§§ 347 Abs. 2 BGB). 377

## Fall 4 Honorar für die Künstleragentur: Zahlungsverzug

- 401 Die Künstleragentur »Pro artibus GmbH« versieht ihre Honorarrechnungen an die Auftraggeber mit folgendem Aufdruck: »Zahlbar rein netto ohne Abzug innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt dieser Rechnung. Sparen Sie sich und uns Ärger und Kosten. Zu verspätet eingehenden Zahlungen müssen wir einen Zinszuschlag von 15% p. a. erheben. Für jede Mahnung berechnen wir Spesen von 20,- DM (berechnen wir Spesen von 15,- Euro). Wir danken für Ihr Verständnis.«

Welche Wirkungen ergeben sich hieraus? Der Betrag für die Mahnspesen ist nur mit Rücksicht darauf doppelt ausgeworfen, daß zugleich mit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1. Januar 2002 die Währung umgestellt wurde. Der Betrag in Deutscher Mark betrifft den Fall, wenn er nach altem Recht zu lösen ist, der Betrag in Euro den Fall zur Lösung gemäß neuem Recht. In dem gedachten Rechnungsaufdruck erscheinen nicht beide Beträge gleichzeitig.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

- 402 Der Sachverhalt berichtet nicht über eine bestimmte Auseinandersetzung, sondern mündet in eine generelle Frage. Um sie zu erfassen, muß der Bearbeiter sich mögliche Konflikte vorstellen. Dabei kann es hilfreich sein, in Gedanken eine Rolle zu übernehmen. Drei potentielle Streitpunkte drängen sich zur Untersuchung auf:

Erstens könnte ein Zahlungspflichtiger der Meinung sein, er brauche, weil dies nicht wenige Gläubiger so handhaben, bei rascher Zahlung nicht den vollständigen Betrag zu leisten, sondern dürfe einen Rabatt in Höhe von beispielsweise zwei vom Hundert abziehen und einbehalten. Daher bietet sich die Prüfung an, ob ein Kunde die an ihn ge-

#### Fall 4: Zahlungsverzug

richtete Rechnung vollständig begleichen müsse oder ob es genüge, einen gekürzten Betrag zu leisten. Man könnte auch prüfen wollen, ob der Agentur eine Nachforderung zusteht, falls sie eine gekürzte Zahlung empfängt.

Zweitens ist die Frage aufzuwerfen, ob die Agentur Verzinsung in Höhe von 15 vom Hundert beanspruchen darf, falls ein Kunde nicht spätestens bis zum Ablauf der dreißigtägigen Frist zahlt.

Drittens muß man prüfen, ob ein säumiger Zahlungspflichtiger die Kosten einer Mahnung zu erstatten hat.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

1. Begleichung des vollständigen Rechnungsbetrages

- 403 1.a Die Pflicht eines Kunden zur Begleichung des vollständigen Rechnungsbetrages kann sich als Mäklerlohnschuld gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB aus Maklervertrag mit der Pro artibus GmbH ergeben.
- 404 1.b Der Abschluß eines Maklervertrages zwischen der Pro artibus GmbH und ihrem Kunden mit Vereinbarung eines Mäklerlohnes ist zu unterstellen. Es sind keine besonderen Umstände ersichtlich, die die im Sachverhalt sogenannten Auftraggeber im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 Abs. 1 BGB als Besteller einer Werkleistung nach § 631 BGB oder als Dienstgeber nach § 611 BGB erscheinen ließen. Vorerst keiner Prüfung bedarf, ob der Kunde als Künstler Unternehmer ist oder ob er als Unternehmer oder Nichtunternehmer einen Künstler sucht.
- 405 Des weiteren ist der von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzte Erfolg der Vermittlungsbemühungen, das heißt das Zustandekommen eines Vertrages zwischen dem Kunden und einem Dritten anzunehmen.
- 406 Ferner ist davon auszugehen, daß der in Rechnung gestellte Mäklerlohn in seiner Höhe der Vereinbarung entspricht.
- 407 1.c Zu fragen ist nun, ob der Kunde hiervon einen Abzug vornehmen darf, wenn er den Mäklerlohn innerhalb des in der Rechnung gesetzten Zahlungszieles leistet. Eine Berechtigung zur Kürzung des Betrages kann sich aus einer Absprache zwischen Agentur und Kunde ergeben. Eine derartige Skonto-Absprache ist indessen nicht erkennbar. Es gibt auch keinen Handelsbrauch im Sinne von § 346 HGB, wonach Mäklerlöhne für Künstleragenturen um Sofortzahlungsrabatte gekürzt würden. Die Frage der Kaufmannseigenschaft der Beteiligten muß daher nicht aufgeworfen werden. Ebensowenig erlauben gemäß § 242 BGB die Grundsätze von Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Kunden die Einbehaltung eines Abzugsbetrages. Der Vermerk auf der Rechnung »rein netto ohne Abzug« hat allenfalls

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Begleichung des vollständigen Rechnungsbetrages

1.a Die Pflicht eines Kunden zur Begleichung des vollständigen Rechnungsbetrages kann sich als Mäklerlohnschuld gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB aus Maklervertrag mit der Pro artibus GmbH ergeben. 403

1.b Der Abschluß eines Maklervertrages zwischen der Pro artibus GmbH und ihrem Kunden mit Vereinbarung eines Mäklerlohnes ist zu unterstellen. Es sind keine besonderen Umstände ersichtlich, die die im Sachverhalt sogenannten Auftraggeber im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 Abs. 1 BGB als Besteller einer Werkleistung nach § 631 BGB oder als Dienstgeber nach § 611 BGB erscheinen ließen. Vorerst keiner Prüfung bedarf, ob der Kunde als Künstler Unternehmer ist oder ob er als Unternehmer oder Nichtunternehmer einen Künstler sucht. 404

Des weiteren ist der von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzte Erfolg der Vermittlungsbemühungen, das heißt das Zustandekommen eines Vertrages zwischen dem Kunden und einem Dritten anzunehmen. 405

Ferner ist davon auszugehen, daß der in Rechnung gestellte Mäklerlohn in seiner Höhe der Vereinbarung entspricht. 406

1.c Zu fragen ist nun, ob der Kunde hiervon einen Abzug vornehmen darf, wenn er den Mäklerlohn innerhalb des in der Rechnung gesetzten Zahlungszieles leistet. Eine Berechtigung zur Kürzung des Betrages kann sich aus einer Absprache zwischen Agentur und Kunde ergeben. Eine derartige Skonto-Absprache ist indessen nicht erkennbar. Es gibt auch keinen Handelsbrauch im Sinne von § 346 HGB, wonach Mäklerlöhne für Künstleragenturen um Sofortzahlungsrabatte gekürzt würden. Die Frage der Kaufmannseigenschaft der Beteiligten muß daher nicht aufgeworfen werden. Ebensovienig erlauben gemäß § 242 BGB die Grundsätze von Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Kunden die Einbehaltung eines Abzugsbetrages. Der Vermerk auf der Rechnung »rein netto ohne Abzug« hat allenfalls 407

#### Fall 4: Lösung nach altem Recht

klarstellende Bedeutung. Es muß nicht geprüft werden, ob er Bestandteil des Vertrages wurde.

408 1.d Der Kunde hat den vollständigen Rechnungsbetrag zu leisten.

#### 2. Verzinsung des Honorars

409 2.a Die Agentur hat zusätzlich Anspruch auf Verzinsung des Maklerlohnes in Höhe von 15 vom Hundert »per annum«, mithin fürs Jahr, nach Ablauf einer Frist von 30 Tagen nach Rechnungserhalt, wenn dies zwischen ihr und dem Kunden vereinbart ist.

410 Für eine solche Vereinbarung ist abgesehen von dem Rechnungsaufdruck nichts ersichtlich. Zu prüfen ist deshalb, ob der Aufdruck zu einer Vereinbarung führt. Die Übermittlung der Rechnung mit dem Aufdruck kann man nach § 133 BGB als Antrag auf Abschluß eines Änderungsvertrages zu dem bereits früher geschlossenen Maklervertrag auslegen. Kern dieses angesonnenen Änderungsvertrages ist die Einräumung eines dreißigtägigen Zahlungsziels, das heißt ein Hinausschieben der Fälligkeit, somit eine Stundung. Begleitend soll der Kunde eine Zinslast und die Vergütung von Mahnspesen übernehmen.

411 Der Vertragsabschluß folgt den besonderen Regeln über Verträge mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bei dem Aufdruck handelt es sich um Vertragsbedingungen, die die Agentur als Verwenderin für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte und ihren Kunden zum Abschluß von Änderungsverträgen stellt. Damit liegen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Ist der Kunde Unternehmer oder Glied der öffentlichen Hand im Sinne von § 24 Satz 1 AGBG, genügt nach allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts sein Einverständnis, um den Vertrag zustandezubringen. In allen anderen Fällen sind zusätzlich die Erfordernisse aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGBG zu beobachten, sofern man nicht der Meinung folgt, daß § 2 AGBG außer Betracht bleibt, wenn der Vertrag sich vollkommen – und nicht nur teilweise – in einem Formulartext abbildet. Sämtliche Unterscheidungen können hier jedoch unberücksichtigt bleiben, weil jedenfalls die zusätzlichen Anforderungen aus § 2 AGBG erfüllt wären.

klarstellende Bedeutung. Es muß nicht geprüft werden, ob er Bestandteil des Vertrages wurde.

1.d Der Kunde hat den vollständigen Rechnungsbetrag zu leisten. 408

## 2. Verzinsung des Honorars

2.a Die Agentur hat zusätzlich Anspruch auf Verzinsung des Maklerlohnes in Höhe von 15 vom Hundert »per annum«, mithin fürs Jahr, nach Ablauf einer Frist von 30 Tagen nach Rechnungserhalt, wenn dies zwischen ihr und dem Kunden vereinbart ist. 409

Für eine solche Vereinbarung ist abgesehen von dem Rechnungsaufdruck nichts ersichtlich. Zu prüfen ist deshalb, ob der Aufdruck zu einer Vereinbarung führt. Die Übermittlung der Rechnung mit dem Aufdruck kann man nach § 133 BGB als Antrag auf Abschluß eines Änderungsvertrages zu dem bereits früher geschlossenen Maklervertrag auslegen. Kern dieses angesonnenen Änderungsvertrages ist die Einräumung eines dreißigtägigen Zahlungsziels, das heißt ein Hinausschieben der Fälligkeit, somit eine Stundung. Begleitend soll der Kunde eine Zinslast und die Vergütung von Mahnspesen übernehmen. 410

Der Vertragsabschluß folgt den besonderen Regeln über Verträge mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bei dem Aufdruck handelt es sich um Vertragsbedingungen, die die Agentur als Verwenderin für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte und ihren Kunden zum Abschluß von Änderungsverträgen stellt. Damit liegen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Ist der Kunde Unternehmer oder Glied der öffentlichen Hand im Sinne von § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, genügt nach allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts sein Einverständnis, um den Vertrag zustandezubringen. In allen anderen Fällen sind zusätzlich die Erfordernisse aus § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB zu beobachten, sofern man nicht die Meinung ausbildet, daß § 305 Abs. 2 BGB außer Betracht bleibt, wenn der Vertrag sich vollkommen – und nicht nur teilweise – in einem Formulatext abbildet. Sämtliche Unterscheidungen können hier jedoch unberücksichtigt bleiben, weil jedenfalls die zusätzlichen Anforderungen aus § 305 Abs. 2 BGB erfüllt wären. 411

#### Fall 4: Lösung nach altem Recht

- 412 Problematisch ist allein das Einverständnis des Kunden. Die Gewährung eines Zahlungsziels ist ihm günstig. Ohne Schwierigkeiten läßt sich sein Einverständnis unterstellen. Dessen Äußerung gegenüber der Agentur ist gemäß § 151 Satz 1 BGB verzichtbar. Die übrigen Klauseln gereichen dem Kunden jedoch zum Nachteil. Insoweit braucht die Feststellung des Einverständnisses deutliche Anhaltspunkte, die nicht generell vorliegen. Somit tut sich die Frage auf, ob der Kunde das Änderungsangebot der Agentur wirksam beschränkt auf den ihm günstigen Teil annehmen kann oder ob eine nur ausschnittthafte Annahme in Wahrheit lediglich eine Ablehnung mit neuem Angebot gemäß § 150 Abs. 2 BGB darstellt. Die Frage ist mit § 6 Abs. 1 AGBG im ersten Sinne zu beantworten. Zwar kommt die Vereinbarung über das Zahlungsziel zustande, nicht aber diejenige über die Verzinsung und die Mahnspesen. Ansprüche auf Verzinsung und Erstattung von Mahnspesen richten sich gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften. Unzumutbarkeit dieser Unterscheidung für die Agentur nach § 6 Abs. 3 AGBG ist nicht zu erkennen.
- 413 Die gewünschte Verzinsung nach Verstreichen des Zahlungszieles ergibt sich nicht aus Vertrag.
- 414 2.b Eine Verzinsung kann sich aber auch aus § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges ergeben.
- 415 Der Maklerlohn ist mit Verstreichen des nachträglich vereinbarten Zahlungszieles fällig. Seiner Durchsetzbarkeit steht nichts entgegen. Grundsätzlich bedarf es nach § 284 Abs. 1 BGB einer Mahnung nach Fälligkeit, um den Schuldnerverzug herbeizuführen. Für Zahlungsansprüche gilt indessen abweichend die Regelung des § 284 Abs. 3 BGB. Mahnung ist danach kein geeignetes Mittel, den Verzug herbeizuführen. Vielmehr tritt gemäß § 284 Abs. 3 Satz 1 BGB Schuldnerverzug 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung ein. Der Maklerlohn ist zufolge der Änderungsabsprache mit dem Kunden 30 Tage nach Zugang der Rechnung fällig. Diese Stundung ist gemäß § 187 Abs. 1 BGB zu berechnen. Die 30 Tage werden somit ab dem Tag nach Zugang der Rechnung gezählt. Weitere 30 Tage später, insgesamt also 60 Tage nach Erhalt der Rechnung, gerät der zahlungspflichtige

Problematisch ist allein das Einverständnis des Kunden. Die Gewährung eines Zahlungsziels ist ihm günstig. Ohne Schwierigkeiten läßt sich sein Einverständnis unterstellen. Dessen Äußerung gegenüber der Agentur ist gemäß § 151 Satz 1 BGB verzichtbar. Die übrigen Klauseln reichen dem Kunden jedoch zum Nachteil. Insoweit braucht die Feststellung des Einverständnisses deutliche Anhaltspunkte, die nicht generell vorliegen. Somit tut sich die Frage auf, ob der Kunde das Änderungsangebot der Agentur wirksam beschränkt auf den ihm günstigen Teil annehmen kann oder ob eine nur ausschnittshafte Annahme in Wahrheit lediglich eine Ablehnung mit neuem Angebot gemäß § 150 Abs. 2 BGB darstellt. Die Frage ist mit § 306 Abs. 1 BGB im ersten Sinne zu beantworten. Zwar kommt die Vereinbarung über das Zahlungsziel zustande, nicht aber diejenige über die Verzinsung und die Mahnspesen. Ansprüche auf Verzinsung und Erstattung von Mahnspesen richten sich gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Unzumutbarkeit dieser Unterscheidung für die Agentur nach § 306 Abs. 3 BGB ist nicht zu erkennen. 412

Die gewünschte Verzinsung nach Verstreichen des Zahlungszieles ergibt sich nicht aus Vertrag. 413

2.b Eine Verzinsung kann sich aber auch aus § 288 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges ergeben. 414

Der Maklerlohn ist mit Verstreichen des nachträglich vereinbarten Zahlungszieles fällig. Seiner Durchsetzbarkeit steht nichts entgegen. Grundsätzlich bedarf es nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB einer Mahnung nach Fälligkeit, um den Schuldnerverzug herbeizuführen. Die Sonderregelung für Entgeltansprüche in § 286 Abs. 3 BGB verdrängt die Grundregel des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht, sondern ergänzt sie lediglich um eine Auffangregel. Gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB gerät somit der Kunde in Verzug, sobald die Agentur ihn – nach Verstreichen des Zahlungsziels – neuerlich bestimmt und eindeutig zur Zahlung auffordert. Indessen ist eine solche Mahnung möglicherweise gemäß § 286 Abs. 2 BGB überflüssig. Der Zahlungszeitpunkt ist zwar nicht schlicht aus dem Kalender ablesbar. Er ist nicht kalendermäßig bestimmt im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, sondern nur kalen- 415

#### Fall 4: Lösung nach altem Recht

Kunde in Schuldnerverzug, sofern er nicht zwischenzeitlich leistet. Verzugsausschließende Entschuldigung nach § 285 BGB wird regelmäßig nicht stattfinden.

- 416 § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB erlaubt der Agentur mit Verzugsbeginn, das heißt ab dem 61. Tage nach Zugang der Rechnung, einen Zins von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998 zu erheben. Das gilt gemäß § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB auch für die Fälle, in denen es sich auf beiden Seiten um ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB handelt. Bei dem Basiszinssatz handelt es sich um eine in Abständen aktualisierte Fortschreibung des Diskontsatzes der Deutschen Bundesbank aus der Zeit vor der Tätigkeit der Europäischen Zentralbank. Er schwankt um ungefähr vier vom Hundert für das Jahr. Insgesamt ergibt sich daraus je nach dem Zeitraum eine Verzugsverzinsung von rund neun vom Hundert, nicht jedoch in Höhe von 15 Prozent.
- 417 2.c Unbenommen bleibt es gemäß § 288 Abs. 2 BGB der Agentur, eine konkrete Schadensabrechnung nach § 286 Abs. 1 BGB zu unternehmen.

dermäßig bestimmbar. Kalendermäßige Bestimmbarkeit genügt aber nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn es sich um die Bestimmung einer Frist im Anschluß an ein bestimmtes Ereignis handelt. Die Änderungsvereinbarung beschreibt den Zugang der Rechnung als Ereignis, welches eine dreißigtägige Frist für die Fälligkeit auslöst. Diese Stundung ist gemäß § 187 Abs. 1 BGB zu berechnen. Die 30 Tage werden somit ab dem Tag nach Zugang der Rechnung gezählt. Mit Ablauf des 30. Tages nach Rechnungserhalt greift § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein, und der Kunde befindet sich ab dem 31. Tage in Schuldnerverzug, sofern er nicht zwischenzeitlich leistet. Da sich Fälligkeit und Eintritt des Schuldnerverzuges von selbst decken, ist für die erst dreißig Tage nach Fälligkeit einschlägige Auffangregelung des § 286 Abs. 3 BGB kein Raum. Es bleibt bei Verzugsbegründung ohne Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Verzugsausschließende Entschuldigung nach § 286 Abs. 4 BGB wird regelmäßig nicht stattfinden.

§ 288 Abs. 1 BGB erlaubt der Agentur mit Verzugsbeginn, das heißt ab dem 31. Tage nach Zugang der Rechnung, einen Zins von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu erheben. Dies betrifft Kunden, die Verbraucher im Sinne von § 13 BGB sind. Ein Kunde, der nicht Verbraucher ist, schuldet, da auch die Pro artibus GmbH kein Verbraucher ist, gemäß § 288 Abs. 2 BGB sogar einen Zins in Höhe von 8 Prozent über dem Basiszinssatz. Das gilt gemäß § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB auch für die Fälle, in denen es sich auf beiden Seiten um ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB handelt. Der Basiszinssatz ergibt sich aus § 247 BGB. Er beträgt nach § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst 3,62 Prozent und wird später gemäß § 247 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB halbjährlich fortgeschrieben. Die erste Fortschreibung fand (verwirrenderweise) gemäß Art. 229 § 7 Abs. 3 EGBGB zugleich mit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 statt. Insgesamt ergibt sich daraus je nach dem Zeitraum eine Verzugsverzinsung von rund neun vom Hundert beziehungsweise rund zwölf vom Hundert, nicht jedoch in Höhe von 15 Prozent. 416

2.c Unbenommen bleibt es gemäß § 288 Abs. 4 BGB der Agentur, eine konkrete Schadensabrechnung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unternehmen. 417

- 418 Sollte sie wegen des Zahlungsverzuges auf ihrem laufenden Geschäftskonto oder gesondert Kredit nehmen müssen, so kann die Agentur die dort entstehende Belastung auf den Kunden abwälzen. Ein anderer Weg der Schadensberechnung läge darin, daß die Agentur als entgangenen Gewinn nach § 252 BGB Anlagezinsen ersetzt verlangt, die sie hätte erzielen können.
- 419 Eine Pauschalierung solcher Schäden mit einem Zinssatz von 15 vom Hundert ist der Agentur nicht erlaubt, weil der Rechnungsaufdruck insofern nicht Vertragsbestandteil wurde.
- 420 2.d Unabhängig vom Schuldnerverzug steht eine Verzinsung des Rechnungsbetrages nach § 353 HGB.
- 421 Diese Vorschrift greift ein, wenn der Maklervertrag für beide Seiten ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB darstellt. Die Agentur ist als Handelsgesellschaft nach §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 6 HGB ohne weiteres Kaufmann. Die Kaufmannseigenschaft des Kunden bliebe im Einzelfall nach §§ 1 ff. HGB festzustellen.
- 422 Ist auch der Kunde Kaufmann, liegt beiderseits ein Handelsgeschäft vor. Mit Fälligkeit beginnt der Zinslauf aus § 353 HGB. Das ist mit Verstreichen des Zahlungszieles, also ab dem 31. Tag nach Rechnungserhalt der Fall.

Dazu ist die Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis festzustellen. Der Maklervertrag ist ein vertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 1 BGB. Mit seiner Säumigkeit verletzt der Zahlungsschuldner eine ihn aus dem Schuldverhältnis treffende Pflicht. Das allein reicht allerdings gemäß § 280 Abs. 2 BGB noch nicht zur Feststellung der Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB aus. Vielmehr verweist § 280 Abs. 2 BGB auf die zusätzlichen Anforderungen des Schuldnerverzuges. Diese wurden indessen bereits zuvor (2.b) als mit Verstreichen des Zahlungsziels erfüllt angenommen. Entschuldigung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB scheidet aus, wenn der Schuldner schon nach § 286 Abs. 4 BGB seinen Schuldnerverzug zu vertreten hat. Der Kunde schuldet demnach Ersatz des Verzögerungsschadens.

Sollte sie wegen des Zahlungsverzuges auf ihrem laufenden Geschäftskonto oder gesondert Kredit nehmen müssen, so kann die Agentur die dort entstehende Belastung auf den Kunden abwälzen. Ein anderer Weg der Schadensberechnung läge darin, daß die Agentur als entgangenen Gewinn nach § 252 BGB Anlagezinsen ersetzt verlangt, die sie hätte erzielen können. 418

Eine Pauschalierung solcher Schäden mit einem Zinssatz von 15 vom Hundert ist der Agentur nicht erlaubt, weil der Rechnungsaufdruck insofern nicht Vertragsbestandteil wurde. 419

2.d Unabhängig vom Schuldnerverzug steht eine Verzinsung des Rechnungsbetrages nach § 353 HGB. 420

Diese Vorschrift greift ein, wenn der Maklervertrag für beide Seiten ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB darstellt. Die Agentur ist als Handelsgesellschaft nach §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 6 HGB ohne weiteres Kaufmann. Die Kaufmannseigenschaft des Kunden bliebe im Einzelfall nach §§ 1ff. HGB festzustellen. 421

Ist auch der Kunde Kaufmann, liegt beiderseits ein Handelsgeschäft vor. Mit Fälligkeit beginnt der Zinslauf aus § 353 HGB. Das ist mit Verstreichen des Zahlungszieles, also ab dem 31. Tag nach Rechnungserhalt der Fall. 422

## Fall 4: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 423 Der Zinssatz beträgt gemäß § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB fünf vom Hundert fürs Jahr.
3. Erstattung von Mahnspesen
- 424 3.a Mangels entsprechender Übereinkunft ergibt sich eine Verpflichtung des Kunden zum Ausgleich der Mahnspesen nicht aus Vertrag.
- 425 3.b Grundlage für die Erstattung von Mahnspesen kann aber § 286 Abs. 1 BGB sein.
- 426 Die Mahnspesen zählen zum Verzugsschaden, wenn sie nach Eintritt des Schuldnerverzuges anfallen und soweit der Mahnaufwand sich im Sinne von § 254 BGB in einem vernünftigen Rahmen bewegt. Das betrifft Mahnungen, die den Kunden ab dem 61. Tag nach Rechnungserhalt erreichen. Frühere Mahnungen, insbesondere solche zwischen Verstreichen des Zahlungszieles und Ablauf der daran anknüpfenden dreißigtägigen Frist aus § 284 Abs. 3 Satz 1 BGB, beruhen noch nicht auf Schuldnerverzug. Erst recht sind Mahnungen vor Fälligkeit folgenlos.
- 427 Die Abrechnung der Mahnspesen aus der Zeit nach Verzugsbegründung ist neben der Verzinsung möglich. Es handelt sich um verschiedene Schadensposten, so daß keine Rolle spielt, ob die Verzinsung nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Bezug zu einem bestimmten Schaden geschieht oder nach § 286 Abs. 1 BGB mit einem derartigen Bezug.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |  |     |   |     |
|--|-----|---|-----|
| 1. Zahlungsunfähigkeit . . . . .               | 428 | 4. Verzinsung außerhalb der Verzugsvorschriften . . . . . | 432 |
| 2. Schuldnerverzug bei Geldforderung . . . . . | 429 | 5. Verzugszins im Verbraucherkredit . . . . .             | 436 |
| 3. Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .   | 431 |   |     |

- 428 1. Mangel an flüssigen Geldmitteln wird immer als eine Frage des Schuldnerverzuges angesehen. Das gilt auch dann, wenn der Zahlungs-

## Fall 4: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Der Zinssatz beträgt gemäß § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB fünf vom Hundert fürs Jahr. 423

### 3. Erstattung von Mahnspesen

3.a Mangels entsprechender Übereinkunft ergibt sich eine Verpflichtung des Kunden zum Ausgleich der Mahnspesen nicht aus Vertrag. 424

3.b Grundlage für die Erstattung von Mahnspesen kann aber § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB mit §§ 280 Abs. 2, 286 BGB sein. 425

Die Mahnspesen zählen zum Verzugschaden, wenn sie nach Eintritt des Schuldnerverzuges anfallen und soweit der Mahnaufwand sich im Sinne von § 254 BGB in einem vernünftigen Rahmen bewegt. Das betrifft Mahnungen, die den Kunden ab dem 31. Tag nach Rechnungserhalt erreichen. Mahnungen vor diesem Tag sind, da vor Schuldnerverzug und sogar vor Fälligkeit liegend, folgenlos. 426

Die Abrechnung der Mahnspesen aus der Zeit nach Verzugsbegründung ist neben der Verzinsung möglich. Es handelt sich um verschiedene Schadensposten, so daß keine Rolle spielt, ob die Verzinsung nach § 288 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB ohne Bezug zu einem bestimmten Schaden geschieht oder nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einem derartigen Bezug. 427

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |   |     |  |     |
|---|-----|--|-----|
| 1. Zahlungsunfähigkeit . . . . .                    | 428 | 4. Verzinsung außerhalb der<br>Verzugsvorschriften . . . . . | 432 |
| 2. Schuldnerverzug bei Geld-<br>forderung . . . . . | 429 | 5. Verzugszins im Verbraucher-<br>kredit . . . . .           | 436 |
| 3. Allgemeine Geschäftsbedin-<br>gungen . . . . .   | 431 |  |     |

1. Mangel an flüssigen Geldmitteln wird immer als eine Frage des Schuldnerverzuges angesehen. Das gilt auch dann, wenn der Zahlungs- 428

#### Fall 4: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

schuldner auf Dauer zahlungsunfähig ist, so daß man eigentlich die Regeln der subjektiven Unmöglichkeit (des Unvermögens) aus §§ 275, 280, 323 bis 325 BGB heranzuziehen hätte.

- 429 2. Die Sonderregelung über den Eintritt des Schuldnerverzuges nach § 284 Abs. 3 BGB betrifft jegliche Geldforderung.

schuldner auf Dauer zahlungsunfähig ist, so daß man eigentlich die Regeln der subjektiven Unmöglichkeit (des Unvermögens) aus §§ 275, 280, 283, 311a BGB heranzuziehen hätte.

2. Die Sonderregelung über den Eintritt des Schuldnerverzuges nach § 286 Abs. 3 BGB betrifft nicht jegliche Geldforderung, sondern nur Entgeltforderungen. Nur den Rückstand mit Geld, das als Vergütung geschuldet ist, kann der Gläubiger nach § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB in den Schuldnerverzug führen. Nicht betroffen sind beispielsweise Herausgabe von Erlösen aus Geschäftsführung, Erstattung von Aufwendungen, Rückzahlung aus Rücktritt, Widerruf oder ungerechtfertigter Bereicherung, Zahlung zwecks Schadensersatz, Einzahlung oder Auszahlung einer Mietkaution, Ausreichen oder Tilgung eines Darlehens. Bei Zahlungen auf ein verzinsliches Darlehen muß man zwischen dem Tilgungsbetrag und dem Zinsbetrag unterscheiden (falls nicht § 286 Abs. 3 BGB außer Betracht bleibt, weil schon Mißachtung eines Zahlungsplans nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB den Verzug auslöst). Bei entgeltlicher Geschäftsführung muß die Vergütung (Provision) von Herausgabe oder Erstattung getrennt werden. Der Verweis auf § 286 Abs. 3 BGB in § 357 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Rückzahlung nach Widerruf ist unbeachtlich. Es handelt sich um ein Redaktionsversehen. Der (§ 361a Abs. 2 Satz 2 BGB alter Fassung entsprechende) Verweis stammt noch aus der Fassung des Regierungsentwurfes, worin § 286 Abs. 3 BGB nicht auf Entgeltforderungen beschränkt erschien und sogar andere als Geldforderungen erfaßte (siehe Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 7, rechts). 429

Bei Unklarheit über den Zeitpunkt des Rechnungszugangs läßt § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB den Schuldnerverzug hilfsweise mit Ablauf von dreißig Tagen nach Fälligkeit und Empfang der zu vergütenden Leistung eintreten. Das ähnelt mit Blick auf die Zinspflicht dem früheren § 452 BGB, dem § 641 Abs. 4 BGB und dem § 353 Satz 1 HGB (so wie auch gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Vereinbarung, daß innerhalb bestimmter Zeit nach Lieferung zu zahlen sei, ähnliche Wirkung erzeugt). Das Erfordernis der Fälligkeit in § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB betrifft die Zahlung. Der Schuldner gewinnt dadurch Planungssicherheit. Nicht schon der Empfang der Gegenleistung setzt ihn unter

- 431 3. Sofern die Bestimmung eines vom Gesetz abweichenden Verzugszinssatzes oder von Festbeträgen für Mahnspesen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil werden, ist an Inhaltskontrolle gemäß § 11 Nr. 5 AGBG zu denken. Auch § 9 AGBG ist zu beachten – nämlich dann, wenn die Klausel die Kontrolle nach § 11 Nr. 5 AGBG besteht und dennoch unangemessen wirkt oder wenn § 24 Satz 1 AGBG die unmittelbare Anwendung von § 11 AGBG verschließt.
- 432 4. Neben der Verzinsung wegen Verzuges enthält das Gesetz verstreut verzugsunabhängige Anspruchsgrundlagen für eine Verzinsung. Etwa zugleich vorliegenden Verzug kann der Gläubiger daneben anführen, genießt jedoch insgesamt nur einmal Verzinsung. Beispiele bieten
- die Prozeßverzinsung mit vier vom Hundert gemäß §§ 291, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 291 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB,
  - die kaufmännische Fälligkeitsverzinsung mit fünf vom Hundert gemäß §§ 353 Satz 1, 352 Abs. 2 HGB,
  - die Verzinsung der Kosten des Rechtsstreites gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998,
  - die Verzinsung des Aufwendungsersatzbetrages mit vier vom Hundert gemäß §§ 256 Satz 1, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 354 Abs. 2, 352 Abs. 2 HGB,
- 433 – die Verzinsung einer wegen Rücktritts zu erstattenden Geldsumme mit vier vom Hundert nach §§ 347 Satz 3, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 347 Satz 3 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB,
- die Verzinsung einer wegen Wandlung oder Minderung von Kauf oder Werkvertrag zu erstattenden Geldsumme mit vier oder fünf

Druck. Überraschend frühe Ausführung der zu vergütenden Leistung nötigt ihn daher nicht zum vorzeitigen Aufbringen der Geldmittel.

Verbraucher geraten nur belehrt gemäß § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB in Verzug. Die Folgen seiner Säumigkeit bei Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 Abs. 2 BGB hingegen trägt auch der unbelehrte Verbraucher. 430

3. Sofern die Bestimmung eines vom Gesetz abweichenden Verzugszinssatzes oder von Festbeträgen für Mahnspesen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil werden, ist an Inhaltskontrolle gemäß § 309 Nr. 5 BGB zu denken. Auch § 307 BGB ist zu beachten – nämlich dann, wenn die Klausel die Kontrolle nach § 309 Nr. 5 BGB besteht und dennoch unangemessen wirkt oder wenn § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB die unmittelbare Anwendung von § 309 BGB verschließt. 431

4. Neben der Verzinsung wegen Verzuges enthält das Gesetz verstreut verzugsunabhängige Anspruchsgrundlagen für eine Verzinsung. Etwa zugleich vorliegenden Verzug kann der Gläubiger daneben anführen, genießt jedoch insgesamt nur einmal Verzinsung. Beispiele bieten 432

- die Prozeßverzinsung mit vier vom Hundert gemäß §§ 291, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß § 291 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB,
- die kaufmännische Fälligkeitsverzinsung mit fünf vom Hundert gemäß §§ 353 Satz 1, 352 Abs. 2 HGB,
- die Verzinsung der Kosten des Rechtsstreites gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB,
- die Verzinsung des Aufwendungsersatzbetrages mit vier vom Hundert gemäß §§ 256 Satz 1, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 354 Abs. 2, 352 Abs. 2 HGB.

Hingegen gibt es keine automatische Verzinsung einer wegen Rücktritts zu erstattenden Geldsumme. Vielmehr sind grundsätzlich nur wirklich erwirtschaftete Zinsen als gezogene Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1 am Ende BGB herauszugeben. Das kann mehr oder weniger als der gesetzliche Zinssatz sein. Wenn entgegen den Regeln ord- 433

#### Fall 4: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- vom Hundert wegen Verweises auf die Rücktrittsvorschriften gemäß § 467 Satz 1 BGB (bei Minderung des Kaufpreises analog) oder gemäß § 634 Abs. 4 BGB mit § 467 Satz 1 BGB,
- die Verzinsung einer wegen Widerrufs oder Rückgabe zu erstattenden Geldsumme mit vier oder fünf vom Hundert gemäß § 361a Abs. 2 Satz 1 BGB oder §§ 361a Abs. 2 Satz 1, 361b Abs. 2 Satz 2 BGB (diese Verweisungen führen nur insoweit zum handelsrechtlichen Zinssatz, als nach dem Verbraucherkreditgesetz der kaufmännische Existenzgründer noch ein Widerrufsrecht hat),
- 434 – die Verzinsung des Kaufpreises ab Nutzung durch den Käufer mit vier vom Hundert gemäß §§ 452, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 452 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB,
- 435 – die Verzinsung des Werklohnes ab Abnahme des Werks mit vier vom Hundert gemäß §§ 641 Abs. 4, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 641 Abs. 4 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB.
- 436 5. Für den Verbraucherkredit (Darlehen oder Finanzierungshilfe, einem Verbraucher oder Existenzgründer von einem Unternehmer gewährt gemäß § 1 Abs. 1 und Abs. 2 VerbrKrG) enthält § 11 Abs. 1 VerbrKrG eine Sonderbestimmung über den Verzugszins. Sie geht § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, enthält aber im Ergebnis keine Abweichung. Ursprünglich war in § 11 Abs. 1 VerbrKrG der Zins mit fünf vom Hundert über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank vorgesehen. Das bedeutete eine empfindliche Schlechterstellung des Verbrauchers oder Existenzgründers gegenüber der damaligen allgemeinen

nungsgemäßer Wirtschaft der Erstattungspflichtige keine Nutzungen zog oder soweit die gezogenen Nutzungen hinter dem zurückbleiben, was der Erstattungspflichtige nach den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft hätte erzielen können, schuldet er nach § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB Wertersatz. Auch dies deckt sich allenfalls zufällig mit dem gesetzlichen Zinssatz. Die Rücktrittsregeln betreffen unmittelbar auch die Auflösung von Kauf oder Werkvertrag wegen Mangels (§ 437 Nr. 2 BGB; § 634 Nr. 3 BGB) und, entsprechend angewandt, die Minderung (§ 441 Abs. 4 Satz 2 BGB; § 638 Abs. 4 Satz 2 BGB). Sie gelten ferner in entsprechender Anwendung für die Rückzahlung nach Widerruf und Rückgabe (§ 357 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Eine Verzinsung des Kaufpreises ab Nutzung durch den Käufer sieht 434  
das Gesetz nicht mehr vor.

Die Verzinsung des Werklohnes ab Abnahme des Werks mit vier vom 435  
Hundert gemäß §§ 641 Abs. 4, 246 BGB oder mit fünf vom Hundert gemäß §§ 641 Abs. 4 BGB, 352 Abs. 1 Satz 1 HGB ist zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes erhalten geblieben. Hierbei handelt es sich aber um ein Redaktionsversehen. Die Motive für die Abschaffung von § 452 BGB alter Fassung (Begründung zum Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 203f.: wo eine Verzinsungsvereinbarung fehle, gebe es kein Bedürfnis für Verzinsung ohne Schuldnerverzug) treffen die in der Schuldrechtsmodernisierung unangetastete Vorschrift des § 641 Abs. 4 BGB gleichermaßen. In Analogie zur Aufhebung von § 452 BGB alter Fassung ist auch § 641 Abs. 4 BGB als aufgehoben anzusehen.

5. Für den Verbraucherkredit (Darlehen oder Finanzierungshilfe, 436  
einem Verbraucher oder Existenzgründer von einem Unternehmer gewährt gemäß §§ 491 Abs. 1, 499 Abs. 1, 507 BGB) enthält § 497 Abs. 1 BGB Sonderbestimmungen über den Verzugszins. Sie gehen § 288 Abs. 1 BGB vor. Für den Fall des nicht mit Grundpfandrecht (Hypothek nach § 1113 Abs. 1 BGB, Grundschuld nach § 1191 Abs. 1 BGB oder Rentenschuld nach § 1199 Abs. 1 BGB) besicherten Kredites besteht allerdings wegen des Verweises in § 497 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auf § 288 Abs. 1 BGB im Ergebnis für den Verbraucher keine

#### Fall 4: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Regelung des Verzugszinses in § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB (vier Prozent) beziehungsweise in § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB (fünf Prozent). Bei dieser Abweichung nach oben blieb es mit der Verdrängung des Diskontsatzes durch den Basiszinssatz im Sinne des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom Jahre 1998 anlässlich der Aufgabenverschiebung von der Deutschen Bundesbank zur Europäischen Zentralbank. Das sogenannte Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen aus dem Jahre 2000 – in Wahrheit ein Gesetz zur Verzögerung fälliger Zahlungen – brachte dann neben der unglücklichen Bestimmung des § 284 Abs. 3 BGB zum Verzugseintritt eine Heraufsetzung des allgemeinen Verzugszinssatzes in § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB auf das Niveau der Sonderregelung für den Verbraucherkredit. Seitdem gilt immer ein Zinssatz von fünf Punkten über dem Basiszinssatz im Sinne des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes.

#### Fall 4: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Abweichung. Der in Zahlungsverzug befindliche Verbraucher zahlt demnach Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB mit § 497 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB); der Basiszinssatz bestimmt sich nach § 247 BGB. Abweichung vom allgemeinen Verzugszinssatz zu seinen Gunsten erfährt der Existenzgründer. Er ist kein Verbraucher. Nimmt er Kredit bei einem Unternehmer, hätte er gemäß § 288 Abs. 2 BGB bei Zahlungsverzug einen Zins von acht Prozent über Basiszins zu erlegen. Davor bewahrt ihn jedoch § 497 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, weil dort nur der erste Absatz von § 288 BGB in Bezug genommen ist. Besonders bedacht hatte der Gesetzgeber dies freilich nicht. Vertretbar ist es auch, den Verweis in § 497 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB so zu interpretieren, daß überhaupt die allgemeine Regelung des Verzugszinses angezogen sein solle. Dann zahlt der säumige Existenzgründer acht Prozent über Basiszins. Der Realkreditnehmer jedenfalls ist bewußt nach § 497 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB begünstigt (siehe Begründung zu § 497 des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 256). Er zahlt nicht fünf oder acht Prozent, sondern nur zweieinhalb Prozent über Basiszins.



## Fall 5 Gebrauchter Zementmischer: Lieferung ohne Eigentumsvorbehalt

Bauunternehmer Balduin hat eine gebrauchte Zementmischmaschine abzugeben. Familienvater Friedrich will mit Eigenarbeit und Nachbarschaftshilfe ein Eigenheim errichten. Die Veräußerungsbereitschaft des Balduin kommt Friedrich daher sehr gelegen. Friedrich und Balduin einigen sich im Herbst 2001 auf einen Preis von 500 Deutsche Mark (im Frühjahr 2002 auf einen Preis von 275 Euro). Balduin händigt Friedrich die Maschine sogleich aus. Friedrich soll in den nächsten Tagen das Geld überweisen. 501

Friedrich kann sein Zahlungsverprechen aus Geldknappheit nicht erfüllen. Nach zwei ergebnislosen Zahlungserinnerungen fordert Balduin den Friedrich zur Rückgabe der Maschine auf. Zu Recht?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):**

---

Das Geschehen spielt sich lediglich zwischen zwei Beteiligten ab. Die Einbeziehung der Nachbarn in das zwischen Balduin und Friedrich getätigte Geschäft legt der Sachverhalt nicht nahe. Ein einziges Begehren ist zu untersuchen. Es liegt auf der Hand, daß es dem Anspruchsteller darum geht, die Lieferung der Maschine rückgängig zu machen. Im Vordergrund wird daher die Erörterung eines Rücktritts stehen. Aber auch eine Möglichkeit zur endgültigen Rücknahme oder wenigstens zu einer vorübergehenden Rücknahme ohne Vertragsauflösung entspräche notfalls dem Wunsch des Balduin. Das Gesetz stellt zwar keine besonderen Vorschriften über vorübergehende Rücknahme einer vertraglichen Leistung zur Verfügung. Doch kann sich endgültige oder wenigstens vorübergehende Rücknahme eventuell aus besserer dinglicher Berechtigung, aus besserem Besitz, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung ergeben. 502

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 503 1. Das Rückgabeverlangen ist zunächst an § 346 Satz 1 BGB zu messen. Gemäß dieser Vorschrift kann Balduin die Rückverschaffung des Besitzes und – falls Friedrich bereits Eigentum erlangte – des Eigentums an der Maschine fordern, wenn Balduin sich durch Rücktritt von einem mit Friedrich um die Maschine geschlossenen Vertrag löste.
- 504 Balduin und Friedrich schlossen einen Kaufvertrag über die Zementmischmaschine. Balduins Rückgabeverlangen enthält bei verständiger Würdigung gemäß § 133 BGB eine Rücktrittserklärung im Sinne von § 349 BGB. Sie entfaltet indessen nur dann Wirkung, wenn Balduin sich den Rücktritt im Vertrag vorbehielt oder wenn eine Situation besteht, in der das Gesetz den Rücktritt eröffnet, so als ob Balduin ihn sich vorbehalten hätte.
- 505 Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ist nicht erkennbar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß Balduin und Friedrich in ihrem Geschäft einen Eigentumsvorbehalt vereinbart hätten, was nach § 455 Abs. 1 am Ende BGB einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall des Zahlungsverzuges bedeuten würde. Der Umstand allein, daß Balduin bereit war, die Maschine Friedrich schon auf die Zusage einer Überweisung des Geldbetrages zu geben, genügt nicht für die Auslegung des Kaufs gemäß §§ 133, 157 BGB in Richtung eines Eigentumsvorbehaltes oder eines isolierten Rücktrittsvorbehaltes. Etwaige Branchenüblichkeit von Vereinbarungen über einen Eigentumsvorbehalt ändert daran nichts, zumal da Friedrich kein Angehöriger des Geschäftszweiges von Balduin ist, so daß ihn kein Handelsbrauch nach § 346 BGB treffen kann.
- 506 Übrig bleibt die Suche nach einem gesetzlichen Rücktrittsrecht aus § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Zahlung oder aus § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen Verzuges, welches gemäß § 327 Satz 1 BGB wie ein vertragliches gälte. Außerdem würde Unmöglichkeit schon ohne Rücktritt nach § 323 Abs. 1 Halbsatz 1, Abs. 3 BGB zur Rückforderung der Maschine berechtigen. Friedrichs Zahlungspflicht rührte gemäß § 433 Abs. 2 BGB aus dem Kaufvertrag als einem gegen-

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Das Rückgabeverlangen ist zunächst an § 346 Abs. 1 BGB zu messen. Gemäß dieser Vorschrift kann Balduin die Rückverschaffung des Besitzes und – falls Friedrich bereits Eigentum erlangte – des Eigentums an der Maschine fordern, wenn Balduin sich durch Rücktritt von einem mit Friedrich um die Maschine geschlossenen Vertrag löste. 503

Balduin und Friedrich schlossen einen Kaufvertrag über die Zementmischmaschine. Balduins Rückgabeverlangen enthält bei verständiger Würdigung gemäß § 133 BGB eine Rücktrittserklärung im Sinne von § 349 BGB. Sie entfaltet indessen nur dann Wirkung, wenn Balduin sich den Rücktritt im Vertrag vorbehält oder wenn eine Situation besteht, in der das Gesetz den Rücktritt eröffnet. 504

Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ist nicht erkennbar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß Balduin und Friedrich in ihrem Geschäft einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall des Zahlungsrückstandes vereinbart hätten. Der Umstand allein, daß Balduin bereit war, die Maschine Friedrich schon auf die Zusage einer Überweisung des Geldbetrages zu geben, genügt nicht für die Auslegung des Kaufs gemäß §§ 133, 157 BGB in Richtung eines Rücktrittsvorbehaltes. Etwaige Branchenüblichkeit von Vereinbarungen über einen Rücktrittsvorbehalt ändert daran nichts, zumal da Friedrich kein Angehöriger des Geschäftszweiges von Balduin ist, so daß ihn kein Handelsbrauch nach § 346 BGB treffen kann. 505

Übrig bleibt die Suche nach einem gesetzlichen Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB wegen Unmöglichkeit der Zahlung oder aus § 323 Abs. 1 BGB wegen Zahlungsrückstandes. Außerdem würde Unmöglichkeit schon ohne Rücktritt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, Abs. 4 BGB zur Rückforderung der Maschine berechtigen. Friedrichs Zahlungspflicht rührte gemäß § 433 Abs. 2 BGB aus dem Kaufvertrag als einem gegenseitigen Vertrag her. Geldknappheit ist jedoch fast nie 506

## Fall 5: Lösung nach altem Recht

seitigen Vertrag her. Geldknappheit ist jedoch fast nie Unvermögen im Sinne von § 325 Abs. 1 BGB – unmittelbar und in Verbindung mit § 275 Abs. 2 BGB angewandt im Falle des nachträglichen Hindernisses, entsprechend angewandt im Falle des schon beim Vertragsschluß bestehenden Hindernisses. Regelmäßig ist nicht auszuschließen, daß der Schuldner eines Tages doch noch zu Geld kommt. Abgesehen davon werden gewohnheitsmäßig selbst bei aussichtsloser Finanzlage nur die Verzugsvorschriften herangezogen. Die Zahlung des Kaufpreises war auch nicht strikt termingebunden, so daß Verspätung nicht mit Ausfall gleichstand. Sie ist nachholbar.

- 507 Das leitet zur Prüfung eines Rücktrittsrechts infolge Schuldnerverzuges gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB. Der Kaufpreis war zwar möglicherweise gestundet, das heißt die Fälligkeit um eine geringe Zahl von Tagen hinausgeschoben, ohne daß der Zeitraum genau festgelegt wäre. Aber es war klar, daß F sich nicht mehr als eine angemessene Zahl von Tagen Zeit lassen durfte – so lange eben, wie man normalerweise braucht, um eine Überweisung in die Wege zu leiten. Im Ergebnis nichts anderes ergibt sich, wenn man die Absprache zwischen Balduin und Friedrich nach Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nicht als fälligkeitsverschiebende Stundung, sondern lediglich als die Durchsetzbarkeit hemmendes Stillhalteabkommen versteht. Das Stillhalteabkommen gilt nur für die Dauer einer angemessenen Zahl von Tagen. Es ist mit einem Endtermin befristet, so daß mit Verstreichen der Zeit gemäß §§ 163 Fall 2, 158 Abs. 2 BGB wie bei Eintritt einer auflösenden Bedingung die Durchsetzbarkeit wiederhergestellt ist. Auch ohne genaue Zeitangaben aus dem Sachverhalt darf man unterstellen, daß eine für die Überweisung angemessene Zeit bereits vorüber war, als Balduin den Friedrich zum ersten Male an die Zahlung erinnerte. Diese Erinnerung war Mahnung nach § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB, und Friedrich befindet sich seitdem im Schuldnerverzug. Geldmangel hat man immer zu vertreten gemäß § 285 BGB. Allerdings fehlt es bislang an einer Fristsetzung mit Ablehnungserklärung für den Fall der Nichtzahlung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 326 Abs. 2 BGB ist ebensowenig feststellbar.

Unvermögen im Sinne von § 326 Abs. 5 BGB oder im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB, jeweils in Verbindung mit § 275 Abs. 1 Fall 1 BGB. Regelmäßig ist nicht auszuschließen, daß der Schuldner eines Tages doch noch zu Geld kommt. Abgesehen davon werden gewohnheitsmäßig selbst bei aussichtsloser Finanzlage nur die Verzugsvorschriften herangezogen. Die Zahlung des Kaufpreises war auch nicht strikt termingebunden, so daß Verspätung nicht mit Ausfall gleichstand. Sie ist nachholbar.

Das leitet zur Prüfung eines Rücktrittsrechts infolge Zahlungsrückstandes gemäß § 323 Abs. 1 BGB. Der Kaufpreis war zwar möglicherweise gestundet, das heißt die Fälligkeit um eine geringe Zahl von Tagen hinausgeschoben, ohne daß der Zeitraum genau festgelegt wäre. Aber es war klar, daß F sich nicht mehr als eine angemessene Zahl von Tagen Zeit lassen durfte – so lange eben, wie man normalerweise braucht, um eine Überweisung in die Wege zu leiten. Im Ergebnis nichts anderes ergibt sich, wenn man die Absprache zwischen Balduin und Friedrich nach Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nicht als fälligkeitsverschiebende Stundung, sondern lediglich als die Durchsetzbarkeit und damit möglicherweise auch die Rücktrittsbefugnis hemmendes Stillhalteabkommen versteht. Das Stillhalteabkommen gilt nur für die Dauer einer angemessenen Zahl von Tagen. Es ist mit einem Endtermin befristet, so daß mit Verstreichen der Zeit gemäß §§ 163 Fall 2, 158 Abs. 2 BGB wie bei Eintritt einer auflösenden Bedingung die Durchsetzbarkeit wiederhergestellt ist. Auch ohne genaue Zeitangaben aus dem Sachverhalt darf man unterstellen, daß eine für die Überweisung angemessene Zeit bereits vorüber ist. Es kommt nicht darauf an, ob Friedrich sich gemäß § 286 BGB im Schuldnerverzug befindet. Allerdings fehlt es bislang an einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 BGB ist ebenso wenig feststellbar.

## Fall 5: Lösung nach altem Recht

Indessen gewinnt Balduin das Rücktrittsrecht selbst mit Nachholen von Fristsetzung und Ablehnungserklärung nicht, wenn ein Rücktritt gemäß § 454 BGB vollkommen ausgeschlossen ist. Balduin erfüllte seinerseits den Kaufvertrag. Sollte er den Kaufpreis gestundet haben, ist ihm nach § 454 BGB der auf § 326 BGB gestützte Rücktritt mangels vertraglichen Vorbehaltes verschlossen. Nunmehr muß die Auslegung der zwischen Balduin und Friedrich getroffenen Absprache zu Ende geführt werden. Ein die Interessen des Balduin schonendes Verständnis würde Stundung ausschließen. Spiegelbildlich wären dabei jedoch die Interessen des Friedrich über die Maschine bereits uneingeschränkt verfügen zu können, belastet. Die Interessenlage ermöglicht daher keine Entscheidung. Vielmehr wird man darauf abstellen müssen, daß es Balduin freistand, den Kauf nicht anders als ein Zug-um-Zug-Geschäft abzuschließen und die Maschine gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB nur gegen gleichzeitige Barzahlung auszuhändigen oder sogar mit Friedrich Vorauszahlung zu vereinbaren. Offensichtlich kam es Balduin nicht auf Absicherung des Zahlungsrisikos an. Dann darf man sein Entgegenkommen als den Rücktritt für immer ausschließende Stundung interpretieren.

- 508 Balduin hat kein Rücktrittsrecht. Sein Rückgabebegehren findet keine Grundlage in § 346 Satz 1 BGB.
- 509 2. Balduin kann möglicherweise nach § 985 BGB gegen Friedrich vorgehen und als Eigentümer die Herausgabe fordern.
- 510 Friedrich ist Besitzer. Er wurde es gemäß § 854 Abs. 1 BGB, als er die Maschine in Empfang nahm. Balduin war ursprünglich Eigentümer. Er verlor das Eigentum aber bei Aushändigung der Maschine nach § 929 Satz 1 BGB durch Einigung über den Eigentumswechsel und Übergabe. Die Einigung war sofort wirksam. Sie war nicht durch Kaufpreiszahlung nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt. Eine derartige Bedingung muß man entweder durch Auslegung dem Kaufvertrag als Programm für die Lieferung entnehmen können und in diesem Sinne dann die Einigung bei Aushändigung verstehen dürfen. Oder man muß zumindest den Vorgang der Aushändigung allein als

Wenn Balduin die Frist noch setzt und Friedrich bis zu deren Ablauf nicht zahlt, kann Balduin den Rücktritt erklären und dann Besitz und Eigentum an der Maschine zurückfordern. 508

2. Balduin kann möglicherweise nach § 985 BGB gegen Friedrich vorgehen und als Eigentümer die Herausgabe fordern. 509

Friedrich ist Besitzer. Er wurde es gemäß § 854 Abs. 1 BGB, als er die Maschine in Empfang nahm. Balduin war ursprünglich Eigentümer. Er verlor das Eigentum aber bei Aushändigung der Maschine nach § 929 Satz 1 BGB durch Einigung über den Eigentumswechsel und Übergabe. Die Einigung war sofort wirksam. Sie war nicht durch Kaufpreiszahlung nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt. Eine derartige Bedingung muß man entweder durch Auslegung dem Kaufvertrag als Programm für die Lieferung entnehmen können und in diesem Sinne dann die Einigung bei Aushändigung verstehen dürfen. Oder man muß zumindest den Vorgang der Aushändigung allein als 510

## Fall 5: Lösung nach altem Recht

Verfügung mit sogenanntem nachgeschobenem Eigentumsvorbehalt interpretieren können. Balduin machte jedoch nicht deutlich, daß ihm an Sicherung seines Kaufpreisanspruchs gelegen wäre.

- 511 Also kann Balduin seinen Anspruch auch nicht auf § 985 BGB stützen.
- 512 3. Auch der Gesichtspunkt früheren Besitzes nach § 1007 Abs. 1 BGB hilft Balduin nicht. Friedrich erwarb den Besitz an der Maschine mit Berechtigung aus dem Kauf. Er konnte nicht bösgläubig sein.
- 513 4. Zu erwägen ist ein Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung als Schadenersatz zum Ausgleich einer unerlaubten Handlung in Gestalt eines Betruges nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB. Indessen liegen nicht genügend Anhaltspunkte dafür vor, daß Friedrich schon beim Kauf in Geldschwierigkeiten war oder solche voraussah und vorsätzlich Balduin über seine Zahlungsfähigkeit täuschte.
- 514 5. Schließlich versagt das Begehren auch als Forderung auf Rückgewähr ungerechtfertigter Bereicherung um Besitz und Eigentum an der Maschine nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Balduin leistete Friedrich den Besitz und das Eigentum in Erfüllung des Kaufvertrages und daher mit Rechtsgrund. Da Betrug nicht festzustellen ist, kann der Rechtsgrund auch nicht durch Anfechtung nach §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 BGB nachträglich entfallen sein im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB.
- 515 6. Balduin hat keinen Anspruch auf Rückverschaffung der Zementmischmaschine.

## Fall 5: Lösung nach neuem Recht

Verfügung mit sogenanntem nachgeschobenem Eigentumsvorbehalt interpretieren können. Balduin machte jedoch nicht deutlich, daß ihm an Sicherung seines Kaufpreisanspruchs gelegen wäre.

Also kann Balduin seinen Anspruch auch nicht auf § 985 BGB stützen. 511

3. Auch der Gesichtspunkt früheren Besitzes nach § 1007 Abs. 1 BGB hilft Balduin nicht. Friedrich erwarb den Besitz an der Maschine mit Berechtigung aus dem Kauf. Er konnte nicht bösgläubig sein. 512

4. Zu erwägen ist ein Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung als Schadenersatz zum Ausgleich einer unerlaubten Handlung in Gestalt eines Betruges nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB. Indessen liegen nicht genügend Anhaltspunkte dafür vor, daß Friedrich schon beim Kauf in Geldschwierigkeiten war oder solche voraussah und vorsätzlich Balduin über seine Zahlungsfähigkeit täuschte. 513

5. Schließlich versagt das Begehren auch als Forderung auf Rückgewähr ungerechtfertigter Bereicherung um Besitz und Eigentum an der Maschine nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Balduin leistete Friedrich den Besitz und das Eigentum in Erfüllung des Kaufvertrages und daher mit Rechtsgrund. Da Betrug nicht festzustellen ist, kann der Rechtsgrund auch nicht durch Anfechtung nach §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 BGB nachträglich entfallen sein im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. 514

6. Balduin hat vorerst keinen Anspruch auf Rückverschaffung der Zementmischmaschine, kann ihn aber mittels Fristsetzung und anschließenden Rücktritts erzeugen. 515

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Aufbau des Gutachtens . . . . .	516	4. Ausschluß der Sachmängelhaftung bei Verkauf gebrauchter Sachen . . . . .	519
2. Rücktritt des Verkäufers nach Lieferung . . . . .	517		
3. Erweiterter Eigentumsvorbehalt . . . . .	518		

- 516 1. Die Rücktrittserklärung muß nicht vor dem Rücktrittsrecht geprüft werden. Zumindest dann, wenn die Interpretation eines Verhaltens als Rücktrittserklärung schwierig sein sollte, sollte man zunächst nach dem Rücktrittsrecht fragen. Denn die Frage, ob schon der Rücktritt erklärt wurde, ist gegenstandslos, wenn ein Rücktrittsrecht nicht oder zumindest im Augenblick noch nicht besteht. Das läßt sich manchmal sehr rasch klären, und dann erübrigt sich die Frage einer Rücktrittserklärung.
- 517 2. § 454 BGB schließt den Rücktritt nicht unabdingbar aus. Durch abweichende Vereinbarung kann der vorleistende Verkäufer sich den Rücktritt vorbehalten. Entweder verneinen die Parteien die Verlustwirkung des § 454 BGB; dann folgt das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. Oder sie vereinbaren ein eigenständiges Rücktrittsrecht; beispielsweise durch Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes im Sinne von § 455 BGB; dann ist das Rücktrittsrecht ein vertragliches.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Aufbau des Gutachtens . . . . .	516	4. Ausschluß der Sachmängelhaftung bei Verkauf gebrauchter Sachen . . . . .	519
2. Rücktritt des Verkäufers nach Lieferung . . . . .	517		
3. Erweiterter Eigentumsvorbehalt . . . . .	518		

1. Die Rücktrittserklärung muß nicht vor dem Rücktrittsrecht geprüft werden. Zumindest dann, wenn die Interpretation eines Verhaltens als Rücktrittserklärung schwierig sein sollte, sollte man zunächst nach dem Rücktrittsrecht fragen. Denn die Frage, ob schon der Rücktritt erklärt wurde, ist gegenstandslos, wenn ein Rücktrittsrecht nicht oder zumindest im Augenblick noch nicht besteht. Das läßt sich manchmal sehr rasch klären, und dann erübrigt sich die Frage einer Rücktrittserklärung. 516

2. Der Rücktritt wegen Zahlungsrückstandes nach § 323 Abs. 1 BGB steht auch dem vorleistenden Verkäufer offen. Der Zahlungspflichtige muß nicht in Schuldnerverzug sein. § 323 BGB knüpft an die Unpünktlichkeit allein an. Nur wenn der säumige Geldschuldner als Verbraucher an einem Geschäft mit entgeltlichem Zahlungsaufschub beteiligt ist, verlangt § 498 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 499 Abs. 1 BGB (und gegebenenfalls § 501 Satz 1 BGB) Schuldnerverzug. Lästig ist dem Gläubiger – hier dem Verkäufer – allerdings das Erfordernis, zunächst eine angemessene Frist zur Leistung zu setzen. Das spricht für zusätzliche Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ohne Fristerfordernis. Eine derartige Vereinbarung sieht das Gesetz nicht mehr als regelmäßig zur Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes gehörig. § 449 Abs. 1 BGB behandelt nur die sachenrechtliche Auswirkung. Die Wahrnehmung des Herausgabeanspruchs kraft vorbehaltenen Eigentums erlaubt § 449 Abs. 2 BGB freilich nur nach Rücktritt. Das ist zunächst der gemäß § 323 Abs. 1 BGB mögliche. Es kann indessen auch ein vertraglich vorbehaltener sein. § 449 BGB enthält zwar, anders als § 455 Abs. 1 BGB alter Fassung, keine Auslegungs- 517

## Fall 5: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

- 518 3. Erweiterung eines Eigentumsvorbehaltes sprechen § 455 Abs. 2 BGB, 107 Abs. 1 Satz 2 Insolvenzordnung an. Über Verlängerung des Eigentumsvorbehaltes äußert sich das Bürgerliche Gesetzbuch nicht eigens.
- 519 4. Beim Verkauf gebrauchter Sachen wird regelmäßig die Gewährleistung ausgeschlossen. Dies ist sowohl in Einzelabrede als auch mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich. § 11 Nr. 10 Buchstabe a AGBG steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift sich nur auf neue Sachen bezieht. Auch § 9 AGBG führt nicht zur Unangemessenheit. Arglist indessen vernichtet nach § 476 BGB den Ausschluß. Ferner setzen wegen der Folgeschäden §§ 276 Abs. 2 BGB, 11 Nr. 7 AGBG einer Vertragsgestaltung Grenzen.

regel in Richtung eines Rücktrittsrechts für den Fall des Zahlungsverzuges. Doch darf man nicht außer Acht lassen, daß das Bewußtsein der Geschäftswelt aus jahrzehntelanger Übung von der in § 455 Abs. 1 BGB alter Fassung gegebenen Verknüpfung der sachenrechtlichen Komponente des Eigentumsvorbehaltes mit dem Rücktrittsrecht geprägt ist. Wenn daher die Parteien heute im Kaufvertrag einen Eigentumsvorbehalt vorsehen, wird man dies zumeist immer noch in Richtung eines Rücktrittsrechts bei Zahlungsverzug auszulegen haben.

3. Erweiterung eines Eigentumsvorbehaltes sprechen § 449 Abs. 3 518  
BGB, 107 Abs. 1 Satz 2 Insolvenzordnung an. Über Verlängerung des Eigentumsvorbehaltes äußert sich das Bürgerliche Gesetzbuch nicht eigens.

4. Beim Verkauf gebrauchter Sachen wird regelmäßig die Haftung für 519  
Mängel ausgeschlossen. Dies ist sowohl in Einzelabrede als auch mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich. § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa BGB steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift sich nur auf neue Sachen bezieht. Auch § 307 BGB führt nicht zur Unangemessenheit. Arglist indessen vernichtet nach § 444 BGB den Ausschluß. Ferner setzen wegen der Folgeschäden §§ 276 Abs. 3, 309 Nr. 7 Unterabsatz 1 BGB einer Vertragsgestaltung Grenzen. Außerdem sind die besonderen Regeln für den Verbrauchsgüterkauf zu beachten. Verkauft ein Unternehmer – gleichviel ob Handel seine Hauptbetätigung ist oder nicht – an einen Verbraucher, so ist nach § 475 Abs. 1 BGB grundsätzlich weder Ausschluß noch Beschränkung der Haftung für Mängel wirksam in Allgemeiner Geschäftsbedingung oder in Einzelabrede vereinbar. Nur die Verjährung und die Schadensersatzhaftung sind gemäß § 475 Abs. 2 und 3 BGB dispositiv – vorbehaltlich einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.



## Fall 6 Jalousien für das Reisebüro: Positive Vertragsverletzung und Verschulden bei Vertragsanbahnung

Reinhild bittet Rolladenbauer Roland in ihr Reisebüro, damit er sie wegen neuer Jalousien für die Geschäftsräume berate. Roland nimmt das Aufmaß. Ein paar Tage später macht er einen Kostenanschlag, der Reinhild gefällt. Reinhild und Roland kommen überein, daß Roland die Jalousien beschaffen, anpassen und anbringen soll. 601

Bei der Montage im Reisebüro räumt Roland eine Computeranlage beiseite, um sich Platz für die Arbeit zu schaffen. Dabei hantiert er so ungeschickt, daß ein Bildschirm im gegenwärtigen Werte von 500 Deutsche Mark (von 250 Euro) zu Boden stürzt und unwiederbringlich zerstört wird.

a) Muß Roland nun 500 Deutsche Mark (250 Euro) an Reinhild zahlen? Die Wertangabe erscheint lediglich wegen Zuordnung des Geschehens zur Währung vor oder seit dem 1. Januar 2002 doppelt.

b) Wie wäre es, wenn Roland das Mißgeschick schon beim Aufmaßnehmen unterlaufen wäre? 602

---

### Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Gefragt ist nach einem einzigen Anspruch. Zweifellos geht es um Schadensersatz. In Aufgabe a drängt sich die Prüfung einer Vertragsverletzung auf. Aufgabe b zielt auf die Untersuchung vorvertraglicher Pflichten; typischerweise nimmt ein Handwerker das Aufmaß für einen Kostenanschlag, bevor der Kunde mit ihm ein bindendes Geschäft abgeschlossen hat. Beide Aufgaben schließen den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung mit ein. Als Schadensposten erscheint nur der Wert des zerstörten Bildschirms. Von Einnahmenausfall wegen Behinderung der Arbeit im Reisebüro ist keine Rede. 603

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

Zu Aufgabe a:

- 604 1.a Roland ist Reinhild möglicherweise wegen positiver Vertragsverletzung nach §§ 280, 286, 325, 326 BGB analog mit § 242 BGB zum Schadensersatz und deswegen zur Zahlung von 500 Deutsche Mark verpflichtet.
- 605 1.b Rolands Mißgeschick ist Fall weder der Unmöglichkeit seiner Handwerkerleistung noch des Schuldnerverzuges hiermit noch der Gewährleistung hierauf. Diese im Gesetz behandelten Fälle von Störungen in der gemäß § 241 BGB geschuldeten Leistung sind jedoch nicht die einzigen, welche Schadensersatz nach sich ziehen. Vielmehr muß man bedenken, daß Schuldverhältnisse, insbesondere vertragliche im Sinne von § 305 BGB, nach § 242 BGB von Treu und Glauben beherrscht werden. Deswegen entsteht aus einem jeden Schuldverhältnis, insbesondere aus einem Vertrag, die Nebenpflicht, den Partner nicht bei der Abwicklung der geschuldeten Leistung zu schädigen. Jeder Beteiligte hat Beschädigung sowohl der Rechtsgüter, welche zugleich deliktsrechtlich geschützt sind, als auch der sonstigen Interessen des anderen zu vermeiden. Namentlich darf er Besitz und Eigentum des anderen nicht antasten. Handelt ein Beteiligter dem zuwider und hat er dies zu vertreten, so ist er dem anderen in entsprechender Anwendung der §§ 280, 286, 325, 326 BGB zum Ersatz verpflichtet. Man kann sich dies auch ohne Analogieschluß als einen Fall der Unmöglichkeit erklären: Sobald pflichtwidrig ein Interesse des Partners beschädigt wird, ist die ungekränkte Bewahrung dieses Interesses unmöglich geworden.

Das Nebenpflichten erzeugende Schuldverhältnis zwischen Reinhild und Roland entstand durch ihre Absprache über das Beschaffen, Anpassen und Anbringen von Jalousien. Reinhild und Roland schlossen einen Vertrag. Gleichgültig ist, ob man den Vertrag als Kauf nach § 433 BGB mit Montageverpflichtung, als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB oder als Werkvertrag gemäß § 631 BGB einzuordnen hat. Der Vertrag brachte für Roland die Nebenpflicht mit sich, bei der

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

**Zu Aufgabe a:**

1.a Roland ist Reinhild möglicherweise wegen Pflichtverletzung in der Fallgruppe positiver Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Schadensersatz und deswegen zur Zahlung von 250 Euro verpflichtet. 604

1.b Zwischen Reinhild und Roland entstand durch ihre Absprache über das Beschaffen, Anpassen und Anbringen von Jalousien ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB und damit gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Gleichgültig ist, ob man den Vertrag als Kauf nach § 433 BGB mit Montageverpflichtung, als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB oder als Werkvertrag gemäß § 631 BGB einzuordnen hat. Der Vertrag brachte gemäß § 241 Abs. 2 BGB für Roland die Nebenpflicht mit sich, Beschädigung sowohl der Rechtsgüter, welche zugleich deliktsrechtlich geschützt sind, als auch der sonstigen Interessen Reinhilds zu vermeiden. Namentlich durfte er beim Beiseiteräumen der Datenverarbeitungsgeräte Reinhilds Besitz und Eigentum nicht beeinträchtigen. Diese Nebenpflicht verletzte Roland, indem er den Bildschirm zu Boden stürzen ließ. Die Zerstörung löst Rolands Haftung aus, falls er das Unglück im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat. Der Sachverhalt spricht von Ungeschicklichkeit. Diese hat Roland gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB als Mißachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, das heißt als Fahrlässigkeit zu vertreten. Roland ist damit nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB schadensersatzpflichtig. Mitverschulden Reinhilds im Sinne von § 254 BGB – etwa wegen ungünstiger Aufstellung des Bildschirms – festzustellen, erlauben die Angaben im Sachverhalt nicht. 605

## Fall 6: Lösung nach altem Recht

Ausführung der Arbeiten Reinhilds Besitz und Eigentum an den beiseitezuräumenden Datenverarbeitungsgeräten zu achten und ihre Beschädigung zu vermeiden. Diese Nebenpflicht verletzte Roland, indem er den Bildschirm zu Boden stürzen ließ. Der Sachverhalt spricht von Ungeschicklichkeit. Diese hat Roland gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB als Mißachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, das heißt als Fahrlässigkeit zu vertreten. Roland ist damit schadensersatzpflichtig. Mitverschulden Reinhilds im Sinne von § 254 BGB – etwa wegen ungünstiger Aufstellung des Bildschirms – festzustellen, erlauben die Angaben im Sachverhalt nicht.

606 1.c Nach § 249 Satz 1 BGB muß Roland den ursprünglichen Zustand wiederherstellen. Dies kann man so verstehen, daß der zerstörte Bildschirm wieder funktionstüchtig sein soll. Eine Reparatur ist der Schilderung des Sachverhaltes zufolge unmöglich. Die Konsequenz ist gemäß § 251 Abs. 1 BGB Entschädigung in Geld. Die Höhe entspricht dem Wert des Bildschirms zur Zeit des Unglücks. Das ergibt eine Zahlung von 500 Deutsche Mark. Naturalrestitution kann aber auch bedeuten, daß Reinhild die Rechnerdaten wieder auf einem Bildschirm gleicher Beschaffenheit lesen kann. Roland muß danach Reinhild einen gleichwertigen Bildschirm verschaffen. Die Geschädigte kann aber statt dessen gemäß § 249 Satz 2 BGB auf Ausgleichszahlung bestehen. Die Höhe der Zahlung entspricht dem für die Wiederherstellung, das heißt für die Anschaffung eines ähnlichen gebrauchten Bildschirms notwendigen Betrag. Bei jeder Betrachtung muß Roland damit rechnen, daß Reinhild von ihm 500 Deutsche Mark verlangt.

607 Mangels näherer Angaben aus dem Sachverhalt kann nicht geklärt werden, ob der Ersatzbetrag um einen Umsatzsteueranteil zu kürzen ist. Diese wäre der Fall, wenn der Wertansatz von 500 Deutsche Mark ein Bruttobetrag und Reinhild als Unternehmerin (§ 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz) wegen der Höhe ihrer Umsätze (keine Kleinunternehmerschaft nach § 19 Abs. 1 UStG) umsatzsteuerpflichtig sein sollte. In diesem Falle erhält sie die bei Beschaffung eines Ersatzgerätes mit Hilfe der Schadensersatzsumme anfallende Umsatzsteuer im Wege des Vorsteuerabzuges (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG) vom Finanzamt zurück;

1.c Nach § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) muß Roland den ursprünglichen Zustand wiederherstellen. Dies kann man so verstehen, daß der zerstörte Bildschirm wieder funktionstüchtig sein soll. Eine Reparatur ist der Schilderung des Sachverhaltes zufolge unmöglich. Die Konsequenz ist gemäß § 251 Abs. 1 BGB Entschädigung in Geld. Die Höhe entspricht dem Wert des Bildschirms zur Zeit des Unglücks. Das ergibt eine Zahlung von 250 Euro. Naturalrestitution kann aber auch bedeuten, daß Reinhild die Rechnerdaten wieder auf einem Bildschirm gleicher Beschaffenheit lesen kann. Roland muß danach Reinhild einen gleichwertigen Bildschirm verschaffen. Die Geschädigte kann aber statt dessen gemäß § 249 Satz 2 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) auf Ausgleichszahlung bestehen. Die Höhe der Zahlung entspricht dem für die Wiederherstellung, das heißt für die Anschaffung eines ähnlichen gebrauchten Bildschirms notwendigen Betrag. Bei jeder Betrachtung muß Roland damit rechnen, daß Reinhild von ihm 250 Euro verlangt. 606

Mangels näherer Angaben aus dem Sachverhalt kann nicht geklärt werden, ob der Ersatzbetrag um einen Umsatzsteueranteil zu kürzen ist. Diese wäre der Fall, wenn der Wertansatz von 250 Euro ein Bruttobetrag und Reinhild als Unternehmerin (§ 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz) wegen der Höhe ihrer Umsätze (keine Kleinunternehmerschaft nach § 19 Abs. 1 UStG) umsatzsteuerpflichtig sein sollte. In diesem Falle erhält sie die bei Beschaffung eines Ersatzgerätes mit Hilfe der Schadensersatzsumme anfallende Umsatzsteuer im Wege des Vorsteuerabzuges (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG) vom Finanzamt zurück; 607

## Fall 6: Lösung nach altem Recht

verzichtet sie auf eine Ersatzanschaffung, so ergibt sich der Ausgleich bereits aus dem Vorsteuerabzug anlässlich der Anschaffung des zerstörten Gerätes. Insofern bedarf es keiner Ersatzleistung des Schädigers. Da aber diese Frage nicht geklärt werden kann, bewendet es bei der Feststellung der Schadensersatzsumme mit 500 Deutsche Mark.

- 608 2. Rolands Ersatzpflicht ergibt sich auch aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB. Roland verletzte ohne Rechtfertigung fahrlässig Reinhilds Eigentum und Besitz und damit von § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsgüter. Er schuldet nach § 251 Abs. 1 BGB oder nach § 249 Satz 2 BGB eine Ausgleichszahlung in Höhe von 500 Deutsche Mark.

### Zu Aufgabe b:

- 609 1.a Roland muß Reinhild eventuell 500 Deutsche Mark in entsprechender Anwendung von §§ 122, 179, 307 BGB in Verbindung mit § 242 BGB als Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung leisten.
- 610 1.b Zwischen Roland und Reinhild war zum Zeitpunkt des Unglücks noch kein Vertrag zustande gekommen. Vielmehr diente Rolands Besuch erst der Anbahnung eines Geschäfts. Doch entsteht schon während der Entwicklung einer Vertragsbeziehung von der ersten Fühlungnahme bis zur Beendigung der Vertragsverhandlungen eine Beziehung stets wachsenden Vertrauens zwischen den potentiellen Vertragspartnern. Ob es später tatsächlich zum Vertragsschluß kommt, ist dafür unerheblich. Die sich allmählich verdichtende Vertrauensbeziehung ist ähnlich einer vertraglichen Beziehung nach § 242 BGB von Treu und Glauben durchdrungen. Sie erzeugt wie diese die Verpflichtung, einander beim wechselseitigen Umgang, soweit er sich durch die Berührung im Vorfeld eines Vertrages ergibt, nicht an Rechtsgütern oder sonstigen Interessen zu schädigen. Die Verhaltensanforderungen sind den Nebenpflichten aus eingegangenem Vertrag ähnlich. Insbesondere müssen die Beteiligten Eigentum und Besitz des jeweils anderen achten. Handelt ein Beteiligter dem zuwider und hat er dies zu vertreten, so ist er dem anderen in entsprechender Anwendung der §§ 122, 179, 307 BGB zum Ersatz verpflichtet.

verzichtet sie auf eine Ersatzanschaffung, so ergibt sich der Ausgleich bereits aus dem Vorsteuerabzug anlässlich der Anschaffung des zerstörten Gerätes. Insofern bedarf es keiner Ersatzleistung des Schädigers. Da aber diese Frage nicht geklärt werden kann, bewendet es bei der Feststellung der Schadensersatzsumme mit 250 Euro.

2. Rolands Ersatzpflicht ergibt sich auch aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB. Roland verletzte ohne Rechtfertigung fahrlässig Reinhilds Eigentum und Besitz und damit von § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsgüter. Er schuldet nach § 251 Abs. 1 BGB oder nach § 249 Satz 2 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) eine Ausgleichszahlung in Höhe von 250 Euro. 608

### **Zu Aufgabe b:**

1.a Roland muß Reinhild eventuell 250 Euro gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB als Schadensersatz wegen Pflichtverletzung in Gestalt des Verschuldens bei Vertragsanbahnung leisten. 609

1.b Zwischen Roland und Reinhild war zum Zeitpunkt des Unglücks noch kein Vertrag zustande gekommen. Vielmehr diente Rolands Besuch erst der Anbahnung eines Geschäfts. Doch entsteht gemäß § 311 Abs. 2 BGB schon während der Entwicklung einer Vertragsbeziehung von der ersten Fühlungnahme bis zur Beendigung der Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis. Bereits ein solches Schuldverhältnis erzeugt nach § 241 Abs. 2 BGB die Verpflichtung, einander beim wechselseitigen Umgang, soweit er sich durch die Berührung im Vorfeld eines Vertrages ergibt, nicht an Rechtsgütern oder sonstigen Interessen zu schädigen. Insbesondere müssen die Beteiligten Eigentum und Besitz des jeweils anderen achten. 610

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 611 Mit Rolands Besuch im Reisebüro war bereits ein Vertrauensverhältnis geschaffen. Es brachte für Roland die Pflicht mit sich, beim Aufmaßnehmen Reinhilds Besitz und Eigentum an den wegzurückenden Geräten zu achten und ihre Beschädigung zu verhüten. Roland verletzte diese Pflicht, als er den Bildschirm zu Boden stürzen ließ. Seine Ungeschicklichkeit hat Roland gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB als Vernachlässigung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt, das heißt als Fahrlässigkeit zu vertreten. Roland ist schadensersatzpflichtig. Für ein Mitverschulden Reinhilds im Sinne von § 254 BGB liegen keine Anhaltspunkte vor.
- 612 1.c Nach § 251 Abs. 1 BGB oder gemäß § 249 Satz 2 BGB muß Roland Reinhild mit 500 Deutsche Mark entschädigen.
- 613 2. Auch gemäß § 823 Abs. 1 BGB schuldet Roland Schadensersatz in Höhe von 500 Deutsche Mark.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Kostenanschlag . . . . .	614	6. Dritte als zusätzlich Verpflichtete . . . . .	619
2. Haftung wegen Schlechterfüllung oder Nebenpflichtverletzung . . . . .	615	7. Dritte als zusätzlich Geschützte . . . . .	620
3. Beweislast für Vertretenmüssen . . . . .	616	8. Nachwirkende Pflichten . . .	621
4. Schuldverhältnis . . . . .	617	9. Folgen der Pflichtverletzung . . . . .	622
5. Vorvertragliche Pflichten . . .	618	10. Entgangener Gewinn . . . . .	624

- 614 1. Kostenanschläge (Kostenvoranschläge) können verbindlich oder unverbindlich sein. Schließen die Beteiligten ihren Werkvertrag auf Grundlage eines verbindlichen Kostenanschlages ab, so haben sie den Werklohn festgesetzt. Der unverbindliche Kostenanschlag hat diese Wirkung nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn die Parteien ihn beim Vertragsschluß als Festangabe benutzen. Ist der Anschlag unver-

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Mit Rolands Besuch im Reisebüro bahnte sich ein Vertrag an. Es entstand ein Schuldverhältnis. Dieses brachte für Roland die Pflicht mit sich, beim Aufmaßnehmen Reinhilds Besitz und Eigentum an den wegzurückenden Geräten zu achten und ihre Beschädigung zu verhüten. Roland verletzte diese Pflicht, als er den Bildschirm zu Boden stürzen ließ. Das machte ihn haftbar, wenn er das Unglück gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hatte. Seine Ungeschicklichkeit hat Roland gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB als Vernachlässigung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt, das heißt als Fahrlässigkeit zu vertreten. Roland ist Schadensersatzpflichtig. Für ein Mitverschulden Reinhilds im Sinne von § 254 BGB liegen keine Anhaltspunkte vor. 611

1.c Nach § 251 Abs. 1 BGB oder gemäß § 249 Satz 2 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) muß Roland Reinhild mit 250 Euro entschädigen. 612

2. Auch gemäß § 823 Abs. 1 BGB schuldet Roland Schadensersatz in Höhe von 250 Euro. 613

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |  |     |  |     |
|--|-----|--|-----|
| 1. Kostenanschlag . . . . .  | 614 | 6. Dritte als zusätzlich Verpflichtete . . . . . | 619 |
| 2. Haftung wegen Schlechterfüllung oder Nebenpflichtverletzung . . . . . | 615 | 7. Dritte als zusätzlich Geschützte . . . . .    | 620 |
| 3. Beweislast für Vertretenmüssen . . . . .                              | 616 | 8. Nachwirkende Pflichten . . . . .              | 621 |
| 4. Schuldverhältnis . . . . .  | 617 | 9. Folgen der Pflichtverletzung . . . . .        | 622 |
| 5. Vorvertragliche Pflichten . . . . .                                   | 618 | 10. Entgangener Gewinn . . . . .                 | 624 |

1. Kostenanschläge (Kostenvoranschläge) können verbindlich oder unverbindlich sein. Schließen die Beteiligten ihren Werkvertrag auf Grundlage eines verbindlichen Kostenanschlages ab, so haben sie den Werklohn festgesetzt. Der unverbindliche Kostenanschlag hat diese Wirkung nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn die Parteien ihn beim Vertragsschluß als Festangabe benutzen. Ist der Anschlag unver-

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

bindlich geblieben, dient er aber immerhin als Orientierungsgröße. Seine voraussichtliche Überschreitung muß der Unternehmer dem Besteller gemäß § 650 Abs. 2 BGB anzeigen. Der Besteller soll dadurch Gelegenheit erhalten, eine Kündigung nach § 649 BGB zu erwägen. Den Werklohn kann der Unternehmer weiterhin einfordern, jedoch nur entsprechend dem geleisteten Teil seiner Arbeit (§ 645 Abs. 1 BGB mit § 650 Abs. 1 am Ende BGB). Versäumen der Anzeige ist positive Vertragsverletzung. Deren Ausgleich nach §§ 280, 286, 325, 326 BGB analog, 249 Satz 1 BGB bedeutet, den Besteller, wenn er sodann gekündigt hätte, so zu stellen, als ob er rechtzeitig von der drohenden Überschreitung erfahren hätte.

- 615 2. Die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung – Schlechterfüllung oder Verletzung von Nebenpflichten – gilt als subsidiär. Sie greift nicht ein, soweit die im Gesetz vorhandenen ausdrücklichen Regelungen über Störungen in der Abwicklung von Schuldverhältnissen das Geschehen bereits abschließend erfassen. Die Vorschriften über Unmöglichkeit, Schuldnerverzug und Schlechterfüllung gehen sowohl dann vor, wenn sie zu einer für den enttäuschten Vertragspartner günstigen Lösung führen, als auch dann, wenn das nicht der Fall ist, weil ihr Tatbestand nicht ganz erfüllt ist. So wird Verzögerungsschaden allein unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges nach § 286 Abs. 1 BGB abgerechnet. Mit etwaigem Verzögerungsschaden vor Eintritt des Schuldnerverzuges bleibt der Gläubiger belastet. Hier hilft auch nicht Haftung aus positiver Vertragsverletzung. Dagegen bleibt Raum für Haftung aus positiver Vertragsverletzung, soweit die Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf nur die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an sich behandeln, nicht aber die Folgeschäden daraus.
- 616 3. Sind die Umstände, aus denen sich das Vertretenmüssen ergibt, umstritten, trifft in analoger Anwendung von § 282 BGB die Beweislast

bindlich geblieben, dient er aber immerhin als Orientierungsgröße. Seine voraussichtliche Überschreitung muß der Unternehmer dem Besteller gemäß § 650 Abs. 2 BGB anzeigen. Der Besteller soll dadurch Gelegenheit erhalten, eine Kündigung nach § 649 BGB zu erwägen. Den Werklohn kann der Unternehmer weiterhin einfordern, jedoch nur entsprechend dem geleisteten Teil seiner Arbeit (§ 645 Abs. 1 BGB mit § 650 Abs. 1 am Ende BGB). Versäumen der Anzeige ist Pflichtverletzung in Gestalt positiver Vertragsverletzung. Deren Ausgleich nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 BGB) bedeutet, den Besteller, wenn er sodann gekündigt hätte, so zu stellen, als ob er rechtzeitig von der drohenden Überschreitung erfahren hätte.

2. Die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung – Schlechterfüllung oder Verletzung von Nebenpflichten – als eines Falles unter allen Pflichtverletzungen steht im Gesetz gleichberechtigt neben den Regelungen über Unmöglichkeit und Schuldnerverzug. Sie ist zudem integriert in die besonderen Vorschriften über Schlechterfüllung bei Kauf und Werk. Abgrenzungsschwierigkeiten bleiben allerdings gegenüber den durch die Schuldrechtsmodernisierung nicht angetasteten besonderen Vorschriften über Schlechterfüllung, namentlich zu Miete und Reisevertrag. Abgesehen davon muß wegen unterschiedlicher Formulierung von Tatbeständen und Rechtsfolgen die positive Vertragsverletzung weiterhin sorgfältig von Unmöglichkeit und Schuldnerverzug getrennt werden. So wird Verzögerungsschaden allein unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 286 BGB abgerechnet. Mit etwaigem Verzögerungsschaden vor Eintritt des Schuldnerverzuges bleibt der Gläubiger belastet. Hier hilft auch nicht Haftung aus positiver Vertragsverletzung. Dagegen bleibt Raum für Haftung aus positiver Vertragsverletzung, soweit die Vorschriften über Haftung für Mängel beim Kauf wegen der Ersatzpflicht auf §§ 280, 281 BGB verweisen (§ 437 Nr. 3 BGB); dies betrifft sowohl den Mangelfolgeschaden als auch den Mangelschaden. 615

3. Sind die Umstände, aus denen sich das Vertretenmüssen ergibt, umstritten, trifft wegen der Anordnung von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB als Ausnahme zur Haftungsregelung in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB die 616

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

den in Anspruch Genommenen. Dies gilt sowohl für positive Vertragsverletzung als auch für Verschulden bei Vertragsanbahnung.

- 617 4. Das für positive Vertragsverletzung vorauszusetzende Schuldverhältnis muß nicht notwendig ein vertragliches im Sinne von § 305 BGB sein. Auch in allen übrigen Schuldverhältnissen besteht Haftung für Schlechterfüllung und Verletzung von Nebenpflichten. Daher wird vielfach auch der weitere Begriff »positive Forderungsverletzung« verwandt. Sonderregeln hat allerdings das vorvertragliche Vertrauensverhältnis mit der Haftung für Verschulden bei Vertragsanbahnung (Verschulden bei Vertragsschluß; *culpa in contrahendo*).

- 618 5. Die Pflichten aus vorvertraglichem Vertrauensverhältnis erschöpfen sich regelmäßig in der Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und die sonstigen Interessen des jeweils anderen, so wie dies bei einem Vertrag Nebenpflichtprogramm ist. Gewissermaßen ist die Rücksichtnahme vor dem Vertragsschluß die Hauptpflicht nach § 241 BGB. Nur Nebenpflicht ist sie aber dann, wenn das Vertrauensverhältnis sich so weit verdichtete, daß überraschende, grundlose Abstandnahme vom Vertragsschluß als pflichtwidrig erschiene; hier ist Hauptpflicht das gedeihliche Mitwirken am Vertragsschluß.

Beweislast den in Anspruch Genommenen. Dies gilt sowohl für positive Vertragsverletzung als auch für Verschulden bei Vertragsanbahnung.

4. Das für positive Vertragsverletzung vorauszusetzende Schuldverhältnis muß nicht notwendig ein vertragliches im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB sein. Auch in allen übrigen Schuldverhältnissen besteht Haftung für Schlechterfüllung und Verletzung von Nebenpflichten. Daher wird vielfach auch der weitere Begriff »positive Forderungsverletzung« verwandt. Eine besondere Herleitung hat allerdings in § 311 Abs. 2 BGB das vorvertragliche Vertrauensverhältnis mit der Haftung für Verschulden bei Vertragsanbahnung (Verschulden bei Vertragsschluß; *culpa in contrahendo*). Doch führt diese Herleitung ebenfalls zu § 280 Abs. 1 BGB, also zur selben Haftungsnorm wie positive Vertragsverletzung. Positive Vertragsverletzung und Verschulden bei Vertragsanbahnung sind nur Fallgruppen innerhalb eines umfassenden Tatbestandes der Pflichtverletzung. Eine Ausnahme innerhalb der Fälle vorvertraglicher Pflichtverletzung bildet allerdings die anfängliche Unmöglichkeit. Ihre Konsequenzen sind in § 311a Abs. 2 BGB getrennt beschrieben. Die dort niedergelegte Haftung knüpft allerdings nur daran an, ob der Schuldner seine Leistungsunfähigkeit erkannte oder erkennen konnte. Unbenommen bleibt Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verursachung der Leistungsunfähigkeit vor dem Vertragsschluß (auch insoweit liegt die Pflichtverletzung darin, daß der Betreffende beim Gläubiger die unberechtigte Hoffnung auf Leistung weckt). Freilich wird sich aus diesem Ansatz regelmäßig nichts anderes ergeben als aus demjenigen nach § 311a Abs. 2 BGB. 617

5. Die Pflichten aus vorvertraglichem Vertrauensverhältnis erschöpfen sich regelmäßig in der Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und die sonstigen Interessen des jeweils anderen, so wie dies bei einem Vertrag Nebenpflichtprogramm ist. Gewissermaßen ist die gemäß § 241 Abs. 2 BGB gebotene Rücksichtnahme vor dem Vertragsschluß zugleich die Hauptpflicht nach § 241 Abs. 1 BGB. Nur Nebenpflicht ist das § 241 Abs. 2 BGB entsprechende Verhalten aber dann, wenn das Vertrauensverhältnis sich so weit verdichtete, daß überraschende, grundlose Abstandnahme vom Vertragsschluß als pflichtwidrig erschien; hier ist Hauptpflicht das gedeihliche Mitwirken am Vertragsschluß. 618

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 619 6. Bei der Entstehung des Vertrages mitwirkende Dritte können bei Inanspruchnahme besonderen Vertrauens oder bei besonderem Eigeninteresse wie der Vertragspartner zu Schuldnern vorvertraglicher Pflichten werden.
- 620 7. Ein Vertrag kann drittschützende Wirkungen in entsprechender Anwendung von § 328 BGB haben. Anlaß zur Prüfung böte der behandelte Fall etwa dann, wenn Reinhild sich nicht unmittelbar an Roland gewandt hätte, sondern an ein Unternehmen, welches Handwerksleistungen aller Art anbietet und zur Ausführung Handwerker des betreffenden Gewerkes als Subunternehmer einschaltet. Ein anderes Beispiel ist Störung der Energieversorgung in einem Bürohaus, wenn nicht jeder einzelne Nutzer Kunde des Energieversorgers ist, sondern der Betreiber der Immobilie einen einzigen Anschluß beim Energieversorger unterhält und die Energie über eine hausinterne Anlage an die Nutzer verteilt.

Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Tatbestandserkmale (siehe PETER GOTTWALD, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München, 2001, Rdn. 97ff. zu § 328 BGB) führen letztlich auf Auslegung des Vertrages nach §§ 133, 157 BGB zurück. Der Dritte macht im Schadensfalle Ersatz wegen positiver Vertragsverletzung geltend. Auch ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis kann Dritte zu Gläubigern von Rücksichtnahmepflichten machen. Die Kriterien für drittschützende Wirkung eines abgeschlossenen Vertrages lassen sich schon im Vorfeld des Vertrages nutzen. Der fertige Vertrag (gleichviel ob er jemals abgeschlossen wird) strahlt gewissermaßen zurück in das Stadium seines Werdens hinein.

6. Bei der Entstehung des Vertrages mitwirkende Dritte können gemäß § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB bei Inanspruchnahme besonderen Vertrauens wie der Vertragspartner zu Schuldern vorvertraglicher Pflichten werden. Die Regelung versteht sich nicht als abschließend (Begründung zu § 311 Abs. 3 Satz 2 des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 163, rechts). Die generelle Vorschrift über die Haftbarkeit Dritter in § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB bietet Raum sowohl für die Fälle des Eigeninteresses als auch für andere Fälle. § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB verengt diesen Raum nicht. Besondere Erwähnung fand in der Begründung zum Regierungsentwurf (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 163, rechts) die Haftung des Sachverständigen, auf dessen Gutachten sich die potentiellen Vertragspartner verlassen. 619

7. Ein Vertrag kann drittschützende Wirkung entweder nach dem Wortlaut von § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB (so vorzugswürdig CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, 499, 520) oder in entsprechender Anwendung von § 328 BGB haben. Anlaß zur Prüfung böte der behandelte Fall etwa dann, wenn Reinhild sich nicht unmittelbar an Roland gewandt hätte, sondern an ein Unternehmen, welches Handwerksleistungen aller Art anbietet und zur Ausführung Handwerker des betreffenden Gewerkes als Subunternehmer einschaltet. Ein anderes Beispiel ist Störung der Energieversorgung in einem Bürohaus, wenn nicht jeder einzelne Nutzer Kunde des Energieversorgers ist, sondern der Betreiber der Immobilie einen einzigen Anschluß beim Energieversorger unterhält und die Energie über eine hausinterne Anlage an die Nutzer verteilt. 620

Die Begründung zum Regierungsentwurf neigt eher dazu, die bisherige Erklärung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (das ist der Ansatz mit analoger Anwendung von § 328 BGB) fortzuschreiben (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 163, rechts). Das findet in der Literatur Widerhall (so bei HEINRICH DÖRNER, Schuldrecht 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Heidelberg, 2002, Seiten 118f.). Letztlich ist Drittbegünstigung eine Frage der Auslegung des Vertrages nach §§ 133, 157 BGB. Der Dritte macht im Schadensfalle Ersatz wegen positiver Vertragsverletzung geltend. Auch ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis kann Dritte zu Gläubigern von Rücksichtnah-

- 621 8. Auch nach Abwicklung der Leistungen aus dem Schuldverhältnis (§ 241 BGB) können noch Nebenpflichten bestehen. Die Verletzung nachwirkender Pflichten ist ebenfalls positive Vertragsverletzung. Beispielsweise dürfte Roland nicht nach Erledigung der Montage zufällig im Reisebüro erlangte Betriebsgeheimnisse weitergeben.
- 622 9. Schadensersatz ist die meist gewünschte Folge positiver Vertragsverletzung. Ist das Schuldverhältnis ein vertragliches und wird es durch die Pflichtverletzung so schwer belastet, daß weitere Gebundenheit dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist, kann er von dem Geschäft zurücktreten beziehungsweise, wenn es ein Dauerschuldverhältnis ist, aus wichtigem Grund kündigen. Die Kündigung aus wichtigem Grund stützt sich entweder auf Sondervorschriften zu dem fraglichen Vertragstyp oder auf einen allgemeinen Rechtsgedanken. Ein wichtiger Grund kann sogar dann vorliegen, wenn der Vertragspartner seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, Schadensersatz also ausgeschlossen ist. Schadensersatz und Rücktritt beziehungsweise Kündigung stehen dem enttäuschten Vertragsteil zur Wahl. Er kann allerdings nicht beide Wege zugleich beschreiten. Aber er kann den Schadensersatz so berechnen, daß im Ergebnis die Lage einer Auflösung des Geschäftes ähnelt. In einer solchen Berechnung erscheint Schadensausgleich nicht allein für die Folgen der Nebenpflichtverletzung oder für die mindere Qualität der Hauptleistung, sondern auch für das Ausbleiben der vom Gläubiger zurückgewiesenen Hauptleistung, deren Empfang dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist.

mepflichten machen. Die Kriterien für drittschützende Wirkungen eines abgeschlossenen Vertrages lassen sich schon im Vorfeld des Vertrages nutzen. Der fertige Vertrag (gleichviel ob er jemals abgeschlossen wird) strahlt gewissermaßen zurück in das Stadium seines Werdens hinein.

8. Auch nach Abwicklung der Leistungen aus dem Schuldverhältnis (§ 241 Abs. 1 BGB) können noch Nebenpflichten bestehen. Die Verletzung nachwirkender Pflichten ist ebenfalls Pflichtverletzung in der Fallgruppe positiver Vertragsverletzung. Beispielsweise dürfte Roland nicht nach Erledigung der Montage zufällig im Reisebüro erlangte Betriebsgeheimnisse weitergeben. 621

9. Schadensersatz ist die meist gewünschte Folge der Pflichtverletzung in Gestalt positiver Vertragsverletzung. Ist das Schuldverhältnis ein vertragliches und wird es durch die Pflichtverletzung so schwer belastet, daß weitere Gebundenheit dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist, kann er, wenn es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, gemäß § 324 BGB von dem Geschäft zurücktreten beziehungsweise, wenn es ein einseitiges oder ein gegenseitiges Dauerschuldverhältnis ist, aus wichtigem Grund kündigen. Die Kündigung aus wichtigem Grund stützt sich entweder auf Sondervorschriften zu dem fraglichen Vertragstyp oder auf § 314 BGB. Ein wichtiger Grund kann sogar dann vorliegen, wenn der Vertragspartner seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, Schadensersatz also ausgeschlossen ist. Grundsätzlich muß der Gläubiger freilich dem Schuldner zunächst eine Frist zur Korrektur seines Verhaltens setzen (§ 323 Abs. 1 BGB, § 314 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB) oder ihn abmahnen (§ 323 Abs. 3 BGB, § 314 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB). Schadensersatz und Rücktritt beziehungsweise Kündigung stehen dem enttäuschten Vertragsteil sowohl alternativ als auch kumulativ (§ 325 BGB, § 314 Abs. 4 BGB) zur Wahl. Auch kann er den Schadensersatz als Schadensersatz statt der Leistung (nach § 281 BGB wegen Schlechterfüllung; nach § 282 BGB wegen isolierter Nebenpflichtverletzung) ohne Rücktritt oder Kündigung so berechnen, daß im Ergebnis die Lage einer Auflösung des Geschäftes ähnelt. In einer solchen Berechnung erscheint Schadensausgleich nicht allein für die Folgen der Nebenpflichtverletzung oder für die mindere Qualität der Hauptleistung, sondern auch für das Aus- 622

## Fall 6: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

623 Wo eine Rentabilitätsvermutung greift, kann der Geschädigte als Mindestschaden seine Aufwendungen erstattet verlangen, soweit er sie in Erwartung ordnungsgemäßer Abwicklung tätigte und soweit sie wegen der Pflichtverletzung frustriert sind (zum Ersatz frustrierter Aufwendungen vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 12).

624 10. Der zum Fall erörterte Schadensersatz deckt nur den unmittelbaren Verletzungserfolg ab. Nach weitergehendem Schaden ist nicht gefragt. Insbesondere ist nicht beschrieben, daß Kunden nicht bedient werden konnten und Reinhild im Sinne von § 252 BGB Geschäfte entgingen.

bleiben der vom Gläubiger zurückgewiesenen Hauptleistung, deren Empfang dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist.

Unabhängig von einer Rentabilitätsvermutung kann der Geschädigte 623 anstelle von Schadensersatz statt der Leistung als Mindestschaden seine Aufwendungen erstattet verlangen, soweit er sie in Erwartung ordnungsgemäßer Abwicklung tätigte und soweit sie wegen der Pflichtverletzung frustriert sind (§ 284 BGB). Die Abrechnung weitergehender Schäden ist damit jedoch nicht vereinbar. Es sei denn, dem Gläubiger gelingt eine eigenständige Begründung des Ersatzbegehrens für die übrigen Schäden (vergleiche zum Ersatz frustrierter Aufwendungen die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 12).

Beispiel: Der gekaufte Häcksler geht wegen schlechter Isolierung der Elektrik bei der Gartenarbeit in Flammen auf. Käufer und Sohn erleiden körperliche Verletzungen. Es liegt ein Fall der Schlechterfüllung vor, in Bezug auf Körperschaden zugleich ein Fall der Verletzung von Nebenpflichten. Der Körperschaden ist als Folgeschaden sogleich mit § 280 Abs. 1 BGB zu erfassen (Schadensersatz neben der Leistung). Das Interesse am durch den Brand entwerteten Häcksler selbst ist zunächst mit Nacherfüllung zu befriedigen (§ 437 Nr. 1 BGB), kann aber nach Fristsetzung auch mit Schadensersatz statt Leistung (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu bewältigen sein (§ 437 Nr. 3 BGB). Der Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) umfaßt auch den Körperschaden, wenn man ihn als Folgeschaden aus Schlechterfüllung subsumiert. Man kann aber den Körperschaden auch getrennt als Schaden aus Verletzung von Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) betrachten; dann bleibt es insoweit bei § 280 Abs. 1 BGB allein. Diese Trennung ist für den Käufer interessant, wenn er in bezug auf das Gerät nicht Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern Erstattung vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB), beispielsweise für einen zusätzlichen Stromanschluß, wünscht.

10. Der zum Fall erörterte Schadensersatz deckt nur den unmittelbaren 624 Verletzungserfolg ab. Nach weitergehendem Schaden ist nicht gefragt. Insbesondere ist nicht beschrieben, daß Kunden nicht bedient werden konnten und Reinhold im Sinne von § 252 BGB Geschäfte entgingen.

## Fall 7 Geschmackloser Kabarettist: Kündigung aus wichtigem Grund

701 Thea betreibt ein Theater. Sie vereinbart mit dem beliebten Kabarettisten Karl, daß dieser zehn Abende mit seiner Darbietung »Einer von allen« bestreite. Karl tritt seit Jahren an verschiedenen Orten mit dieser Darbietung auf. Ihre Stoffe sind das »Menschlich-Allzumenschliche« und die aktuelle Politik. Karl überarbeitet sein Programm fortlaufend, so daß kein Auftritt dem vorangehenden vollkommen gleicht.

Die ersten beiden Abende sind ein großer Erfolg. Am dritten Abend gleitet Karl mehrfach in Geschmacklosigkeiten ab, die sich nicht etwa als Satire entpuppen. Am vierten Abend verschlimmert sich das erheblich. Die Darbietung büßt jedes Niveau ein. Sie stellt sich nur noch als eine Aneinanderreihung von Peinlichkeiten dar, wie sie bislang noch nie Bestandteil von Karls Programm waren. Die Kritik in der Presse fällt recht harsch aus und hält Thea vor, so etwas sei man in ihrem Hause nicht gewohnt. Thea bespricht sich mit Karl. Eine Verständigung gelingt jedoch nicht. Karl besteht »aus prinzipiellen Erwägungen« darauf, daß ihm »alle Freiheit in der Gestaltung meiner Abende« erhalten bleibe. Thea schreibt daher vor dem fünften Abend an Karl: »Mit Rücksicht auf den Ruf des Hauses sehe ich mich gezwungen, unsere Übereinkunft zu lösen. Das Honorar für die ersten vier Abende werde ich Ihnen anweisen.«

Karl fordert Thea auf, ihn auftreten zu lassen. Er könne es sich nicht leisten, aus nichtigem Anlaß als gefeuert dazustehen. Dies wäre ein gefundenes Fressen für die Presse und würde seinen Marktwert unzumutbar beeinträchtigen. Zumindest müsse Thea ihm auch das restliche Honorar zahlen. Was ist davon zu halten?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):**

---

Bei der Suche nach Lösungsansätzen muß man sich klarmachen, wer als der verlangende Teil auftritt. Das ist hier der Künstler, aber in erster Linie nicht wegen des Honorars, sondern wegen des Wunsches, Gelegenheit zum Auftritt zu haben. Es handelt sich also um einen Fall, in dem der Schuldner einer Leistung auf Abnahme der Leistung drängt. Es ist nicht ungewöhnlich, daß der Gläubiger nicht nur einen Anspruch auf Leistung hat, sondern zugleich eine Abnahmepflicht – sie mag Nebenpflicht oder Hauptpflicht sein. Namentlich begegnet dies in Kauf oder Werkvertrag. Der empfangsunwillige Gläubiger gerät bei Abnahmepflicht nicht nur in Gläubigerverzug, sondern auch in Schuldnerverzug – sofern nicht die Verzögerung sogar Ausfall also Unmöglichkeit bedeutet. Die Feststellung, ob den Gläubiger eine derartige Pflicht trifft, ist aber nicht notwendig über eine Prüfung von Verzug oder Unmöglichkeit einzufädeln. Vielmehr kann sie auch unmittelbar zur Erörterung stehen. So liegt es hier, wenn Karl als erstes von Thea verlangt, daß sie ihn zwecks Vertragsvollzuges auftreten lasse. Erst im zweiten Schritt, bei der Forderung von Honorar ohne Auftritt, geht es um Konsequenzen aus Störung der Vertragsabwicklung. Außer Streit steht die anteilige Vergütung für die ersten vier Auftritte. Es wäre also verfehlt, mit einer Frage nach Vergütung eben für diese durchgeführten Veranstaltungen anzusetzen. 702

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

1. Auftritt

- 703 1.a Karl kann von Thea verlangen, daß sie ihn zu den geplanten Terminen auftreten läßt, wenn sich das aus der zwischen ihnen getroffenen Absprache ergibt.
- 704 1.b Karl und Thea schlossen einen Vertrag über zehn zu vergütende Auftritte. Dieser Vertrag ist Werkvertrag nach § 631 Abs. 1 BGB, wenn er sich im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB als erfolgsgerichtet darstellt. Ist er hingegen tätigkeitsorientiert, handelt es sich um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB. Als Erfolg ließe sich Karls Darbietung allenfalls in der sehr groben Umschreibung »an zehn Abenden für eine gewisse Stundenzahl dem Publikum mit einer Eigenschöpfung die Zeit vertreiben« festlegen. Die Unschärfe der Leistungsbeschreibung stünde der Wirksamkeit der Absprache nicht entgegen. Vielmehr wäre es an Karl, gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen die endgültige Leistung in Ausübung seiner künstlerischen Freiheit festzulegen. Eine Qualifizierung der kabarettistischen Leistung als grob umrissener Erfolg würde indessen dem künstlerischen Anspruch eines Kabarettisten und seiner individuellen Bemühung nicht gerecht. Seine Leistung erfährt ihr Gepräge durch ständig augenblicksgerecht dosierte Ansprache von Affekt und Vernunft. Dieses lebendige Gefüge läßt sich nicht als Erfolg erfassen, sondern nur als ein die gesamte Persönlichkeit anstrengender Dienst. Die nähere Leistungsbestimmung ist Karl nach § 315 Abs. 1 BGB überantwortet.
- 705 Der Dienstvertrag erzeugt im Grundsatz lediglich einen Anspruch des Dienstgebers, hier der Veranstalterin Thea, auf Empfang der Dienste und einen Anspruch des Dienstnehmers, hier des Kabarettisten Karl, auf Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB). Eine Pflicht des Dienstgebers, die Dienstleistung abzunehmen, besteht im allgemeinen nicht. Hiervon ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn die – sich regelmäßig überschneidenden – Interessen des Dienstnehmers an persönlicher Entfaltung, an Erhaltung von Ausbildungsniveau und Routine oder an

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Auftritt

1.a Karl kann von Thea verlangen, daß sie ihn zu den geplanten Terminen auftreten läßt, wenn sich das aus der zwischen ihnen getroffenen Absprache ergibt. 703

1.b Karl und Thea schlossen einen Vertrag über zehn zu vergütende Auftritte. Dieser Vertrag ist Werkvertrag nach § 631 Abs. 1 BGB, wenn er sich im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB als erfolgsgerichtet darstellt. Ist er hingegen tätigkeitsorientiert, handelt es sich um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB. Als Erfolg ließe sich Karls Darbietung allenfalls in der sehr groben Umschreibung »an zehn Abenden für eine gewisse Stundenzahl dem Publikum mit einer Eigenschöpfung die Zeit vertreiben« festlegen. Dies würde indessen dem künstlerischen Anspruch eines Kabarettisten und seiner individuellen Bemühung nicht gerecht. Seine Leistung erfährt ihr Gepräge durch ständig augenblicksgerecht dosierte Ansprache von Affekt und Vernunft. Dieses lebendige Gefüge läßt sich nicht als Erfolg erfassen, sondern nur als ein die gesamte Persönlichkeit anstrengender Dienst. 704

Der Dienstvertrag erzeugt im Grundsatz lediglich einen Anspruch des Dienstgebers, hier der Veranstalterin Thea, auf Empfang der Dienste und einen Anspruch des Dienstnehmers, hier des Kabarettisten Karl, auf Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB). Eine Pflicht des Dienstgebers, die Dienstleistung abzunehmen, besteht im allgemeinen nicht. Hiervon ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn die – sich regelmäßig überschneidenden – Interessen des Dienstnehmers an persönlicher Entfaltung, an Erhaltung von Ausbildungsniveau und Routine oder an 705

## Fall 7: Lösung nach altem Recht

marktwirksamer Betätigung gerade durch die Dienstverrichtung den Vertrag mitbestimmen. Kabarettisten und andere darstellende Künstler beziehen ihre persönliche und wirtschaftliche Anerkennung aus wohlbedachter Präsenz in der öffentlichen Wahrnehmung. Dies fließt unausgesprochen in ihre Verträge mit Veranstaltern ein und kann ihnen durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) entnommen werden. Daraus folgt, daß der Veranstalter dem engagierten Künstler die Gelegenheit zum Auftritt nicht nehmen darf. Thea verpflichtete sich demnach, Karl auftreten zu lassen.

- 706 1.c Diese Pflicht ist aber fortgefallen, wenn Thea den Dienstvertrag wirksam kündigte. Thea und Karl richteten das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit ein, so daß es gemäß § 620 Abs. 1 BGB erst mit dem letzten Auftritt geendet hätte. Ordentliche Kündigung nach § 620 Abs. 2 BGB stand Thea deshalb nicht zu. Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB oder wegen Vertrauensstellung nach § 627 Abs. 1 BGB bleibt jedoch unbenommen. Karls Darbietungen wichen zunehmend von den Erwartungen ab und waren daher auch unter Berücksichtigung eines großen künstlerischen Gestaltungsspielraums nicht mehr vertragsgemäß. Das allein muß allerdings noch kein wichtiger Grund sein, der gemäß § 626 Abs. 1 BGB Trennung wegen Unzumutbarkeit weiterer Bindung rechtfertigt. Grundsätzlich ist es dem enttäuschten Vertragspartner zuzumuten, an der belasteten Beziehung festzuhalten, sofern für die Zukunft ordentliches Verhalten des anderen Teils in Aussicht steht. Karl zeigt jedoch keine Einsicht. Er verweigert jegliches Zugeständnis und ist nicht bereit, den Leistungsabfall seiner letzten Darbietungen im Vergleich zu seinen früheren Auftritten anzuerkennen. Thea kündigte befugt aus wichtigem Grund. Es ist zu unterstellen, daß sie dies auch innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BGB tat. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß Thea den Erfolg ihres Hauses mit allen Auswirkungen an zehn Abenden und damit für einen gewichtigen Teil einer Theatersaison allein in Karls Hände legte. Damit genoß Karl eine Vertrauensstellung im Sinne vom § 627 Abs. 1 BGB, was Thea auch ohne besonderen Anlaß die Kündigung erlaubte.

marktwirksamer Betätigung gerade durch die Dienstverrichtung den Vertrag mitbestimmen. Kabarettisten und andere darstellende Künstler beziehen ihre persönliche und wirtschaftliche Anerkennung aus wohlbedachter Präsenz in der öffentlichen Wahrnehmung. Dies fließt un-  
ausgesprochen in ihre Verträge mit Veranstaltern ein und kann ihnen durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) entnommen werden. Daraus folgt, daß der Veranstalter dem engagierten Künstler die Gelegenheit zum Auftritt nicht nehmen darf. Thea verpflichtete sich demnach, Karl auftreten zu lassen.

1.c Diese Pflicht ist aber fortgefallen, wenn Thea den Dienstvertrag wirksam kündigte. Thea und Karl richteten das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit ein, so daß es gemäß § 620 Abs. 1 BGB erst mit dem letzten Auftritt geendet hätte. Ordentliche Kündigung nach § 620 Abs. 2 BGB stand Thea deshalb nicht zu. Außerordentliche Kündigung bleibt jedoch unbenommen. § 314 BGB gibt den an einem Dauerschuldverhältnis Beteiligten generell das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, insbesondere im Falle der Pflichtverletzung. Karls Engagement bei Theas Theater ist, fortwährende Leistungsanspannung verlangend, ein Dauerschuldverhältnis. Indessen findet § 314 BGB, lediglich einen allgemeinen Rechtsgedanken formulierend, keine Anwendung, wofern die Berechtigung zu außerordentlicher Kündigung in besonderen Vorschriften zum einschlägigen Vertragstyp bereits geregelt ist (Begründung zu § 314 BGB im Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 94 links, 177 rechts; PETER KREBS, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen, Rdn. 10 zu § 314 BGB). Das Dienstvertragsrecht enthält derartige Sondervorschriften. Es kennt die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB oder wegen Vertrauensstellung nach § 627 Abs. 1 BGB. Karls Darbietungen wichen zunehmend von den Erwartungen ab und waren daher nicht mehr vertragsgemäß. Das allein muß allerdings noch kein wichtiger Grund sein, der gemäß § 626 Abs. 1 BGB Trennung wegen Unzumutbarkeit weiterer Bindung rechtfertigt. Grundsätzlich ist es dem enttäuschten Vertragspartner zuzumuten, an der belasteten Beziehung festzuhalten, sofern für die Zukunft ordentliches Verhalten des ande-

706

707 1.d Karl hat keinen Anspruch mehr darauf, an den restlichen Abenden auftreten zu dürfen.

2. Honorar

708 2.a Es fragt sich nun, ob Karl, obwohl er an den restlichen sechs Abenden nicht mehr auftreten wird, das volle vereinbarte Honorar nach § 611 Abs. 1 am Ende BGB einfordern darf und sich nicht mit anteiliger Vergütung für die vier durchgeführten Veranstaltungen begnügen muß.

709 2.b Nimmt ein Veranstalter die Dienstleistung des Künstlers nicht an, so gerät er in Gläubigerverzug nach § 293 BGB oder bewirkt wegen strikter Orts- und Termingebundenheit der Auftritte nachträgliche Unmöglichkeit der künstlerischen Darbietung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB. Den Honoraranspruch muß das nicht antasten. Im Falle des Annahmeverzuges bleibt er unberührt, weil §§ 293 ff. BGB keine Beschneidung vorsehen. Allenfalls findet Anrechnung anderweitig erzielter oder erzielter Einnahmen gemäß § 615 Satz 2 BGB statt. Die vereinbarte Vergütung verkürzt sich auf ein sogenanntes Ausfallhonorar. Im Falle der Unmöglichkeit behält der Dienstnehmer die Vergütungsforderung nach § 324 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Ausfall vom Veranstalter zu vertreten ist. Auch dort findet freilich gemäß § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB Anrechnung anderweitiger wirklicher oder möglicher Einnahmen statt. Dasselbe ergibt sich gemäß § 324 Abs. 2 BGB, wenn der Veranstalter zunächst nur in Annahmeverzug gerät, aber die

ren Teils in Aussicht steht. Karl zeigt jedoch keine Einsicht. Er verweigert jegliches Zugeständnis und ist nicht bereit, den Leistungsabfall seiner letzten Darbietungen im Vergleich zu seinen früheren Auftritten anzuerkennen. Thea kündigte befugt aus wichtigem Grund. Es ist zu unterstellen, daß sie dies auch innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BGB tat. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß Thea den Erfolg ihres Hauses mit allen Auswirkungen an zehn Abenden und damit für einen gewichtigen Teil einer Theatersaison allein in Karls Hände legte. Damit genoß Karl eine Vertrauensstellung im Sinne vom § 627 Abs. 1 BGB, was Thea auch ohne besonderen Anlaß die Kündigung erlaubte.

1.d Karl hat keinen Anspruch mehr darauf, an den restlichen Abenden auftreten zu dürfen. 707

## 2. Honorar

2.a Es fragt sich nun, ob Karl, obwohl er an den restlichen sechs Abenden nicht mehr auftreten wird, das volle vereinbarte Honorar nach § 611 Abs. 1 am Ende BGB einfordern darf und sich nicht mit anteiliger Vergütung für die vier durchgeführten Veranstaltungen begnügen muß. 708

2.b Nimmt ein Veranstalter die Dienstleistung des Künstlers nicht an, so gerät er in Gläubigerverzug nach § 293 BGB oder bewirkt wegen strikter Orts- und Termingebundenheit der Auftritte nachträgliche Unmöglichkeit der künstlerischen Darbietung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB. Den Honoraranspruch muß das nicht antasten. Im Falle des Annahmeverzuges bleibt er unberührt, weil §§ 293 ff. BGB keine Beschneidung vorsehen. Allenfalls findet Anrechnung anderweitig erzielter oder erzielter Einnahmen gemäß § 615 Satz 2 BGB statt. Die vereinbarte Vergütung verkürzt sich auf ein sogenanntes Ausfallhonorar. Im Falle der Unmöglichkeit behält der Dienstnehmer die Vergütungsforderung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB, wenn der Ausfall vom Veranstalter zu vertreten ist. Auch dort findet freilich gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB Anrechnung anderweitiger wirklicher oder möglicher Einnahmen statt. Dasselbe ergibt sich gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB, wenn der Veranstalter zunächst nur in Annahme-

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Störung sich wegen fortschreitender Zeit doch noch zum Ausfall entwickelt.

- 710 2.c Für diese Regeln ist jedoch wegen der Auflösung des Vertrages (siehe oben zu 1.c) kein Raum mehr. Mit ihrer Kündigung hob Thea das Leistungsprogramm auf. Weder kann sie in Gläubigerverzug geraten noch können die Auftritte unmöglich werden.
- 711 2.d Vielmehr richtet sich die Vergütungsfrage nach den Regeln für die Kündigung. Gleichviel, ob die Kündigung nach § 626 BGB oder nach § 627 BGB geschieht, behält der Dienstverpflichtete nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Vergütungsanspruch zu einem Anteil, der den bereits geleisteten Diensten entspricht. Weitere Vergütung indessen kann er nicht fordern. Den Ausfall der Vergütung für die nicht mehr zu erbringenden Dienste kann der Dienstnehmer nur im Schadensersatzwege nach § 628 Abs. 2 BGB geltend machen. Dazu müsste der Dienstgeber die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten provoziert haben. Das ist hier nicht der Fall. Thea schuldet nur anteilige Vergütung für die vier durchgeführten Abende.
- 712 2.e Karl fordert zu unrecht die gesamte Vergütung.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Kündigung aus wichtigem Grund . . . . .	713	5. Entsprechende Anwendung besonderer Vorschriften oder allgemeine Kündigungsregel. . . . .	720
2. Pflichtverletzung als wichtiger Grund . . . . .	714	6. Fristlose Kündigung mit Auslaufzeit . . . . .	722
3. Störung der Geschäftsgrundlage als wichtiger Grund . . . . .	717	7. Schadensersatz neben Kündigung . . . . .	723
4. Besondere Kündigungsvorschriften. . . . .	718		

- 713 1. Aus wichtigem Grund kündbar – nach einschlägigen Sondervorschriften oder nach dem aus ihnen abgeleiteten allgemeinen Rechtsgedanken – sind sowohl gegenseitig als auch einseitig verpflichtende Dauerschuldverhältnisse. Zur Frage, ob unter Umständen statt Kündi-

verzug gerät, aber die Störung sich wegen fortschreitender Zeit doch noch zum Ausfall entwickelt.

2.c Für diese Regeln ist jedoch wegen der Auflösung des Vertrages (siehe oben zu 1.c) kein Raum mehr. Mit ihrer Kündigung hob Thea das Leistungsprogramm auf. Weder kann sie in Gläubigerverzug geraten noch können die Auftritte unmöglich werden. 710

2.d Vielmehr richtet sich die Vergütungsfrage nach den Regeln für die Kündigung. Gleichviel, ob die Kündigung nach § 626 BGB oder nach § 627 BGB geschieht, behält der Dienstverpflichtete nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Vergütungsanspruch zu einem Anteil, der den bereits geleisteten Diensten entspricht. Weitere Vergütung indessen kann er nicht fordern. Den Ausfall der Vergütung für die nicht mehr zu erbringenden Dienste kann der Dienstnehmer nur im Schadensersatzwege nach § 628 Abs. 2 BGB geltend machen. Dazu müßte der Dienstgeber die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten provoziert haben. Das ist hier nicht der Fall. Thea schuldet nur anteilige Vergütung für die vier durchgeführten Abende. 711

2.e Karl fordert zu unrecht die gesamte Vergütung. 712

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Kündigung aus wichtigem Grund . . . . .	713	5. Entsprechende Anwendung besonderer Vorschriften oder allgemeine Kündigungsregel . . . . .	720
2. Pflichtverletzung als wichtiger Grund . . . . .	714	6. Fristlose Kündigung mit Auslaufzeit . . . . .	722
3. Störung der Geschäftsgrundlage als wichtiger Grund . . . . .	717	7. Schadensersatz neben Kündigung . . . . .	723
4. Besondere Kündigungsvorschriften . . . . .	718		

1. Aus wichtigem Grund kündbar – nach einschlägigen Sondervorschriften oder nach der allgemeinen Vorschrift des § 314 Abs. 1 BGB – sind sowohl gegenseitig als auch einseitig verpflichtende Dauerschuldverhältnisse. Zur Frage, ob unter Umständen statt Kündigung 713

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

gung Rücktritt möglich ist, siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 2, unter 3.

714 2. Die Kündigung kann an zu vertretende Vertragsverletzung anknüpfen. Auch eine nicht zu vertretende Vertragsverletzung kann zur außerordentlichen Kündigung berechtigen.

715 Aber nicht jede zu vertretende oder nicht zu vertretende Vertragsverletzung ist so schwerwiegend, daß dem anderen Teil das Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Soweit nicht die besonderen Kündigungsvorschriften die Relevanz einer Vertragsverletzung als eines wichtigen Grundes abschließend regeln, geben die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen einen Anhaltspunkt. Wenn der enttäuschte Vertragspartner nach ihnen zurücktreten oder die Wandlung verlangen darf, ist diese Befugnis für das Dauerschuldverhältnis in ein Kündigungsrecht zu übersetzen. Allerdings ist Zurückhaltung angebracht: Was im Nicht-Dauerschuldverhältnis hinreichender Anlaß für einen Rücktritt oder für eine Wandlung wäre, wo also das Gesetz Unzumutbarkeit für das punktuell abzuwickelnde Leistungsprogramm festlegt, genügt nicht immer im Dauerschuldverhältnis für Kündigung wegen Unzumutbarkeit. Denn man muß bedenken, daß die Kündigung nicht allein den aktuellen Teil der Leistung ausschließt, sondern auch alle künftige Leistung, obwohl sie vielleicht ordnungsgemäß abgewickelt worden wäre. Sofern schon Rücktritt oder Wandlungsbegehren an Unerheblichkeit der Vertragsverletzung scheitern würde (zum Beispiel wegen Geringfügigkeit des Mangels an der Kaufsache nach § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB), wird umso weniger die Kündigung gelingen.

Rücktritt möglich ist, siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 2, unter 3.

2. Die Kündigung kann an zu vertretende Vertragsverletzung (Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag) anknüpfen. Auch eine nicht zu vertretende Vertragsverletzung kann zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. § 314 Abs. 2 BGB setzt bei der Anforderung einer Abhilfefrist oder einer Abmahnung ausdrücklich voraus, daß ein wichtiger Grund in Vertragsverletzung bestehen kann. Die Vorschrift verlangt nicht, daß die Verletzung vom Gegner zu vertreten sei. 714

Aber nicht jede zu vertretende oder nicht zu vertretende Vertragsverletzung ist so schwerwiegend, daß dem anderen Teil das Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Soweit nicht die besonderen Kündigungsvorschriften die Relevanz einer Vertragsverletzung als eines wichtigen Grundes abschließend regeln, geben die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen einen Anhaltspunkt. Wenn der enttäuschte Vertragspartner nach ihnen zurücktreten dürfte, ist diese Befugnis für das Dauerschuldverhältnis in ein Kündigungsrecht zu übersetzen. Die Regeln über Rücktritt wegen Leistungsstörungen sind allerdings für das Dauerschuldverhältnis nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr geht § 314 BGB als die speziellere Regel vor. Diesen Vorrang drückte in bezug auf den Rücktritt nach § 323 BGB bereits die Begründung zu § 314 BGB nach dem Regierungsentwurf aus (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 177 rechts: § 323 BGB wird von § 314 BGB verdrängt). Für den Rücktritt wegen Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 5 Halbsatz 2 BGB), welchen § 326 Abs. 5 Halbsatz 2 BGB dem § 323 BGB unterstellt, gilt unausgesprochen dasselbe. Die Rücktrittstatbestände können jedoch zur Auslegung von § 314 BGB genutzt werden. Allerdings ist Zurückhaltung angebracht: Was im Nicht-Dauerschuldverhältnis hinreichender Anlaß für einen Rücktritt wäre, wo also das Gesetz Unzumutbarkeit für das punktuell abzuwickelnde Leistungsprogramm festlegt, genügt nicht immer im Dauerschuldverhältnis für Kündigung wegen Unzumutbarkeit. Denn man muß bedenken, daß die Kündigung nicht allein den aktuellen Teil der Leistung ausschließt, sondern auch alle künftige Leistung, obwohl sie vielleicht ordnungsgemäß abgewickelt worden wäre. Sofern schon 715

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 716 Schließlich gibt es auch wichtige Gründe, die überhaupt nicht in einer Vertragsverletzung bestehen.
- 717 3. Auch Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (dazu siehe Fall 8) zählt zu den wichtigen Gründen für außerordentliche Kündigung. Soweit besondere Vorschriften über außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund vorliegen, enthalten sie demnach zugleich eine teilweise gesetzliche Fixierung der Regeln über Störung der Geschäftsgrundlage.
- 718 4. Neben den im Fall behandelten Sondervorschriften aus dem Dienstrecht sind die Kündigungsvorschriften aus dem Mietrecht von hoher praktischer Bedeutung. Namentlich sind unter anderem § 543 BGB (allgemeines Mietrecht) und § 569 BGB (Wohnraummietrecht; betrifft nach Maßgabe von § 578 Abs. 2 BGB auch Miete anderer Räume) zu erwähnen. Ein unerheblicher Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB wird für sich genommen regelmäßig kein wichtiger Grund nach § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB sein (vergleiche früheren § 542 Abs. 2 BGB). Er kann es aber in Verbindung mit Gleichgültigkeit des Vermieters gegenüber seiner Instandhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 am Ende BGB) werden.
- 719 Des Rückgriffs auf die allgemeine Kündigungsregel bedarf es ferner nicht bei bloß einseitiger Verpflichtung, wenn die dazu einschlägigen besonderen Vorschriften eine jederzeitige Trennung ohne Angabe von Gründen gestatten (zum Beispiel Widerruf oder Kündigung nach § 671 Abs. 1 BGB, den Auftrag generell betreffend, daher auch einen Auftrag mit Dauerschuldcharakter). Die zusätzliche Annahme eines Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund nach allgemeiner Regel ist aber dogmatisch zulässig. Das Nebeneinander einer Beendigung

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Rücktritt an Unerheblichkeit der Vertragsverletzung scheitern würde (zum Beispiel wegen Geringfügigkeit des Mangels an der Kaufsache nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB mit § 437 Nr. 2 BGB), wird umso weniger die Kündigung gelingen.

Schließlich gibt es auch wichtige Gründe, die überhaupt nicht in einer Vertragsverletzung bestehen. 716

3. Auch Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (dazu siehe Fall 8) zählt eigentlich zu den wichtigen Gründen für außerordentliche Kündigung. Indessen besteht dafür in § 313 BGB eine wiederum gesonderte Regel. Ausdrücklich behandelt § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB die Kündigung des nicht anpassungsfähigen Vertrages mit Dauerschuldcharakter. § 313 BGB verdrängt die Kündigungsregelung in § 314 BGB (Begründung zu § 314 BGB im Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 177, rechts). 717

4. Neben den im Fall behandelten Sondervorschriften aus dem Dienstrecht sind die Kündigungsvorschriften aus dem Mietrecht von hoher praktischer Bedeutung. Namentlich sind unter anderem § 543 BGB (allgemeines Mietrecht) und § 569 BGB (Wohnraummietrecht; betrifft nach Maßgabe von § 578 Abs. 2 BGB auch Miete anderer Räume) zu erwähnen. Ein unerheblicher Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB wird für sich genommen regelmäßig kein wichtiger Grund nach § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB sein (vergleiche früheren § 542 Abs. 2 BGB). Er kann es aber in Verbindung mit Gleichgültigkeit des Vermieters gegenüber seiner Instandhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 Satz 2 am Ende BGB) werden. 718

Des Rückgriffs auf die allgemeine Kündigungsregel bedarf es ferner nicht bei bloß einseitiger Verpflichtung, wenn die dazu einschlägigen besonderen Vorschriften eine jederzeitige Trennung ohne Angabe von Gründen gestatten (zum Beispiel Widerruf oder Kündigung nach § 671 Abs. 1 BGB, den Auftrag generell betreffend, daher auch einen Auftrag mit Dauerschuldcharakter). Die zusätzliche Annahme eines Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund nach allgemeiner Regel des § 314 BGB ist aber dogmatisch zulässig. Das Nebeneinander einer 719

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

ohne Anlaß und einer Beendigung aus wichtigem Grund gibt es auch im Dienstrecht (§ 627 BGB neben § 626 BGB).

- 720 5. Wenn die besonderen Vorschriften über Kündigung aus wichtigem Grund nicht eingreifen, ist die Lösung nicht in allen Fällen sogleich im allgemeinen Rechtsgedanken der Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen zu suchen. Es kann auch vorkommen, daß ein Fall sehr nahe am Tatbestand einer besonderen Vorschrift liegt, so daß er in entsprechender Anwendung allein dieser Vorschrift zu lösen ist.
- 721 Den allgemeinen Gedanken der Kündbarkeit eines Vertrages mit Dauerschuldverhältnissen muß man zum Beispiel beim Zuliefervertrag (Kauf oder Werklieferung) bemühen. Dort wären etwa folgende Situationen als Auslöser für eine Kündigung durch den Lieferungsgläubiger in Betracht zu ziehen:
- Nach Vertragsschluß wird bekannt, daß der Lieferant sich mit anderen Kunden in umfangreichen Streitigkeiten anläßlich zahlloser und offensichtlich berechtigter Reklamationen befindet. Der Lieferungsgläubiger hat allerdings bislang noch gar keine oder nur einwandfreie Ware erhalten.
  - Der Lieferant bezieht bislang die Ware in einem geschlossenen Vertriebssystem, an dem er künftig nicht mehr teilnehmen darf. Dennoch behauptet er, den Lieferungsgläubiger jederzeit pünktlich beliefern zu können und hat auch schon einige Lieferungen nach Ausscheiden aus dem Vertriebssystem zuverlässig erledigt.
  - Die Medien machen Mißstände aus dem Betrieb des Zulieferers publik – Verletzung von Umweltschutzvorschriften, Umgehung des Tarifvertrages, Mängel in der Arbeitssicherheit, Steuerhinterziehung, Bestechung von Amtsträgern, verdeckte Spenden an politische Parteien. Dies droht auf das Gesamtprodukt, dessen Hersteller betont mit Umweltfreundlichkeit, Lauterkeit und Transparenz wirbt, abzufärben.

Die gedachten Situationen betreffen mehr oder minder stark die Geschäftsgrundlage. Einer genauen Abgrenzung bedarf es aber nicht, da die Störung der Geschäftsgrundlage ohnehin nur eine Fallgruppe innerhalb der wichtigen Gründe ist.

Beendigung ohne Anlaß und einer Beendigung aus wichtigem Grund gibt es auch im Dienstrecht (§ 627 BGB neben § 626 BGB).

5. Wenn die besonderen Vorschriften über Kündigung aus wichtigem Grund nicht eingreifen, ist die Lösung nicht in allen Fällen sogleich im allgemeinen Rechtsgedanken der Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen zu suchen. Es kann auch vorkommen, daß ein Fall sehr nahe am Tatbestand einer besonderen Vorschrift liegt, so daß er in entsprechender Anwendung allein dieser Vorschrift zu lösen ist. 720

Die allgemeine Regelung zur Kündbarkeit eines Vertrages mit Dauer- schuldeigenschaft in § 314 BGB muß man zum Beispiel beim Zuliefer- vertrag (Kauf oder Werklieferung) bemühen. Dort wären etwa folgen- de Situationen als Auslöser für eine Kündigung durch den Lieferungs- gläubiger in Betracht zu ziehen: 721

- Nach Vertragsschluß wird bekannt, daß der Lieferant sich mit an- deren Kunden in umfangreichen Streitigkeiten anläßlich zahlloser und offensichtlich berechtigter Reklamationen befindet. Der Liefe- rungsgläubiger hat allerdings bislang noch gar keine oder nur ein- wandfreie Ware erhalten.
- Der Lieferant bezieht bislang die Ware in einem geschlossenen Ver- triebssystem, an dem er künftig nicht mehr teilnehmen darf. Den- noch behauptet er, den Lieferungsgläubiger jederzeit pünktlich be- liefern zu können und hat auch schon einige Lieferungen nach Aus- scheiden aus dem Vertriebssystem zuverlässig erledigt.
- Die Medien machen Mißstände aus dem Betrieb des Zulieferers pu- blik – Verletzung von Umweltschutzvorschriften, Umgehung des Tarifvertrages, Mängel in der Arbeitssicherheit, Steuerhinterzie- hung, Bestechung von Amtsträgern, verdeckte Spenden an politi- sche Parteien. Dies droht auf das Gesamtprodukt, dessen Hersteller betont mit Umweltfreundlichkeit, Lauterkeit und Transparenz wirbt, abzufärben.

Die gedachten Situationen betreffen mehr oder minder stark die Ge- schäftsgrundlage. Einer genauen Abgrenzung bedarf es eigentlich nicht, da die Störung der Geschäftsgrundlage ohnehin nur eine Fall- gruppe innerhalb der wichtigen Gründe ist. Die Abgrenzung wird

- 722 6. Ob die außerordentliche Kündigung eine fristlose oder eine mit Auslaufzeit auszusprechende ist und ferner ob die Kündigung sofort oder erst nach vergeblicher Abmahnung beziehungsweise vergeblich gesetzter Frist zur Abhilfe möglich ist, hängt von der jeweiligen Regelung ab. Existieren keine Sondervorschriften und ergibt sich deswegen das Kündigungsrecht aus Gesamtanalogie zu den bestehenden Vorschriften, so hängen beide Fragen von der Zumutbarkeit für den kündigungswilligen Teil ab.
- 723 7. Außerordentliche Kündigung kann je nach den besonderen Vorschriften einen etwaigen Schadensersatzanspruch – unterstellt, der wichtige Grund bestand in Vertragsverletzung – abschneiden oder unberührt lassen. Entspringt das Recht zur außerordentlichen Kündigung allgemeinem Rechtsgedanken, weist die Gesamtanalogie aus den besonderen Kündigungsvorschriften weder in die eine noch in die andere Richtung. Man wird dann die Parallele zu §§ 325, 326 BGB zu ziehen haben. Danach kann der enttäuschte Vertragspartner sich nur entweder vom Vertrag lösen oder Schadensersatz begehren, nicht aber beides zugleich.
- 724 Der Schadensersatzanspruch ergibt sich in erster Linie aus besonderen Regeln, die das Gesetz gegebenenfalls zu dem fraglichen Dauerschuldverhältnis bereithält. Ansonsten beurteilt er sich nach den allgemeinen Regeln (§§ 280, 286, 325, 326 BGB; ferner die Regeln über positive Vertragsverletzung und Verschulden bei Vertragsanbahnung); dabei ist unbeachtlich, daß die zugehörigen Tatbestandsmerkmale möglicherweise zugleich ein Rücktrittsrecht ergäben und ein solches indessen durch das Kündigungsrecht verdrängt wird. Auch die Berechnung des Schadens nach der Differenzmethode (der enttäuschte Vertragsteil behält seine Leistung) beurteilt sich, obwohl im Ergebnis einem Rücktritt ähnlich, nach den allgemeinen Vorschriften; je nach den Umständen wird es sich aber nur um eine teilweise Zurückweisung der Leistung, insbesondere bezogen nur auf die noch ausstehenden Teile,

aber insoweit notwendig, als man die Lösung in der Sonderregelung des § 313 BGB zu suchen hat (siehe oben unter 3).

6. Ob die außerordentliche Kündigung eine fristlose oder eine mit Auslauffrist auszusprechende ist und ferner ob die Kündigung sofort oder erst nach vergeblicher Abmahnung beziehungsweise vergeblich gesetzter Frist zur Abhilfe möglich ist, hängt von der jeweiligen Regelung ab. Die allgemeine Regelung verlangt keine Auslauffrist (§ 314 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der von einer Vertragsverletzung betroffene Teil muß aber grundsätzlich eine Abhilfefrist setzen beziehungsweise abmahnen (§ 314 Abs. 2 Satz 1 BGB); unter Umständen ist das jedoch entbehrlich (§ 323 Abs. 2 BGB mit § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB). 722

7. Außerordentliche Kündigung läßt einen etwaigen Schadensersatzanspruch – unterstellt, der wichtige Grund bestand in Vertragsverletzung – unberührt. Dies regelt § 314 Abs. 4 BGB generell. Die Vorschrift greift auch bei den verstreuten besonderen Regelungen über Kündigung aus wichtigem Grund ein, sofern nicht diese Vorschriften eine eigene Aussage über das Verhältnis von Kündigung und Schadensersatz zueinander haben. Denn wenn die besondere Regelung in dieser Frage schweigt, genießt sie keinen Vorrang vor § 314 BGB. 723

Der Schadensersatzanspruch ergibt sich in erster Linie aus besonderen Regeln, die das Gesetz gegebenenfalls zu dem fraglichen Dauerschuldverhältnis bereithält. Ansonsten beurteilt er sich nach den allgemeinen Regeln über Pflichtverletzung (§§ 280ff., 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB); dabei ist unbeachtlich, daß die zugehörigen Tatbestandsmerkmale möglicherweise zugleich ein Rücktrittsrecht ergäben und ein solches indessen durch das Kündigungsrecht verdrängt wird. Auch Schadensersatz statt der Leistung beurteilt sich, obwohl im Ergebnis einem Rücktritt ähnlich, nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 281, 282, 283, 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB); je nach den Umständen wird es sich aber nur um eine teilweise Zurückweisung der Leistung, insbesondere bezogen nur auf die noch ausstehenden Teile, handeln. Schließlich sind auch die allgemeinen Regeln über Aufwendungsersatz 724

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

handeln. Schließlich sind auch die allgemeinen Regeln über Aufwendungsersatz als Mindestschadensausgleich (vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 12) einschlägig.

## Fall 7: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

anstelle von Schadensersatz statt der Leistung (§ 284 BGB, gegebenenfalls mit § 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB; vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 12) einschlägig.

## Fall 8 Sponsoring für Kulturveranstaltung: Wegfall der Geschäftsgrundlage

801 Theatermacher Tobias plant eine Veranstaltungsreihe »Wesseling Tendenzen« mit Schauspielen, Lesungen, Chansons und Installationen, die während vierzehn Tagen im Spätsommer des kommenden Jahres an verschiedenen Spielorten in der namensgebenden Stadt stattfinden soll. Erste Fühlungen mit potentiellen Mitwirkenden sind aussichtsreich. Rasch entsteht die grobe Skizze eines Programms. Mit ihr wendet sich Tobias an die C-Chemie-Aktiengesellschaft. Diese sagt schon nach kurzer Schilderung des Vorhabens durch Tobias schriftlich zu, das Projekt mit einem Zuschuß von 200.000 Deutsche Mark (100.000 Euro) aus ihrem Kulturfonds zu unterstützen. Im Gegenzuge verspricht Tobias Nennung der Unterstützung auf Plakaten und Programmschriften. Die genauen Inhalte der auf den »Wesseling Tendenzen« zusammenzuführenden Produktionen sind, was sowohl Tobias als auch der C-Chemie-Aktiengesellschaft klar vor Augen steht, zu diesem Zeitpunkt beiderseits noch unbekannt. Mit dieser Zusage im Rücken arbeitet Tobias die Feinplanung aus und trifft verschiedene verbindliche Dispositionen.

Wenige Wochen vor Beginn der Veranstaltung stellt sich heraus, daß einige der von Tobias angeworbenen Beiträge sich sehr aggressiv mit Beeinflussung von Politik und Verwaltung auf kommunaler Ebene und auf Landesebene durch Wirtschaftsunternehmen sowie mit Umweltschutzproblemen der Industriegesellschaft befassen werden. Diese Produktionen behandeln ihr Thema am Beispiel der Chemiewirtschaft und der Verwendung chemischer Erzeugnisse. Die vorläufigen Projektabstimmungen vor der Absprache mit der C-Chemie-AG ließen dies noch nicht erkennen. Tobias erhält nach mehreren Unterredungen eines Tages ein Schreiben der C-Chemie-AG, worin es heißt, daß man mit Rücksicht auf die Entwicklung des Vorhabens zum größten Bedauern die Zusage zurückziehen müsse.

Tobias ist verzweifelt. Ohne den Zuschuß der C-Chemie-AG vermag er den bereits eingegangenen Verpflichtungen nicht nachzukommen.

## Fall 8: Wegfall der Geschäftsgrundlage

Hat er einen Anspruch gegen die C-Chemie-AG auf Zahlung des zugesagten Betrages? Der umstrittene Geldbetrag ist lediglich mit Rücksicht auf die Währungsumstellung zum 1. Januar 2002 sowohl in Deutsche Mark als auch in Euro angegeben; zu verwenden ist stets nur eine Angabe, je nachdem, ob das gedachte Geschehen vor oder nach der Schuldrechtsreform spielt.

---

### Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Der Anspruchsteller Tobias befindet sich in einer Vielzahl von Rechtsbeziehungen. Doch nur nach einer einzigen davon ist gefragt, nämlich nach derjenigen zu seinem Sponsor. Zu untersuchen ist allein vertragliche Gebundenheit aus der zwischen Tobias und der C-Chemie-AG getroffenen Absprache. Dagegen ist nicht danach gefragt, ob Tobias seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Dritten deswegen abschütteln kann, weil der Sponsor seine Unterstützung zurückzieht. 802

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 803 1. Tobias hat Anspruch auf den zugesagten Geldbetrag, wenn sich die C-Chemie-Aktiengesellschaft ihm durch Sponsoringvertrag zu einer solchen Zahlung verpflichtete und daran noch gebunden ist.
- 804 2. Angesichts des finanziellen Volumens kann die Zusage der Unterstützung gegen Namhaftmachen der Unterstützung nicht als bloße Gefälligkeit, sondern nur als vertragliche Absprache gedeutet werden. Es ist zu unterstellen, daß die C-Chemie-AG bei ihrer Unterredung mit Tobias und bei dem daraufhin gesandten Brief in einer für ordnungsgemäßen Vertragsschluß notwendigen Weise organschaftlich oder durch Bevollmächtigten vertreten war. Spätestens mit Zugang des Zusageschreibens bei Tobias gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB war aus dem Kontakt zwischen Tobias und der C-Chemie-AG ein Vertragsangebot im Sinne von § 145 BGB entstanden. Da es auf der vorangehenden Besprechung beruhte, bedurfte es gemäß § 151 Satz 1 BGB keiner Annahmeerklärung seitens Tobias'. Das sich in den weiteren Aktivitäten äußernde Einverständnis genügte.
- 805 Die zugesagte Geldzahlung ist die hauptsächlich von der C-Chemie-AG übernommene Leistung. Ihr steht Tobias' Verpflichtung zur Erwähnung der Unterstützung gegenüber. Wie eine solche Vereinbarung in das System von Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches einzuordnen ist, kann offen bleiben. Die größte Nähe weist zwar der zwischen Tobias und der C-Chemie-AG geschlossene Sponsoringvertrag zum Werkvertrag auf, so daß Tobias' Anspruch sich möglicherweise als Werklohnforderung aus § 631 Abs. 1 BGB ergibt. Aber auch bei Verständnis des Sponsoringvertrages als eines Vertrages eigener Art besteht die Verpflichtung, da § 305 BGB beliebige vertragliche Versprechen für verpflichtend im Sinne von § 241 BGB erklärt. Eine besondere Form ist für das Geschäft nicht verlangt. Insbesondere ist nicht notarielle Form nach § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB vonnöten, da angesichts der von Tobias übernommenen Pflicht zur Publikation der Unterstützung eine Einstufung des Geschäftes als Schenkung gemäß

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

1. Tobias hat Anspruch auf den zugesagten Geldbetrag, wenn sich die C-Chemie-Aktiengesellschaft ihm durch Sponsoringvertrag zu einer solchen Zahlung verpflichtete und daran noch gebunden ist. 803

2. Angesichts des finanziellen Volumens kann die Zusage der Unterstützung gegen Namhaftmachen der Unterstützung nicht als bloße Gefälligkeit, sondern nur als vertragliche Absprache gedeutet werden. Es ist zu unterstellen, daß die C-Chemie-AG bei ihrer Unterredung mit Tobias und bei dem daraufhin gesandten Brief in einer für ordnungsgemäßen Vertragsschluß notwendigen Weise organschaftlich oder durch Bevollmächtigten vertreten war. Spätestens mit Zugang des Zugeschreibens bei Tobias gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB war aus dem Kontakt zwischen Tobias und der C-Chemie-AG ein Vertragsangebot im Sinne von § 145 BGB entstanden. Da es auf der vorangehenden Besprechung beruhte, bedurfte es gemäß § 151 Satz 1 BGB keiner Annahmeerklärung seitens Tobias'. Das sich in den weiteren Aktivitäten äußernde Einverständnis genügte. 804

Die zugesagte Geldzahlung ist die hauptsächlich von der C-Chemie-AG übernommene Leistung. Ihr steht Tobias' Verpflichtung zur Erwähnung der Unterstützung gegenüber. Wie eine solche Vereinbarung in das System von Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches einzuordnen ist, kann offen bleiben. Die größte Nähe weist zwar der zwischen Tobias und der C-Chemie-AG geschlossene Sponsoringvertrag zum Werkvertrag auf, so daß Tobias' Anspruch sich möglicherweise als Werklohnforderung aus § 631 Abs. 1 BGB ergibt. Aber auch bei Verständnis des Sponsoringvertrages als eines Vertrages eigener Art besteht die Verpflichtung, da § 311 Abs. 1 BGB beliebige vertragliche Versprechen für verpflichtend im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB erklärt. Eine besondere Form ist für das Geschäft nicht verlangt. Insbesondere ist nicht notarielle Form nach § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB vonnöten, da angesichts der von Tobias übernommenen Pflicht zur Publikation der Unterstützung eine Einstufung des Geschäftes als 805

## Fall 8: Lösung nach **altem** Recht

§ 516 Abs. 1 BGB außer Betracht fällt. Die Publikation ist versprochene Gegenleistung, nicht nur Auflage im Sinne von § 525 Abs. 1 BGB.

806 3. Von ihrer Zahlungspflicht hat die C-Chemie-AG sich indessen eventuell durch Rücktritt gelöst.

807 3.a Ein Rücktrittsrecht ergab sich zwar nicht aus Verletzung vertraglicher Pflichten durch Schuldnerverzug gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 BGB, durch Unmöglichkeit gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB oder durch positive Vertragsverletzung – Schlechterfüllung oder Verletzung von Nebenpflichten – gemäß §§ 325 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 BGB analog. Tobias legte nach dem Abschluß des Sponsoringvertrages kein zu vertretendes Fehlverhalten – als was etwa gezielte Auswahl der kritischen Beiträge oder Nachlässigkeit hierbei in Betracht zu ziehen wäre – an den Tag. Ebensowenig besteht Anlaß zu rücktrittsähnlicher Wandlung nach § 634 Abs. 1 Satz 3 Fall 1 BGB. Auch vorvertragliches Verschulden, welches zu einem rücktrittsähnlichen Schadensersatzanspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit führen würde, ist nicht ersichtlich. Bei Zustandekommen des Sponsoringvertrages waren die näheren Gehalte der Beiträge beiderseits unbekannt, und beide Beteiligte waren sich dessen bewußt. Es wäre an der C-Chemie-AG gewesen, Tobias vor einer Unterstützungszusage um nähere Erkundigungen anzugehen. Ein Vorwurf mangelhafter vorvertraglicher Aufklärung ist daher Tobias gegenüber nicht zu erheben.

808 3.b Jedoch eröffnete möglicherweise Fehlen der Geschäftsgrundlage der C-Chemie-AG den Rücktritt. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die gemäß § 242 BGB jedes Schuldverhältnis beherrschen, braucht sich ein Vertragspartner nicht länger am Vertrag festhalten zu lassen, wenn der Vertrag seine Grundlage verliert oder wenn sich nach Vertragsschluß herausstellt, daß die Grundlage von Anfang an nicht wirklich vorhanden war. Dazu sind drei Merkmale – ein reales Moment, ein hypothetisches und ein wertendes – festzustellen: Erstens erweisen Umstände sich als nicht gegeben oder entfallen nach-

Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB außer Betracht fällt. Die Publikation ist versprochene Gegenleistung, nicht nur Auflage im Sinne von § 525 Abs. 1 BGB.

3. Von ihrer Zahlungspflicht hat die C-Chemie-AG sich indessen 806  
eventuell durch Rücktritt gelöst.

3.a Ein Rücktrittsrecht ergab sich zwar nicht aus Verletzung vertraglicher 807  
Pflichten durch Leistungsrückstand oder sogar Schuldnerverzug gemäß § 323 Abs. 1 BGB, durch zu vertretende oder auch nicht zu vertretende Unmöglichkeit gemäß § 326 Abs. 5 Halbsatz 1 BGB, durch zu vertretende oder nicht zu vertretende Schlechtleistung gemäß § 323 Abs. 1 BGB oder durch Nebenpflichtverletzung gemäß § 324 BGB. Tobias legte nach dem Abschluß des Sponsoringvertrages weder zu vertretendes Fehlverhalten – als was etwa gezielte Auswahl der kritischen Beiträge oder Nachlässigkeit hierbei in Betracht zu ziehen wäre – noch nicht zu vertretendes Fehlverhalten an den Tag. Auch vorvertragliches Verschulden, welches nach § 280 Abs. 1 BGB zu einem rücktrittsähnlichen Schadensersatzanspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit führen würde, ist nicht ersichtlich. Bei Zustandekommen des Sponsoringvertrages waren die näheren Gehalte der Beiträge beiderseits unbekannt, und beide Beteiligte waren sich dessen bewußt. Es wäre an der C-Chemie-AG gewesen, Tobias vor einer Unterstützungszusage um nähere Erkundigungen anzugehen. Ein Vorwurf mangelhafter vorvertraglicher Aufklärung als Verstoß gegen vorvertragliche Pflichten nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB ist daher Tobias gegenüber nicht zu erheben.

3.b Jedoch eröffnete möglicherweise Fehlen der Geschäftsgrundlage 808  
der C-Chemie-AG den Rücktritt. Nach § 313 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB braucht sich ein Vertragspartner nicht länger am Vertrag festhalten zu lassen, wenn der Vertrag seine Grundlage verliert (§ 313 Abs. 1 BGB) oder wenn sich nach Vertragsschluß herausstellt, daß die Grundlage von Anfang an nicht wirklich vorhanden war (§ 313 Abs. 2 BGB). Dazu sind drei Merkmale – ein reales Moment, ein hypothetisches und ein wertendes – festzustellen: Erstens erweisen Umstände sich als nicht gegeben oder entfallen nachträglich, welche der Rück-

## Fall 8: Lösung nach **altem** Recht

träglich, welche der Rücktrittswillige oder welche sogar beide Seiten als selbstverständlich beim Vertragsschluß voraussetzten. Zweitens wäre es, hätten die Parteien diese Entwicklung bedacht, bei redlicher Verhandlungsführung zu einem anderen Vertragsinhalt gekommen, oder die Parteien hätten vom Vertragsschluß abgesehen. Drittens muß sich die Situation als so schwerwiegend verändert darstellen, daß es dem lösungswilligen Teil nicht mehr zuzumuten ist, an der unveränderten Verpflichtung festgehalten zu bleiben. Folge ist grundsätzlich eine Vertragsanpassung. Ist diese nicht so möglich, daß die Zumutbarkeit wiederhergestellt wird, steht der Rücktritt offen.

- 809 Die C-Chemie-AG wußte bei Vertragsschluß, daß sie sich auf offene Entwicklung der Kulturveranstaltung einließ. Ein festes Vorstellungsbild war daher dem Vertrag nicht vorausgesetzt. Allerdings ist ein Mindestmaß an Loyalität gegenüber dem Sponsor, dessen Namen in der öffentlichen Wahrnehmung mit der zu fördernden Veranstaltung verbunden werden soll, als unausgesprochene Voraussetzung anzunehmen. Des weiteren darf man aus der entschiedenen Ablehnung der Projekte nach Bekanntwerden ihrer Gehalte darauf schließen, daß die C-Chemie-AG den Sponsoringvertrag nicht eingegangen wäre, wenn sie von den Gehalten der Beiträge gewußt hätte. Schließlich übernahm sie mit der ungeprüften und vorbehaltlosen Unterstützung der Veranstaltung zwar bewußt das Risiko, daß die Produktionen überraschende Wendungen nähmen, welche ihnen schon von Anfang an innewohnen. Der Vertrag bezog sich auf künstlerisches Schaffen in einer großen Bandbreite von Ausdrucksmöglichkeiten und in höchster thematischer Vielfalt. Die Freiheit künstlerischen Schaffens nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz wurde, wie grundwerteorientierte Würdigung des Sponsoringgeschäftes nach §§ 133, 157, 242 BGB ergibt, zum Vertragsinhalt. Aber es ist gerade angesichts der Offenheit seiner Förderung, welche dem künstlerischen Schaffen jegliche Entfaltung und die Behandlung jedweder Thematik ermöglicht, dem Sponsor nicht zuzumuten, nach außen sichtbar unter allen denkbaren Vorhaben gerade ein Vorhaben mit solchen Beiträgen zu finanzieren, in welchen seine Branche angegriffen wird. Darauf, ob die Kritik in der Sache berech-

trittswillige oder welche sogar beide Seiten als selbstverständlich beim Vertragsschluß voraussetzten. Zweitens wäre es, hätten die Parteien diese Entwicklung bedacht, bei redlicher Verhandlungsführung zu einem anderen Vertragsinhalt gekommen, oder die Parteien hätten vom Vertragsschluß abgesehen. Drittens muß sich die Situation als so schwerwiegend verändert darstellen, daß es dem lösungswilligen Teil nicht mehr zuzumuten ist, an der unveränderten Verpflichtung festgehalten zu bleiben. Folge ist, wie sich mittelbar aus § 313 Abs. 1 am Ende und Abs. 3 Satz 1 BGB ergibt, grundsätzlich eine Vertragsanpassung. Ist diese nicht so möglich, daß die Zumutbarkeit wiederhergestellt wird, steht gemäß § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB der Rücktritt offen.

Die C-Chemie-AG wußte bei Vertragsschluß, daß sie sich auf offene Entwicklung der Kulturveranstaltung einließ. Ein festes Vorstellungsbild war daher dem Vertrag nicht vorausgesetzt. Allerdings ist ein Mindestmaß an Loyalität gegenüber dem Sponsor, dessen Namen in der öffentlichen Wahrnehmung mit der zu fördernden Veranstaltung verbunden werden soll, als unausgesprochene Voraussetzung anzunehmen. Des weiteren darf man aus der entschiedenen Ablehnung der Projekte nach Bekanntwerden ihrer Gehalte darauf schließen, daß die C-Chemie-AG den Sponsoringvertrag nicht eingegangen wäre, wenn sie von den Gehalten der Beiträge gewußt hätte. Schließlich übernahm sie mit der ungeprüften und vorbehaltlosen Unterstützung der Veranstaltung zwar bewußt das Risiko, daß die Produktionen überraschende Wendungen nähmen, welche ihnen schon von Anfang an innewohnen. Der Vertrag bezog sich auf künstlerisches Schaffen in einer großen Bandbreite von Ausdrucksmöglichkeiten und in höchster thematischer Vielfalt. Die Freiheit künstlerischen Schaffens nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz wurde, wie grundwerteorientierte Würdigung des Sponsoringgeschäftes nach §§ 133, 157, 242 BGB ergibt, zum Vertragsinhalt. Aber es ist gerade angesichts der Offenheit seiner Förderung, welche dem künstlerischen Schaffen jegliche Entfaltung und die Behandlung jedweder Thematik ermöglicht, dem Sponsor nicht zuzumuten, nach außen sichtbar unter allen denkbaren Vorhaben gerade ein Vorhaben mit solchen Beiträgen zu finanzieren, in welchen seine Branche angegriffen wird. Darauf, ob die Kritik in der Sache berech-

809

## Fall 8: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

tigt ist und bei aller Intensität in angemessener Form vorgetragen wird, kommt es nicht an. Dem Sponsoringvertrag fehlt die Geschäftsgrundlage.

- 810 Eine Anpassung des Sponsoringvertrages durch Vorgaben zu den Inhalten der Beiträge käme in Betracht, wenn die Beiträge der Veranstaltungsreihe noch ausgetauscht werden könnten. Das ist jedoch in dem fortgeschrittenen Planungszustand nicht mehr möglich. Danach bleibt nur das Recht zum Rücktritt. Hiervon machte die C-Chemie-AG mit ihrem Schreiben über die Rückziehung der Unterstützungszusage Gebrauch; mittels Auslegung gemäß § 133 BGB läßt sich ihm eine Rücktrittserklärung nach § 349 BGB entnehmen.
- 811 4. Tobias hat keinen Anspruch auf den zugesagten Geldbetrag.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |  |     |   |     |
|--|-----|---|-----|
| 1. Sonderregelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage . . . . . | 812 | 3. Wirtschaftliche Unmöglichkeit, Zumutbarkeit der Nach-<br>erfüllung . . . . . | 814 |
| 2. Kündigung von Dauerschuld-<br>verhältnissen . . . . .         | 813 |   |     |

- 812 1. Einige Fälle von Störung der Geschäftsgrundlage regelt das Gesetz ausdrücklich. Namentlich geschieht das in § 610 BGB (Kreditwürdigkeit ändert sich nach Erteilung des Darlehensversprechens) und in § 779 BGB (unstreitiger Sachverhalt, auf dessen Basis die Parteien einen Streit vergleichsweise beilegten, entspricht nicht der Wirklichkeit). Weitere Beispiele sind § 321 BGB (Vermögensverschlechterung beim Vorleistungsberechtigten) sowie § 775 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB (Risikoerhöhung zu Lasten des Bürgen).
- 813 2. Wegfall der Geschäftsgrundlage kann einseitig verpflichtende und wechselseitig verpflichtende Verträge betreffen, Verträge mit punktueller Leistungspflicht und Verträge mit Dauerschuldcharakter. Bei Verträgen mit Dauerschuldcharakter tritt an die Stelle des Rücktritts-

tigt ist und bei aller Intensität in angemessener Form vorgetragen wird, kommt es nicht an. Dem Sponsoringvertrag fehlt die Geschäftsgrundlage.

Eine Anpassung des Sponsoringvertrages durch Vorgaben zu den Inhalten der Beiträge käme in Betracht, wenn die Beiträge der Veranstaltungsreihe noch ausgetauscht werden könnten. Das ist jedoch in dem fortgeschrittenen Planungszustand nicht mehr möglich. Danach bleibt nur das Recht zum Rücktritt. Hiervon machte die C-Chemie-AG mit ihrem Schreiben über die Rückziehung der Unterstützungszusage Gebrauch; mittels Auslegung gemäß § 133 BGB läßt sich ihm eine Rücktrittserklärung nach § 349 BGB entnehmen. 810

4. Tobias hat keinen Anspruch auf den zugesagten Geldbetrag. 811

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

- |  |     |   |     |
|--|-----|---|-----|
| 1. Sonderregelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage . . . . . | 812 | 3. Wirtschaftliche Unmöglichkeit, Zumutbarkeit der Nach-<br>erfüllung . . . . . | 814 |
| 2. Kündigung von Dauerschuld-<br>verhältnissen . . . . .         | 813 |   |     |

1. Einige Fälle von Störung der Geschäftsgrundlage regelt das Gesetz ausdrücklich. Namentlich geschieht das in § 490 Abs. 1 BGB (Kreditwürdigkeit ändert sich nach Erteilung des Darlehensversprechens) und in § 779 BGB (unstreitiger Sachverhalt, auf dessen Basis die Parteien einen Streit vergleichsweise beilegen, entspricht nicht der Wirklichkeit). Weitere Beispiele sind § 321 BGB (Vermögensverschlechterung beim Vorleistungsberechtigten) sowie § 775 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB (Risikoerhöhung zu Lasten des Bürgen). 812

2. Wegfall der Geschäftsgrundlage kann einseitig verpflichtende und wechselseitig verpflichtende Verträge betreffen, Verträge mit punktueller Leistungspflicht und Verträge mit Dauerschuldcharakter. Bei Verträgen mit Dauerschuldcharakter tritt gemäß § 313 Abs. 3 Satz 2 813

## Fall 8: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

rechts ein Kündigungsrecht. Für solche Verträge gibt es aber zuweilen Sondervorschriften über die Kündigung aus wichtigem Grund, welche Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage als Fallgruppen mitumfassen. Ein Beispiel liefert § 626 Abs. 1 BGB. Solche Regelungen gehen der allgemeinen Herleitung des Lösungsrechts aus § 242 BGB vor. Vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 7 (unter 3). Von den besonderen Kündigungsregelungen unberührt bleibt allerdings die der Trennung vorangehende Überlegung aufgrund von § 242 BGB, ob nicht bereits Vertragsanpassung die Unzumutbarkeit der entstandenen Situation behebt.

- 814 3. Schwierigkeiten kann die Abgrenzung von Störung der Geschäftsgrundlage gegenüber der Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB bereiten. Die sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit ist unter Wegfall der Geschäftsgrundlage zu fassen. Zusätzlicher Abgrenzung bedarf es gegenüber Unzumutbarkeit der Nachbesserung im Werkvertrag gemäß § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB.

BGB an die Stelle des Rücktrittsrechts ein Kündigungsrecht. Für solche Verträge gibt es zwar mit § 314 BGB eine Regelung des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund. Störung der Geschäftsgrundlage ist eigentlich nur eine Fallgruppe innerhalb aller wichtigen Gründe im Sinne von § 314 BGB. Doch hat § 313 BGB Vorrang vor § 314 BGB. Ihrerseits Vorrang vor § 313 BGB genießen noch speziellere Sondervorschriften über die Kündigung aus wichtigem Grund, welche Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage als Fallgruppen mitumfassen. Ein Beispiel liefert § 626 Abs. 1 BGB. Vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 7 (unter 3). Von den besonderen Kündigungsregelungen unberührt bleibt allerdings die der Trennung je nach den Umständen vorangehende Überlegung aufgrund von § 313 Abs. 1 am Ende, Abs. 3 Satz 1 BGB, ob nicht bereits Vertragsanpassung die Unzumutbarkeit der entstandenen Situation behebt.

3. Schwierigkeiten kann die Abgrenzung von Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gegenüber der Unzumutbarkeit wegen sogenannter faktischer Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB oder wegen Schwere des Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 3 BGB bereiten. Die sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit ist nach der Vorstellung des Entwurfsverfassers (Begründung zu § 275 Abs. 2 Satz 1 des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 129f.) weiterhin unter Wegfall der Geschäftsgrundlage zu fassen. Zusätzlicher Abgrenzung bedarf es gegenüber Unzumutbarkeit der Nacherfüllung im Kaufvertrag gemäß § 439 Abs. 3 BGB und im Werkvertrag gemäß § 635 Abs. 3 BGB.

814

## Fall 9 Pflanzen aus der Baumschule: Widerruf eines Haustürgeschäftes

- 901 Varus betreibt eine Baumschule. Um den Umsatz zu erhöhen, läßt er eines Tages Hauswurfsendungen verteilen. Darin stellt er sein »Beratungsteam in Fragen der Gartengestaltung« vor und bietet den »unverbindlichen Besuch« einer freundlichen Beraterin bei den Lesern der Prospekte an; die Telefonverbindung ist angegeben.

Kasimir erhält auch einen solchen Prospekt. Da er seinen Garten etwas zurechtrimmen will, ruft er bei Varus an und vereinbart fernmündlich mit Berta, einer seiner Beraterinnen, einen Termin bei sich zu Hause. Beraterin Berta erscheint mit Varus' Warenkatalog bei Kasimir und berät ihn dahingehend, daß er diverse Anpflanzungen vornehmen müsse. Kasimir leuchtet dies ein. Anhand des Warenkataloges nimmt Berta eine »verbindliche Bestellung« von Pflanzen in Höhe von insgesamt 2.300 Deutsche Mark (1.200 Euro), lieferbar in sechs Wochen, auf.

Tags darauf macht Kasimirs Ehefrau Erna ihrem Mann bittere Vorwürfe ob dieses ihrer Meinung nach leichtfertig getätigten Geschäftes. Kasimir schickt daher um des lieben Friedens willen noch am gleichen Tage eine Postkarte an Varus ab. Darin legt er Varus dar, er habe sich die Bestellung noch einmal gemeinsam mit seiner Frau überlegt und sei zu dem Schluß gelangt, Abstand von ihr (der Bestellung) zu nehmen. In der Aufregung vergißt Kasimir das Frankieren. Die Postkarte wird nicht zugestellt und kommt zehn Tage später zu Kasimir zurück. Kasimir klebt sofort eine passende Briefmarke auf und sendet die Karte erneut ab. Wegen verschiedener Versehen im Bereich der Deutsche Post Aktiengesellschaft trifft die Postkarte erst weitere sechs Tage später bei Varus ein.

Varus ruft sofort Kasimir an und gibt ihm zu verstehen, daß ihn schon die Meinung seiner eigenen Ehefrau nicht schere; um so weniger könne er Rücksicht auf die Ansichten fremder Ehefrauen nehmen.

Kann Varus von Kasimir Abnahme und Bezahlung der bestellten Pflanzen verlangen? Die doppelte Angabe der Geldsumme dient allein der Zuordnung passender Währung zum je gedachten Zeitpunkt des Geschehens vor dem 1. Januar 2002 oder seit diesem Tage.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):**

---

Die Frage zielt auf Durchführung eines zwischen Varus und Kasimir zustande gekommenen Geschäfts. Weiterungen wegen Verzögerung stehen nicht zur Debatte. Als Vertragstyp ist lediglich Kauf oder Werklieferung in Betracht zu ziehen. Möglichkeiten für Kasimir, von dem Geschäft wegzukommen, sind nur im Verbraucherschutzrecht zu suchen. Zu denken ist an Widerrufsmöglichkeiten unter dem Gesichtspunkt des Fernabsatzes oder im Gegenteil des Haustürgeschäftes. 902

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

- 903 1. Abnahme und Bezahlung der bestellten Ware kann Varus von Kasimir möglicherweise gemäß § 433 Abs. 2 BGB auf der Grundlage eines Kaufs oder eines nach Kaufrecht zu beurteilenden Werklieferungsvertrages verlangen.
- 904 2. Kasimir äußerte mit seiner Bestellung gegenüber Berta seinen Willen zu einem Geschäft mit Varus. Berta wirkte dabei als Empfangsvertreterin des Varus nach § 164 Abs. 1 mit Abs. 3 BGB. Von Bevollmächtigung Bertas nach § 167 Abs. 1 BGB ist auszugehen. Varus erklärte seinen Willen zum Vertrag mit Kasimir spätestens bei seinem Telefonat mit Kasimir, als er auf Durchführung der Bestellung beharrte. Es kann – vorbehaltlich zwischenzeitlicher Entkräftung der Erklärung Kasimirs – offen bleiben, ob schon bei der Aufnahme der Bestellung Berta, auch insoweit mit Vollmacht nach § 167 Abs. 1 BGB, in seinem Namen die Willenserklärung gemäß § 164 Abs. 1 BGB abgab.
- 905 Das Geschäft ist entweder Kauf nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB oder Werklieferung nach § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB, je nachdem, ob der bloße Umsatz der Pflanzen Gegenstand ist oder auch ihre Anzucht. Auch diese Frage bedarf keiner Klärung, da § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB die Werklieferung dem Kaufrecht unterstellt. Für Verdrängung der Kaufvorschriften durch das Werkrecht nach § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB wegen Unvertretbarkeit des zu liefernden Gutes besteht kein Anhalt.
- 906 Damit liegt ein Austausch von Willenserklärungen vor, der im Grundsatz geeignet war, eine Pflicht Kasimirs zu Abnahme und Bezahlung nach § 433 Abs. 2 BGB zu erzeugen.
- 907 3. In zweierlei Hinsicht sind indessen Zweifel angebracht. Zum einen kann es sein, daß der Vertrag wegen zu großen Zeitabstandes zwischen den beiderseitigen Willenserklärungen gar nicht zustande kam. Zum anderen ist der Vertrag, falls er überhaupt zustande kam, mögli-

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Abnahme und Bezahlung der bestellten Ware kann Varus von Kasimir möglicherweise gemäß § 433 Abs. 2 BGB auf der Grundlage eines Kaufs oder eines nach Kaufrecht zu beurteilenden Werklieferungsvertrages verlangen. 903
2. Kasimir äußerte mit seiner Bestellung gegenüber Berta seinen Willen zu einem Geschäft mit Varus. Berta wirkte dabei als Empfangsvertreterin des Varus nach § 164 Abs. 1 mit Abs. 3 BGB. Von Bevollmächtigung Bertas nach § 167 Abs. 1 BGB ist auszugehen. Varus erklärte seinen Willen zum Vertrag mit Kasimir spätestens bei seinem Telefonat mit Kasimir, als er auf Durchführung der Bestellung beharrte. Es kann – vorbehaltlich zwischenzeitlicher Entkräftung der Erklärung Kasimirs – offen bleiben, ob schon bei der Aufnahme der Bestellung Berta, auch insoweit mit Vollmacht nach § 167 Abs. 1 BGB, in seinem Namen die Willenserklärung gemäß § 164 Abs. 1 BGB abgab. 904
- Das Geschäft ist entweder Kauf nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB oder Werklieferung nach § 651 Satz 1 BGB, je nachdem, ob der bloße Umsatz der Pflanzen Gegenstand ist oder auch ihre Anzucht. Auch diese Frage bedarf keiner Klärung, da § 651 Satz 1 BGB die Werklieferung dem Kaufrecht unterstellt. 905
- Damit liegt ein Austausch von Willenserklärungen vor, der im Grundsatz geeignet war, eine Pflicht Kasimirs zu Abnahme und Bezahlung nach § 433 Abs. 2 BGB zu erzeugen. 906
3. In zweierlei Hinsicht sind indessen Zweifel angebracht. Zum einen kann es sein, daß der Vertrag wegen zu großen Zeitabstandes zwischen den beiderseitigen Willenserklärungen gar nicht zustande kam. Zum anderen ist der Vertrag, falls er überhaupt zustande kam, mögli- 907

## Fall 9: Lösung nach altem Recht

cherweise dadurch entkräftet, daß Kasimir gemäß § 361a Abs. 1 Satz 1 BGB seine Willenserklärung widerrief und deswegen an sie nicht mehr gebunden ist.

- 908 3.a Falls bei Aufnahme der Bestellung vorerst nur ein Angebot Kasimirs gemäß § 145 BGB und nicht sogleich ein Konsens entstand, könnte dieses inzwischen durch Zeitablauf nach § 146 BGB erloschen sein. Dazu müßte die Geltungsdauer des Angebotes festgestellt und geprüft werden, ob Varus während dieser Zeit das Angebot schweigend annahm oder ob er das immerhin in dem letzten Telefonat noch tun konnte. Diese Untersuchungen sind allerdings entbehrlich, wenn Kasimir seine Willenserklärung widerrief.
- 909 3.b Ein Widerruf nach der allgemeinen Regel des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB war Kasimir spätestens am Ende des Hausbesuches nicht mehr möglich. Widerrufsmöglichkeiten hält allerdings auch das Verbraucherrecht in § 361a BGB, verbunden mit besonderen Bestimmungen über die Widerruflichkeit, bereit. Hiernach wird eine zunächst wirksame Willenserklärung nachträglich unverbindlich.
- 910 Eine besondere Widerruflichkeit ergibt sich zugunsten Kasimirs zwar nicht aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Fernabsatzgesetz. Das Geschäft kam nicht gemäß § 1 Abs. 1 FernAbsG unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln nach § 1 Abs. 2 FernAbsG zustande. Nur die Anbahnung geschah nach § 1 Abs. 2 FernAbsG mit Fernkommunikationsmitteln, nämlich mit der Hauswurfsendung und Kasimirs Anruf. In unmittelbarer Begegnung mit Berta gab zumindest Kasimir eine Willenserklärung ab. Unerheblich ist, daß zu dem von Berta vertretenen Varus kein unmittelbarer persönlicher Kontakt entstand.
- 911 Widerruflichkeit ergibt sich aber eventuell nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 Haustürwiderrufgesetz. Kasimir trat bei dem Geschäft als Verbraucher nach § 13 BGB auf, der von Berta vertretene Varus als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB. Der zu schließende Vertrag hat Lieferung von Pflanzen gegen Bezahlung und damit eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand. Kasimir wurde zu seiner Willenserklärung durch die mit Berta im Bereich einer, nämlich seiner, Privatwohnung geführten mündlichen Verhandlungen bestimmt. Al-

cherweise dadurch entkräftet, daß Kasimir gemäß § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB seine Willenserklärung widerrief und deswegen an sie nicht mehr gebunden ist.

3.a Falls bei Aufnahme der Bestellung vorerst nur ein Angebot Kasimirs gemäß § 145 BGB und nicht sogleich ein Konsens entstand, könnte dieses inzwischen durch Zeitablauf nach § 146 BGB erloschen sein. Dazu müßte die Geltungsdauer des Angebotes festgestellt und geprüft werden, ob Varus während dieser Zeit das Angebot schweigend annahm oder ob er das immerhin in dem letzten Telefonat noch tun konnte. Diese Untersuchungen sind allerdings entbehrlich, wenn Kasimir seine Willenserklärung widerrief. 908

3.b Ein Widerruf nach der allgemeinen Regel des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB war Kasimir spätestens am Ende des Hausbesuches nicht mehr möglich. Widerrufsmöglichkeiten hält allerdings auch das Verbraucherrecht in § 355 BGB, verbunden mit besonderen Bestimmungen über die Widerruflichkeit, bereit. Hiernach wird eine zunächst wirksame Willenserklärung nachträglich unverbindlich. 909

Eine besondere Widerruflichkeit ergibt sich zugunsten Kasimirs zwar nicht aus § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Geschäft kam nicht gemäß § 312b Abs. 1 BGB unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln nach § 312b Abs. 2 BGB zustande. Nur die Anbahnung geschah nach § 312b Abs. 2 BGB mit Fernkommunikationsmitteln, nämlich mit der Hauswurfsendung und Kasimirs Anruf. In unmittelbarer Begegnung mit Berta gab zumindest Kasimir eine Willenserklärung ab. Unerheblich ist, daß zu dem von Berta vertretenen Varus kein unmittelbarer persönlicher Kontakt entstand. 910

Widerruflichkeit ergibt sich aber eventuell nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 BGB. Kasimir trat bei dem Geschäft als Verbraucher nach § 13 BGB auf, der von Berta vertretene Varus als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB. Der zu schließende Vertrag hat Lieferung von Pflanzen gegen Bezahlung und damit eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand. Kasimir wurde zu seiner Willenserklärung durch die mit Berta im Bereich einer, nämlich seiner, Privatwohnung geführten mündlichen Verhandlungen bestimmt. Allerdings lud Kasimir Berta 911

## Fall 9: Lösung nach altem Recht

lerdings lud Kasimir Berta ausdrücklich zu sich nach Hause. Darin könnte eine das Widerrufsrecht ausschließende vorherige Bestellung des Verbrauchers im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWG liegen. Indessen zielte die Einladung nur auf ein unverbindliches, ein Geschäft allenfalls anbahnendes Gespräch und nicht schon auf Vertragsverhandlungen. Sie war keine widerrufsausschließende Bestellung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWG (vergleiche BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 – VIII ZR 345/88, NJW 1990, 181, 182 f.: Bestellung zur Information oder Warenpräsentation ist keine Einladung zum Führen von Vertragsverhandlungen; überhaupt ist Bestellung des mit Vertragsabschluß endenden Hausbesuchs als »provozierte«, nicht vom Kunden initiierte Bestellung unbeachtlich, wenn Kunde und Unternehmer den Hausbesuch in einem nicht vom Kunden veranlaßten Telefonat vereinbarten; ob im überrumpelnden Telefonat der Unternehmer den Besuch anbiete oder ob der Kunde von sich aus die Einladung ausspreche, sei gleichgültig; das Telefonat gilt sogar dann als nicht vom Kunden veranlaßt, wenn der Kunde mittels Werbe-Antwortkarte nicht nur um Zusendung oder Vorlage von Informationsmaterial bat, sondern auch seine Telefonnummer angab; entscheidend ist, daß der Kunde nicht um Rückruf gerade zu dem Zweck von Vertragsverhandlungen bat).

- 912 Kasimir genoß folglich ein Widerrufsrecht. Dabei ist gleichgültig, daß der Wortlaut von § 1 Abs. 1 HWG an den Vertrag und nicht bereits an eine eventuell zunächst als ein Angebot allein stehende Willenserklärung des Verbrauchers anknüpft. Selbst wenn bis auf weiteres nur eine Willenserklärung von seiten Kasimirs vorlag, war sie widerruflich.
- 913 3.c Wenn Kasimir von seinem Widerrufsrecht ordnungsgemäß Gebrauch machte, ist er gemäß § 361a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr an seine Bestellung gebunden.
- 914 Kasimir schrieb, von dem Geschäft Abstand nehmen zu wollen. Dies ist gemäß § 133 BGB als Widerrufserklärung nach § 349 BGB in Verbindung mit § 361a Abs. 2 Satz 1 BGB auszulegen. Er übermittelte den Widerruf schriftlich und somit in der von § 361a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 1 BGB verlangten Form. Für den Widerruf sieht das

ausdrücklich zu sich nach Hause. Darin könnte eine das Widerrufsrecht ausschließende vorherige Bestellung des Verbrauchers im Sinne von § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen. Indessen zielte die Einladung nur auf ein unverbindliches, ein Geschäft allenfalls anbahnendes Gespräch und nicht schon auf Vertragsverhandlungen. Sie war keine widerrufsausschließende Bestellung nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vergleiche zum früheren § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWG BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 – VIII ZR 345/88, NJW 1990, 181, 182f.: Bestellung zur Information oder Warenpräsentation ist keine Einladung zum Führen von Vertragsverhandlungen; überhaupt ist Bestellung des mit Vertragsabschluß endenden Hausbesuchs als »provozierte«, nicht vom Kunden initiierte Bestellung unbeachtlich, wenn Kunde und Unternehmer den Hausbesuch in einem nicht vom Kunden veranlaßten Telefonat vereinbarten; ob im überrumpelnden Telefonat der Unternehmer den Besuch anbiete oder ob der Kunde von sich aus die Einladung ausspreche, sei gleichgültig; das Telefonat gilt sogar dann als nicht vom Kunden veranlaßt, wenn der Kunde mittels Werbe-Antwortkarte nicht nur um Zusendung oder Vorlage von Informationsmaterial bat, sondern auch seine Telefonnummer angab; entscheidend ist, daß der Kunde nicht um Rückruf gerade zu dem Zweck von Vertragsverhandlungen bat).

Kasimir genoß folglich ein Widerrufsrecht. Dabei ist gleichgültig, daß der Wortlaut von § 312 Abs. 1 BGB an den Vertrag und nicht bereits an eine eventuell zunächst als ein Angebot allein stehende Willenserklärung des Verbrauchers anknüpft. Selbst wenn bis auf weiteres nur eine Willenserklärung von seiten Kasimirs vorlag, war sie widerruflich. 912

3.c Wenn Kasimir von seinem Widerrufsrecht ordnungsgemäß Gebrauch machte, ist er gemäß § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr an seine Bestellung gebunden. 913

Kasimir schrieb, von dem Geschäft Abstand nehmen zu wollen. Dies ist gemäß § 133 BGB als Widerrufserklärung nach § 349 BGB in Verbindung mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB auszulegen. Er übermittelte den Widerruf schriftlich, demnach in Textform gemäß § 126b Fall 1 BGB und somit in der von § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 1 BGB ver- 914

## Fall 9: Lösung nach altem Recht

Gesetz in §§ 361a Abs. 1 BGB, 2 HWG Fristen vor, welche unterschiedlich je nachdem ausfallen, ob der Verbraucher eine Belehrung erfuhr oder nicht. Belehrt stand Kasimir eine Widerrufsfrist von zwei Wochen nach § 361a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 am Ende, Satz 3 BGB zur Verfügung. Belehrte Varus ihn nicht, so währt die Frist einen Monat ab Durchführung des Geschäfts nach § 2 HWG, oder es ist mit Blick auf die europäische Haustürgeschäfte richtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 1985, Nr. L 372, Seiten 31ff.) mangels Belehrung keine Frist zu beachten (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281, 282f.). Die Fristenproblematik kann jedoch dahinstehen, wenn Kasimirs Widerruf die strengsten Zeitanforderungen erfüllte.

- 915 Kasimirs Postkarte erreichte ihren Adressaten erst 17 Tage nach der Bestellung. Nach § 361a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB genügt es allerdings, wenn der Verbraucher seinen Widerruf innerhalb der zweiwöchigen Frist absendet. Berechnet nach § 187 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 188 Abs. 2 BGB hatte Kasimir für die Absendung bis zum Ablauf des vierzehnten Tages nach der Bestellung Zeit. Ob die erfolglose erste Absendung sich zur Fristwahrung eignete, braucht nicht entschieden zu werden. Auch die zweite Absendung elf Tage nach der Bestellung war noch rechtzeitig. Kasimirs Widerruf ist nicht verspätet.
- 916 Mit seinem Widerruf löste Kasimir sich erfolgreich von seiner Bestellung. Es muß nicht entschieden werden, ob zuvor ein Vertrag bereits zustande kam oder ob nur ein Angebot Kasimirs vorlag.
- 917 4. Varus hat keinen Anspruch gegen Kasimir auf Abnahme und Bezahlung.

langten Form. Für den Widerruf sieht das Gesetz in § 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB Fristen vor, welche unterschiedlich je nachdem ausfallen, ob der Verbraucher eine Belehrung erfuhr oder nicht. Belehrt stand Kasimir eine Widerrufsfrist von zwei Wochen nach § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 am Ende, Abs. 2 BGB zur Verfügung. Belehrte Varus ihn nicht, so währt die Frist sechs Monate ab Vertragsschluß nach § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB, gemäß § 355 Abs. 3 Satz 2 BGB jedoch mindestens aber bis zum Empfang der Ware, oder es ist mit Blick auf die europäische Haustürgeschäfte-Richtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 1985, Nr. L 372, Seiten 31 ff.) mangels Belehrung keine Frist zu beachten (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281, 282 f., betreffend das frühere Haustürwiderrufsgesetz). Die Fristenproblematik kann jedoch dahinstehen, wenn Kasimirs Widerruf die strengsten Zeitanforderungen erfüllte.

Kasimirs Postkarte erreichte ihren Adressaten erst 17 Tage nach der Bestellung. Nach § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB genügt es allerdings, wenn der Verbraucher seinen Widerruf innerhalb der zweiwöchigen Frist absendet. Berechnet nach § 187 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 188 Abs. 2 BGB hatte Kasimir für die Absendung bis zum Ablauf des vierzehnten Tages nach der Bestellung Zeit. Ob die erfolgslose erste Absendung sich zur Fristwahrung eignete, braucht nicht entschieden zu werden. Auch die zweite Absendung elf Tage nach der Bestellung war noch rechtzeitig. Kasimirs Widerruf ist nicht verspätet. 915

Mit seinem Widerruf löste Kasimir sich erfolgreich von seiner Bestellung. Es muß nicht entschieden werden, ob zuvor ein Vertrag bereits zustande kam oder ob nur ein Angebot Kasimirs vorlag. 916

4. Varus hat keinen Anspruch gegen Kasimir auf Abnahme und Bezahlung. 917

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der  
bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung**

---

Übersicht

1. Widerrufsrechte für Verbraucher .....	918	a) Haustürgeschäft und Kredit .....	933
2. Verbraucher, Unternehmer, Nichtverbraucher-Nichtunternehmer .....	919	b) Fernabsatz und Kredit ..	936
3. Geschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern	920	10. Verbundene Geschäfte .....	940
4. Klärung der Rolle .....	922	a) Haustürgeschäft mit Darlehen .....	941
5. Existenzgründer .....	924	b) Fernabsatz mit Darlehen	944
6. Mehrere Personen auf einer Seite .....	925	c) Leasing oder Ratenlieferung als Haustürgeschäft (oder Fernabsatzgeschäft) mit Darlehen .....	946
7. Gesellschaft auf einer Seite .	926	11. Unverbundenes Darlehen ..	950
8. Differenzierte oder einheitliche Vertragsgestaltung. ....	927	12. Ausübung und Folgen des Widerrufs. ....	951
9. Verhältnis der Widerrufsrechte untereinander .....	932	13. Örtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte .....	954

- 918 1. Die besonderen Widerrufsrechte für Verbraucher sind außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches in Nebengesetzen begründet. Sie und gegebenenfalls an ihre Stelle tretende Rückgaberechte werden aber nach allgemeinen Regeln in §§ 361a und 361b BGB behandelt, wenn ihre besondere Anordnung auf die allgemeine Regelung verweist.

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

Übersicht

1. Widerrufsrechte für Verbraucher . . . . .	918	a) Haustürgeschäft und Kredit. . . . .	933
2. Verbraucher, Unternehmer, Nichtverbraucher-Nichtunternehmer . . . . .	919	b) Fernabsatz und Kredit . . . . .	936
3. Geschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern	920	10. Verbundene Geschäfte . . . . .	940
4. Klärung der Rolle . . . . .	922	a) Haustürgeschäft mit Darlehen . . . . .	941
5. Existenzgründer . . . . .	924	b) Fernabsatz mit Darlehen	944
6. Mehrere Personen auf einer Seite . . . . .	925	c) Leasing oder Ratenlieferung als Haustürgeschäft (oder Fernabsatzgeschäft) mit Darlehen . . . . .	946
7. Gesellschaft auf einer Seite .	926	11. Unverbundenes Darlehen . . . . .	950
8. Differenzierte oder einheitliche Vertragsgestaltung . . . . .	927	12. Ausübung und Folgen des Widerrufs . . . . .	951
9. Verhältnis der Widerrufsrechte untereinander . . . . .	932	13. Örtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte . . . . .	954

1. Die besonderen Widerrufsrechte für Verbraucher sind teils innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches, teils außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches in Nebengesetzen begründet. Unabhängig von ihrer Verortung werden sie und gegebenenfalls an ihre Stelle tretende Rückgaberechte nach den allgemeinen Regeln in §§ 355 ff. BGB behandelt, wenn ihre besondere Anordnung auf die allgemeine Regelung verweist. 918

Die Eingliederung des in Nebengesetzen gewachsenen Rechts schwächerer Vertragspartner in den Textzusammenhang des Bürgerlichen Gesetzbuches war ein wichtiges Anliegen der Schuldrechtsmodernisierung (Begründung zum Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Begründung, Allgemeiner Teil, III.4 [Seiten 91 f.]; IV.4 [Seite 97]). Dieses Anliegen ist allerdings nur teilweise verwirklicht. Integriert wurden die materiellen Bestimmungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch die Regelungen einiger widerruflicher Geschäfte sind ins Bürgerliche Gesetzbuch integriert (Haustürgeschäft, Fernabsatzgeschäft, Teilzeitwohnrechtgeschäft, Verbraucherkreditgeschäft, Verbraucherratenlieferungsgeschäft).

- 919 2. Das Bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich nicht mehr mit unterschiedsloser Feststellung der Rechtsfähigkeit aller Menschen (§ 1 BGB). Diese Frucht egalitärer und libertärer Überwindung des Ständestaates in der französischen Revolution des Jahres 1789 wird durch eine Zuweisung von Rollen in §§ 13 und 14 BGB verändert. Die jahrhundertelange Entwicklung vom Stand zum Vertrag (*from status to contract*; so HENRY SUMNER MAINE [1822–1888], *Ancient Law*, herausgegeben und übersetzt von Heiko Dahle, Baden-Baden 1997, Seiten 113f.) war in den Liberalismus des neunzehnten Jahrhunderts gemündet. Doch fand sie noch im selben neunzehnten Jahrhundert eine sozialpolitische Einfassung. Mit der Schaffung von besonderem Arbeitsrecht, von sozialem Wohnraummietrecht und schließlich von Verbraucherrecht drang später die gesellschaftliche Differenzierung in das Bürgerliche Recht ein. In gewisser Weise findet eine Entwicklung vom Vertrag zum Status statt. Der Unterschied zur Entwicklung vom Stand zum Vertrag unter dem *ancien régime* besteht freilich darin, daß die Rechtsteilnehmer – jedenfalls in der Theorie – ihre Rollen nach Belieben wechseln können. Innerhalb ihrer Rolle sind ihnen allerdings die Hände gebunden. Schutz des vom Gesetz dafür gehaltenen (und vielleicht auch wirklich) Schwächeren ist indisponibel.

Die in §§ 13 und 14 BGB beschriebenen Rollen »Verbraucher« und »Unternehmer« sind freilich nur die äußersten Punkte auf einer Strecke von Rechtsteilnehmern verschiedener Schutzbedürftigkeit. Dazwischen liegen die Nichtverbraucher-Nichtunternehmer. Hierunter fallen zum

Andere Verbraucherschützende Regelungen dagegen bleiben in Nebengesetzen (siehe bei privater Versicherung Widerspruch nach § 5a VVG, Widerruf nach § 8 Abs. 4 VVG, Rücktritt nach § 8 Abs. 5 VVG; bei Fernunterricht Widerruf nach § 4 Fernunterrichtsschutzgesetz). Die Verfahrensvorschriften aus dem AGB-Gesetz (§§ 13 bis 21, 22 und 22a AGBG, Verbandsklagen betreffend; § 29 AGBG, Schlichtungsstelle für Bankgeschäfte betreffend) fanden Eingang in das neu geschaffene Unterlassungsklagengesetz. Die Verordnungsermächtigungen aus §§ 27 AGBG (Versorgungsbedingungen, Entsorgungsbedingungen) und 28 AGBG (Abschlagszahlungen beim Hausbau) gingen in Art. 243, 244 EGBGB auf.

2. Unverändert ist der Befund, daß die in §§ 13 und 14 BGB beschriebenen Rollen »Verbraucher« und »Unternehmer« nur die äußersten Punkte auf einer Strecke von Rechtsteilnehmern verschiedener Schutzbedürftigkeit sind. Dazwischen liegen weiterhin die Nichtverbraucher-Nichtunternehmer. Hierunter fallen nach wie vor Bund, Land, Kommunen und andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, aber auch der eingetragene Idealverein. Die Beibehaltung dieser Einteilung wird am Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich. Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB und Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB betreffen Verbraucher und Nichtverbraucher-Nichtunternehmer mit Ausnahme der öffentlichen Hand. Für den Schutz eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer gilt zusätzlich § 310 Abs. 3 BGB. Unternehmer und öffentliche Hand erfahren nach § 310 Abs. 1 BGB nur einen Basisschutz. Eine natürliche Person kann allerdings immer nur entweder die Rolle des Verbrauchers oder die des Unternehmers einnehmen. Die Rolle von Nichtverbraucher-Nichtunternehmern ist Zusammenschlüssen und Institutionen vorbehalten.

919

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Beispiel Bund, Land, Kommunen und andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Aber auch der eingetragene Idealverein ist hier zu nennen. Besonders deutlich wird diese Einteilung am AGB-Gesetz. Einbeziehung nach § 2 AGBG und Inhaltskontrolle nach §§ 10, 11 AGBG betreffen Verbraucher und Nichtverbraucher-Nichtunternehmer mit Ausnahme der öffentlichen Hand. Für den Schutz eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer gilt zusätzlich § 24a AGBG. Unternehmer und öffentliche Hand erfahren nach § 24 AGBG nur einen Basisschutz. Eine natürliche Person kann allerdings immer nur entweder die Rolle des Verbrauchers oder die des Unternehmers einnehmen. Die Rolle von Nichtverbraucher-Nichtunternehmern ist Zusammenschlüssen und Institutionen vorbehalten.

920 3. Verbraucherrecht betrifft unter allen denkbaren Zwei-Personen-Beziehungen nur diejenige zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (und nicht etwa Geschäfte unter Verbrauchern). Sind die Rollen dementsprechend besetzt, kommt es des weiteren auf den Gegenstand des Geschäfts (zum Beispiel Kredit oder Teilzeitwohnrecht) und auf seine Modalitäten (zum Beispiel Fernabsatz; Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen) an. Schließlich ist es in der Regel nicht gleichgültig, auf welcher Seite des Vertrages der Verbraucher und der Unternehmer stehen. Verbraucherkredit ist das Gelddarlehen (§ 607 Abs. 1 Fall 1 BGB), welches ein Verbraucher bei einem Unternehmer aufnimmt. Kein Verbraucherkredit ist das von einem Verbraucher einem Unternehmer gewährte Darlehen.

921 Die Rollenzuweisungen aus §§ 13 und 14 BGB sind nur zum Teil im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst wirksam (so § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB betreffend Darlehenskündigung, freilich den Begriff des Verbrauchers nur umschreibend, nicht ausdrücklich verwendend). Vor allem betrifft sie das Verbraucherrecht in den Nebengesetzen. Dazu zählen neben den Gesetzen, die ausdrücklich den Begriff des Verbrauchers verwenden (wie zum Beispiel das Verbraucherkreditgesetz oder das Teilzeit-Wohnrechtgesetz), auch Vorschriften, welche die private Lebensfüh-

3. Verbraucherrecht betrifft unter allen denkbaren Zwei-Personen-Beziehungen nur diejenige zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (und nicht etwa Geschäfte unter Verbrauchern). Sind die Rollen dementsprechend besetzt, kommt es des weiteren auf den Gegenstand des Geschäfts (zum Beispiel Kredit oder Teilzeitwohnrecht oder – neu – Kauf beweglicher Sache) und auf seine Modalitäten (zum Beispiel Fernabsatz; Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen) an. Schließlich ist es in der Regel nicht gleichgültig, auf welcher Seite des Vertrages der Verbraucher und der Unternehmer stehen. Verbrauchercredit ist das Darlehen (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB; »Darlehen« ist in der Sprache des Gesetzes synonym mit »Gelddarlehen« im Unterschied zum »Sachdarlehen« nach § 607 Abs. 1 Satz 1 BGB), welches ein Verbraucher bei einem Unternehmer aufnimmt. Kein Verbrauchercredit ist das von einem Verbraucher einem Unternehmer gewährte Darlehen. 920

Die Rollenzuweisungen aus §§ 13 und 14 BGB sind nach der Schuldrechtsmodernisierung in großem Umfang innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst wirksam. Nicht nur ist punktuelle Bezugnahme fortgeführt (so § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB betreffend Darlehenskündigung, den Begriff des Verbrauchers ausdrücklich verwendend). Vor allem ist Verbraucherrecht aus Nebengesetzen in den Text des Bürgerlichen Gesetzbuches integriert. Hinzu tritt mit dem Recht des sogenannten Verbrauchsgüterkaufes (§§ 474 ff. BGB) ein gänzlich neuer 921

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

zung zum Tatbestandsmerkmal erheben; hier ist die Beschädigung einer dem privaten Gebrauch oder Verbrauch dienenden Sache nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG zu erwähnen.

- 922 4. Nicht immer ist die eingenommene Rolle klar. Die Abgrenzung des Verbraucherbegriffs in § 13 BGB ist negativ formuliert. Man muß also bei natürlichen Personen von der Verbrauchereigenschaft ausgehen. Erst zusätzliche Feststellungen führen davon weg. Wo sich Zweifel nicht ausräumen lassen, bleibt es beim Ausgangspunkt der Qualifikation als Verbraucher. Das beinhaltet eine Beweislastverteilung. Wem an der Behandlung des Betreffenden als Nichtverbraucher gelegen ist, der muß die Umstände für diese Qualifikation beweisen. Zur Abkehr von der Verbrauchereigenschaft bedarf es zweier Schritte: Zum einen muß die natürliche Person überhaupt Unternehmer, das heißt Gewerbetreibender oder sonst selbständig Berufstätiger sein. Zum anderen

Bereich von Verbraucherrecht. Denn der gesetzlichen Bezeichnung zuwider geht es nicht um den Verkauf von Gegenständen, die sich bei Benutzung verzehren. Vielmehr geht es um den Verkauf von beweglichen Sachen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher. Das Verbrauchsgüterkaufrecht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch trotz der umfangreichen Vorgaben aus der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie knapp gehalten. Dies hat nicht in Mangel an Gehorsam des deutschen Gesetzgebers seine Ursache, sondern in der Umsetzung zahlreicher Regelungen im allgemeinen Kaufrecht der §§ 433 ff. BGB. Dazu zählt beispielsweise der Brückenschlag zum Produkthaftungsgesetz wegen der Definition des Herstellers, dessen Äußerungen der Verkäufer sich zurechnen lassen muß (§ 434 Abs. 1 Unterabsatz 2 BGB = § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB; dazu Begründung nach dem Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 214f.). Auch die Nacherfüllung als erste Konsequenz des Mangels (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) entspringt, abgesehen von vieljähriger Übung in der Vertragsgestaltung und von der Regelung des internationalen Kaufs, europäischem Recht (Begründung zu § 437 Nr. 1 des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 220). Noch immer aber betrifft die Rollenzuweisung Verbraucherrecht in Nebengesetzen. Dazu zählen auch Vorschriften, welche die private Lebensführung zum Tatbestandsmerkmal erheben; hier ist die Beschädigung einer dem privaten Gebrauch oder Verbrauch dienenden Sache nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG zu erwähnen.

4. Nicht immer ist die eingenommene Rolle klar. Die Abgrenzung des Verbraucherbegriffs in § 13 BGB ist negativ formuliert. Man muß also bei natürlichen Personen von der Verbrauchereigenschaft ausgehen. Erst zusätzliche Feststellungen führen davon weg. Wo sich Zweifel nicht ausräumen lassen, bleibt es beim Ausgangspunkt der Qualifikation als Verbraucher. Das beinhaltet eine Beweislastverteilung. Wem an der Behandlung des Betreffenden als Nichtverbraucher gelegen ist, der muß die Umstände für diese Qualifikation beweisen. Zur Abkehr von der Verbrauchereigenschaft bedarf es zweier Schritte: Zum einen muß die natürliche Person überhaupt Unternehmer, das heißt Gewerbetreibender oder sonst selbständig Berufstätiger sein. Zum anderen

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

muß der Unternehmer gerade auch im fraglichen Geschäft mit bezug auf sein Unternehmen handeln. Umgekehrt bedeutet dies, daß die Frage der Unternehmereigenschaft übersprungen werden kann, wenn jedenfalls das konkrete Geschäft nicht selbständiger Erwerbstätigkeit zuzuordnen ist. Ausnahmsweise genügt für Verneinung der Verbrauchereigenschaft die Feststellung im ersten Schritt, daß die natürliche Person überhaupt Unternehmereigenschaft besitzt, während der zweite Schritt zweifelhaft bleiben darf. Dies ist der Fall, wenn der Betreffende Kaufmannseigenschaft hat. Seine Geschäfte ordnet § 344 Abs. 1 HGB im Zweifel dem Unternehmen zu. Um zu einem Verbrauchergeschäft zu gelangen, muß der Zweifel behoben und das Geschäft dem nichtunternehmerischen Bereich zugeordnet werden.

- 923 Ein weiteres vom Gesetzgeber nicht gelöstes Problem birgt das Geschäft, welches eine natürliche Person teils zu privatem Zweck, teils für ihre selbständige Berufstätigkeit abschließt. Genügt hier jeder noch so geringe private Nutzen, um Verbraucherschutz auszulösen? Oder muß der private Bezug überwiegen? Darf vielleicht gar der berufliche Bezug nur einen zu vernachlässigenden Anteil einnehmen?
- 924 5. Die Übergangsphase bei Existenzgründung wird für Kreditgeschäfte und benachbarte Geschäfte in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG bis zu einem Grenzwert von 50.000 Euro dem Verbraucherrecht unterstellt. Der Existenzgründer ist zwar kein Verbraucher mehr. Aber seine Berufstätigkeit ist noch keine ausgeübte nach § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG, sondern nur eine frühestens mittels des fraglichen Geschäftes auszubende. Auf diese Weise stellt § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG ihn einem Verbraucher gleich. Wo eine derartige Festlegung fehlt, muß man auch den Existenzgründer mit seinen Geschäften bereits als Unternehmer ansehen, da schon das erste Anschubgeschäft Ausübung der selbständigen erwerblichen Tätigkeit nach § 14 Abs. 1 BGB ist. Im übrigen löst das Gesetz, soweit es die Existenzgründung noch mit Verbraucherschutz versieht, nicht die Fragen, wie lange die Prolongation der Verbrauchereigenschaft währt und wie die Volumina mehrerer Geschäfte stärkeren oder schwächeren Zusammenhanges hinsichtlich des Grenzwertes miteinander in Beziehung zu setzen sind. Die Fragen stellen sich deswegen, weil es nicht im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2

muß der Unternehmer gerade auch im fraglichen Geschäft mit bezug auf sein Unternehmen handeln. Umgekehrt bedeutet dies, daß die Frage der Unternehmereigenschaft übersprungen werden kann, wenn jedenfalls das konkrete Geschäft nicht selbständiger Erwerbstätigkeit zuzuordnen ist. Ausnahmsweise genügt für Verneinung der Verbrauchereigenschaft die Feststellung im ersten Schritt, daß die natürliche Person überhaupt Unternehmereigenschaft besitzt, während der zweite Schritt zweifelhaft bleiben darf. Dies ist der Fall, wenn der Betreffende Kaufmannseigenschaft hat. Seine Geschäfte ordnet § 344 Abs. 1 HGB im Zweifel dem Unternehmen zu. Um zu einem Verbrauchergeschäft zu gelangen, muß der Zweifel behoben und das Geschäft dem nichtunternehmerischen Bereich zugeordnet werden.

Ein weiteres vom Gesetzgeber nicht gelöstes Problem birgt das Geschäft, welches eine natürliche Person teils zu privatem Zweck, teils für ihre selbständige Berufstätigkeit abschließt. Genügt hier jeder noch so geringe private Nutzen, um Verbraucherschutz auszulösen? Oder muß der private Bezug überwiegen? Darf vielleicht gar der berufliche Bezug nur einen zu vernachlässigenden Anteil einnehmen? 923

5. Die Übergangsphase bei Existenzgründung wird für Kreditgeschäfte und benachbarte Geschäfte in § 507 BGB bis zu einem Grenzwert von 50.000 Euro dem Verbraucherrecht unterstellt. Wo eine derartige Festlegung fehlt, muß man auch den Existenzgründer mit seinen Geschäften bereits als Unternehmer ansehen, da schon das erste Anschubgeschäft Ausübung der selbständigen erwerblichen Tätigkeit nach § 14 Abs. 1 BGB ist. Im übrigen löst das Gesetz, soweit es die Existenzgründung noch mit Verbraucherschutz versieht, nicht die Fragen, wie lange die Prolongation der Verbrauchereigenschaft währt und wie die Volumina mehrerer Geschäfte stärkeren oder schwächeren Zusammenhanges hinsichtlich des Grenzwertes miteinander in Beziehung zu setzen sind. Die Fragen stellen sich deswegen, weil es nicht im Sinne von § 507 BGB sein kann, mit dem ersten Anschubgeschäft den Schutz des Verbraucherkreditrechtes sogleich für immer zu verlieren, selbst wenn es anschließend nur um eine Ausweitung des Darlehensbetrages geht. 924

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

VerbrKrG sein kann, mit dem ersten Anschubgeschäft den Schutz des Verbraucherkreditgesetzes sogleich für immer zu verlieren, selbst wenn es anschließend nur um eine Ausweitung des Darlehensbetrages geht.

- 925 6. An der Rollenverteilung ändert sich im Grundsatz nichts, wenn auf einer Seite oder auf beiden Seiten mehrere Personen auftreten. Schwierigkeiten entstehen allerdings, wenn der Auftritt unter dem Dache einer Gesellschaft – und sei es nur eine für dieses eine Geschäft gegründete Gelegenheitsgesellschaft – stattfindet (dazu sogleich unter 7). Auch für eine gemischte Vertragsbeteiligung auf je einer Seite bietet das Gesetz keine ausdrückliche Lösung an. So bleibt unklar, ob eine gemeinsame Bestellung durch einen Verbraucher und einen Nichtverbraucher im Fernabsatz nach Widerruf des Verbrauchers (§§ 3 Abs. 1 FernAbsG, 361a Abs. 1 BGB) der Nichtverbraucher an das ganze Geschäft oder einen Teil desselben gebunden bleibt. Dasselbe Problem besteht, wenn ein Verbraucher und ein Nichtverbraucher gemeinsam einen Kredit aufnehmen und die Form des § 4 VerbrKrG nicht eingehalten ist. Die Lösung ergibt sich in beiden Fällen aus entsprechender Anwendung von § 139 BGB.
- 926 7. Bei einer Gesellschaft muß man grundsätzlich von Nichtverbraucher-Eigenschaft ausgehen. Denn § 13 BGB knüpft an die Eigenschaft als natürliche Person an. Zusätzlicher Feststellungen – notfalls im Beweise – bedarf es dann zur Qualifikation des Nichtverbrauchers als Unternehmer gemäß § 14 BGB. Ausnahmsweise können zusätzliche Feststellungen beziehungsweise Beweise zur Verbrauchereigenschaft zurückführen. Das ist zu erwägen, wenn mehrere Verbraucher sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) zusammenschließen und der Zweck dieser Gesellschaft sich auf die Verfolgung der Verbraucherinteressen ihrer Mitglieder beschränkt (Gelegenheitsgesellschaft zweier Nachbarn zum gemeinsamen günstigeren Heizöl-einkauf für die Wohnhäuser? Gesellschaft von zehn Nachbarn zur Einrichtung eines gemeinsamen Fernwärmeanschlusses mit eigener Unterverteilung für die Wohnhäuser? Vielleicht sogar auch der nicht eingetragene Kleingartenverein nach § 54 Satz 1 BGB?). Dabei spielt keine Rolle, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mittlerweile als

6. An der Rollenverteilung ändert sich im Grundsatz nichts, wenn auf einer Seite oder auf beiden Seiten mehrere Personen auftreten. Schwierigkeiten entstehen allerdings, wenn der Auftritt unter dem Dache einer Gesellschaft – und sei es nur eine für dieses eine Geschäft gegründete Gelegenheitsgesellschaft – stattfindet (dazu sogleich unter 7). Auch für eine gemischte Vertragsbeteiligung auf je einer Seite bietet das Gesetz keine ausdrückliche Lösung an. So bleibt unklar, ob eine gemeinsame Bestellung durch einen Verbraucher und einen Nichtverbraucher im Fernabsatz nach Widerruf des Verbrauchers (§§ 312d Abs. 1 Satz 1, 355 Abs. 1 BGB) der Nichtverbraucher an das ganze Geschäft oder einen Teil desselben gebunden bleibt. Dasselbe Problem besteht, wenn ein Verbraucher und ein Nichtverbraucher gemeinsam einen Kredit aufnehmen und die Form des § 492 BGB nicht eingehalten ist. Die Lösung ergibt sich in beiden Fällen aus entsprechender Anwendung von § 139 BGB. 925

7. Bei einer Gesellschaft muß man grundsätzlich von Nichtverbraucher-Eigenschaft ausgehen. Denn § 13 BGB knüpft an die Eigenschaft als natürliche Person an. Zusätzlicher Feststellungen – notfalls im Beweiswege – bedarf es dann zur Qualifikation des Nichtverbrauchers als Unternehmer gemäß § 14 BGB. Ausnahmsweise können zusätzliche Feststellungen beziehungsweise Beweise zur Verbrauchereigenschaft zurückführen. Das ist zu erwägen, wenn mehrere Verbraucher sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) zusammensetzen und der Zweck dieser Gesellschaft sich auf die Verfolgung der Verbraucherinteressen ihrer Mitglieder beschränkt (Gelegenheitsgesellschaft zweier Nachbarn zum gemeinsamen günstigeren Heizöleinkauf für die Wohnhäuser? Gesellschaft von zehn Nachbarn zur Einrichtung eines gemeinsamen Fernwärmeanschlusses mit eigener Unterverteilung für die Wohnhäuser? Vielleicht sogar auch der nicht-eingetragene Kleingartenverein nach § 54 Satz 1 BGB?). Dabei spielt keine Rolle, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mittlerweile als 926

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

rechtsfähig anerkannt ist (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 ff.), weshalb sie selbst Vertragspartner wird und nicht ihre Mitglieder in ihrer Verbundenheit zur gesamten Hand (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01, NJW 2002, 368 f., betreffend Verbraucherkreditgesetz). Die Problematik der Verbraucher-Gesellschaft betrifft auch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, soweit dieses Verbraucher besonders behandelt (§ 24a AGBG).

- 927 8. Wollte eine Unternehmer sich für seine möglichen Geschäftskontakte mit jeweils separaten Vertragsmustern ausrüsten, welche eines-teils alle Beschränkungen der Vertragsfreiheit, insbesondere, wo einschlägig, alle Vorgaben des Verbraucherrechts, beachten, welche andernteils aber verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten ausschöpfen, so würde er eine Unzahl von Varianten vorhalten müssen. Das resultiert aus den Kombinationsmöglichkeiten von Rollenbesetzungen mit den für Verbraucherrecht relevanten Situationen und Geschäftsgegenständen samt all ihren Ausnahmetatbeständen. Die Auffächerung geschähe selbst dann, wenn der Unternehmer nur Geschäfte eines einzigen Typs, zum Beispiel Verkäufe, tätigen wollte. Jeden Geschäftsvorfall müßte der mit dem Vorrat an Vertragsmustern Ausgestattete dann sorgfältig analysieren, um das passende Muster herauszufinden.
- 928 Tatsächlich verzichten Unternehmer aus Vereinfachungsgründen weitgehend auf diese Differenzierung. So geben viele Versandhändler – und sie taten dies sogar schon vor dem Fernabsatzgesetz – ihren Kunden ein Widerrufsrecht oder ein Rückgaberecht ohne Rücksicht darauf, ob der Kunde Verbraucher sei und deswegen §§ 361a und 361b BGB eingreifen. Banken nutzen in der Regel nicht die für Realkredite (mit Grundpfandrecht gedeckte Kredite) in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG gesetzten Ausnahmen in Fragen der Form und des Widerrufs. Wo nicht schon kraft Gesetzes Verbraucherschutz besteht, bedeutet diese Handhabung die vertragliche Übereinkunft, daß der Kunde Rechte wie ein Verbraucher genießen solle. Die in § 305 BGB zum Ausdruck gelangende Vertragsfreiheit erlaubt dies.

rechtsfähig anerkannt ist (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056ff.), weshalb sie selbst Vertragspartner wird und nicht ihre Mitglieder in ihrer Verbundenheit zur gesamten Hand (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01, NJW 2002, 368f., betreffend Verbraucherkreditgesetz). Die Problematik der Verbraucher-Gesellschaft betrifft auch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, soweit dieses Verbraucher besonders behandelt (§ 310 Abs. 3 BGB).

8. Wollte ein Unternehmer sich für seine möglichen Geschäftskontakte mit jeweils separaten Vertragsmustern ausrüsten, welche einerseits alle Beschränkungen der Vertragsfreiheit, insbesondere, wo einschlägig, alle Vorgaben des Verbraucherrechts, beachten, welche andererseits aber verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten ausschöpfen, so würde er eine Unzahl von Varianten vorhalten müssen. Das resultiert aus den Kombinationsmöglichkeiten von Rollenbesetzungen mit den für Verbraucherrecht relevanten Situationen und Geschäftsgegenständen samt all ihren Ausnahmetatbeständen. Die Auffächerung geschähe selbst dann, wenn der Unternehmer nur Geschäfte eines einzigen Typs, zum Beispiel Verkäufe, tätigen wollte. Jeden Geschäftsvorfall müsste der mit dem Vorrat an Vertragsmustern Ausgestattete dann sorgfältig analysieren, um das passende Muster herauszufinden. 927

Tatsächlich verzichten Unternehmer aus Vereinfachungsgründen weitgehend auf diese Differenzierung. So geben viele Versandhändler – und sie taten dies sogar schon vor dem früheren Fernabsatzgesetz – ihren Kunden ein Widerrufsrecht oder ein Rückgaberecht ohne Rücksicht darauf, ob der Kunde Verbraucher sei und deswegen §§ 355 und 356 BGB eingreifen. Banken nutzen in der Regel nicht die für Realkredite (mit Grundpfandrecht gedeckte Kredite) in § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB gesetzten Ausnahmen in Fragen der Form und des Widerrufs. Wo nicht schon kraft Gesetzes Verbraucherschutz besteht, bedeutet diese Handhabung die vertragliche Übereinkunft, daß der Kunde Rechte wie ein Verbraucher genießen solle. Die in § 311 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gelangende Vertragsfreiheit erlaubt dies. 928

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 929 Die vom Gesetz geschaffene Auffächerung ist praktisch nicht fehlerfrei zu bewältigen. War es in der Vergangenheit – und das greift bis ins römische Recht zurück – durch die Ausbildung von Geschäftstypen mit standardisierten Regeln gelungen, berechenbare Verhältnisse zu schaffen, so besteht nun die Tendenz, das höchste Schutzniveau zum Standard zu machen. Verbraucherrecht entwickelt sich zum neuen Vertragstypenrecht. Bezeichnend ist, daß das Gesetz einige Typvarianten ausschließlich für den Fall einer Unternehmer-Verbraucherbeziehung regelt, obwohl die Varianten generell von höchster praktischer Bedeutung sind. So erscheint das Finanzierungsleasing, Unterfall der Miete nach § 535 BGB, nur als Finanzierungshilfe, die ein Unternehmer einem Verbraucher gewährt (§§ 1 Abs. 2 Fall 3, 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG). Auch Kauf und andere Geschäfte (zum Beispiel Werk) mit gestundeter Vergütung, namentlich Abzahlungsgeschäfte, und sonstige Geschäfte mit Finanzierungshilfe würdigt das Gesetz nur als Verbrauchergeschäfte (§ 1 Abs. 2 Fälle 2 und 3 VerbrKrG). Dasselbe gilt für Kauf und Werklieferung in Ratenlieferung, im Abonnement oder als Rahmen für wiederkehrende Geschäfte (§ 2 Nr. 1, 2 oder 3 VerbrKrG) und Kreditvermittlung (§§ 1 Abs. 3, 15 ff. VerbrKrG) als Unterfall des Maklergeschäfts (§§ 93 Abs. 1 HGB, 652 Abs. 1 BGB).
- 930 Es bliebe abzuwarten, ob die Differenzierung nach Rollen und Situationen immerhin vom Geschäftsverkehr der Nichtunternehmer untereinander aufrechterhalten wird. Dazu müßte der nichtunternehmerische Verkehr nachhaltig eigene Muster entwickeln, wie sie der Unternehmer nicht gegenüber einem Verbraucher präsentieren dürfte. Für massenhaft vorkommende Geschäfte bietet der Verlagsmarkt durchaus Vertragsmuster an, die nicht allein aus der Sicht einer Beziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher geschrieben sind. Die Nachfrage hiernach muß aber in dem Maße zurückgehen, wie das Bewußtsein der Allgemeinheit durch das zum Standard gewachsene Verbraucherrecht geprägt wird. So schwindet in der Allgemeinheit das Bewußtsein dafür, daß die Widerruflichkeit einer Willenserklärung nur eine Ausnahme ist.
- 931 Erst außerhalb der großen Zahl, bei individuell ausgehandeltem Umsatz von Objekten, deren Wert eine genaue Anpassung des Vertrages

Die vom Gesetz geschaffene Auffächerung ist praktisch nicht fehlerfrei zu bewältigen. War es in der Vergangenheit – und das greift bis ins römische Recht zurück – durch die Ausbildung von Geschäftstypen mit standardisierten Regeln gelungen, berechenbare Verhältnisse zu schaffen, so besteht nun die Tendenz, das höchste Schutzniveau zum Standard zu machen. Verbraucherrecht entwickelt sich zum neuen Vertragstypenrecht. Bezeichnend ist, daß das Gesetz einige Typvarianten ausschließlich für den Fall einer Unternehmer-Verbraucherbeziehung regelt, obwohl die Varianten generell von höchster praktischer Bedeutung sind. So erscheint das Finanzierungsleasing, Unterfall der Miete nach § 535 BGB, nur als Finanzierungshilfe, die ein Unternehmer einem Verbraucher gewährt (§§ 499 Abs. 2 Fall 1, 500 BGB). Auch Kauf und andere Geschäfte (zum Beispiel Werk) mit gestundeter Vergütung, namentlich Abzahlungsgeschäfte, und sonstige Geschäfte mit Finanzierungshilfe würdigt das Gesetz nur als Verbrauchergeschäfte (§§ 499 Abs. 1 Fälle 1 und 2 BGB). Dasselbe gilt für Kauf und Werklieferung in Ratenlieferung, im Abonnement oder als Rahmen für wiederkehrende Geschäfte (§ 506 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 3 BGB) und Kreditvermittlung (§§ 655a bis 655e BGB) als Unterfall des Maklergeschäfts (§§ 93 Abs. 1 HGB, 652 Abs. 1 BGB). 929

Es bliebe abzuwarten, ob die Differenzierung nach Rollen und Situationen immerhin vom Geschäftsverkehr der Nichtunternehmer untereinander aufrechterhalten wird. Dazu müßte der nichtunternehmerische Verkehr nachhaltig eigene Muster entwickeln, wie sie der Unternehmer nicht gegenüber einem Verbraucher präsentieren dürfte. Für massenhaft vorkommende Geschäfte bietet der Verlagsmarkt durchaus Vertragsmuster an, die nicht allein aus der Sicht einer Beziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher geschrieben sind. Die Nachfrage hiernach muß aber in dem Maße zurückgehen, wie das Bewußtsein der Allgemeinheit durch das zum Standard gewachsene Verbraucherrecht geprägt wird. So schwindet in der Allgemeinheit das Bewußtsein dafür, daß die Widerruflichkeit einer Willenserklärung nur eine Ausnahme ist. 930

Erst außerhalb der großen Zahl, bei individuell ausgehandeltem Umsatz von Objekten, deren Wert eine genaue Anpassung des Vertrages 931

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

lohnt, ist das Refugium für die differenzierte Vertragsgestaltung. Hier werden sowohl der Unternehmer als auch der Verbraucher genauer nach der gesetzlichen Differenzierung von Rolle und Situation fragen – solange nicht das Gesetz selbst das Verbraucherrecht für alle verbindlich macht.

- 932 9. Von besonderer Kompliziertheit ist das Verhältnis der Verbraucherschutzvorschriften untereinander. Die tatbestandlichen Anknüpfungen können sich überschneiden.
- 933 9.a Dies veranschaulicht ein Beispiel zur Frage der Widerruflichkeit. Man nehme an, daß ein Verbraucher aufgrund von mündlichen Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz zu einem Kauf bestimmt wurde. Der Verbraucher kann seine Willenserklärung grundsätzlich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 HWG widerrufen (oder gegebenenfalls nach § 1 Abs. 1 Satz 2 HWG ein Rückgaberecht ausüben). Ein Existenzgründer kann es nicht. Ist das am Arbeitsplatz ausgehandelte Geschäft allerdings ein Darlehen, ein Kauf mit Zahlungsaufschub (insbesondere mit Teilzahlungsabrede), ein Finanzierungsleasinggeschäft oder ein Kauf in Ratenlieferung, als Abonnement oder als Rahmenvertrag für wiederkehrende Geschäfte, so unterfällt das Geschäft dem Verbraucherkreditgesetz (§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Fälle 1, 2 oder 3 VerbrKrG oder § 2 Nr. 1, 2 oder 3 VerbrKrG). Dann findet gemäß § 5 Abs. 2 Fall 1 HWG kein Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz statt. Vielmehr folgt das Widerrufsrecht aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG.

lohnt, ist das Refugium für die differenzierte Vertragsgestaltung. Hier werden sowohl der Unternehmer als auch der Verbraucher genauer nach der gesetzlichen Differenzierung von Rolle und Situation fragen – solange nicht das Gesetz selbst das Verbraucherrecht für alle verbindlich macht. Das Phänomen einer Verallgemeinerung von Verbraucherrecht begegnet im Kaufrecht. Man sehe die Gegenüberstellung von allgemeinem Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) und Verbrauchsgüterkaufrecht (§§ 474 ff. BGB). Ins allgemeine Kaufrecht rückte manches, was nach der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur den Verbrauchsgüterkauf betraf. Was die europäische Regelung für den Verkauf vom Unternehmer an einen Verbraucher vorgab, gilt in Deutschland auch für den Verkauf vom Unternehmer an einen anderen Unternehmer oder an einen Nichtverbraucher-Nichtunternehmer und für den Verkauf vom Verbraucher oder Nichtverbraucher-Nichtunternehmer an einen Unternehmer oder an einen Verbraucher oder an einen Nichtunternehmer-Nichtverbraucher. Unterschiede zeigen sich erst bei der Abdingbarkeit (§ 475 BGB).

9. Von besonderer Kompliziertheit ist das Verhältnis der Verbraucherschutzvorschriften untereinander. Die tatbestandlichen Anknüpfungen können sich überschneiden. 932

9.a Dies veranschaulicht ein Beispiel zur Frage der Widerruflichkeit. Man nehme an, daß ein Verbraucher aufgrund von mündlichen Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz zu einem Kauf bestimmt wurde. Der Verbraucher kann seine Willenserklärung grundsätzlich gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB widerrufen (oder gegebenenfalls nach § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Rückgaberecht ausüben). Ein Existenzgründer kann es nicht. Ist das am Arbeitsplatz ausgehandelte Geschäft allerdings ein Darlehen, ein Kauf mit Zahlungsaufschub (insbesondere mit Teilzahlungsabrede) oder ein Finanzierungsleasinggeschäft, so unterfällt das Geschäft dem Verbraucherkreditrecht (§ 491 Abs. 1 Satz 1 BGB oder § 499 Abs. 1 BGB oder § 499 Abs. 2 BGB). Dann findet gemäß § 312a Fall 1 oder Fall 2 BGB kein Widerruf nach § 312 BGB statt. Vielmehr folgt das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB (Darlehen) oder aus der Verbindung von §§ 495 Abs. 1, 499 Abs. 1 BGB (Kauf mit Zahlungsaufschub) beziehungsweise aus §§ 495 933

Fall 9: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

Nun ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG auch der Existenzgründer geschützt.

934 Auf der anderen Seite enthält das Verbraucherkreditgesetz tatbestandliche Ausschlüsse, welche dem Haustürwiderrufsgesetz fremd sind. So versagt § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG dem kreditsuchenden Verbraucher das Widerrufsrecht dann, wenn der Kredit mit Hypothek (§ 1113

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Abs. 1, 499 Abs. 1, 501 BGB (Kauf mit Teilzahlungsabrede) oder aus § 495 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 500 BGB (Finanzierungsleasing). Nun ist gemäß § 507 BGB auch der Existenzgründer geschützt. Für den letztgenannten Fall des Finanzierungsleasing bereitet das Gesetz (§ 500 BGB) freilich ein Rätsel durch die Anordnung entsprechender Anwendung der Vorschriften über das verbundene Geschäft aus §§ 358 f. BGB. Insbesondere die Vorrangregelung in § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB ist nicht sinnvoll übertragbar. Sollte die Verweisung auf Sonderfälle eines durch Darlehen gestützten Finanzierungsleasinggeschäftes oder eines Finanzierungsleasinggeschäftes mit Eintritt des Vermieters in einen vom Kunden selbst getätigten Kauf zielen, so wären die Vorschriften über verbundene Geschäfte unmittelbar einschlägig. Jedenfalls aber führt die Anordnung entsprechender Anwendung von § 358 BGB angesichts der generellen Ausnahme für Finanzierungshilfen (312a Fall 2 BGB) nicht zum Haustürwiderruf zurück.

Vorrang hat das Verbraucherkreditrecht indessen nicht in allen Geschäften, welche nach der Systematik des Gesetzes Nähe zum Verbraucherdarlehen aufweisen. Die Rede ist von den Geschäften, die § 505 BGB unter der Sammelbezeichnung des Ratenlieferungsvertrages führt. Die Überschriften zu § 505 BGB und zum Untertitel, den § 505 BGB bildet, verwenden diesen Begriff sowohl für die echte Sukzessivlieferung (der Gesamtlieferumfang steht von vornherein fest) als auch für Bezugsvereinbarungen: Beim Kauf in Ratenlieferung, als Abonnement oder als Rahmenvertrag für wiederkehrende Geschäfte ist eigens ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vorgesehen (§ 505 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder 3 BGB). Dem Existenzgründer steht es ebenfalls zu (§ 507 BGB). Nichtsdestoweniger hat der Verbraucher auch das Widerrufsrecht aus § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB. Es ist nicht in § 312a BGB ausgeschlossen. Der Verbraucher – nicht hingegen der Existenzgründer – genießt demnach doppelte Begründung seines Widerrufs.

Auf der anderen Seite enthält das Verbraucherkreditrecht tatbestandliche Ausschlüsse, welche dem Haustürwiderrufsrecht fremd sind. So versagt § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB dem kreditsuchenden Verbraucher das Widerrufsrecht dann, wenn der Kredit mit Hypothek (§ 1113 Abs. 1

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Abs. 1 BGB), Grundschuld (§ 1191 Abs. 1 BGB) oder Rentenschuld (§ 1199 Abs. 1 BGB) besichert wird. Einen Rückverweis in den Haustürwiderruf enthält das Verbraucherkreditgesetz nicht. Es gewährt auch nicht ausnahmsweise einen Verbraucherkreditwiderruf. Ebenso wenig ist für diesen Fall die Subsidiarität des Haustürwiderrufsgesetzes in § 5 HWG durchbrochen. Möglicherweise muß man aber das Haustürwiderrufsrecht mit Blick auf die in der Fallösung (unter 3.c) erwähnte Haustürgeschäftsrichtlinie vom Jahr 1985, worin Realkredite nicht ausgenommen sind (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281 f.), zuerkennen. Instrument wäre ein richtlinienkonforme Auslegung des Haustürwiderrufsgesetzes oder des Verbraucherkreditgesetzes. Der Bundesgerichtshof entschied sich für richtlinienkonforme Auslegung des Haustürwiderrufsgesetzes. Der Haustürwiderruf ist nach einengender Interpretation von § 5 Abs. 2 Fall 1 HWG dann nicht als subsidiär ausgeschlossen, wenn das Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher den Widerruf versagt (BGH, Urteil vom 9. April 2002 – XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881 ff.). Das verdient Beifall.

- 935 Wohlgermerkt sind bisher nicht die verbundenen Geschäfte angesprochen, das heißt die Finanzierung eines am Arbeitsplatz ausgehandelten Kaufs ohne Zahlungsaufschub durch ein am Arbeitsplatz oder woanders ausgehandeltes Darlehen.

BGB), Grundschuld (§ 1191 Abs. 1 BGB) oder Rentenschuld (§ 1199 Abs. 1 BGB) besichert wird. Einen Rückverweis in den Haustürwiderruf enthält das Verbraucherkreditrecht nicht. Es gewährt auch nicht ausnahmsweise einen Verbraucherkreditwiderruf. Ebenso wenig ist für diesen Fall die Subsidiarität des Haustürwiderrufsrechts in § 312a BGB durchbrochen. Möglicherweise muß man aber das Haustürwiderrufsrecht mit Blick auf die in der Fallösung (unter 3.c) erwähnte Haustürgeschäfte richtlinie vom Jahr 1985, worin Realkredite nicht ausgenommen sind (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281 f.), zuerkennen. Instrument wäre ein richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften über den Haustürwiderruf oder derjenigen des Verbraucherkreditrechts. Der Bundesgerichtshof entschied sich zum alten Recht für richtlinienkonforme Auslegung des Haustürwiderrufgesetzes (BGH, Urteil vom 9. April 2002 – XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881 ff.). Das verdient Beifall und sollte auf das neue Recht übertragen werden. § 312a Fall 1 und Fall 2 BGB ist richtlinienkonform einengend zu interpretieren, so daß das Verbraucherkreditrecht keinen Vorrang genießt, wenn es dem Verbraucher den Widerruf versagt. Bei Drucklegung beschloß der Deutsche Bundestag (Sitzung vom 7. Juni 2002), für die Zukunft generelle Widerruflichkeit in Verbraucherdarlehensverträgen mit Grundpfandrechtlicher Absicherung herzustellen. Die Neuregelung wurde dem verabschiedeten Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten beigefügt (Grundlage: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses [6. Ausschuss], Deutscher Bundestag, Drucksache 14/9266).

Wohlgermerkt sind bisher nicht die verbundenen Geschäfte angesprochen, das heißt die Finanzierung eines am Arbeitsplatz ausgehandelten Kaufs ohne Zahlungsaufschub durch ein am Arbeitsplatz oder woanders ausgehandeltes Darlehen. Auch die Anordnung entsprechender Anwendung der Regeln über verbundene Geschäfte in §§ 499 Abs. 1, 500, 501 BGB spielt für die Quelle des Widerrufsrechts keine Rolle. Unabhängig von dem Ranggefüge nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften in § 358 Abs. 1 und Abs. 2 BGB bleibt das Widerrufsrecht wegen des generellen Nachrangs der Regeln über das

935

- 936 9.b Anders ist das Verhältnis des Widerrufs im Fernabsatzgeschäft nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG (oder des Rückgaberechts nach § 3 Abs. 3 FernAbsG) gegenüber dem Widerruf nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG beschaffen. Für Darlehensgeschäfte und Finanzierungsleasinggeschäfte im Fernabsatz stellt sich deswegen keine Vorrangfrage, weil (richtlinienkonform) sogenannte Finanzgeschäfte überhaupt nicht unter das Fernabsatzgesetz fallen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 FernAbsG). Für solche Geschäfte besteht das Widerrufsrecht von vornherein allein nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG. Existenzgründer sind mitgeschützt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Gewährt indessen der im Fernabsatz Verkaufende gleichzeitig eine Finanzierungshilfe oder wird im Fernabsatz eine Ratenlieferung, ein Abonnement oder eine Wiederkehrbelieferung begründet, so ergibt sich das Widerrufsrecht aus § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG (sofern nicht einer der Ausschlußtatbestände des § 1 Abs. 3 Nr. 5 FernAbsG oder § 3 Abs. 2 FernAbsG erfüllt ist). Das liegt eben daran, daß es sich um Fernabsatz handelt – ungeachtet der zusätzlichen Eigenschaft als Kreditgeschäft. Denn es ist kein Finanzgeschäft; die Finanzierung ist nicht Hauptleistung des Unternehmers. Vorstehendes gilt im Prinzip auch für alle anderen im Fernabsatz vertriebenen und mit Finanzierungshilfe des Vertreibenden ausgestatteten Geschäfte. Es sei denn, das Geschäft wäre wegen seines Gegenstandes nach §§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 2 FernAbsG von der Beurteilung nach dem Fernabsatzgesetz ausgeschlossen.
- 937 Der Fernabsatz mit Finanzierungshilfe desselben Unternehmers sowie die Ratenlieferung, das Abonnement und die Begründung wiederkehrender Liefergeschäfte geben demnach eigentlich sämtlich doppelten Anlaß zum Widerruf. Denn das Geschäft ist zugleich Geschäft im Sinne des Verbraucherkreditgesetzes (§ 1 Abs. 2 Fälle 2 und 3 VerbrKrG betreffend Finanzierungshilfe; § 2 VerbrKrG betreffend Ratenlieferung, Abonnement, wiederkehrende Lieferung). Das Recht zum Widerruf vermittelt auf den ersten Blick bei den Geschäften mit

Haustürgeschäft (§ 312a Fall 2 BGB) immer dem Verbraucherkreditrecht zugeordnet. Insofern ist das Regelungsgefüge anders beschaffen als bei Fernabsatzgeschäften (dazu sogleich unter 9.b).

9.b Anders ist das Verhältnis des Widerrufs im Fernabsatzgeschäft nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB (oder des Rückgaberechts nach § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB) gegenüber dem Widerruf nach § 495 Abs. 1 BGB beschaffen. Für Darlehensgeschäfte und Finanzierungsleasinggeschäfte im Fernabsatz stellt sich deswegen keine Vorrangfrage, weil (richtlinienkonform) sogenannte Finanzgeschäfte überhaupt nicht unter das Fernabsatzrecht fallen (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB). Für solche Geschäfte besteht das Widerrufsrecht von vornherein allein nach § 495 Abs. 1 BGB. Existenzgründer sind mitgeschützt (§ 507 BGB). Gewährt indessen der im Fernabsatz Verkaufende gleichzeitig eine Finanzierungshilfe oder wird im Fernabsatz eine Ratenlieferung, ein Abonnement oder eine Wiederkehrbelieferung begründet, so ergibt sich das Widerrufsrecht aus § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB (sofern nicht einer der Ausschlußtatbestände des § 312b Abs. 3 Nr. 5 BGB oder § 312d Abs. 4 BGB erfüllt ist). Das liegt eben daran, daß es sich um Fernabsatz handelt – ungeachtet der zusätzlichen Eigenschaft als Kreditgeschäft. Denn es ist kein Finanzgeschäft; die Finanzierung ist nicht Hauptleistung des Unternehmers. Vorstehendes gilt im Prinzip auch für alle anderen im Fernabsatz vertriebenen und mit Finanzierungshilfe des Vertreibenden ausgestatteten Geschäfte. Es sei denn, das Geschäft wäre wegen seines Gegenstandes nach §§ 312b Abs. 3, 312d Abs. 4 BGB von der Beurteilung nach dem Fernabsatzrecht ausgeschlossen. Unter dem Gesichtspunkt des Fernabsatzes ist der Existenzgründer nicht geschützt.

Der Fernabsatz mit Finanzierungshilfe desselben Unternehmers sowie die Ratenlieferung, das Abonnement und die Begründung wiederkehrender Liefergeschäfte geben demnach eigentlich sämtlich doppelten Anlaß zum Widerruf. Denn das Geschäft ist zugleich Geschäft im Sinne des Verbraucherkreditrechts (§§ 499 Abs. 1, 501 BGB betreffend Finanzierungshilfe) oder ihm in der gesetzlichen Systematik beigeordnet (§ 505 BGB betreffend »Ratenlieferung«). Das Recht zum Widerruf vermittelt auf den ersten Blick bei den Geschäften mit Finanzie-

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Finanzierungshilfe auch § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG, gegebenenfalls zusätzlich mit § 2 VerbrKrG. Unter dem Gesichtspunkt des Kredites oder der systematischen Nähe dazu ist der Existenzgründer in den Schutz einbezogen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Indessen läßt § 8 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 VerbrKrG beim Fernabsatz mit Finanzierungshilfe desselben Unternehmers den Widerruf nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG in den Hintergrund treten. Aus dem Hintergrund tritt der Widerruf aber nach § 8 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG wieder hervor, wenn § 1 Abs. 3 FernAbsG (oder § 3 Abs. 2 FernAbsG) den Widerruf nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG ausschließt. Der Existenzgründer ist von diesem Wechselspiel nicht betroffen. Das Fernabsatzgesetz schützt ihn von vornherein in keinem Falle. Allein das Verbraucherkreditrecht ist einschlägig und nur § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG kann das Widerrufsrecht erzeugen.

renghilfe auch § 495 Abs. 1 BGB mit § 499 Abs. 1 BGB und gegebenenfalls zusätzlich mit § 501 BGB, bei den vom Gesetz unter der Sammelbezeichnung »Ratenlieferungsverträge« geführten Geschäften § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB. Unter dem Gesichtspunkt des Kredites oder der systematischen Nähe dazu ist der Existenzgründer in den Schutz einbezogen (§ 507 BGB). Indessen läßt § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB beim Fernabsatz mit Finanzierungshilfe desselben Unternehmers den Widerruf nach § 495 Abs. 1 BGB in den Hintergrund treten. Widerrufen kann der Kunde gemäß § 358 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB analog lediglich auf Grundlage des Fernabsatzrechts (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB bleibt nur dann bestehen, wenn § 312b Abs. 3 BGB (oder § 312d Abs. 4 BGB) den Widerruf nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB ausschließt. Zu dieser Überlegung führen die Verweisungen in §§ 499 Abs. 1, 501 BGB auf § 358 BGB. Dessen Vorschriften seien entsprechend anzuwenden. Demnach scheint der Gesetzgeber das Geschäft mit Finanzierungshilfe desselben Unternehmers immer als ein verbundenes Geschäft zu betrachten, auch wenn nur ein einziger Vertrag vorliegt. Nämliches begegnet in § 500 BGB für das Finanzierungsleasing. § 358 Abs. 3 BGB geht bei der Schilderung des verbundenen Geschäftes von zwei aufeinander bezogenen Verträgen aus. Durchaus kann ein und derselbe Unternehmer in beiden Geschäften Partner des Verbrauchers sein. Aber Stundung und insbesondere Ratenzahlungsabrede sind davon nicht betroffen, weil sie in das Umsatzgeschäft integriert sind. Wären sie es, bräuchten §§ 499 Abs. 1 und 501 BGB nicht entsprechende Anwendung von § 358 BGB anzuordnen, sondern könnten insoweit schweigen oder sich mit einem klarstellenden einfachen Verweis begnügen. Welchen Nutzen sich der Gesetzgeber von der entsprechenden Anwendung der Subsidiaritätsregeln zum verbundenen Geschäft auf das Umsatzgeschäft mit integrierter Finanzierungshilfe und auch im übrigen von der entsprechenden Anwendung der §§ 358 und 359 BGB verspricht, erschließt sich nicht leicht. Die Gleichordnung mit dem verbundenen Geschäft war jedenfalls nicht vonnöten, um überhaupt Widerruf oder Einwendungen durchschlagen zu lassen. Das mußte in §§ 358f. BGB nur eben für die Fälle geregelt werden, in denen nicht schon von vornherein das Geschäft rechtlich ein einziges ist. Der Existenzgrün-

- 938 Doppelte Begründung des Widerrufsrechts (§ 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG neben § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG) bleibt daher der Ratenlieferung, dem Abonnement und dem Rahmen für Wiederkehrbelieferung vorbehalten. Der Existenzgründer allerdings hat allein das Widerrufsrecht aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG. Außerdem wird das doppelte Widerrufsrecht des Verbrauchers im einzelnen allein nach den Regeln des § 7 VerbrKrG behandelt, soweit diese günstiger sind als die Regeln des § 3 FernAbsG (§ 1 Abs. 4 FernAbsG). Das kann beispielsweise die Höchstfrist (§ 3 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG gegenüber § 7 Abs. 2 VerbrKrG) betreffen.

- 940 10. Zusätzliche Komplikationen bereitet das verbundene Geschäft.

der schließlich ist von dem Wechselspiel in der Verortung des Widerrufsrechts nicht betroffen. Das Fernabsatzrecht schützt ihn von vornherein in keinem Falle. Allein das Verbraucherkreditrecht ist einschlägig und nur § 495 Abs. 1 BGB kann das Widerrufsrecht erzeugen.

Doppelte Begründung des Widerrufsrechts (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB neben § 495 Abs. 1 BGB) bleibt daher der Ratenlieferung, dem Abonnement und dem Rahmen für Wiederkehrbelieferung vorbehalten. Der Existenzgründer allerdings hat allein das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB. 938

Wenn der Fernabsatz im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312e Abs. 1 Satz 1 BGB) geschieht, läuft die Frist für den Widerruf – woher auch immer er seine Begründung nehmen mag – nicht an, bevor der Fernabsetzende seine besonderen Pflichten aus § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt (§ 312e Abs. 3 Satz 2 BGB). Diese Pflichten hat der Fernabsetzende gegenüber jedem Kunden, nicht nur gegenüber Verbrauchern oder Existenzgründern. Nicht selten wird daraus Entfristung des Widerrufs folgen. Denn ein einmal unterlaufenes Versäumnis bei Pflichten, die vor der Bestellung des Kunden (§ 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BGB) oder jedenfalls beim Vertragsschluß (§ 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB) zu befolgen sind, ist unbehebbar. Wie sollte beispielsweise der Unternehmer dem Kunden im Nachhinein auf dem Bildschirm noch ein Feld (beispielsweise mit »zurück« oder »abbrechen« oder »alles löschen« beschriftet) erscheinen lassen, in dem ihm ein zweiter Ausgang aus der in Vorbereitung befindlichen Bestellung (§ 312e Abs. 1 Nr. 1 BGB) gewiesen wird? 939

10. Zusätzliche Komplikationen bereitet das verbundene Geschäft, wiewohl bereits das Geschäft mit Finanzierungshilfe je nach den Umständen gemäß den Regeln des verbundenen Geschäfts zu behandeln war. 940

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 941 10.a Man stelle sich zunächst wiederum einen am Arbeitsplatz des Verbrauchers ausgehandelten Kauf vor. Dieser Kauf werde mittels Darlehens finanziert. Das Darlehen mag ebenfalls am Arbeitsplatz ausgehandelt sein oder auch nicht. Darlehensgeber sei der Fernabsetzende selbst oder ein anderer Unternehmer. Das Darlehen stehe aber in allen Fällen in so engem Zusammenhang mit dem Kauf, daß beide Geschäfte im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.
- 942 Mit einem Widerruf betreffend das Darlehen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG) schüttelt der Verbraucher gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG zugleich den Kauf ab. Wenn er will, kann der Kunde den Kauf aber auch gelten lassen; § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG besagt lediglich, daß der Kunde nicht mehr an seine Willenserklärung zum verbundenen Kauf gebunden sei. Nicht auszuschließen ist allerdings, daß der Kauf seine Geschäftsgrundlage verliert, wenn das Darlehensgeschäft am Widerruf scheitert. Dem verbundenen Kauf sind in § 9 Abs. 4 VerbrKrG andere verbundene entgeltliche Verträge gleichgestellt. In alles ist der Existenzgründer gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG einbezogen.

10.a Man stelle sich zunächst wiederum einen am Arbeitsplatz des Verbrauchers ausgehandelten Kauf vor. Dieser Kauf werde mittels Darlehens finanziert. Das Darlehen mag ebenfalls am Arbeitsplatz ausgehandelt sein oder auch nicht. Darlehensgeber sei der Fernabsetzende selbst oder ein anderer Unternehmer. Das Darlehen stehe aber in allen Fällen in so engem Zusammenhang mit dem Kauf, daß beide Geschäfte im Sinne von § 358 Abs. 3 BGB als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. 941

Mit einem Widerruf betreffend das Darlehen (§ 495 Abs. 1 BGB) würde der Verbraucher gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB zugleich den Kauf abschütteln. Indessen stuft § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB den Widerruf aus dem Darlehen als nachrangig ein und konzentriert den Widerruf auf das finanzierte Geschäft. Der Widerruf ergibt sich daher aus § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB. Nicht etwa schiebt § 312a Fall 1 BGB ihn wieder ins Verbraucherkreditrecht zurück; das Haustürgeschäft unterfällt nicht deswegen im Sinne von § 312a Fall 1 BGB den Regeln über Verbraucherdarlehensverträge, weil es mit einem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden ist. Der Widerruf nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB strahlt gemäß § 358 Abs. 1 Fall 1 BGB auf das Darlehen aus. Bis hierhin ist der Existenzgründer nicht einbezogen. Da er kein Widerrufsrecht nach § 312 BGB genießt, kann sich die Subsidiaritätsregelung des § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht auswirken. Es bleibt dann bei der Widerruflichkeit des Darlehens nach § 495 Abs. 1 BGB. Diese steht auch Existenzgründern zur Verfügung (§ 507 BGB). Mit einem Widerruf betreffend das Darlehen (§ 495 Abs. 1 BGB) schüttelt der Existenzgründer gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB zugleich den Kauf ab. Wenn er will, kann der Existenzgründer den Kauf aber auch gelten lassen; § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB besagt lediglich, daß der Kunde nicht mehr an seine Willenserklärung zum verbundenen Kauf gebunden sei. Man darf dabei übergehen, daß die Begründung zum Regierungsentwurf von § 358 BGB verkürzend das jeweils andere Geschäft als für ebenfalls widerrufen geltend bezeichnet (Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 200 f.). Denn der Entwurfsverfasser beabsichtigte insoweit keine Änderung der bisherigen Rechtslage (Vorbe-merkung zu § 358, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seite 942

- 943 Alternativ kann sich der Verbraucher (nicht der Existenzgründer) allein vom Kauf durch Widerruf nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 HWG (oder durch Rückgabe nach § 1 Abs. 1 Satz 2 HWG) lösen wollen. Auch dies gelingt ihm – es sei denn, man nehme (zu mißbilligend) an, daß der Kauf wegen seiner Verbindung mit dem Darlehen im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG »die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz« erfülle und deswegen gemäß § 5 Abs. 2 Fall 1 HWG kein Widerruf nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 HWG statfinde. Sieht man den Widerruf nach § 1 HWG nicht durch § 5 Abs. 2 Fall 2 HWG ausgeschlossen, so bleibt das Darlehensgeschäft isoliert bestehen. Freilich bleibt seine Beseitigung durch separaten Widerruf nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG unbenommen. Im übrigen wird das Darlehensgeschäft zumeist wegen vertraglicher Zweckbindung der Darlehenssumme nach Fortfall des verbundenen Geschäfts undurchführbar (unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB) sein oder nur eine ganz geringe Umwidmung erlauben. Oder es entfällt die Geschäftsgrundlage für das Darlehen. Der Verbraucher hat demnach nur geringe Aussicht, den Köder eines möglicherweise attraktiven Darlehens ohne den Haken des ungünstigen verbundenen Geschäfts zu erlangen.
- 944 10.b Wiederum etwas anders liegen die Dinge bei Verbindung eines Fernabsatzgeschäfts mit einem Darlehen. Das Darlehen sei im Fernabsatz oder auf andere Weise zustandegebracht, gewährt seitens des Fernabsatzenden oder eines anderen Unternehmers. Im Darlehensgeschäft findet gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG kein Widerruf statt. Vielmehr erstreckt sich gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG der Widerruf (oder die Rückgabe) zum Fernabsatz auf das vom Fernabsatzunternehmer zugleich gewährte Darlehen. Ebenso wird gemäß § 4 Abs. 2 FernAbsG ein eng verbundenes Darlehensgeschäft mit dritter Seite erfaßt. Der Existenzgründer genießt, da im Fernabsatzgesetz nicht geschützt, kein Widerrufs- oder Rückgaberecht mit dieser Herleitung.

200, rechts). Nicht auszuschließen ist allerdings, daß der Kauf gemäß § 313 Abs. 1 BGB seine Geschäftsgrundlage verliert, wenn das Darlehensgeschäft am Widerruf scheitert. Dem verbundenen Kauf sind in § 358 BGB andere verbundene entgeltliche Verträge gleichgestellt.

Alternativ kann sich der Verbraucher (nicht der Existenzgründer) allein vom Kauf durch Widerruf nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB (oder durch Rückgabe nach § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB) lösen wollen. Auch dies gelingt ihm, weil § 358 Abs. 1 BGB nach Widerruf nur die Gebundenheit des Verbrauchers an das Darlehen ausschließt. Der Verbraucher darf das Darlehen aber auch gelten lassen. Nichtsdestoweniger wird das Darlehensgeschäft zumeist wegen vertraglicher Zweckbindung der Darlehenssumme nach Fortfall des verbundenen Geschäfts undurchführbar (unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB) sein oder nur eine ganz geringe Umwidmung erlauben. Oder es entfällt gemäß § 313 Abs. 1 BGB (als Sonderregelung gegenüber § 314 Abs. 1 BGB; vergleiche ergänzende Hinweise zu Fall 7, unter 3, und zu Fall 8, unter 2) die Geschäftsgrundlage für das Darlehen. Der Verbraucher hat demnach nur geringe Aussicht, den Köder eines möglicherweise attraktiven Darlehens ohne den Haken des ungünstigen verbundenen Geschäfts zu erlangen.

943

10.b Ähnlich liegen die Dinge bei Verbindung eines Fernabsatzgeschäfts mit einem Darlehen. Das Darlehen sei im Fernabsatz oder auf andere Weise zustandegebracht, gewährt seitens des Fernabsetzenden oder eines anderen Unternehmers. Im Darlehensgeschäft findet gemäß § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB kein Widerruf statt. Vielmehr erstreckt sich gemäß § 358 Abs. 1 mit Abs. 2 Satz 2 BGB der Widerruf (oder die Rückgabe) zum Fernabsatz auf das vom Fernabsatzunternehmer zugleich gewährte Darlehen. Ebenso wird gemäß § 358 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB ein eng verbundenes Darlehensgeschäft mit dritter Seite erfaßt. Der Existenzgründer genießt, da im Fernabsatzrecht nicht geschützt, kein Widerrufs- oder Rückgaberecht mit dieser Herleitung.

944

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Theoretisch kann, da nur seine Gebundenheit ausgeschlossen ist, der Verbraucher das Darlehen nach Widerruf im Fernabsatz separat stehen lassen. Doch wird es nach Widerruf im Fernabsatz zumeist nicht ausführbar oder seiner Geschäftsgrundlage verlustig sein.

- 945 Das Widerrufsrecht betreffend das Darlehen aus § 7 VerbrKrG lebt aber wieder auf, falls das Fernabsatzgesetz keinen Widerruf gewährt (§ 8 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG). Widerruf im Darlehen entlastet den Kunden dann nach § 9 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 VerbrKrG auch vom Fernabsatzgeschäft. Von dieser Regelung profitiert wegen § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG der Existenzgründer ebenfalls. Der Kunde kann, wenn er mag, das Fernabsatzgeschäft aber auch stehen lassen. Dann stellt sich freilich unter Umständen das Problem der Geschäftsgrundlage.
- 946 10.c Von besonderem Reiz ist die Verbindung eines Darlehens mit einem am Arbeitsplatz ausgehandelten oder aus der Ferne geschlossenen Finanzierungsleasingvertrag, Ratenlieferungsvertrag, Abonnement oder Rahmenvertrag für Wiederkehrbelieferung. Die Finanzierung eines derartigen Geschäfts, das selbst bereits eine Kreditkomponente enthält, kann beispielsweise für größere Einmalzahlungen oder zur leichteren Bedienung eines Zahlungsplanes notwendig sein.
- 947 Obwohl am Arbeitsplatz ausgehandelt, entziehen die durch das Darlehen finanzierten Geschäfte sich dem Widerruf nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 HWG. Denn es sind Geschäfte nach dem Verbraucherkreditgesetz, was nach § 5 Abs. 2 Fall 1 HWG Ausschlußtatbestand ist. Ihre Widerruflichkeit folgt aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG, auch für Existenzgründer (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Widerruflich für Verbraucher und Existenzgründer gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG ist aber auch das Darlehen. Ein Widerruf dort schlägt nach § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG auf das finanzierte Geschäft durch.

Theoretisch kann, da nur seine Gebundenheit ausgeschlossen ist, der Verbraucher das Darlehen nach Widerruf im Fernabsatz separat stehen lassen. Doch wird es nach Widerruf im Fernabsatz zumeist nicht ausführbar oder gemäß § 313 Abs. 1 BGB (als Sonderregelung gegenüber § 314 Abs. 1 BGB) seiner Geschäftsgrundlage verlustig sein.

Das Widerrufsrecht betreffend das Darlehen aus § 495 BGB lebt aber wieder auf, falls das Fernabsatzgesetz keinen Widerruf gewährt (§ 358 Abs. 2 Satz 2 BGB). Widerruf im Darlehen entlastet den Kunden dann nach § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB auch vom Fernabsatzgeschäft. Von dieser Regelung profitiert wegen § 507 BGB der Existenzgründer ebenfalls. Der Kunde kann, wenn er mag, das Fernabsatzgeschäft aber auch stehen lassen. Dann stellt sich freilich unter Umständen gemäß § 313 Abs. 1 BGB das Problem der Geschäftsgrundlage. 945

10.c Von besonderem Reiz ist die Verbindung eines Darlehens mit einem am Arbeitsplatz ausgehandelten oder aus der Ferne geschlossenen Finanzierungsleasingvertrag, Ratenlieferungsvertrag, Abonnement oder Rahmenvertrag für Wiederkehrbelieferung. Die Finanzierung eines derartigen Geschäfts, das selbst bereits eine Kreditkomponente enthält, kann beispielsweise für größere Einmalzahlungen oder zur leichteren Bedienung eines Zahlungsplanes notwendig sein. 946

Obwohl am Arbeitsplatz ausgehandelt, entzieht das durch das Darlehen finanzierte Finanzierungsleasinggeschäft sich dem Widerruf nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB. Denn es ist ein Geschäft über eine Finanzierungshilfe nach dem Verbraucherkreditrecht, was nach § 312a Fall 2 BGB Ausschlußtatbestand ist. Seine Widerruflichkeit folgt aus § 495 Abs. 1 BGB mit §§ 499 Abs. 1, 500 BGB, auch für Existenzgründer (§ 507 BGB). Widerruflich für Verbraucher und Existenzgründer gemäß § 495 Abs. 1 BGB ist aber eigentlich auch das Darlehen. Ein Widerruf dort schließe nach § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB auf das finanzierte Leasinggeschäft durch. Doch reduziert § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB die Widerruflichkeit auf das Finanzierungsleasinggeschäft, und § 358 Abs. 1 Fall 2 BGB verleiht dem dort getätigten Widerruf Ausstrahlungswirkung auf das Darlehen. Auch dies betrifft Verbraucher und Existenzgründer gleichermaßen. 947

- 948 Auf Distanz zustandegekommen, sind die mittels des Darlehens finanzierten Geschäfte nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG ohne Existenzgründerschutz widerruflich, soweit nicht ein Ausschluß nach § 1 Abs. 3 FernAbsG besteht. Demnach fällt das Finanzierungsleasinggeschäft als Finanzgeschäft ganz außer Betracht (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 FernAbsG), die übrigen Geschäfte je nach Ware (§§ 1 Abs. 3 Nr. 5, 3 Abs. 2 FernAbsG). Auf der anderen Seite steht der Widerruf der im Fernabsatz getätigten Geschäfte in ihrer Eigenschaft als Kreditgeschäfte nach § 1 Abs. 2 Fall 3 VerbrKrG oder § 2 Nr. 1 bis 3 VerbrKrG. Dieser Widerruf ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG und steht auch dem Existenzgründer zu (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Ratenlieferung, Abonnement und wiederkehrende Lieferung können demnach aus doppelter Ursache widerruflich sein.
- 949 Außerdem kommt Widerruf im Darlehen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG mit Auswirkung auf das verbundene Geschäft gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 VerbrKrG in Betracht. Der Widerruf nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Verbraucherkreditgesetz geschähe mit Existenzgründerschutz gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG. Doch trifft das nur das darlehensgestützte Finanzierungsleasinggeschäft und die sonst in §§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 2 FernAbsG vom Fernabsatz-Widerruf ausgenommenen Geschäfte, nicht hingegen Ratenlieferung, Abonnement und wieder-

Das Geschäft über Ratenlieferung, Abonnement oder wiederkehrende Lieferung ist sowohl für Verbraucher gemäß § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB widerruflich als auch gemäß § 507 BGB für Existenzgründer. Der Widerruf hiernach strahlt nach § 358 Abs. 1 Fall 1 BGB ebenfalls auf das Darlehen aus. Das Darlehen selbst ist gemäß § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB dem Widerruf entzogen. Daneben steht für den Verbraucher, nicht hingegen für den Existenzgründer, die Widerruflichkeit des Umsatzgeschäftes nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BGB; wiederum strahlt der Widerruf gemäß § 358 Abs. 1 Fall 1 BGB auf das Darlehen aus.

Auf Distanz zustandegekommen, sind die mittels des Darlehens finanzierten Geschäfte nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Existenzgründerschutz widerruflich, soweit nicht ein Ausschluß nach § 312b Abs. 3 BGB oder § 312d Abs. 4 BGB besteht. Demnach fällt das Finanzierungsleasinggeschäft als Finanzgeschäft ganz außer Betracht (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB), die übrigen Geschäfte je nach Ware (§§ 312b Abs. 3 Nr. 5, 312d Abs. 4 BGB). Auf der anderen Seite steht der Widerruf der im Fernabsatz getätigten Geschäfte in ihrer Eigenschaft als Kreditgeschäfte nach §§ 499 Abs. 1, 500 BGB oder als systematisch verwandte Geschäfte nach § 505 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BGB. Dieser Widerruf ergibt sich aus § 495 Abs. 1 BGB beziehungsweise aus § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB und steht auch dem Existenzgründer zu (§ 507 BGB). Die »Ratenlieferung« kann demnach aus doppelter Ursache widerruflich sein. Soweit für das Finanzierungsleasing schon unabhängig von einem Darlehen die Regeln des verbundenen Geschäfts entsprechend anzuwenden sein sollen (siehe § 500 BGB), hat das auf die Verortung des Widerrufsrechts in § 495 Abs. 1 BGB keinen Einfluß (vergleiche oben zu 9.a).

948

Außerdem kommt Widerruf im Darlehen nach § 495 Abs. 1 BGB mit Auswirkung auf das verbundene Geschäft gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB in Betracht. Der Widerruf nach § 495 Abs. 1 BGB geschähe mit Existenzgründerschutz gemäß § 507 BGB. Doch trifft das weder das darlehensgestützte Finanzierungsleasinggeschäft noch die »Ratenlieferung«, gleichviel ob sie in §§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 2 FernAbsG vom Fernabsatz-Widerruf ausgenommen sind oder nicht. Denn man muß in jedem Falle die Ausschlüsse nach § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB für aus sich

949

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

kehrende Lieferung überhaupt. Denn man muß die Ausschlüsse nach § 8 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG für Fernabsatzgeschäfte berücksichtigen. Gerade weil die Geschäfte mit einem Darlehen des Fernabsetzenden (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 mit Abs. 1 VerbrKrG) oder eines Dritten (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 VerbrKrG) verbunden sind, entfällt das Widerrufsrecht nach Verbraucherkreditgesetz. Das Fernabsatzgeschäft ist nämlich, wie zuvor gesehen, für sich genommen schon nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG widerruflich – gegebenenfalls mit Existenzgründerschutz und teilweise doppelt. Einer zweiten oder gar dritten Widerruflichkeit unter dem Gesichtspunkt des Kredites bedarf es nicht. Und das hinzugetretene Darlehen selbst, gewährt vom Fernabsetzenden oder von einem Dritten, wird schon nach § 4 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1 FernAbsG vom Widerruf im finanzierten Fernabsatzgeschäft erfaßt (zumindest ist der Kunde nicht länger gebunden). Nur wo der Verweis aus § 8 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG in das Fernabsatzgesetz nicht zum Widerruf führt, bleibt die Widerrufsmöglichkeit sowohl für das Fernabsatzgeschäft aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG als auch für das Darlehen aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG samt Koppelwirkung nach § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG erhalten (§ 8 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG). Das nützt dem Kunden in den oben erwähnten Ausschlüssen nach § 1 Abs. 3 FernAbsG und dem generell vom Fernabsatzgesetz mißachteten Existenzgründer.

- 950 11. Gänzlich getrennt und ohne Rangabstufung stehen die Widerrufsmöglichkeiten, wenn Darlehen und Umsatzgeschäft nicht miteinander »verbunden« sind. Namentlich trifft das den vom Verbraucher »auf eigene Faust« besorgten Kredit. Nichtsdestoweniger kann das bei Widerruf im Umsatzgeschäft übrigbleibende Darlehen wegen enger Zweckbindung undurchführbar (unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB) werden. Zu bedenken bleibt auch Durchschlagen eines Widerrufs auf das je andere Geschäft nach den Regeln über Wegfall der Geschäftsgrundlage.
- 951 12. Ausübung und Folgen des Widerrufs sind Ausübung und Folgen des Rücktritts angeleglichen (§ 361a Abs. 2 Satz 1 BGB; vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 10). Zum Vorteil des Kunden finden allerdings keine entsprechende Anwendung die Vorschriften über den Ausschluß des Rücktritts wegen Unmöglichkeit, Verarbeitung oder

heraus widerrufliche Geschäfte und somit auch Fernabsatzgeschäfte und Finanzierungshilfeschäfte oder Geschäfte über »Ratenlieferung« berücksichtigen. Gerade weil die Geschäfte mit einem Darlehen des Fernabsetzenden oder eines anderen Unternehmers verbunden sind, entfällt das Widerrufsrecht nach Verbraucherkreditrecht. Das Fernabsatzgeschäft ist nämlich, wie zuvor gesehen, für sich genommen schon nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB oder nach §§ 495 Abs. 1, 499 Abs. 1, 500 BGB oder nach § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB widerruflich – gegebenenfalls mit Existenzgründerschutz und teilweise doppelt. Einer zweiten oder gar dritten Widerruflichkeit unter dem Gesichtspunkt des Kredites bedarf es nicht. Und das hinzugetretene Darlehen selbst, gewährt vom Fernabsetzenden oder von einem Dritten, wird schon nach § 358 Abs. 1 BGB vom Widerruf im finanzierten Fernabsatzgeschäft erfaßt (zumindest ist der Kunde nicht länger gebunden). Da der Verweis aus § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB in das Widerrufsrecht aus Fernabsatzrecht, Finanzierungshilfe oder »Ratenlieferung« in keinem Fall ins Leere geht, bleibt die Widerrufsmöglichkeit für das Darlehen aus § 495 Abs. 1 BGB samt Koppelwirkung nach § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB niemals erhalten.

11. Gänzlich getrennt und ohne Rangabstufung stehen die Widerrufsmöglichkeiten, wenn Darlehen und Umsatzgeschäft nicht miteinander »verbunden« sind. Namentlich trifft das den vom Verbraucher »auf eigene Faust« besorgten Kredit. Nichtsdestoweniger kann das bei Widerruf im Umsatzgeschäft übrigbleibende Darlehen wegen enger Zweckbindung undurchführbar (unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB) werden. Zu bedenken bleibt auch Durchschlagen eines Widerrufs auf das je andere Geschäft nach den Regeln über Wegfall der Geschäftsgrundlage. 950

12. Ausübung und Folgen des Widerrufs sind Ausübung und Folgen des Rücktritts angeglichen (§ 357 Abs. 1 Satz 1 BGB; vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 10). Zum Vorteil des Kunden findet kein Ausschluß wegen Unmöglichkeit, Verarbeitung oder Verfügung statt. Der Kunde darf also beispielsweise auch dann widerrufen, wenn 951

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Verfügung nach §§ 351 bis 353 BGB (§ 361a Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 2 BGB). Der Kunde darf also beispielsweise auch dann widerrufen, wenn er das im Fernabsatz erworbene Kaufobjekt fahrlässig zerstörte. Freilich schuldet er Wertausgleich (§ 361a Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 1 BGB). Der Haftungsmaßstab ist allerdings für den nicht über sein Widerrufsrecht belehrten Verbraucher auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit abgemildert (§ 361a Abs. 2 Satz 5 BGB); das Gesetz unterstellt hier, daß der Verbraucher (oder gegebenenfalls der Existenzgründer) einstweilen nichts von einer Rückgabepflicht ahnen kann und sucht die Nähe zum Mindestmaß eigenüblicher Sorgfalt (§ 277 BGB).

- 952 Schon gezahltes Geld wird dem Widerrufenden nicht nur erstattet (§ 346 Satz 1 BGB mit § 361a Abs. 2 Satz 1 BGB), sondern auch verzinst (§§ 347 Satz 3, 361a Abs. 2 Satz 1 BGB); und zwar mit vier Prozent (§ 246 BGB; betrifft Verbraucher und nichtkaufmännischen Existenzgründer) oder mit fünf Prozent (§ 352 Abs. 1 Satz 1 HGB; betrifft kaufmännischen Existenzgründer im Geschäft mit Kaufmann). Wegen der Rückzahlung gerät der Unternehmer dreißig Tage nach der Widerrufserklärung (§ 349 BGB mit § 361a Abs. 2 Satz 1 BGB) ohne Mahnung in Schuldnerverzug (§ 284 Abs. 3 BGB mit § 361a Abs. 2 Satz 2 BGB).

er das im Fernabsatz erworbene Kaufobjekt fahrlässig zerstörte. Freilich schuldet er Wertausgleich (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder 3 BGB). Der Haftungsmaßstab ist allerdings betreffend Verschlechterung oder Untergang für den nicht über sein Widerrufsrecht belehrten Verbraucher auf eigenübliche Sorgfalt abgemildert (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB mit § 357 Abs. 3 Satz 3 BGB); das Gesetz unterstellt hier, daß der Verbraucher (oder gegebenenfalls der Existenzgründer) einstweilen nichts von einer Rückgabepflicht ahnen kann. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bleiben aber stets zu verantworten (§ 277 BGB).

Schon gezahltes Geld wird dem Widerrufenden grundsätzlich nur erstattet (§ 346 Satz 1 BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht auch verzinst. Nur wirklich vom Rückzahlungspflichtigen gewonnene Zinsen muß er als gezogene Nutzungen (§§ 99, 100 BGB) herausgeben (§ 346 Abs. 1 am Ende BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für nicht gezogene Nutzungen schuldet er Wertersatz nur, soweit er sie bei ordnungsgemäßer Wirtschaft hätte ziehen können (§ 347 Abs. 1 Satz 1 BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB). Wegen der Rückzahlung gerät in der Vorstellung der Entwurfsverfasser der Unternehmer dreißig Tage nach der Widerrufserklärung (§ 349 BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB) ohne Mahnung in Schuldnerverzug; anders ist der Verweis auf § 286 Abs. 3 BGB in § 357 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu erklären. Indessen geht der Verweis fehl. § 286 Abs. 3 BGB betrifft nur Entgeltforderungen, nicht Geldforderungen schlechthin. Der Verweis auf § 286 Abs. 3 BGB stammt noch aus einem Entwurfsstadium, worin § 286 Abs. 3 BGB für jede Geldforderung offen war (siehe §§ 286 und 357 BGB im Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 7, rechts, und 18, links). Man kann nun entweder den Verweis in § 357 Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 286 Abs. 3 BGB als gegenstandslos ignorieren oder ihn als eine eigenständige Regelung über den Eintritt des Schuldnerverzuges begreifen. Letzteres scheint vorzugswürdig, weil der Gesetzgeber bei der letztgültigen Formulierung von § 286 Abs. 3 BGB nicht bewußt die schon dem alten Schuldrecht bekannte Begünstigung des Widerrufsberechtigten abschneiden wollte.

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 953 Für Nutzungen (§§ 99, 100 BGB), die der Kunde aus einer Sache gewann, schuldet er Wertausgleich (§ 361a Abs. 2 Satz 6 Halbsatz 1 Fälle 1 und 2 BGB). Nämliches gilt für andere bezogene Leistungen, die nicht schlicht nach § 346 Satz 1 BGB erstattet werden können (§ 361a Abs. 2 Satz 6 Halbsatz 1 Fall 3 BGB). Für eine Wertminderung aus bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme der Sache oder Inanspruchnahme der Leistung muß der Verbraucher (Existenzgründer) hingegen nicht aufkommen (§ 361 Abs. 2 Satz 6 Halbsatz 2 BGB). Sehr viele Waren, namentlich Kraftfahrzeuge, büßen in der Anschauung des Marktes unabhängig vom Maß ihrer Benutzung schon dadurch, daß sie in eine Kundenhand gelangen, einen Teil ihres Wertes ein. Dies und auch die normale Abnutzung im weiteren Gebrauch sind das Risiko des Unternehmers. Er begegnet dem durch Herabstufung des Verbrauchers zu einem Kunden zweiter Klasse, vor allem in entsprechender Preiskalkulation oder durch Belieferung erst nach mutmaßlichem Ablauf der Widerrufsfrist.
- 954 13. Für Klagen um Haustürgeschäfte enthält § 7 HWG eine ausschließliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit. Sie bewirkt, daß das Verfahren räumliche Nähe zum Kunden hat. Abweichung ist – abgesehen von den Fällen des § 7 Abs. 2 HWG – weder durch Vereinba-

Für Nutzungen (§§ 99, 100 BGB), die der Kunde aus einer Sache gewann, schuldet er Wertausgleich (§ 346 Abs. 1 am Ende, Abs. 2 Nr. 1 BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nämliches gilt für andere bezogene Leistungen, die nicht schlicht nach §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB erstattet werden können (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für eine »Verschlechterung« aus bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme der Sache oder Inanspruchnahme der Leistung muß der Verbraucher (Existenzgründer) aufkommen (§ 357 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Sehr viele Waren, namentlich Kraftfahrzeuge, büßen in der Anschauung des Marktes unabhängig vom Maß ihrer Benutzung schon dadurch, daß sie in eine Kundenhand gelangen, einen Teil ihres Wertes ein und sind »verschlechtert«. Dies und auch die normale Abnutzung im weiteren Gebrauch sind das Risiko des Widerrufsberechtigten. Allerdings trifft ihn dieses Risiko nur dann, wenn er hierüber und über eine Möglichkeit belehrt wurde, die Verschlechterung zu vermeiden (§ 357 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 BGB). Abgesehen davon braucht der Widerrufsberechtigte auch nicht die durch bloße Prüfung der Sache eintretende Verschlechterung – die schon in Versehrtheit der Originalverpackung liegen kann – auszugleichen. Für widerrufsberechtigte Kraftfahrzeughersteller empfiehlt es sich daher, vorerst keine Zulassung mit Zuteilung eines gewöhnlichen amtlichen Kennzeichens (§§ 18 Abs. 1, 23 StVZO) und Eintrag im Fahrzeugbrief (§ 25 Abs. 1 Satz 1 StVZO) anzustrengen, sondern nur ein rotes Kennzeichen (§ 28 Abs. 1 StVZO) oder ein schwarzes Kurzzeitkennzeichen (§ 28 Abs. 4 StVZO) zwecks Probefahrt zu beantragen. Darauf sollte auch die vom Kraftfahrzeughändler erteilte Belehrung zielen. Ein Restrisiko bleibt hiernach beim Unternehmer. Er begegnet dem durch Herabstufung des Verbrauchers zu einem Kunden zweiter Klasse, vor allem in entsprechender Preiskalkulation oder durch Belieferung erst nach mutmaßlichem Ablauf der Widerrufsfrist.

13. Für Klagen um Haustürgeschäfte enthält § 29c Abs. 1 Satz 2 ZPO eine einseitig ausschließliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit. Sie bewirkt, daß das Verfahren unweigerlich räumliche Nähe zum Kunden hat, wenn er der Beklagte ist. Abweichung ist – abgesehen von den Fällen des § 29c Abs. 3 ZPO – weder durch Vereinbarung mög-

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

rung möglich (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 ZPO) noch durch rügeloses Einlassen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

## Fall 9: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

lich (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 ZPO) noch durch rügeloses Einlassen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Dem klagenden Verbraucher sind jedoch keine Fesseln angelegt. Er kann gemäß § 29c Abs. 1 Satz 2 ZPO beim heimischen Gericht klagen, kann aber gemäß § 35 ZPO auch den allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12 ff. ZPO) des Unternehmers wählen. Tut er letzteres, wird freilich auch der Unternehmer für eine etwaige Widerklage frei (§ 29c Abs. 2 ZPO, die Beschränkung des § 33 Abs. 2 ZPO, welche ihrerseits an Indisponibilität des Gerichtsstandes anknüpft, aufhebend und so die Widerklage beim »falschen« Gericht zulassend).

## Fall 10 Schimmeliges Schwarzbrot: Sachmangel beim Kauf ohne Vertragsgestaltung

- 1001 Karlheinz besorgt sich in der Bäckerei des Blasius ein eingewickeltes Pfund Schwarzbrot. Zu Hause stellt er anderentags fest, daß das Brot schimmelig ist. Karlheinz bringt das Brot in die Bäckerei zurück und verlangt sein Geld heraus. Die Verkäuferin Vanessa, welche ihn bedient hatte, entgegnet jedoch, dies sei nicht möglich, da man ihres Wissens Lebensmittel nicht umtauschen dürfe.

Kann Karlheinz Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe des Pfundes Schwarzbrot verlangen?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

- 1002 Die Frage zielt auf einen Anspruch Karlheinz' gegen Blasius. Als zugrunde liegende Rechtsbeziehung zwischen den beiden kommt Kauf oder Werklieferung in Frage. Die Bezeichnung der Ladenmitarbeiterin als »Verkäuferin« ist ohne weiteres als landläufig, nicht im Rechtssinne gemeint zu erkennen.

Karlheinz knüpft sein Begehren daran an, daß das Brot verdorben ist. Deswegen muß man die Regeln über den Sachmangel beim Kauf heranziehen. Um sogenannten Umtausch, für den der Käufer keine Gründe anzugeben braucht, geht es ihm nicht. Vanessa setzt die beiden Wege, vom Kauf Abstand zu nehmen, irrtümlich in eins. Freilich darf das Gutachten die aus der Sicht der Betroffenen formulierten Ziele nicht in einem zu engen Sinne verstehen. Auch Lösungen, die ein gleiches oder ähnliches Ergebnis auf anderem Wege liefern, sind in Betracht zu ziehen. So dürfte das Gutachten eine ernsthaft in Frage kommende Umtauschmöglichkeit nicht übergehen, wenn mit ihrer Hilfe Karlheinz ebenfalls das Kaufgeld zurückzuerlangen vermochte. Eine solche Prüfung liegt jedoch fern, wenn nicht der geringste An-

## Fall 10: Sachmangel beim Kauf ohne Vertragsgestaltung

haltspunkt dafür vorliegt, daß Blasius und Karlheinz beim Kauf ein Umtauschrecht besonders abgesprochen hätten oder daß zumindest Gepflogenheiten im Ladengeschäft des Blasius oder auch nur in seiner Branche der Kundschaft ein Umtauschrecht vermitteln könnten. Geradezu ein Fehler wäre die Prüfung eines Umtauschrechts allerdings nicht, da immerhin der Sachverhalt schildert, daß eine Mitwirkende an Umtausch denkt. Keinesfalls dürfte indessen über eine Prüfung des Umtausches die Frage nach Aufhebung des Kaufes wegen Sachmangels vernachlässigt werden. Das nachstehend zu lesende Gutachten beschränkt sich auf die Untersuchung des Falls nach Sachmängelrecht.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 1003 1. Karlheinz' Anspruch auf Erstattung des Geldes gegen Rückgabe des Brotes richtet sich gegen Blasius und fußt möglicherweise auf Wandlung eines Kaufs wegen Fehlers der Ware nach § 346 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB, 465, 462 Fall 1, 459 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 1004 2. Karlheinz und Blasius, für den Vanessa als Stellvertreterin nach § 164 BGB oder als Botin auftrat, schlossen über das Schwarzbrot einen Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Brot war als fertige, griffbereite Ware Vertragsgegenstand. Eine Würdigung des Geschäfts anhand von § 651 BGB als Werklieferungsvertrag darf deshalb außer Betracht bleiben.
- 1005 3. Der Schimmel macht das Brot fehlerhaft im Sinne von § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er hebt nach § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB seinen Wert auf. Überdies hebt er gemäß § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB seine Tauglichkeit zu gewöhnlichem Gebrauch auf und dadurch gemäß § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 BGB seine Tauglichkeit zu dem mangels besonderer Umstände mit dem gewöhnlichen Gebrauch übereinstimmenden vertraglich vorausgesetzten Gebrauch.
- 1006 Diesen Fehler hat Blasius zu vertreten, wenn er schon bei Gefahrübergang dem Brot anhaftete. Die Gefahr ging gemäß § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Karlheinz über, als Vanessa ihm das Brot aushändigte. Brot, das am Tag nach dem Erwerb Schimmel aufweist, war schon bei Übergabe fehlerhaft. Das gilt nicht allein dann, wenn der Schimmel zwar zur Zeit der Übergabe schon mit dem Auge wahrnehmbar war, aber wegen der Umhüllung dem Blick entzogen. Vielmehr ist es sogar gleichgültig, ob sich der Schimmel überhaupt bei Gefahrübergang bereits zur Sichtbarkeit entwickelt hatte. Es genügt eine Belastung des

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

- 1.a Karlheinz' Anspruch auf Erstattung des Geldes gegen Rückgabe des Brotes richtet sich gegen Blasius und fußt möglicherweise auf Rücktritt von einem Kauf wegen Sachmangels der Ware nach § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 437 Nr. 2 Fall 1, 434 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. 1003
- 1.b Karlheinz und Blasius, für den Vanessa als Stellvertreterin nach § 164 BGB oder als Botin auftrat, schlossen über das Schwarzbrot einen Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Brot war als fertige, griffbereite Ware Vertragsgegenstand. Eine Würdigung des Geschäfts anhand von § 651 BGB als Werklieferungsvertrag darf deshalb außer Betracht bleiben. Ob es sich um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von §§ 474 ff. BGB handelt, bedarf ebenfalls keiner Prüfung, da die Folgen von Mängeln sich stets nach dem allgemeinen Kaufrecht richten. 1004
- 1.c Blasius schuldete als Verkäufer Mangelfreiheit des Brotes nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Schimmel macht das Brot mangelhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. Er hebt seine Eignung für die gewöhnliche Verwendung nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf und dadurch seine Eignung für die mangels besonderer Umstände mit der gewöhnlichen Verwendung übereinstimmende vertraglich vorausgesetzte Verwendung nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB. 1005
- Diese Beschaffenheit ist allerdings nur dann Mangel, wenn sie schon bei Gefahrübergang dem Brot anhaftete. Die Verknüpfung des Mangelbegriffs in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt nicht allein für die vereinbarte Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern generell. Die Gefahr ging gemäß § 446 Satz 1 BGB auf Karlheinz über, als Vanessa ihm das Brot aushändigte. Brot, das am Tag nach dem Erwerb Schimmel aufweist, war schon bei Übergabe fehlerhaft. Das gilt nicht allein dann, wenn der Schimmel zwar zur Zeit der Übergabe schon mit dem Auge wahrnehmbar war, aber wegen der Umhüllung dem Blick entzogen. Vielmehr ist es sogar gleichgültig, ob sich der Schimmel überhaupt bei Gefahrübergang bereits zur Sichtbarkeit entwickelt 1006

## Fall 10: Lösung nach altem Recht

Brot es oder seiner Verpackung mit Sporen, die alsbald sichtbaren Schimmel hervorrufen.

1007 Auf ein Verschulden des Blasius oder seiner Leute kommt es nicht an.

1008 4. Karlheinz hatte wegen des Fehlers gemäß §§ 462, 480 Abs. 1 Satz 1 BGB die Wahl zwischen Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung. Die aufgezählten Rechte sind von einem sogenannten Umtausch streng zu unterscheiden. Die für einen Umtausch nach Ansicht von Vanessa gegebenenfalls bestehenden Einschränkungen spielen deshalb keine Rolle.

Karlheinz entschied sich für eine Rückabwicklung. Zum Vollzug der Wandlung ist allerdings gemäß § 465 Fall 1 BGB Blasius' Einverständnis nötig. Einstweilen hat Karlheinz nur einen Anspruch gegen Blasius auf dessen Einverständniserklärung. Erst nach deren Erhalt hat Karlheinz gemäß dem Wortlaut des Gesetzes das Recht auf Rückerstattung seines Kaufgeldes.

Es besteht indessen Einvernehmen darüber, daß der Käufer nicht in zwei Schritten vorgehen muß, sondern sogleich seinen Anspruch auf die Durchführung der noch zustandezubringenden Wandlung richten kann. Die dogmatische Begründung hierzu ist umstritten. Doch kommt es darauf im Ergebnis nicht an.

1009 5. Die Durchführung der Wandlung folgt gemäß § 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB den Rücktrittsregeln. Karlheinz erhält daher nach § 346 Satz 1 BGB das Kaufgeld zurück, und zwar nach § 348 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Brotes, von Karlheinz seinerseits gemäß § 346 Satz 1 BGB geschuldet.

## Fall 10: Lösung nach neuem Recht

hatte. Es genügt eine Belastung des Brotes oder seiner Verpackung mit Sporen, die alsbald sichtbaren Schimmel hervorrufen.

Auf ein Verschulden des Blasius oder seiner Leute kommt es vorerst nicht an. 1007

1.d Karlheinz hat wegen des Mangels gemäß § 437 BGB die Wahl zwischen Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz. Der Schadensersatz kann als Schadensersatz neben der Leistung und als Schadensersatz statt der Leistung abgerechnet werden. Schadensersatz und Aufwendungsersatz setzen allerdings gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zusätzlich voraus, daß Blasius die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die aufgezählten Rechte sind von einem sogenannten Umtausch streng zu unterscheiden. Die für einen Umtausch nach Ansicht von Vanessa gegebenenfalls bestehenden Einschränkungen spielen deshalb keine Rolle. 1008

Zu beachten ist nun jedoch, daß das Gesetz dem Kunden nur die Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadensersatz neben der Leistung sofort in die Hand gibt. Ansonsten verlangt das Gesetz, daß der Käufer dem Verkäufer zunächst neuerliche Gelegenheit zu ordnungsgemäßer Vertragserfüllung gewähre und dazu eine Frist setze. Namentlich gilt dies für den Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB. Für eine Ausnahme vom Fristerfordernis nach § 323 Abs. 2 BGB oder nach § 440 BGB besteht hier kein Anlaß. Vorderhand kann Karlheinz allein Nacherfüllung fordern. Rücktritt steht Karlheinz derzeit nicht zu.

1.e Unter dem Blickwinkel eines Rücktritts verlangt Karlheinz das Kaufgeld zu unrecht zurück. 1009

2.a Zum Zwecke einer Kaufpreiserstattung muß man auch Schadensersatz statt der Leistung wegen Pflichtverletzung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB mit § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht ziehen. Die Kaufpreiszahlung wäre gegebenenfalls als gemäß § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) durch Rückzahlung auszugleichender Schadensposten aufzufassen. 1010

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Entbehrlichkeit einer Rollenzuweisung . . . . .	1014	11. Unerheblicher Mangel . . . . .	1025
2. Vertretungsmacht . . . . .	1015	12. Nachbesserung . . . . .	1026
3. Verpackung als Nebenpflicht . . . . .	1016	13. Verjährung . . . . .	1027
4. Zusicherung einer Eigenschaft . . . . .	1017	14. Falschlief erung und Lieferung in falscher Menge . . . . .	1028
5. Vertragskosten . . . . .	1019	15. Kauf mit Montageverpflichtung . . . . .	1030
6. Verzinsung des Kaufgeldes . . . . .	1020	16. Gebrauchsanleitung, Montageanleitung, Pflegeanleitung, Warnhinweise . . . . .	1033
7. Nutzungen aus der Kaufsache . . . . .	1021	17. Garantie . . . . .	1034
8. Verwendungen auf die Kaufsache . . . . .	1022	18. Umtausch . . . . .	1035
9. Verschlechterung und Untergang . . . . .	1023	19. Parallelen zwischen Kauf, Schenkung, Miete, Wert und Reise . . . . .	1036
10. Anteilige Kaufgelderstattung nach Minderung . . . . .	1024		

- 2.b Der Kauf ist Schuldverhältnis gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 311 Abs. 1 BGB. Blasius verletzte seine Pflichten hieraus, als Vanessa Karlheinz das schimmelbefallene Brot gab. Das Verhalten Vanessas muß Blasius sich tatbestandlich zurechnen lassen. Vanessa ist seine Erfüllungsgehilfin im Sinne von § 278 BGB. Diese Vorschrift regelt nicht nur die Zurechnung unter dem Gesichtspunkt des Vertretenmüssens, sondern wirkt bereits in die Feststellung objektiver Pflichtverletzung hinein. Vertretenmüssen gemäß § 276 BGB ist Blasius nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu unterstellen. 1011
- 2.c Indessen setzt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls fruchtloses Verstreichen einer Frist zur Nacherfüllung voraus. Hiervon ist keine Ausnahme nach § 281 Abs. 2 BGB oder nach § 440 BGB zu machen. 1012
- 2.d Vorerst ist Karlheinz' Rückzahlungsverlangen auch als Schadensersatzbegehren nicht berechtigt. 1013

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Entbehrlichkeit einer Rollenzuweisung . . . . .	1014	11. Unerheblicher Mangel . . . . .	1025
2. Vertretungsmacht . . . . .	1015	12. Nachbesserung . . . . .	1026
3. Verpackung als Nebenpflicht . . . . .	1016	13. Verjährung . . . . .	1027
4. Zusicherung einer Eigenschaft . . . . .	1017	14. Falschlieferung und Lieferung in falscher Menge . . . . .	1028
5. Vertragskosten . . . . .	1019	15. Kauf mit Montageverpflichtung . . . . .	1030
6. Verzinsung des Kaufgeldes .	1020	16. Gebrauchsanleitung, Montageanleitung, Pflegeanleitung, Warnhinweise . . .	1033
7. Nutzungen aus der Kaufsache . . . . .	1021	17. Garantie . . . . .	1034
8. Verwendungen auf die Kaufsache . . . . .	1022	18. Umtausch . . . . .	1035
9. Verschlechterung und Untergang . . . . .	1023	19. Parallelen zwischen Kauf, Schenkung, Miete, Wert und Reise . . . . .	1036
10. Anteilige Kaufgelderstattung nach Minderung . . . . .	1024		

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1014 1. Im Sachverhalt ist keine Rede von Vertragsgestaltung. Namentlich sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu sehen. Es bedarf daher keiner Verteilung von Rollen wie Verbraucher (§§ 13 BGB, 24a AGBG), Unternehmer (§§ 14 BGB, 24 AGBG) oder Nichtverbraucher-Nichtunternehmer (vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 9, unter 2). Über Sachmängel bei Kauf mit Vertragsgestaltung siehe Fall 11.
- 1015 2. Falls Vanessas Legitimation zum Auftreten für Blasius problematisch gewesen wäre, hätte § 56 HGB geholfen. Vanessa ist Ladenangestellte. § 56 HGB überdeckt vornehmlich Unsicherheiten um die Vertretungsmacht im Sinne von §§ 164, 167, BGB, 54 HGB. Die Vorschrift läßt sich aber gleichermaßen auf Unsicherheiten um die vom Gesetz nicht geregelte Botenmacht anwenden.
- 1016 3. Wäre das Brot nicht schon beim Kauf mitnahmebereit abgepackt gewesen, sondern hätte Vanessa das für sich genommen tadellose Brot erst zur Übergabe an Karlheinz in sporenbefallenes Papier eingewickelt, so könnte man erwägen, ob der Schimmelbefall sich als Schadensersatz auslösende positive Vertragsverletzung wegen Verletzung einer Nebenpflicht nach §§ 280, 286, 325, 326 BGB analog mit § 242 BGB darstellt. Die Rückzahlung des Kaufgeldes wäre dann Schadensersatz nach § 249 Satz 2 BGB. Verpackung offener Ware ist Nebenpflicht. Das Verpackungsmaterial muß rein sein. Doch ist für einen Ersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung hinsichtlich der Entwertung des Kaufgegenstandes kein Raum. Denn das Gewährleistungsrecht erfaßt den Vorfall bereits, indem es in §§ 446 Abs. 1 Satz 1, 459 Abs. 1 Satz 1 BGB den Zeitpunkt der Übergabe für maßgeblich erklärt.
- 1017 4. Zusicherung einer Eigenschaft nach § 459 Abs. 1 BGB bedeutet die Vereinbarung gesteigerter Verantwortung des Verkäufers. Sie liegt nur dann vor, wenn der Verkäufer dem Käufer sein Einstehenwollen gerade auch mit Blick auf die der Gewährleistung beim Kauf im Grund-

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

1. Im Sachverhalt ist keine Rede von Vertragsgestaltung. Namentlich sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu sehen. Es bedarf daher keiner Verteilung von Rollen wie Verbraucher (§§ 13, 310 Abs. 3, 474 Abs. 1 Satz 1, 475 BGB), Unternehmer (§§ 14, 310 Abs. 1, 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder Nichtverbraucher-Nichtunternehmer (vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 9, unter 2). Über Sachmängel bei Kauf mit Vertragsgestaltung siehe Fall 11, wo es um einen Verbrauchsgüterkauf geht. Zum Begriff des Verbrauchsgüterkaufs siehe auch bereits die ergänzenden Hinweise nach neuem Recht zu Fall 9 (unter 3). 1014
2. Falls Vanessas Legitimation zum Auftreten für Blasius problematisch gewesen wäre, hätte § 56 HGB geholfen. Vanessa ist Ladenangestellte. § 56 HGB überdeckt vornehmlich Unsicherheiten um die Vertretungsmacht im Sinne von §§ 164, 167, BGB, 54 HGB. Die Vorschrift läßt sich aber gleichermaßen auf Unsicherheiten um die vom Gesetz nicht geregelte Botenmacht anwenden. 1015
3. Wäre das Brot nicht schon beim Kauf mitnahmebereit abgepackt gewesen, sondern hätte Vanessa das für sich genommen tadellose Brot erst zur Übergabe an Karlheinz in sporenbefallenes Papier eingewickelt, so könnte man erwägen, ob der Schimmelbefall sich als Schadensersatz auslösende Nebenpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB darstellt. Die Rückzahlung des Kaufgeldes wäre dann Schadensersatz nach § 249 Satz 2 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB). Verpackung offener Ware ist Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Das Verpackungsmaterial muß rein sein. Doch ist für diese Begründung des Ersatzanspruchs hinsichtlich der Entwertung des Kaufgegenstandes kein Raum. Denn das Gesetz erfaßt auch diesen Vorfall bereits mit der Haftung für Sachmängel als Haftung für Schlechterfüllung der Hauptpflicht, indem es in §§ 434 Abs. 1 Satz 1, 446 Satz 1 BGB den Zeitpunkt der Übergabe für maßgeblich erklärt. 1016
4. Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nimmt im neuen Sachmängelrecht keine Sonderstellung ein. Im Gegenteil rückt die Abweichung von vereinbarter Beschaffenheit in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB an die Spitze der Auflistung denkbarer Mängel. Besonders intensiver Zusage 1017

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

satz fremde Schadensersatzpflicht nach § 463 Satz 1 BGB vermittelt. Einer ausdrücklichen Absprache bedarf es nicht, doch muß aus den Willenserklärungen die erhöhte Verantwortlichkeit des Verkäufers ablesbar sein.

- 1018 Der Kauf nach Probe (§ 494 BGB) ist nichts anderes als ein Unterfall des Kaufs mit Eigenschaftszusicherung.
- 1019 5. Nach Wandlung muß der Verkäufer dem Käufer gemäß § 467 Satz 2 BGB auch die Vertragskosten ersetzen. Das sind die Aufwendungen, die der Käufer hatte, um den Kaufvertrag zustande zu bringen. Die

bedarf die Haftung für vereinbarte Beschaffenheit nicht. Sie weicht nicht von der Haftung für sonst festzustellende Mängel ab. Die Verpflichtung zum Schadensersatz (§ 437 Nr. 3 Fall 1 BGB) ist gewöhnliche Rechtsfolge jeglichen Mangels. Hat die Zusicherung ein erhöhtes Gewicht erlangt, ungefähr dem gesteigerten Einstandsversprechen des § 459 Abs. 2 BGB alter Fassung entsprechend, so kann Garantie im Sinne von §§ 442, 443, 477 BGB vorliegen. Sorgfältiger Prüfung bedarf dabei die Reichweite der Garantie. Man muß stets nicht allein fragen, ob der Verkäufer eine bestimmte Beschaffenheit besonders betonte. Vielmehr muß die besondere Zusage auch in ihrer Ausrichtung auf die Folgen durchleuchtet werden. Daher haftet nur dann, wenn die ausgetauschten Willenserklärungen es decken, der Verkäufer verschuldensunabhängig (siehe § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf Schadensersatz. Nur soweit überhaupt das Haftungsversprechen reicht, kann es nicht mehr in einem zweiten Schritt durch Haftungsausschluß oder Haftungsbegrenzung entwertet werden (§ 444 Fall 2 BGB). Siehe BARBARA DAUNER-LIEB/JAN THIESSEN, Das neue Leistungsstörungenrecht – Leistungshemmend und störanfällig?, in: DStR 2002, 809, 815. Demnach ist, was sich vordergründig als unzulässige Haftungsbeschränkung darstellt, bei näherem Zusehen vielleicht nichts anderes als frei gewählter Zuschnitt der Garantie. Man muß also eine einheitliche Würdigung von besonderen Versprechungen einerseits und Klauseln über Haftungsgrenzen andererseits vornehmen. Dabei wäre eine zu engherzige Handhabung des durch die Schuldrechtsreform nicht angetasteten Verbotes geltungserhaltender Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen fehl am Platze. Scheitert also eine umfassende, nicht bloß die Garantie konturierende, Haftungsbegrenzung in den Lieferbedingungen des Verkäufers an der Inhaltskontrolle (§ 307 BGB oder § 309 Nr. 7, Nr. 8 BGB), so behält sie doch ihre Geltung als eine Auslegungshilfe bei der Bestimmung des Garantiumfanges.

Der Kauf nach Probe ist nicht mehr eigens geregelt.

1018

5. Für den Ersatz der Vertragskosten nach Rücktritt wegen Mangels enthält das Gesetz keine besondere Vorschrift. Man muß die allgemeine Regelung über Aufwendungsersatz anstelle von Schadensersatz

1019

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

meisten Stimmen fassen darunter aber auch die Kosten der Vertragsabwicklung. Einige Stimmen wollen mit § 467 Satz 2 BGB sogar die Kosten der Rückabwicklung aufgrund der Wandlung auf den Verkäufer abwälzen; gelingt dies, so entlastet das die Rückabwicklung in beträchtlichem Maße von dem Problem, wo denn der Erfüllungsort für die beidseits geschuldete Rückgewähr liege. Ansonsten ist zu erwägen, die Rücksabwicklungskosten unter Schadensersatz wegen Verschuldens des Verkäufers bei Vertragsanbahnung zu fassen. Der Vorwurf würde lauten, der Verkäufer hätte den Käufer nicht in einen nutzlosen Vertrag hineinziehen dürfen. Dazu muß man freilich das Argument überwinden, daß §§ 459ff. BGB, insbesondere § 467 BGB, eine abschließende Regelung zur Rückabwicklung enthalten.

- 1020 6. Den nach Wandlung zu erstattenden Kaufpreis muß der Verkäufer ohne weiteres gemäß §§ 347 Satz 3, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB verzinsen. Der Zinssatz beträgt vier vom Hundert (§ 246 BGB) oder fünf vom Hundert (§ 352 Abs. 1 Satz 1 HGB). Vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 4 (unter 4).
- 1021 7. Der Käufer hat nach Wandlung die aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen (§§ 99f. BGB) dem Verkäufer herauszugeben oder zu vergüten, wie es ein verklagter Besitzer dem Eigentümer schuldet (§ 987 Abs. 1 BGB mit §§ 347 Satz 2 Fall 1 und Satz 1, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Auch den Wert schuldhaft und entgegen den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft versäumter Nutzziehung muß er ersetzen (§ 987 Abs. 2 BGB mit §§ 347 Satz 2 Fall 1 und Satz 1, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB).

statt der Leistung heranziehen (§§ 284, 437 Nr. 3 Fall 2 BGB; lies Begründung zum Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, Seiten 144, links, 225f.). Dabei ist zu bemerken, daß der Rücktritt gemäß § 325 BGB einem Schadensersatzbegehren und damit dem Anspruch auf Aufwendungsersatz nicht im Wege steht. Mit dem Anspruch auf Aufwendungsersatz sind zum einen diejenigen Aufwendungen abzudecken, die der Käufer hatte, um den Kaufvertrag zustande zu bringen. Hinzu kommen zum andern die Kosten der Vertragsabwicklung. Hingegen deckt § 284 BGB nicht die Kosten der Rückabwicklung aufgrund des Rücktritts. Unbenommen bleibt der Ansatz sämtlicher Kosten im Rahmen einer Schadensersatzabrechnung, anknüpfend an den Mangel oder an Verletzung vorvertraglicher Pflicht (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) zur Aufklärung über die Beschaffenheit der Kaufsache. Auf diese Weise lassen sich sogar die Kosten der Rückabwicklung aufgrund des Rücktritts auf den Verkäufer abwälzen; dies entlastet die Rückabwicklung in beträchtlichem Maße von dem Problem, wo denn der Erfüllungsort für die beidseits geschuldete Rückgewähr liege.

6. Den nach Rücktritt zu erstattenden Kaufpreis muß der Verkäufer nicht ohne weiteres verzinsen. Vielmehr schuldet der Verkäufer gemäß § 346 Abs. 1 am Ende BGB Herausgabe der aus dem Kaufgeld gewonnenen Nutzungen (§§ 99f. BGB) oder gegebenenfalls Wertersatz für versäumte Nutzziehung (§ 347 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verkäufer es zu vertreten hat, daß er keine Nutzungen zog. Jedoch ergibt sich eine gewisse Einschränkung daraus, daß die Nutzziehung ihm möglich gewesen sein muß. 1020

7. Der Käufer hat nach Rücktritt die aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen (§§ 99f. BGB) dem Verkäufer herauszugeben (§ 346 Abs. 1 am Ende BGB) oder deren Wert zu ersetzen (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Auch den Wert entgegen den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft versäumter Nutzziehung muß er ersetzen (§ 347 Abs. 1 Satz 1 BGB). Als Rücktrittsberechtigter ist der Käufer aber nur dem Maßstab eigenüblicher Sorgfalt unterworfen (§ 347 Abs. 1 Satz 2 BGB). 1021

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1022 8. Notwendige Verwendungen auf die Kaufsache gleicht der Verkäufer dem Käufer gleichfalls wie im Verhältnis zwischen Eigentümer und verklagtem Besitzer und daher nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag aus (§§ 670, 683, 994 Abs. 2, 347 Satz 2 Fall 2 und Satz 1, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Für bloß nützliche Verwendungen oder Luxusverwendungen braucht der Verkäufer hiernach nicht einzustehen. Davon macht man jedoch mit dem Rechtsgedanken aus § 327 Satz 2 BGB eine Ausnahme zugunsten des Käufers für denjenigen Zeitraum, in welchem er noch nichts von der Rückabwicklung ahnen konnte: Bis zur Kenntnis vom Mangel beurteilt sich daher der Ausgleich von Verwendungen nach den Regeln ungerechtfertigter Bereicherung; der Verkäufer schuldet also dem Käufer Ausgleich für alle bis zur Kenntnis vom Wandlungsgrund getätigten Aufwendungen, durch die er in sonstiger Weise bereichert ist (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 818 Abs. 2 BGB).
- 1023 9. Verschuldete wesentliche Verschlechterung der Kaufsache oder verschuldete Unmöglichkeit ihrer Herausgabe vereitelt die Wandlung (§§ 351 Satz 1, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Im übrigen schuldet der Käufer wie ein verklagter Besitzer Schadensersatz (§§ 989, 347 Satz 1, 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Die Anwendung dieser Regeln beschränkt man jedoch mit Hilfe des Gedankens aus § 327 Satz 2 BGB auf die Zeit, in der der Käufer bereits den Mangel kennt. Außerdem stellt bestimmungsgemäßes Weiterbenutzen und daher Gefährdung der Sache auch nach Kenntnis nicht notwendig einen Sorgfaltsverstoß dar.
- 1024 10. Wenn der Käufer sich für Minderung entscheidet (§ 462 Fall 2 BGB), nachdem er den Kaufpreis schon zahlte, kann er (nach Vollzug der Minderung gemäß § 465 BGB) den gemäß § 472 Abs. 1 BGB errechneten Zuvielbetrag in analoger Anwendung von § 467 Satz 1 BGB wie infolge Rücktritts zurückverlangen.

8. Notwendige Verwendungen auf die Kaufsache gleicht der Verkäufer dem Käufer im Gegenzug zu Rückgabe oder Wertersatz aus (§ 347 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für bloß nützliche Verwendungen oder Luxusverwendungen braucht der Verkäufer nur insoweit einzustehen, als er bereichert ist. 1022

9. Verschuldete Verschlechterung der Kaufsache oder verschuldete Unmöglichkeit ihrer Herausgabe vereitelt den Rücktritt nicht. Der Käufer leistet Wertersatz (§ 346 Abs. 2 BGB), allerdings nur bei Verletzung eigenüblicher Sorgfalt (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB). Außerdem bleibt Verschlechterung durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme außer Betracht (§ 346 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 BGB). 1023

10. Wenn der Käufer sich für Minderung entscheidet (§ 437 Nr. 2 Fall 2 BGB), nachdem er den Kaufpreis schon zahlte, kann er den gemäß § 441 Abs. 3 BGB errechneten Zuvielbetrag gemäß § 441 Abs. 4 Satz 1 BGB zurückverlangen. 1024

Da die Minderung nur an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist auch sie erst nach fruchtlosem Verstreichen einer Nacherfüllungsfrist (vergleiche § 323 Abs. 1 BGB) eröffnet. Dieselbe Kopplung begegnet bei Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1025 11. Eine unerhebliche Beeinträchtigung des Wertes oder der Tauglichkeit ist kein Fehler, der Gewährleistung auslöst (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB).
- 1026 12. Nachbesserung sieht das Gesetz nicht vor. Um ein vertragsgerechtes Ergebnis zu erreichen, kann der Käufer – beim Gattungskauf – lediglich Ersatzlieferung fordern (§ 480 Abs. 1 Satz 1 BGB).
- 1027 13. Die Verjährungsfrage (§§ 477 ff. BGB) war in der Fallösung nicht zu prüfen.

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 3 Fall 1 BGB) im Verhältnis zum Aufwendungsersatz (§§ 284, 437 Nr. 3 Fall 2 BGB).

11. Auch eine unerhebliche Beeinträchtigung der Eignung ist ein Mangel im Sinne von §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434 BGB. Allerdings vermittelt ein unerheblicher Mangel dem Käufer nur geringere Rechte. Der Rücktritt (§ 437 Nr. 1 Fall 1 BGB) ist ausgeschlossen (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB). Falls es sich um einen Kauf mit Dauerschuldcharakter handelt, liegt kein wichtiger Grund vor, der gemäß § 314 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 3 Fall 1 BGB) ist ebenfalls ausgeschlossen (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dies schlägt auf den Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 Fall 2 BGB) durch, da er gemäß § 284 BGB nur an die Stelle von Schadensersatz statt der Leistung tritt. Schadensersatz statt der Leistung nur bezüglich des Mangels bei Aufrechterhaltung des Leistungsprogramms im übrigen (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 3 Fall 1 BGB) bleibt unberührt. Das erlaubt alternativ die anteilige Abrechnung frustrierter Aufwendungen. Minderung bleibt trotz Ankopplung an die Rücktrittsvoraussetzungen ebenfalls unbenommen (§ 441 Abs. 1 Satz 2 BGB). 1025

12. Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) sieht das Gesetz in Gestalt einer Nachbesserung oder einer Ersatzlieferung vor und läßt dem Käufer die Wahl (§ 439 Abs. 1 BGB). Wo Nachbesserung gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist (das verschimmelte Brot kann man nicht mehr genießbar machen), bleibt Ersatzlieferung. Umgekehrt bleibt Nachbesserung, wenn eine Ersatzlieferung ausscheidet, weil ein Unikat verkauft wurde. Neben § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB stellt § 439 Abs. 3 BGB besondere Regeln über Zumutbarkeit auf. Solange nach alldem mindestens eine Form der Nacherfüllung offensteht, muß der Käufer hierzu vor weiteren Schritten zunächst eine Frist setzen. Dies ist für ihn besonders ärgerlich, wenn er schon das Kaufgeld entrichtete und deshalb kein Druckmittel mehr hat. 1026

13. Die Verjährungsfrage (§ 438 BGB) war in der Fallösung nicht zu prüfen. 1027

- 1028 14. Lieferung falscher Ware und Lieferung in falscher Menge sind grundsätzlich keine Fragen der Gewährleistung. Sofern nicht der Käufer die abweichende Lieferung an Erfüllungs Statt annimmt (§ 364 Abs. 1 BGB), bleibt ihm sein ursprünglicher Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser verjährt erst nach Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von dreißig Jahren gemäß § 195 BGB, nicht schon innerhalb der halbjährigen Frist des § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Ausnahme macht freilich der Handelskauf. Ist er für beide Seiten Handelsgeschäft (§ 343 Abs. 1 HGB), so muß der Käufer die Lieferung auf Identität und Quantität prüfen und gegebenenfalls rügen, so als ob ein Sachmangel vorläge (§ 377 HGB in Verbindung mit § 378 HGB). Damit allein wird die Unterscheidung zwischen Fehler einerseits und Identitäts- oder Quantitätsabweichung andererseits allerdings noch nicht entbehrlich. In ausdehnender Auslegung von § 378 HGB oder in Verallgemeinerung des Rechtsgedankens von § 378 HGB wendet man daher auch im übrigen auf die Falschlieferung und die Lieferung in falscher Menge im beiderseitigen Handelskauf das Recht der Gewährleistung für Sachmängel, das heißt §§ 459 ff. BGB, an. Voraussetzung ist aber stets die Genehmigungsfähigkeit der Abweichung im Sinne von § 378 HGB. Damit verschiebt sich letzten Endes nur die Abgrenzungsschwierigkeit.

Besonderheiten bestehen für Rücktritt und Minderung, die als Gestaltungsrechte eigentlich keiner Verjährung unterliegen. Für sie führt das Gesetz eine Quasi-Verjährung ein (§ 218 BGB; § 218 BGB mit § 438 Abs. 5 BGB). Sie knüpft an Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs oder an fiktive Verjährung des wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit entfallenden Nacherfüllungsanspruchs an.

14. Lieferung falscher Ware und Lieferung in zu geringer Menge sind 1028  
allgemein als Fragen der Haftung für Sachmängel eingestuft (§ 434 Abs. 3 BGB). Sofern nicht der Käufer die abweichende Lieferung an Erfüllungs Statt annimmt (§ 364 Abs. 1 BGB), bleibt ihm zwar sein Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Aber der Lieferanspruch behält nicht seine ursprüngliche Eigenschaft, sondern wird zum Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. Dieser verjährt nicht erst nach Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB, sondern schon innerhalb der zweijährigen Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Dies gilt auch für den Handelskauf. Das Gesetz erhebt Genehmigungsfähigkeit der Abweichung nicht zur Voraussetzung. Doch wird man bei krassen Abweichungen ein dem Gegner nachteiliges Beharren auf Gleichsetzung von Sachmangel und Falschlieferung oder Lieferung in falscher Menge für treuwidrig erachten müssen.

Identitätsabweichung und Lieferung in zu geringer Menge sind freilich 1029  
nicht die einzigen Fälle, denen man Nähe zum Sachmangel bescheinigen könnte. Gegebenenfalls wird § 434 Abs. 3 BGB ausdehnend zu interpretieren oder entsprechend anzuwenden sein.

Beispiele hierfür:

- Es sind verschiedene Sachen mit oder ohne Funktionszusammenhang gekauft, und eine fehlt.

- 1030 15. Der Verkäufer kann es als Nebenpflicht übernehmen, eine Kaufsache herzurichten, aufzubauen, zusammensetzen, anzuschließen oder einzubauen. Insgesamt liegt nur ein einziger Vertrag, und zwar ein Kaufvertrag, vor. Fehlerhafte Montage ist nach dem Recht des Werkvertrages (§§ 633 ff. BGB) zu beurteilen. Denkbar ist freilich auch die Aufspaltung des Geschäfts in zwei eigenständige Verträge – einen Kaufvertrag und einen Werkvertrag.
- 1031 Vom Kauf mit Montageverpflichtung ist der reine Werkvertrag (§ 631 BGB) zu unterscheiden, bei welchem Sachen nur als Zutat (vergleiche § 651 Abs. 2 BGB) geliefert werden. So liegt es beispielsweise beim Wartungsvertrag oder beim Reparaturvertrag.

- Der Verkäufer liefert zuviel. Möglicherweise glaubten die Entwurfsverfasser, der Käufer hätte dann keinen Anlaß zur Klage. Zumal dann, wenn er womöglich als Verbraucher nach § 241a BGB (wörtlich genommen) die überschießende Menge nicht herauszugeben hätte. Oder sie vertrauten darauf, daß die Fälle sich stets als Identitätsabweichung behandeln ließen. So, wenn der Verkäufer an Stelle von zwanzig Tuben Senf zu 100 Gramm zwanzig Eimer Senf zu 5 Kilogramm liefert. Aber wie wäre es, wenn statt hundert Stangen Rohstahl von 3 Metern Länge solche von 6 Metern Länge in gleicher Anzahl und mit gleichem Querschnitt, mithin im doppeltem Gesamtgewicht, ankommen?
- Der Verkäufer liefert die richtige Menge in falschen Gebinden. Auch hier könnte bereits die Einstufung als Identitätsfehler helfen. Umgekehrt fragt sich, ob das Sachmangelrecht nach § 434 Abs. 3 Fall 2 BGB auch dann greift, wenn der Verkäufer von sich auch die Zuweglieferung als Teillieferung (im Sinne von § 266 BGB) ausgibt (»Rest folgt«).

15. Der Verkäufer kann es als Nebenpflicht übernehmen, eine Kaufsache herzurichten, aufzubauen, zusammensetzen, anzuschließen oder einzubauen. Insgesamt liegt nur ein einziger Vertrag, und zwar ein Kaufvertrag, vor. Mangelhafte Montage ist nach dem Recht des Kaufvertrages zu beurteilen (§ 434 Abs. 2 Satz 1 BGB). Denkbar ist freilich auch die Aufspaltung des Geschäfts in zwei eigenständige Verträge – einen Kaufvertrag und einen Werkvertrag. 1030

Vom Kauf mit Montageverpflichtung ist der reine Werkvertrag (§ 631 BGB) zu unterscheiden, bei welchem Sachen nur als Zutat geliefert werden. So liegt es beispielsweise beim Wartungsvertrag oder beim Reparaturvertrag. In diesen Fällen liegt freilich eine Trennung von Lieferung und Montage im Interesse von Werkunternehmern. Mit einer Herauslösung der Ersatzteillieferung (die neue Zeitschaltuhr für die Zentralheizung) aus dem Geschäft (Wartung und Reparatur der Zentralheizung) verbessern sie eventuell gemäß §§ 478f. BGB den Rückgriff in die Lieferkette. Überhaupt können Unternehmer dazu neigen, über die für ihre Leistungen notwendigen Zutaten und Verbrauchsmaterialien separate Geschäfte mit ihren Kunden – soweit Ver- 1031

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1032 Ebenfalls abzugrenzen ist der Verkauf einer Sache, die fertig montiert geliefert werden soll. Der Zustand nach Montage erst ist die Sollbeschaffenheit. Montagefehler sind dann ohne weiteres Fehler der Sache im Sinne von § 459 BGB.
- 1033 16. Eine Sache ohne erforderliche Gebrauchsanleitung, ohne erforderliche Montageanleitung, ohne erforderliche Pflegeanleitung oder ohne erforderliche Warnhinweise ist ohne weiteres fehlerhaft im Sinne von § 459 BGB. Dasselbe gilt bei Unrichtigkeit der Anleitungen oder Hinweise.
- 1034 17. Weder eine unselbständige Garantie des Verkäufers noch die selbständige Garantie eines Dritten sind im Gesetz geordnet.
- 1035 18. Den von Wandlung und Ersatzlieferung wegen Sachmangels abzugrenzenden sogenannten Umtausch regelt das Gesetz nicht eigens. Der Käufer hat ein Umtauschrecht, wenn es ihm im Kaufvertrag vorbehalten ist. Das ist Auslegungsfrage nach §§ 133, 157 BGB. Ein Umtauschvorbehalt läßt sich auf verschiedene Weise konstruieren und führt bald zur sofortigen Änderung des Kaufgegenstandes, bald zur Rückgabe der Kaufsache bei Gutschrift des Kaufpreises zugunsten eines späteren anderen Kaufs, bald zur völligen Rückabwicklung des Kaufs. Die Folgen können je allein oder wahlweise – zur Bestimmung des Verkäufers oder zur Bestimmung des Käufers – zur Verfügung stehen. Auch diese näheren Gehalte sind Auslegungsfrage. Auf diese

braucher – zu schließen (bis hin zum Haarwasser für den Haarschnitt, zum Kraftstoff für den zur Gartenpflege eingesetzten Rasenmäher, zum Gips für das Modell nach Gebißabdruck in der Kieferorthopädie).

Ebenfalls abzugrenzen ist der Verkauf einer Sache, die fertig montiert geliefert werden soll. Der Zustand nach Montage erst ist die Sollbeschaffenheit. Montagefehler sind dann ohne weiteres Fehler der Sache im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB. 1032

16. Eine Sache ohne erforderliche Gebrauchsanleitung, ohne erforderliche Montageanleitung, ohne erforderliche Pflegeanleitung oder ohne erforderliche Warnhinweise ist eigentlich ohne weiteres fehlerhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB. Dasselbe gilt bei Unrichtigkeit der Anleitungen oder Hinweise. Doch schafft das Gesetz eine Sonderbehandlung der unrichtigen Montageanleitung. Ihre Fehlerhaftigkeit wird in § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB eigens als Sachmangel beschrieben. Zugleich wird der Fall ausgenommen, daß es – wem auch immer – trotz der Montageanleitung gelang, die Sache zu montieren. Diese Regelung verkennt, daß die schlechte Anleitung bei zwischenzeitlicher Zerlegung oder beim Weiterverkauf hinderlich ist. 1033

17. Sowohl eine unselbständige Garantie des Verkäufers als auch die selbständige Garantie eines Dritten sind teilweise im Gesetz geordnet (§§ 276 Abs. 1 Satz 1, 442 Abs. 1 Satz 2 am Ende, 443, 444 am Ende, 477 BGB). 1034

18. Den von Nacherfüllung und Rücktritt wegen Sachmangels abzugrenzenden sogenannten Umtausch regelt das Gesetz nicht eigens. Der Käufer hat ein Umtauschrecht, wenn es ihm im Kaufvertrag vorbehalten ist. Das ist Auslegungsfrage nach §§ 133, 157 BGB. Ein Umtauschvorbehalt läßt sich auf verschiedene Weise konstruieren und führt bald zur sofortigen Änderung des Kaufgegenstandes, bald zur Rückgabe der Kaufsache bei Gutschrift des Kaufpreises zugunsten eines späteren anderen Kaufs, bald zur völligen Rückabwicklung des Kaufs. Die Folgen können je allein oder wahlweise – zur Bestimmung des Verkäufers oder zur Bestimmung des Käufers – zur Verfügung stehen. Auch diese näheren Gehalte sind Auslegungsfrage. Auf diese 1035

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

Weise kann sich eine Ersetzungsbefugnis des Käufers ergeben (nicht zu verwechseln mit Wahlschuld nach §§ 262 ff. BGB) oder ein Rücktrittsrecht im Sinne von § 346 Satz 1 BGB. Es kann sich um den bloßen Verweis auf ein gesetzliches Widerrufsrecht (§ 361 a BGB) handeln oder um die Vereinbarung eines Rückgaberechts an seiner Stelle (§ 361 b BGB). Wo das Gesetz Widerruf nicht vorsieht, kann sich eine Vereinbarung herausstellen, daß dem Käufer Widerruf oder Rückgabe zustünden, so als ob ein gesetzliches Widerrufsrecht bestünde. Denkbar ist des weiteren eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB), insbesondere in Gestaltung des Geschäfts als Kauf auf Probe (§ 495 Abs. 1 BGB); ebenso eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB).

- 1036 19. Wegen der Parallelen und der Unterschiede in den Haftungsregeln zu Kauf, Schenkung, Miete, Werk und Reise siehe auch die ergänzenden Hinweise zu Fall 17.

## Fall 10: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Weise kann sich eine Ersetzungsbefugnis des Käufers ergeben (nicht zu verwechseln mit Wahlschuld nach §§ 262 ff. BGB) oder ein Rücktrittsrecht im Sinne von § 346 Abs. 1 BGB. Es kann sich um den bloßen Verweis auf ein gesetzliches Widerrufsrecht (§ 355 BGB) handeln oder um die Vereinbarung eines Rückgaberechts an seiner Stelle (§ 356 BGB). Wo das Gesetz Widerruf nicht vorsieht, kann sich eine Vereinbarung herausstellen, daß dem Käufer Widerruf oder Rückgabe zustünden, so als ob ein gesetzliches Widerrufsrecht bestünde. Denkbar ist des weiteren eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB), insbesondere in Gestaltung des Geschäfts als Kauf auf Probe (§ 454 Abs. 1 BGB); ebenso eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB).

19. Wegen der Parallelen und der Unterschiede in den Haftungsregeln zu Kauf, Schenkung, Miete, Werk und Reise siehe auch die ergänzenden Hinweise zu Fall 17. 1036

## Fall 11 Nebelmaschine: Sachmangel beim Kauf mit Vertragsgestaltung

1101 Kevin hat sich im Selbstbedienungs-Elektrogeschäft des Valerius eine topmodische neue Kaffeemaschine ausgesucht, die er nun zur Kasse trägt. Über der Kasse hängt ein auffälliges Schild, auf dem in großen Lettern zu lesen steht:

»Elektro Valerius – Ein Name steht für Super-Qualität.

Nicht immer jedoch können wir Fehler des Produzenten verhindern. Bei berechtigten Reklamationen werden wir den Artikel nach unserer Wahl in Stand setzen oder austauschen. Weitergehende Ansprüche können wir nur bei Fehlschlagen der Reparatur oder des Austausches anerkennen.«

Mit Interesse nimmt Kevin von dem Schild Kenntnis und legt den Karton mit der Ware auf den Ladentisch. Valerius registriert den Betrag im Kassensautomaten. Kevin zahlt. Valerius packt den Karton in eine Plastiktüte und überreicht sie Kevin samt Quittung.

Zu Hause angekommen setzt Kevin die Kaffeemaschine sofort zu einem Reinigungsdurchlauf in Gang. Binnen kurzem ist die ganze Küche eingenebelt. Denn das Gerät ist undicht.

Kevin ist aufgebracht. Da bereits Geschäftsschluß ist, kann er Valerius nicht mehr aufsuchen. Am anderen Tage bricht Kevin noch vor Öffnung des Geschäfts zum Flughafen auf, von wo er in den ersehnten Urlaub entschwebt. Mit der Regulierung des mißglückten Kaffeemaschinenerwerbs hat Kevin niemanden betraut.

Erst sechs Wochen später – der Urlaub ist bereits seit drei Wochen vorüber – begibt Kevin sich zu Valerius. Weil Kevin jegliches Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Valerius verlor, wünscht er Rückzahlung des Geldes. Valerius hingegen verweist auf die Rückseite der von Kevin vorgelegten Quittung. Dort heißt es:

## Fall 11: Sachmangel beim Kauf mit Vertragsgestaltung

»Beanstandungen können nur anerkannt werden, wenn der Kunde sie unverzüglich unter Vorlage des Kassenzettels anbringt.«

Valerius hält schon wegen der mittlerweile verstrichenen Zeit das Verlangen des K für unberechtigt. Im übrigen mag Valerius allenfalls die Undichtigkeit in seiner Werkstatt beheben lassen, was tatsächlich ohne Schwierigkeiten möglich wäre.

Kann K Rückzahlung gegen Rückgabe der Kaffeemaschine verlangen, oder muß er sich mit einer Reparatur abfinden?

---

### **Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Die Fragestellung ist nicht streng auf einen einzigen Anspruch konzentriert. Im Vordergrund steht zwar Kevins Verlangen nach Rückabwicklung des mißratenen Geschäfts. Doch bringt die Aufgabe auch die Alternative eines Reparaturversuches ins Spiel. Die Reparatur erscheint freilich nur als Ausweichen des Händlers vor dem Rückabwicklungsverlangen. Ein Reparaturversuch könnte jedoch ebenso gut auch als Anspruch des Kunden dastehen. Regelmäßig ist ein »zweiter Anlauf« zur ordnungsgemäßen Erfüllung dem Verkäufer – im einzelnen kann das neben der Instandsetzung auch eine Ersatzlieferung sein – Recht und Pflicht zugleich. Gleichwohl wird man das gutachterliche Prüfungsprogramm nicht mit einem Reparaturanspruch ansetzen, wenn die Reparatur nicht das vom Kunden in erster Linie Gewünschte ist, sondern von ihm nur als Notlösung empfunden wird. Man wird dem Anliegen des Kunden nur gerecht, wenn man es in die ihm am nächsten kommende rechtliche Lösung übersetzt. Das ist hier die Rückabwicklung. Nur wenn der Kunde Reparatur verlangt und der Händler sich dagegen sperrt, weil er beispielsweise keinen Sachmangel erkennen will oder die Angelegenheit dem Hersteller zuschieben möchte, gelangt die Frage nach einem Reparaturanspruch des Kunden an die Spitze. 1102

Die alternative Gestaltung der Frage darf den Bearbeiter nicht zu der Annahme verleiten, es gäbe keine dritte Möglichkeit. Vielmehr ist bei 1103

## Fall 11: Lösung nach altem Recht

der Begutachtung auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß Kevin keine von den beiden geschilderten Handhaben hat.

- 1104 Die Prüfung darf auch bei sich aufdrängender Prüfung von Vertragsgestaltung mit dem Gesetz ansetzen, solange das Begehren im Gesetz eine Entsprechung haben kann. Die Vertragsgestaltung ist darauf unter dem Gesichtspunkt einer Bekräftigung oder Einschränkung der grundsätzlich bestehenden Rechte zu untersuchen. Wenn hingegen ein erhöhter Anspruch im Gesetz keine Stütze findet und allein aus der Vertragsgestaltung eine Anspruchsbegründung ableitbar zu sein scheint, wird das Gutachten zwangsläufig sogleich mit den vom Gesetz abweichenden vertraglichen Bestimmungen ansetzen.

---

### **Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 1105 1. Valerius muß Kevins Wunsch nach Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe der Maschine eventuell wegen Wandlung eines Kaufs aufgrund Fehlers der Ware nach § 346 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 467 Satz 1 Halbsatz 1 BGB, 465, 462 Fall 1, 459 Abs. 1 Satz 1 BGB bedienen.
- 1106 2. Kevin schloß mit Valerius spätestens an der Kasse einen Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB ab. Etwaige Bedenken gegen die Aussagen des Schildes über der Kasse und der Rückseite des Zahlungsbeleges gemäß dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berühren nach § 6 Abs. 1 AGBG den grundsätzlichen Bestand des Vertrages nicht.
- 1107 3. Die Undichtigkeit ist ein Fehler der Maschine im Sinne von § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB. Beeinträchtigt sind sowohl der Wert der Maschine gemäß § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB als auch ihre Tauglichkeit, und zwar ihre Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch gemäß § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB wie ihre Tauglichkeit zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch gemäß § 459 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 BGB, welcher in der Regel mit dem gewöhnlichen übereinstimmt. Man darf unterstellen, daß die Undichtigkeit bereits während der Auslage der Ma-

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

- 1.a Valerius muß Kevins Wunsch nach Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe der Maschine eventuell wegen Rücktritts von einem Kauf aufgrund Sachmangels der Ware nach § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 437 Nr. 2 Fall 1, 434 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB bedienen. 1105
- 1.b Kevin schloß mit Valerius spätestens an der Kasse einen Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB ab. Etwaige Bedenken gegen die Aussagen des Schildes über der Kasse und der Rückseite des Zahlungsbeleges gemäß dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berühren nach § 306 Abs. 1 BGB den grundsätzlichen Bestand des Vertrages nicht. 1106
- 1.c Die Undichtigkeit ist ein Fehler der Maschine im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. Beeinträchtigt sind sowohl ihre Eignung zur gewöhnlichen Verwendung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB als auch ihre Eignung zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB, welcher in der Regel mit dem gewöhnlichen übereinstimmt. Grundsätzlich spielt es für die Haftung wegen Sachmangels keine Rolle, ob das Geschäft ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Relevant wird diese Frage je- 1107

## Fall 11: Lösung nach **altem** Recht

schine im Laden vorlag. Damit bestand sie auch bei Gefahrübergang, das heißt bei Übergabe der Maschine an Kevin gemäß § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. Keiner Klärung bedarf, wann genau sich die Übergabe vollzog. Valerius hat deshalb den Fehler verschuldensunabhängig zu vertreten.

- 1108 4. Valerius steht – vorbehaltlich abweichender Vereinbarung – nach § 462 BGB die Wahl zwischen Wandlung und Minderung zu, außerdem kann er gemäß § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB Lieferung einer mangelfreien Maschine verlangen. Valerius wählte Wandlung. Sein Recht hierauf ist, da erst sechs Wochen nach dem Erwerb verstrichen, noch nicht gemäß § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB verjährt. Valerius muß sich demzufolge, zieht man allein die gesetzlichen Vorschriften heran, auf Rückabwicklung einlassen.

doch angesichts der Vermutungsregel in § 476 BGB bereits bei dem für die Feststellung des Fehlers maßgeblichen Zeitpunkt. Käufer Kevin tätigte das Geschäft, soweit ersichtlich, als Verbraucher gemäß § 13 BGB. Verkäufer Valerius trat als Unternehmer gemäß § 14 BGB auf. Die Kaffeemaschine als Kaufgegenstand war eine bewegliche Sache. Das Geschäft ist daher Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB. Man darf gemäß § 476 BGB vermuten, daß die Undichtigkeit bereits bei Gefahrübergang vorlag, das heißt bei Übergabe der Maschine an Kevin gemäß § 446 Satz 1 BGB. Keiner Klärung bedarf, wann genau sich die Übergabe vollzog. Die Mangelhaftigkeit widerspricht Valerius' Pflicht zu mangelfreier Lieferung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auf Verschulden des Valerius oder seiner Leute kommt es zunächst nicht an.

1.d Die Konsequenzen des Mangels sind nach § 437 BGB Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz oder Aufwendungsersatz. Der Schadensersatz kann als Schadensersatz neben der Leistung und als Schadensersatz statt der Leistung abgerechnet werden. Freilich setzen Schadensersatz und Aufwendungsersatz gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zusätzlich voraus, daß Valerius die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

1108

Von den aufgezählten Rechten gewährt das Gesetz dem Kunden allerdings nur die Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadensersatz neben der Leistung sogleich. Ansonsten muß der Käufer dem Verkäufer zunächst eine sogenannte »zweite Chance« geben. Kevin muß, bevor er zurücktritt, Valerius gemäß § 323 Abs. 1 BGB eine Frist setzen, innerhalb deren Valerius nach Kevins Wahl die Maschine instandzusetzen oder gegen eine mangelfreie auszutauschen hat. Kevins Vertrauensverlust rechtfertigt ohne besondere Umstände keine Ausnahme vom Fristerfordernis nach § 323 Abs. 2 BGB oder nach § 440 BGB. Kevin kann gegenwärtig nur einen Nacherfüllungsanspruch geltend machen, dagegen noch nicht zurücktreten. Nach dem Gesetz steht es allerdings nicht in Valerius' Belieben, wie er nacherfülle. Vielmehr trifft gemäß § 439 Abs. 1 BGB Kevin die Wahl zwischen Reparatur und Ersatzlieferung. Sein Recht hierauf ist, da erst sechs Wochen nach dem Erwerb verstrichen, noch nicht gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjährt. Vale-

## Fall 11: Lösung nach altem Recht

- 1109 5. Dem kann aber das Schild über der Kasse oder der Aufdruck auf der Rückseite der Quittung entgegenstehen. Beide Texte wurden möglicherweise Vertragsbestandteile und veränderten Kevins Rechte als Käufer.
- 1110 5.a Zunächst stellt sich die Frage, ob das Wandlungsbegehren gemäß dem Schild über der Kasse durch eine Wahl des Verkäufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zurückgedrängt wird.
- 1111 Die Aufschrift auf dem Schild enthält von Valerius als Verwender für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen. Valerius stellt sie bei Abschluß eines Vertrages, indem er zu dem Vertragsschluß die Einbeziehung der Klauseln wünscht. Es kommt an dieser Stelle noch nicht darauf an, ob dies spätestens mit dem Augenblick des Vertragsschlusses oder erst danach geschieht. Das Stellen der Bedingungen bei Vertragsschluß ist ein Tatbestandsmerkmal finalen Charakters ohne genaue zeitliche Festlegung. Ob der Verwender das von ihm angestrebte Ziel einer Einbeziehung angesichts der Abfolge der Ereignisse wirklich erreicht, ist keine Frage schon der Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern bleibt einer Prüfung nach § 2 AGBG vorbehalten. Es handelt sich demnach bei den Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Es spielt nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG keine Rolle, daß der Kauf im Kern mündlich zustande kam und demgegenüber das Schild körperlich abgetrennt erscheint.
- 1112 Der Text des Schildes entfaltet Wirkung im Kauf, wenn Valerius und Kevin ihn gemäß § 2 AGBG in den Kaufvertrag einbezogen. Es ist davon auszugehen, daß Kevin die Maschine nicht als Unternehmer im Sinne von §§ 14 Abs. 1 Fall 1 BGB, 24 Satz 1 Fall 1 AGBG kaufte. Von einem ausdrücklichen Hinweis des Valerius nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGBG berichtet der Sachverhalt nichts. Ein solcher Hinweis wäre allerdings auch im Selbstbedienungseinzelhandel, der auf zügigen Warenumschlag mit geringem Personaleinsatz eingerichtet ist, mit un-

## Fall 11: Lösung nach neuem Recht

rius kann demzufolge, zieht man allein die gesetzlichen Vorschriften heran, Kevins Reklamation nicht vollkommen abweisen oder einseitig auf Nachbesserung beharren.

1.e Kevins Reklamation und seinem Wahlrecht kann aber das Schild über der Kasse oder der Aufdruck auf der Rückseite der Quittung entgegenstehen. Beide Texte wurden möglicherweise Vertragsbestandteile und veränderten Kevins Rechte als Käufer. 1109

1.e.aa Zunächst stellt sich die Frage, ob Kevin die Wahl zwischen Reparatur und Ersatzlieferung abgenommen ist und er sich dem Ansinnen des Valerius unterwerfen muß. 1110

Die Aufschrift auf dem Schild enthält von Valerius als Verwender für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen. Valerius stellt sie bei Abschluß eines Vertrages, indem er zu dem Vertragsschluß die Einbeziehung der Klauseln wünscht. Es kommt an dieser Stelle noch nicht darauf an, ob dies spätestens mit dem Augenblick des Vertragsschlusses oder erst danach geschieht. Das Stellen der Bedingungen bei Vertragsschluß ist ein Tatbestandsmerkmal finalen Charakters ohne genaue zeitliche Festlegung. Ob der Verwender das von ihm angestrebte Ziel einer Einbeziehung angesichts der Abfolge der Ereignisse wirklich erreicht, ist keine Frage schon der Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern bleibt einer Prüfung nach § 305 Abs. 2 BGB vorbehalten. Es handelt sich demnach bei den Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es spielt nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Rolle, daß der Kauf im Kern mündlich zustande kam und demgegenüber das Schild körperlich abgetrennt erscheint. 1111

Der Text des Schildes entfaltet Wirkung im Kauf, wenn Valerius und Kevin ihn gemäß § 305 Abs. 2 BGB in den Kaufvertrag einbezogen. Es ist davon auszugehen, daß Kevin die Maschine nicht als Unternehmer im Sinne von §§ 14 Abs. 1 Fall 1 BGB, 310 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kaufte. Von einem ausdrücklichen Hinweis des Valerius nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 Fall 1 BGB berichtet der Sachverhalt nichts. Ein solcher Hinweis wäre allerdings auch im Selbstbedienungseinzelhandel, der auf zügigen Warenumschlag mit geringem Personaleinsatz ein- 1112

## Fall 11: Lösung nach altem Recht

verhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden. Andererseits stellt das Schild einen deutlich sichtbaren Aushang dar. Es befindet sich an der Kasse am Ort des Vertragsschlusses. Der Geschäftsverkehr empfindet, wo keine hygienische Bedenken bestehen, den Vertrag nicht schon bei Erfassen der Ware in der Auslage des Selbstbedienungsgeschäfts als abgeschlossen. Vielmehr darf der Kunde ohne weiteres die bereits genommene Ware wieder ablegen. Allenfalls der Händler bindet sich bereits durch ein Angebot im Sinne von § 145 BGB mit der Auslage. Erst an der Kasse kommt der Vertrag zustande. Damit erfüllt das Schild die Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGBG. Kevin hatte nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG Gelegenheit, das Schild in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen. Schließlich brachte er durch vorbehaltlose Mitwirkung an den weiteren Vorgängen sein Einverständnis gemäß § 2 Abs. 1 am Ende AGBG zum Ausdruck. Das Schild ist in den Kaufvertrag einbezogen.

- 1113 Die Klausel auf dem Schild ist jedoch wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden gemäß § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG unwirksam. Eine Beschränkung der Kundenrechte auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung kann nach dieser Vorschrift mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dergestalt wirksam vorgenommen werden, daß für den Fall des Fehlschlagens Rückabwicklung und Preisherabsetzung dem Käufer zu seiner Wahl ausdrücklich und in klarer Beschreibung vorbehalten werden. Diesen Anforderungen wird der Text auf dem Schild nicht gerecht. Ein allgemeiner Verweis auf weitergehende Ansprüche nach Fehlschlagern der Reparatur oder des Austausches genügt nicht. Der Verstoß gegen § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG ist in beiden Sätzen über Reklamationen und Kundenansprüche enthalten. Sie sind insgesamt wirkungslos.
- 1114 Außerdem scheidet die Klausel daran, daß sie nicht allein Wandlung und Minderung, sondern undifferenziert sämtliche denkbaren Ansprüche des Käufers hinter Nachbesserung und Ersatzlieferung zurückdrängt. Das trifft insbesondere die Haftung auf Schadensersatz nach den Regeln positiver Vertragsverletzung (§§ 280, 286, 325, 326 BGB analog mit § 242 BGB). Dabei kann offenbleiben, ob die Klausel sich als Haftungsausschluß auswirkt oder nur als Erschwerung des Zu-

gerichtet ist, mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden. Andererseits stellt das Schild einen deutlich sichtbaren Aushang dar. Es befindet sich an der Kasse am Ort des Vertragsschlusses. Der Geschäftsverkehr empfindet, wo keine hygienische Bedenken bestehen, den Vertrag nicht schon bei Erfassen der Ware in der Auslage des Selbstbedienungsgeschäfts als abgeschlossen. Vielmehr darf der Kunde ohne weiteres die bereits genommene Ware wieder ablegen. Allenfalls der Händler bindet sich bereits durch ein Angebot im Sinne von § 145 BGB mit der Auslage. Erst an der Kasse kommt der Vertrag zustande. Damit erfüllt das Schild die Anforderungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 BGB. Kevin hatte nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB Gelegenheit, das Schild in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen. Schließlich brachte er durch vorbehaltlose Mitwirkung an den weiteren Vorgängen sein Einverständnis gemäß § 305 Abs. 2 am Ende BGB zum Ausdruck. Das Schild ist in den Kaufvertrag einbezogen.

Die Klausel auf dem Schild kann jedoch wegen Benachteiligung des Kunden unwirksam sein. Die Inhaltskontrolle geschieht bei einem Verbrauchsgüterkauf erst in zweiter Linie nach §§ 307 bis 309 BGB. Vorrang hat die Beurteilung nach § 475 BGB, für die es nicht darauf ankommt, ob die Absprachen individuell ausgehandelt wurden oder vorformuliert waren. Seine Gestaltung darf Kevin gemäß § 475 Abs. 1 BGB nicht gegenüber den Haftungsregelungen der §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 BGB benachteiligen. 1113

Das Klauselwerk auf dem Schild scheitert nicht schon daran, daß es anderen Ansprüchen die Reparatur oder Austausch überhaupt vorschaltet. Dies entspricht im Grundsatz dem Gesetz, welches für Rücktritt in § 323 Abs. 1 BGB und für Schadensersatz statt der Leistung in § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Käufer verlangt, daß er dem Verkäufer zunächst eine Frist zur Nacherfüllung setze. Freilich schießt der Nachrang im letzten Satz auf dem Schild über das Gesetz hinaus. Er 1114

## Fall 11: Lösung nach **altem** Recht

griffs. Begriffen als Haftungsausschluß ist die Klausel hinsichtlich Vorsatzes des Valerius nach § 276 Abs. 2 BGB kraftlos. Hinsichtlich grober Fahrlässigkeit des Valerius und Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit seiner Leute steht § 11 Nr. 7 AGBG entgegen. Und hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit des Valerius und seiner Leute liegt nach § 9 Abs. 1 mit Abs. 2 Nr. 1 AGBG unangemessene Benachteiligung des Käufers vor, da die Haftung auf Schadensersatz wegen Verschuldens zu den zentralen Eigenheiten vertraglicher Bindung gehört. Begriffen als Erschwerung des Zugriffs verstößt die Zurückstellung des Schadensersatzanspruches zugunsten eines Reparatur- oder Ersatzlieferungsversuchs gegen § 9 Abs. 1 mit Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Der Käufer erfährt eine Belastung, die sinnlos ist und den Vertragszweck vereitelt, soweit ein bereits eingetretener Schaden nicht mehr durch Reparatur oder Ersatzlieferung ausgeglichen oder verhütet werden kann.

- 1115 Der gemäß § 6 Abs. 1 AGBG im übrigen gültige Kaufvertrag wird gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften beurteilt. Diese kennen keine Möglichkeit für den Verkäufer, dem Wandlungsbegehren mit Nachbesserung oder Ersatzlieferung entgegenzutreten. Also konnte Kevin zumindest am Tage des Geschehens gemäß § 462 Fall 1 BGB rückgängigmachen des Kaufs fordern.
- 1116 5.b Fraglich ist nun aber, ob es dafür nach sechs Wochen zu spät ist, weil der Aufdruck auf der Quittungsrückseite unverzügliche Beanstandung verlangt. Unverzüglich heißt in der Sprache des Gesetzes – nämlich nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB – ohne schuldhaftes Zögern. Diesen Begriff machte sich Valerius möglicherweise zu eigen. Sechswöchiges Schweigen könnte den hiernach verfügbaren Zeitrahmen überschritten haben.
- 1117 Indessen setzt das zunächst voraus, daß der auf der Quittungsrückseite angebrachte Text Vertragsbestandteil wurde. Es handelt sich ebenfalls um eine von Valerius verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung, die er gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG Kevin beim Vertragschluß stellte. Wiederum spielt es für die Einstufung der Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung keine Rolle, daß sie erst nach der Be-

## Fall 11: Lösung nach neuem Recht

drängt auch Ansprüche zurück, welche dem Käufer nach dem Gesetz ohne Fristsetzung zu Gebote stehen. Namentlich trifft das den Schadensersatz neben der Leistung nach den Regeln positiver Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB mit § 241 Abs. 2 BGB). Dieser Anspruch steht Kevin nach § 437 Nr. 3 BGB als Konsequenz aus dem Sachmangel offen. Auf den letzten Satz des Schildes vermag sich daher Valerius gemäß § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu berufen. Das ist jedoch von dem auf dem Schild vorangehenden Satz über die Wahl zwischen Reparatur und Austausch getrennt zu sehen. Indessen weicht dieser Satz seinerseits im Sinne von § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Nachteil des Kunden vom Gesetz ab, indem er dem Käufer die Wahl zwischen den beiden Nacherfüllungswegen abnimmt. Valerius kann sich auch auf diese Klausel nicht berufen.

Der gemäß § 306 Abs. 1 BGB im übrigen gültige Kaufvertrag wird gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften beurteilt. Diese ordnen in § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer die Wahl zu. Also konnte Kevin zumindest am Tage des Geschehens zwar nicht schon rückgängigmachen des Kaufs fordern, aber immerhin Nacherfüllung. Er muß sich nicht unweigerlich auf die Nachbesserung einlassen, sondern kann statt ihrer Ersatzlieferung fordern. 1115

1.e.bb Fraglich ist nun aber, ob es dafür nach sechs Wochen zu spät ist, weil der Aufdruck auf der Quittungsrückseite unverzügliche Beanstandung verlangt. Unverzüglich heißt in der Sprache des Gesetzes – nämlich nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB – ohne schuldhaftes Zögern. Diesen Begriff machte sich Valerius möglicherweise zu eigen. Sechswöchiges Schweigen könnte den hiernach verfügbaren Zeitrahmen überschritten haben. 1116

Indessen setzt das zunächst voraus, daß der auf der Quittungsrückseite angebrachte Text Vertragsbestandteil wurde. Es handelt sich ebenfalls um eine von Valerius verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung, die er gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB Kevin beim Vertragschluß stellte. Wiederum spielt es für die Einstufung der Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung keine Rolle, daß sie erst nach der Be- 1117

## Fall 11: Lösung nach altem Recht

zahlung sichtbar wird. Es genügt der Wille des Valerius, daß sie im Vertrag gelten solle.

- 1118 Die Klausel rückte indessen nicht mehr gemäß § 2 AGBG in den Vertrag ein. Ohne daß der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ganz genau bestimmt werden müßte, steht fest, daß Kevin die Quittung erst nach dem Vertragsschluß erhielt. Damit konnte Valerius schon den Hinweis nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG nicht mehr rechtzeitig geben. Deswegen beurteilt sich die Frage, bis wann Kevin seine Reklamation anzubringen hat, nicht nach dem Quittungsaufdruck, sondern gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Regeln. Diese enthalten für den nichtkaufmännischen Kunden neben der Verjährungsregelung keine Ausschlussfrist.
- 1119 Es kam auch nicht etwa nach dem Kauf mit Hilfe des Quittungsaufdrucks noch ein Änderungsvertrag zustande, wonach Kevin den Mangel hätte unverzüglich melden müssen.
- 1120 5.c Also ist es für Kevins Wandlungsbegehren noch nicht zu spät.
- 1121 6. Kevin kann nach einhelliger (freilich mit dem Wortlaut des Gesetz nur schwer vereinbarer) Meinung trotz der in §§ 465, 467 BGB vorgesehenen Zweistufigkeit von Wandlungsvollzug und Wandlungsdurchführung sofort das verlangen, was sich aus Vollzug der Wandlung ergäbe. Er muß nicht erst Valerius auf Einverständnis mit Wandlung nach § 465 Fall 1 BGB verklagen und die für die automatische Zwangsvollstreckung nach § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO notwendige Rechtskraft eines ihm günstigen Urteils abwarten.
- 1122 7. Kevin hat Anspruch auf Rückzahlung des Kaufgeldes gemäß § 346 Satz 1 BGB mit § 467 Satz 1 BGB, und zwar gemäß § 348 Satz 1 BGB mit § 467 Satz 1 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübergabe der Kaffeemaschine. Er muß sich nicht auf einen Reparaturversuch einlassen.

zahlung sichtbar wird. Es genügt der Wille des Valerius, daß sie im Vertrag gelten solle.

Die Klausel rückte indessen nicht mehr gemäß § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag ein. Ohne daß der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ganz genau bestimmt werden mußte, steht fest, daß Kevin die Quittung erst nach dem Vertragsschluß erhielt. Damit konnte Valerius schon den Hinweis nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht mehr rechtzeitig geben. Deswegen beurteilt sich die Frage, bis wann Kevin seine Reklamation anzubringen hat, nicht nach dem Quittungsaufdruck, sondern gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Regeln. Diese enthalten für den nichtkaufmännischen Kunden neben der Verjährungsregelung keine Ausschußfrist. 1118

Es kam auch nicht etwa nach dem Kauf mit Hilfe des Quittungsaufdrucks noch ein Änderungsvertrag zustande, wonach Kevin den Mangel hätte unverzüglich melden müssen. 1119

1.e.cc Also ist es für Kevins Reklamation noch nicht zu spät. 1120

1.f Kevin hat derzeit Anspruch auf Nacherfüllung und kann noch nicht zurücktreten. Er muß sich aber nicht gerade auf eine Reparatur einlassen, sondern kann auch Ersatzlieferung wählen. Die Ersatzlieferung darf er nach § 348 Satz 1 BGB mit § 439 Abs. 4 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung der defekten Kaffeemaschine beanspruchen. 1122

2.a Kevins Rückzahlungsanspruch läßt sich auch als Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung wegen mehr als nur unerheb- 1123

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |  |      |  |      |
|--|------|--|------|
| 1. Abweichende Aufgabenstellungen . . . . .              | 1127 | b) Wertbeeinträchtigung ohne Tauglichkeitsbeeinträchtigung . . . . . | 1138 |
| a) Umgestaltung . . . . .                                | 1127 | 6. Nacherfüllung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen . . . . .       | 1139 |
| b) Ersatzlieferung . . . . .                             | 1128 | 7. Rückgriff in die Lieferkette . . . . .                            | 1140 |
| c) Nachbesserung . . . . .                               | 1129 | 8. Mangelschaden und Mangelfolgeschaden . . . . .                    | 1149 |
| 2. Haftung für Sachmängel und Schuldnerverzug . . . . .  | 1130 | 9. Abtretung der Rechte aus Sachmängeln . . . . .                    | 1152 |
| 3. Zurückbehaltung des Kaufpreises . . . . .             | 1131 | 10. Gegenstände des Kaufs . . . . .                                  | 1153 |
| 4. Verjährung und Umgestaltung des Kaufs . . . . .       | 1135 |  |      |
| 5. Beeinträchtigung von Wert oder Tauglichkeit . . . . . | 1137 |  |      |
| a) Minderung nur bei Wertbeeinträchtigung . . . . .      | 1137 |  |      |

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

licher Pflichtverletzung gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, 437 Nr. 3 Fall 1 BGB begreifen.

2.b Mit Aushändigung der undichten Kaffeemaschine verletzte Valerius die ihn gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB treffende Pflicht zu mangelfreier Lieferung. Entschuldigung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht feststellbar. Das allein genügt jedoch noch nicht zur Feststellung der Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da es sich nicht um Schadensersatz neben der Leistung sondern um Schadensersatz statt der Leistung handelt, sind nach § 280 Abs. 3 BGB die besonderen Anforderungen des § 281 BGB zu beachten. 1124

3. Die Pflichtverletzung mag nun zwar erheblich im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB sein. Aber § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt von Kevin, Valerius zunächst eine Nacherfüllungsfrist zu setzen. Ausnahmetatbestände nach § 281 Abs. 2 BGB oder nach § 440 BGB greifen nicht ein. 1125

4. Auch unter dem Blickwinkel des Schadensersatzes kann Kevin derzeit keine Rückzahlung erlangen. 1126

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

- |  |      |  |      |
|--|------|--|------|
| 1. Abweichende Aufgabenstellungen . . . . .              | 1127 | b) Wertbeeinträchtigung ohne Tauglichkeitsbeeinträchtigung . . . . . | 1138 |
| a) Umgestaltung . . . . .                                | 1127 | 6. Nacherfüllung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen . . . . .       | 1139 |
| b) Ersatzlieferung . . . . .                             | 1128 | 7. Rückgriff in die Lieferkette . . . . .                            | 1140 |
| c) Nachbesserung . . . . .                               | 1129 | 8. Mangelschaden und Mangelfolgeschaden . . . . .                    | 1149 |
| 2. Haftung für Sachmängel und Schuldnerverzug . . . . .  | 1130 | 9. Abtretung der Rechte aus Sachmängeln . . . . .                    | 1152 |
| 3. Zurückbehaltung des Kaufpreises . . . . .             | 1131 | 10. Gegenstände des Kaufs . . . . .                                  | 1153 |
| 4. Verjährung und Umgestaltung des Kaufs . . . . .       | 1135 |  |      |
| 5. Beeinträchtigung von Wert oder Tauglichkeit . . . . . | 1137 |  |      |
| a) Minderung nur bei Wertbeeinträchtigung . . . . .      | 1137 |  |      |

- 1127 1.a Die Aufgabenstellung mündete in die Frage nach bestimmten Konsequenzen. Sie hätte aber auch darauf verzichten können, mögliche Konsequenzen namhaft zu machen. Wenn ganz offen nach den Möglichkeiten des Käufers gefragt ist, kann man statt der letzten Konsequenz zunächst Zwischenziele formulieren. Insbesondere könnte man in ersten Schritten Ansprüche auf Wandlung gemäß §§ 462 Fall 1, 459 Abs. 1 BGB oder auf Minderung gemäß §§ 462 Fall 2, 459 Abs. 1 BGB prüfen. Die Frage nach Vollzug und Durchführung (also die Frage nach Rückzahlung gemäß § 346 Satz 1 BGB mit §§ 467 Satz 1, 465 Fall 1 BGB wegen Wandlung oder Rückzahlung gemäß § 346 Satz 1 BGB mit §§ 467 Satz 1 BGB analog, 465 Fall 2 BGB wegen Minderung) behielte man dann einem neuen Prüfungsansatz vor. Eine solche Einteilung nimmt Rücksicht darauf, daß es dem Käufer unbenommen bleibt, bei Unwilligkeit des Verkäufers vom Wandlungs- oder Minderungsbegehren wieder abzurücken.

Je nach Fallbeschreibung ist bereits der Zivilprozeß ins Auge zu fassen. Die Klage darf sich auf Einverständnis mit Wandlung oder Minderung beschränken. Sie darf aber auch sogleich auf Durchführung gerichtet werden, so als ob Wandlung oder Minderung bereits vollzogen seien. Geht der Käufer auf diese Weise vor, bedarf es keines gleichzeitigen Antrages auf Verurteilung des Verkäufers zur Zustimmung mit Wandlung oder Minderung. Einem trotzdem gestellten Antrag würde regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

1.a Rücktritt und Minderung sind Umgestaltungen des Kaufvertrages, die der Käufer einseitig vornimmt. Für den Rücktritt ergibt sich das aus der allgemeinen Regelung des § 349 BGB. Die Minderung zeigt sich in § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB als Gestaltungsrecht des Käufers. Man darf dabei übergehen, daß § 443 Abs. 3 BGB in unvollkommener Distanzierung von § 472 Abs. 1 BGB alter Fassung anordnet, der Kaufpreis sei »herabzusetzen«. Der Kaufpreis ist mit Erklärung der Minderung schon herabgesetzt. Dabei muß der Käufer in seiner Minderungserklärung (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht einmal einen Betrag angeben. Eine Klage kann der Käufer ohne weiteres sofort auf die Konsequenzen vollzogenen Rücktritts (§§ 346 f. BGB) oder vollzogener Minderung (§§ 346 f. BGB mit § 441 Abs. 4 Satz 2 BGB) richten. Dagegen ist ab Erklärung von Rücktritt und Minderung dem Käufer der Rückzug auf den unveränderten Kaufvertrag nicht mehr möglich. Allenfalls kann man aus Unwilligkeit des Verkäufers, Rücktritt oder Minderung zu befolgen, gemäß § 133 BGB sein Angebot auf Wiederbegründung des Kaufvertrages mit seinem ursprünglichen Gehalt, eventuell verbunden mit Anerkennung der Mängelhaftung im Sinne von § 212 Abs. 1 Nr. 1 Fall 4 BGB, ablesen wollen. Ein derartiges Angebot mag der Käufer annehmen, um dann ein anderes Recht aus Mangelhaftigkeit zu nutzen – falls er nicht damit zugleich eine Vereinbarung über den Verzicht auf Geltendmachen des fraglichen Mangels trifft.

Gestaltend – und das kann den Käufer empfindlich überraschen – wirkt allerdings gemäß § 281 Abs. 4 BGB auch ein Schadensersatzverlangen, wenn es sich nicht um Schadensersatz neben der Leistung handelt, sondern um Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB handelt. Nacherfüllung schneidet der Käufer sich also endgültig ab, sobald er einmal erklärt, er ziehe Schadensersatz der Lieferung vor. Sei es, daß er die Lieferung insgesamt ablehne; sei es daß er an ihr festhalte und lediglich die Nacherfüllung zurückweise. Will er sich die Nacherfüllung offenhalten, wird der Käufer einstweilen diese auch nach Fristablauf weiter einfordern und den Schadensersatz nur hilfsweise geltend machen. Im Zivilprozeß wird sein Hauptantrag ebenfalls vorerst auf Nacherfüllung lauten. Allenfalls hilfsweise erscheint der Schadensersatz statt der Leistung. Aus

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1128 1.b Hätte Kevin Ersatzlieferung gefordert, wäre das Gutachten mit § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusetzen gewesen. Die Kosten weist § 476a BGB in Verbindung mit § 480 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Abweichende Kostenvereinbarungen können an § 9 AGBG scheitern.
- 1129 1.c Hätte er Reparatur verlangt, wäre zu prüfende Anspruchsgrundlage der Kaufvertrag mit etwaiger Einbeziehung der diesbezüglichen Klausel aus dem Schild über der Kasse. Zu einer Nachbesserungsvereinbarung reguliert § 476a BGB die Kostenverteilung. § 11 Nr. 10 Buchstabe c AGBG stattet diese Regelung mit Schutz gegenüber nachteiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers aus.
- 1130 2. Bedient der Verkäufer nicht umgehend den Anspruch des Käufers auf Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung, das heißt verweigert er die Zustimmung beziehungsweise gibt er keine ordentliche Ware im Austausch gegen die mangelhafte, so wird die Fehlerhaftigkeit zugleich Frage des Schuldnerverzuges. Nach Wandlung und Minderung kann erneut Schuldnerverzug wegen der Durchführung eintreten. Vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 4 (Rdn. 359).
- 1131 3. Falls er keine Vorauszahlung verspricht, steht dem Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, solange er die Ware nicht erhält. Die Einrede hat der Käufer in ausdehnender unmittelbarer oder in entsprechender Anwendung von § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB auch, wenn er die Kaufsache wegen Fehlerhaftigkeit nicht abnimmt. Denn nur eine ordentliche Sache ist er nach § 433 Abs. 2 BGB abzunehmen verpflichtet. Solange ihm der Verkäufer

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

dem Nachrang rückt dann der Schadensersatz hervor, wenn der klagende Käufer dem Nacherfüllungsbegehren durch Ablehnen den Boden entzieht oder wenn es sich als undurchführbar oder dem Verkäufer nicht zuzumuten erweisen sollte. Unbenommen ist dem Käufer, zunächst ausschließlich Nacherfüllung einzuklagen und später die Klage auf Schadensersatz nach § 264 Nr. 3 ZPO umzustellen.

1.b Hätte Kevin Ersatzlieferung gefordert, wäre das Gutachten mit §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Fall 2, 434 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusetzen gewesen. Die Kosten weist § 439 Abs. 2 BGB zu. Abweichende Kostenvereinbarungen können an § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc scheitern oder schon an § 475 Abs. 1 BGB. 1128

1.c Hätte er Reparatur verlangt, wären zu prüfende Anspruchsgrundlage die §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Fall 1, 434 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zur Nachbesserung reguliert ebenfalls § 439 Abs. 2 BGB die Kostenverteilung. § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB statet diese Regelung wiederum mit Schutz gegenüber nachteiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers aus. Im Verbrauchsgüterkauf bietet bereits § 475 Abs. 1 BGB Schutz. 1129

2. Die Lieferung mangelhafter Ware ist stets zugleich eine Frage des Schuldnerverzuges, da die Mangelfreiheit zum Leistungsprogramm des Kaufes zählt. Neuerliche Gefahr, in Schuldnerverzug zu geraten, läuft der Verkäufer, wenn er nicht umgehend (Ablauf erforderlicher Frist unterstellt) den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung, Schadensersatz oder Aufwendungsersatz oder auf die Abwicklung von Rücktritt beziehungsweise Minderung bedient. Irreparabilität bedeutet teilweise Unmöglichkeit. Vergleiche die Einleitung (Rdn. 26) und die ergänzenden Hinweise zu Fall 3, unter 4 (Rdn. 359). 1130

3. Falls er keine Vorauszahlung versprach, steht dem Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, solange er die Ware nicht erhält. Die Einrede hat der Käufer in unmittelbarer Anwendung von § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB auch, wenn er die Kaufsache wegen Fehlerhaftigkeit nicht abnimmt. Denn der Käufer kann gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB mangelfreie Lieferung fordern, und nur eine ordentliche Sache ist er nach § 433 Abs. 2 BGB abzuneh- 1131

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

keine ordentliche Ware bietet, kann der Käufer sich so verhalten, als ob überhaupt noch keine Ware da wäre. Und schließlich steht dem Käufer auch nach Empfang einer fehlerhaften Sache ein Zahlungsverweigerungsrecht zu. Es sei denn, er hätte den Fehler bei Abnahme erkannt und es versäumt, sich deswegen seine Rechte gemäß § 464 BGB vorzubehalten. Die Quelle der Mängelreue nach Abnahme ist unsicher. Man kann sie in § 273 Abs. 1 BGB (beim Gattungskauf mit Blick auf den Ersatzlieferungsanspruch eventuell in § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB) ausmachen wollen, in § 478 BGB oder in § 242 BGB. Jedenfalls bewahrt § 478 BGB dem Käufer die Mängelreue bei Anzeige über die Verjährung (siehe nachfolgenden Hinweis 4) hinaus.

- 1132 In Extremfällen kann die völlige Verweigerung einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben bedeuten. Dann darf der Käufer nur einen Teil der Summe zurückbehalten. Dies ergibt sich aus § 320 Abs. 2 BGB (analog angewandt). Der Bewegungsspielraum des Käufers ist hierbei größer als im Bereich des Werkvertrages nach § 641 Abs. 3 BGB.
- 1133 Beschneidungen seines Zahlungsverweigerungsrechts durch Allgemeine Geschäftsbedingungen braucht sich der Käufer – zumindest außerhalb kaufmännischen Verkehrs – nicht gefallen zu lassen. Je nachdem, ob man die Verweigerung mit § 320 BGB oder auf andere Weise erklärt, scheidet ihr Ausschluß oder ihre Beschränkung an § 11 Nr. 2 Buchstabe a oder Buchstabe b AGBG. Der Händler darf die Zahlungsverweigerung auch nicht dadurch unterlaufen, daß seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein eigenes Zurückhaltungsrecht gegenüber der Ersatzlieferung oder einer sich aus der Vertragsgestaltung ergebenden Nachbesserung erzeugen, indem sie den Käufer zur vorherigen vollständigen oder unverhältnismäßig hohen teilweisen Zahlung verpflichten (§ 11 Nr. 10 Buchstabe d AGBG).
- 1134 Ist dem Verkäufer die Lieferung der Kaufsache überhaupt unmöglich, so begründet der Käufer seine Zahlungsverweigerung nicht mit § 320 BGB, sondern mit §§ 323 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB oder – bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit – mit der Nichtigkeit des Kaufvertra-

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

men verpflichtet. Solange ihm der Verkäufer keine ordentliche Ware bietet, kann der Käufer sich so verhalten, als ob überhaupt noch keine Ware da wäre. Und schließlich steht dem Käufer auch nach Empfang einer fehlerhaften Sache ein Zahlungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Denn auch der Nacherfüllungsanspruch steht wie der ursprüngliche Lieferanspruch mit der Kaufpreiszahlung im Gegenseitigkeitszusammenhang. Dies gilt auch dann, wenn er den Mangel bei Abnahme kannte und sich trotzdem seine Rechte nicht besonders vorbehält. § 438 Abs. 4 Satz 2 BGB bewahrt dem Käufer die Mängelreue ohne Anzeige über die Quasi-Verjährung (siehe nachfolgenden Hinweis 4) hinaus. Freilich droht dem Käufer Rücktritt seitens des Verkäufers (§ 438 Abs. 4 Satz 3 BGB).

In Extremfällen kann die völlige Verweigerung einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben bedeuten. Dann darf der Käufer nur einen Teil der Summe zurückbehalten. Dies ergibt sich aus § 320 Abs. 2 BGB (analog angewandt). Der Bewegungsspielraum des Käufers ist hierbei größer als im Bereich des Werkvertrages nach § 641 Abs. 3 BGB. 1132

Beschneidungen seines Zahlungsverweigerungsrechts durch Allgemeine Geschäftsbedingungen braucht sich der Käufer – zumindest außerhalb kaufmännischen Verkehrs – nicht gefallen zu lassen. Ihr Ausschluß oder ihre Beschränkung scheidet an § 309 Nr. 2 Buchstabe a BGB. Der Händler darf die Zahlungsverweigerung auch nicht dadurch unterlaufen, daß seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein eigenes Zurückhaltungsrecht gegenüber der Nacherfüllung erzeugen, indem sie den Käufer zur vorherigen vollständigen oder unverhältnismäßig hohen teilweisen Zahlung verpflichten (§ 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd BGB). 1133

Ist dem Verkäufer die Lieferung der Kaufsache überhaupt unmöglich oder nach § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB unzumutbar, so begründet der Käufer seine Zahlungsverweigerung nicht mit § 320 BGB, sondern mit § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn die Einrede des nichterfüllten 1134

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

ges nach § 306 BGB. Denn die Einrede des nichterfüllten Vertrages setzt Erfüllbarkeit des Vertrages voraus. Darüber, ob die Zahlungsverweigerung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit auch an unbehebbareren Mangel der an und für sich lieferbaren Sache (und gegebenenfalls aller übrigen Stücke aus der Gattung) anknüpfen kann, sind die Meinungen geteilt. Einhelligkeit besteht nur darüber, daß nach Gefahrübergang die Gewährleistungsregeln der §§ 459 ff. BGB die Regeln der Unmöglichkeit in Ansehung von Sachmängeln verdrängen. Für die Zeit vor Gefahrübergang hingegen wird nicht selten das Recht der Unmöglichkeit für anwendbar gehalten (siehe DIETRICH REINICKE/KLAUS TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1997, Rdn. 632 ff.).

- 1135 4. Sobald sich der Verkäufer mit Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt, ist das Verjährungsrisiko aus § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB vorerst gebannt. Die zur Durchführung von Wandlung und Minderung abzuwickelnden Ansprüche unterfallen der allgemeinen dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Vertrages setzt Erfüllbarkeit des Vertrages voraus. Die Zahlungsverweigerung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit oder der Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 1 oder 2 BGB kann auch an unbeheb-  
baren oder nur mit unzumutbaren Anstrengungen behebbaren Mangel  
der an und für sich lieferbaren Sache (und gegebenenfalls aller übrigen  
Stücke aus der Gattung) anknüpfen. Dies gilt allerdings nur für die  
Zeit vor Gefahrübergang. Nach Gefahrübergang stellt sich die Un-  
möglichkeit der Mängelbeseitigung als Unmöglichkeit der Nacherfül-  
lung dar. Bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung versagt § 326 Abs. 1  
Satz 2 BGB dem Käufer die Zahlungsverweigerung nach § 326 Abs. 1  
Satz 1 BGB. Der Käufer ist genötigt, sich für eines der außer der  
Nacherfüllung ihm zustehenden Rechte zu entscheiden. Eine angemese-  
sene Bedenkzeit lang kann er freilich nach Treu und Glauben gemäß  
§ 242 BGB vom Verkäufer erwarten, daß er sich wegen der Zahlung  
gedulde. Denn je nach Entscheidung des Käufers wird der Verkäufer  
seinen Zahlungsanspruch ohnehin verlieren. Er soll nicht verlangen,  
was er umgehend erstatten muß. Auch ein Zurückbehaltungsrecht  
nach § 273 Abs. 1 BGB kann sich für den Käufer ergeben – nämlich  
wenn er der Kaufpreisforderung einen Schadensersatzanspruch (aus  
§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB oder aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbin-  
dung mit § 283 Satz 1 BGB) oder einen Aufwendungsersatzanspruch  
(aus § 284 BGB) entgegenzuhalten vermag.

4. Rücktritt und Minderung sind keine Ansprüche und daher nicht  
schon nach § 194 BGB von der Verjährung bedroht. In § 218 Abs. 1  
Satz 1 BGB ist jedoch eine Quasiverjährung für den Rücktritt ange-  
ordnet. Sie knüpft an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs an.  
Besteht ein solcher Anspruch wegen Unmöglichkeit oder Unzumut-  
barkeit nicht, ist die Anknüpfung gemäß § 218 Abs. 1 Satz 2 BGB fik-  
tiv. § 438 Abs. 4 Satz 1 verweist auf diese Regelungen klarstellend.  
Außerdem zieht § 438 Abs. 5 BGB auch die Minderung in das An-  
wendungsfeld dieser Regelungen. Siehe bereits die ergänzenden Hin-  
weise zu Fall 10, unter 13. Sobald der Käufer Rücktritt oder Minde-  
rung erklärt, ist das Verjährungsrisiko aus §§ 218, 438 BGB vorerst  
gebannt. Die zur Durchführung von Rücktritt und Minderung abzu-  
wickelnden Ansprüche unterfallen der allgemeinen dreijährigen Ver-

1135

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1136 Soweit Verletzung des Kaufvertrages nicht in Mangelhaftigkeit der Kaufsache gründet, bleibt es bei den allgemeinen Verjährungsregeln (§§ 194f. BGB). Dies betrifft zum Beispiel den Unfall wegen nachlässiger Einweisung in den Gebrauch des neuen Kraftwagens.
- 1137 5.a Ein Sachmangel muß nicht notwendig den Wert des Kaufgegenstandes beeinträchtigen. Wo allein die Tauglichkeit der Sache und nicht auch ihr Wert herabgesetzt ist, ergibt sich kein Kürzungsbetrag nach § 472 Abs. 1 BGB.
- 1138 5.b Umgekehrt gibt es Mängel, die lediglich den Wert beeinträchtigen, jedoch die Tauglichkeit unberührt lassen. Vor allem bei Mängeln im Erscheinungsbild einer voll funktionsfähigen Sache kann dies vorkommen. Die Gewährleistung muß der Verkäufer nach § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB auch in diesem Fall übernehmen.
- 1139 6. Wenn Klauseln Nachbesserung oder Ersatzlieferung den gesetzlichen Rechten voranstellen und § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG für die Wirksamkeit solcher Klauseln verlangt, daß dem Käufer Herabsetzen der Vergütung und Rückgängigmachen des Geschäftes ausdrück-

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

jährungsfrist des § 195 BGB. Lies zu diesen Fragen KURT REINKING, Die Geltendmachung von Sachmängelrechten und ihre Auswirkung auf die Verjährung, in: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2002, 140ff. Wegen des zugleich als unerlaubte Handlung zu fassenden weitergefressenen Mangels siehe die Einleitung (Rdn. 25) und ANSGAR STAUDINGER, Das Schicksal der Judikatur zu »weitergefressenen Mängeln« nach der Schuldrechtsreform, in: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2002, 145 f.

- Soweit Verletzung des Kaufvertrages nicht in Mangelhaftigkeit der Kaufsache gründet, bleibt es bei den allgemeinen Verjährungsregeln (§§ 194f., 199 BGB). Dies betrifft zum Beispiel den Unfall wegen mangelhafter Einweisung in den Gebrauch des neuen Kraftwagens. 1136
- 5.a Ein Sachmangel muß nicht notwendig den Wert des Kaufgegenstandes beeinträchtigen. Wo allein die Eignung der Sache und nicht auch ihr Wert herabgesetzt ist, ergibt sich kein Kürzungsbetrag nach § 441 Abs. 3 BGB. 1137
- 5.b Umgekehrt gibt es Beschaffenheitsabweichungen, die lediglich den Wert beeinträchtigen, jedoch die Eignung unberührt lassen. Vor allem bei Mängeln im Erscheinungsbild einer physisch voll funktionsfähigen Sache kann dies vorkommen. Die Sachmängelhaftung scheint auf den ersten Blick nicht zu greifen, da der Verkäufer nach §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434 Abs. 1 BGB nur für Beeinträchtigung der Eignung die Verantwortung übernehmen muß. Zugunsten des Käufers wird in solchen Fällen damit zu argumentieren sein, daß die Eignung zur Verwendung auch vom Wert beeinflusst sein kann. Der Gebrauch kann nämlich in der Liquidierung, Speicherung oder Präsentation des Wertes liegen – so wenn die Sache von einem Händler oder zur Kapitalanlage gekauft wird, als Zierrat, als Sammlerstück, als dem kritischen Auge von Besuchern zugängliche Wohnungseinrichtung oder sonst zu Zwecken, die sich nicht in der körperlichen Benutzung erschöpfen. 1138
6. Wenn Klauseln Nacherfüllung den gesetzlichen Rechten voranstellen, so verlangt § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb BGB für die Wirksamkeit solcher Klauseln, daß dem Käufer Minderung und Rücktritt vom Vertrag ausdrücklich vorzubehalten sind. Dies 1139

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

lich vorzubehalten sind, so genügt es der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur nicht, die Begriffe »Minderung« und »Wandlung« zu verwenden. Diese Begriffe gehören zwar zur Sprache des Gesetzes und sind in § 462 BGB definiert. Doch mißtrauen die Gerichte der Bekanntheit des Gesetzes und verlangen in weitgehender Übereinstimmung mit dem Schrifttum eine nähere Beschreibung, wie § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG sie vorführt (BGH, Urteil vom 30. Juni 1982 – VIII ZR 259/81, NJW 1982, 2380).

- 1140 7. Der Rückgriff des vom Käufer auf Gewährleistung in Anspruch genommenen Verkäufers bei seinem Lieferanten und der weitere Regreß folgen den allgemeinen Regeln der §§ 459 ff. BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit den Regeln des Handelskaufes namentlich zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§§ 377 f. HGB).

überrascht zunächst. Denn schon das Gesetz stellt die Nacherfüllung in den Vordergrund. Wenn der Verkäufer den Vorrang der Nacherfüllung in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bekräftigt, so weicht er nicht vom Gesetz ab. Damit ist eine solche Klausel auf den ersten Blick gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen. Auch Schutz des Käufers im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes nach § 475 Abs. 1 BGB Satz 1 BGB schmälert die Geltungskraft derartiger Klauseln nicht. Doch richtet die Inhaltskontrolle sich gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch auf Transparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb BGB betrifft eine derartige Frage durchsichtiger Textgestaltung. Allerdings macht erstaunen, daß die Vorschrift von der Formulierung der Klausel weniger Details verlangt, als es zuvor § 11 Nr. 10 Buchstabe b ABGB tat. Augenscheinlich traut der Gesetzgeber dem Käufer mittlerweile größere Kenntnisse über die Rechtsbegriffe – hier über »Minderung« und »Rücktritt« – zu.

7.a Der Rückgriff des vom Käufer auf Gewährleistung in Anspruch genommenen Verkäufers bei seinem Lieferanten und der weitere Regreß folgen grundsätzlich den allgemeinen Regeln der §§ 434 ff. BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit den Regeln des Handelskaufes namentlich zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB). 1140

7.b Hinzu treten allerdings, wenn die Lieferkette zu einem Verbrauchsgüterkauf führt, die Erleichterungen der §§ 478 f. BGB. Sie motivieren den Verkäufer dazu, sich berechtigten Anliegen des Käufers nicht zu verschließen. Weiß der Verkäufer sich des Rückgriffs auch nach längerer Zeit noch sicher, kann er den Anspruch des Käufers leichten Herzens bedienen. Freilich bleibt das Insolvenzrisiko. Entlastet wird der Händler gemäß § 478 Abs. 6 BGB auch nicht von den Obliegenheiten raschen Handelns nach § 377 HGB. Außerdem liegt eine unerschöpfliche Quelle des Streites darin, daß die Rückgriffserleichterungen nur greifen, wenn der Verkäufer verpflichtet war, sich auf Ansprüche des Käufers einzulassen. Kulanz eröffnet die Begünstigung der §§ 478 f. BGB nicht. 1141

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Problematisch für den Regreßnehmenden ist, daß der Wortlaut von § 478f. BGB von unveränderter Identität der mangelhaften Sache über die Handelsstufen hinweg auszugehen scheint. Diese Identität ist aber nur selten gewährleistet. Die Sache wird erzeugt, mit Zubehör und gegebenenfalls mit Unterlagen versehen und verpackt. Der Lieferumfang kann sich im Verlauf der Handelskette wieder verringern oder weiter erhöhen. Sollte nun das Regelwerk der §§ 478f. BGB ausschließlich zugunsten derjenigen Händler greifen, die die Ware genau in demjenigen Umfang und Zustand erhielten, wie sie letztlich an den Verbraucher ging? Es wären gewiß nicht wenige Fälle davon erfaßt. Doch wäre im Verhältnis zu allen Transaktionen der Anwendungsbereich der Rückgriffsregeln damit sehr gering. Dem Ziel des Verbraucherschutzes, das über die Begünstigung des Verkäufers in §§ 478f. BGB gefördert werden soll, wäre ein nur bescheidener Dienst erwiesen. Wenn man aber einmal, um den Zweck des Gesetzes nicht zu verfehlen, vom Erfordernis strikter Identität absieht, so wird bis zum Rückgriff auf jeden Lieferanten irgendeines Sachteils oder auch nur einer Grundsubstanz keine handhabbare Abgrenzung mehr zu finden sein. Allerdings ist der Lieferant eines Teiles selbstverständlich nur wegen dieses Teiles verantwortlich. Er haftet nur für die von seinem Teil ausgelösten Mängel der am Ende der Lieferkette dem Verbraucher ausgehändigten Sache, nicht für Mängel aus anderer Quelle. Im behandelten Kaffeemaschinenfall unterfiele hiernach die Rückgriffskette von Valerius bis hin zum Hersteller einer gegebenenfalls schadhaften Dichtung – und nicht bloß bis zum Hersteller der ganzen Kaffeemaschine – den Vorschriften der §§ 478f. BGB. In Fall 10 würde die Geltung von §§ 478f. BGB bis zum Hersteller des zur Verpackung des Schwarzbrottes benutzten Papiers reichen, wenn dieser das Papier bereits mit Schimmelsporen behaftet in die Lieferkette gab.

Die Rückgriffserleichterungen der §§ 478f. BGB heben nicht den Qualitätsstandard der Ware auf eine höhere Stufe. Ob im Rahmen des Rückgriffs die Ware mangelhaft ist, beurteilt sich nach dem Standard aus dem zwischen den beiden Gliedern der Lieferkette geschlossenen Geschäft. Eine Zusage höherer Eignung der Ware in einem nachfolgenden Absatz, insbesondere vom letzten Verkäufer dem Verbraucher,

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

schlägt nicht in den früheren Absatz zurück. Beispielsweise bleibt es im Verhältnis zwischen Hersteller und Großhändler beim ursprünglichen Maßstab einer Eignung zu gewöhnlicher Verwendung (§ 434 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) auch dann, wenn der Einzelhändler dem Verbraucher eine mit gewöhnlicher Eignung nicht abdeckende besondere Beschaffenheit versprach (§ 434 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 BGB).

Wegen der lockenden Rückgriffserleichterungen werden manche Unternehmer außerhalb des Handels erwägen, die zu ihren Leistungen notwendigen Sachen (Zutaten und Verbrauchsmaterial) dem Kunden zunächst separat zu verkaufen (siehe bereits die ergänzenden Hinweise zu Fall 10, unter 15). 1144

Verhandlungsstarke Einkäufer sorgten schon vor der Schuldrechtsmodernisierung durch Vertragsgestaltung für Rückgriffserleichterungen ähnlich den §§ 478 f. BGB für den Fall des Absatzes seit dem 1. Januar 2002 (siehe Einleitung, unter 2.b). 1145

Unklar ist die Anwendbarkeit von §§ 478 f. BGB auf Warenvorräte, die der Verkäufer nach Erkennen des Fehlers an einzelnen schon an Verbraucher ausgelieferten Stücken nicht mehr absetzt. Dasselbe Problem tritt auch innerhalb der Handelskette auf, wenn Ware nicht einmal mehr zum letzten Verkäufer gelangt. Die ausdehnende oder analoge Anwendung von §§ 478 f. BGB liegt nahe (in diesem Sinne ULRICH BÜDENBENDER, Der Kaufvertrag, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht, Rn. 100). Auch könnte man erwägen, Waren, die teils an Verbraucher und teils an Nichtverbraucher gingen, über die Zufälligkeit des Absatzes hinweggehend unterschiedslos mit den Erleichterungen der §§ 478 f. BGB in die Rückabwicklung zu geben. In solchen Anwendungen dienen §§ 478 f. BGB allerdings nicht mehr dem Verbraucher, sondern nur der Vereinfachung durch Gleichbehandlung aller Fälle. Die Glieder der Lieferkette würden dann nicht mehr um der Verbraucher willen, sondern um ihrer selbst willen geschützt. Dies widerspricht meines Erachtens dem Anliegen von §§ 478 f. BGB. Mir scheint eine dem Wortlaut von §§ 478 f. BGB fol- 1146

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

gende Begrenzung der Rückgriffserleichterungen auf Ware angebracht, welche tatsächlich an einen Verbraucher verkauft wurde.

7.c Der Rückgriff in die Lieferkette ist eventuell nach dem Rechtsgedanken des § 254 BGB zu beschneiden. Hieran ist zu denken, wenn das spätere Kettenglied sich gegenüber seinem Abnehmer nachlässig in der Bedienung von Nacherfüllungsansprüchen zeigt. Tritt der Abnehmer deswegen zurück oder mindert er, so kann das im Rückgriff eine höhere Belastung auslösen als das Zurückwälzen von Nacherfüllungskosten. Auch kann es sein, daß die Nachlässigkeit des letzten Gliedes zwar nicht Rücktritt oder Minderung des Abnehmers provozierte, aber die gemäß § 478 Abs. 2 BGB rückzubelastenden Nacherfüllungskosten in die Höhe trieb. Und schließlich können Schadensersatzlasten unnötig vergrößert werden. Diese Erweiterungen des Rückgriffsvolumens müßte das frühere Glied der Lieferkette sich nicht zuschieben lassen. 1147

7.d Rückverfolgung der Lieferkette wird – jedenfalls unter der Voraussetzung, daß auch der Lieferant von Teilen, Halbzeugen oder Rohstoffen angesprochen ist (siehe oben 7.b) – fast immer die Grenze Deutschlands überschreiten. Dann stellt sich die Frage, nach welchem Statut sich der Rückgriff beurteilt. Antwort geben die allgemeinen Regeln des Internationalen Privatrechts. Die Qualifikation des Rückgriffs als Frage des Vertragsrechts gemäß Sicht eines deutschen Richters (also die Einstufung nach der *lex fori*) ist Ausgangspunkt. Der deutsche Richter wird sodann nach den Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts über die einschlägige Rechtsordnung auf dem Gebiet des Vertragsrechts suchen. Diese Regeln findet er in Art. 27ff. EGBGB. Vorrang hat dort eine Rechtswahl durch die Partner des Vertrages, innerhalb dessen der Rückgriff stattfindet (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Rechtswahl ist nicht im Sinne einer Durchsetzung von Verbraucherschutz nach Art. 29 EGBGB begrenzt, wenn man davon ausgeht, daß die Glieder der Lieferkette nicht ihrerseits als Verbraucher einem Unternehmer als Lieferanten gegenüberstanden. Allerdings wird man nicht umhin können, aus Art. 29a EGBGB eine Begrenzung der Rechtswahl abzuleiten. Dort geht es um die Durchsetzung bestimmter verbraucher-schützender europäischer Richtlinien. Unter diesen zählt Art. 29a Abs. 4 EGBGB die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf, welche unter an- 1148

- 1149 8. Wenn der Mangel der Kaufsache beim Käufer Schäden auslöst, wird er nach der Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer (und gegen den Hersteller) suchen. Die Haftung des Verkäufers nach §§ 459 ff. BGB führt nur in Einzelfällen zum Schadenersatz. Zu nennen sind Fehlen zugesicherter Eigenschaft (§ 463 Satz 1 BGB; § 480 Abs. 2 Fall 1 BGB) und Arglist (§ 463 Satz 2 BGB; § 480 Abs. 2 Fall 2 BGB), ferner Schuldnerverzug des auf Ersatzlieferung in Anspruch genommenen Verkäufers (§ 286 Abs. 1 BGB mit § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im übrigen muß man auf die allgemeinen Regeln positiver Vertragsverletzung zurückgreifen. Die Haftung aus positiver Vertragsverletzung betrifft aber nur den Mangelfolgeschaden. Der Mangelschaden, das heißt die Wertminderung in der Kaufsache, wird bereits von §§ 459 ff. BGB abschließend behandelt.

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

derem die Rückgriffsregelungen der §§ 478 und 479 BGB beherrscht. Wortlaut und Intention von Art. 29a Abs. 1 EGBGB decken ohne weiteres die Auffassung, daß §§ 478 und 479 BGB, um die Umsetzung der Richtlinie nicht zu beeinträchtigen, nicht durch Rechtswahl beiseitegeschoben werden können, wenn das Geschäft in der Lieferkette einen engen Bezug mit dem Gebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates im Europäischen Wirtschaftsraum hat. Dabei fällt nicht ins Gewicht, daß die Rückgriffsregelung den Verbraucher lediglich mittelbar schützt. Und in Ermangelung einer Rechtswahl schließlich ist zu fragen, zu welcher Zivilrechtsordnung das Geschäft die engste Verbindung hat (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB).

8. Wenn der Mangel der Kaufsache beim Käufer Schäden auslöst, wird er nach der Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer (und gegen den Hersteller) suchen. Die Haftung des Verkäufers nach §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434, 437 Nr. 3 Fall 1 BGB führt generell zum Schadensersatz. Es handelt sich um die allgemeinen Regeln der positiven Vertragsverletzung oder der Unmöglichkeit. Die Anspruchsgrundlage ist je nach Umständen und angestrebtem Ausgleich verschieden. 1149

8.a Man unterstelle zunächst, daß eine mangelfreie Lieferung möglich war. 1150

Schadensersatz neben der Leistung folgt aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. In diesem Falle hält der Käufer am Kauf einschließlich Nacherfüllung fest; er fordert Ersatz allein eines Mangelfolgeschadens, welcher durch Nacherfüllung nicht mehr zu beheben oder zu verhüten ist.

Schadensersatz statt der Leistung folgt aus § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hier liegt Abwendung des Käufers vom Leistungsprogramm des Kaufvertrages zugrunde. Der Käufer weist entweder die Sache ganz zurück, oder er behält

1152 9. Die Rechte wegen Sachmangels stellt das Gesetz sämtlich als Ansprüche dar. Als solche sind sie gemäß § 398 BGB abtretbar. Des Rückgriffs auf § 413 BGB bedarf es nicht, selbst wenn das Recht auf Umgestaltung des Kaufvertrages zielt (Wandlung, Minderung). Dies

die Sache, will sich aber nicht auf Nacherfüllung einlassen. Im ersten Falle kann das mit einem Rücktritt nach § 323 BGB (mit § 437 Nr. 2 Fall 1 BGB) einhergehen (§ 325 BGB). Außerdem muß der Käufer im ersten Fall beachten, daß ein unerheblicher Mangel nicht zur völligen Zurückweisung berechtigt (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB; § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB), sondern nur zum Zurückweisen der Nacherfüllung. Schadensersatz statt der Leistung deckt nicht nur Mangelfolgeschaden ab. Auch der Mangelschaden ist erfaßt – allerdings nur, soweit er nicht schon durch Rücktritt oder Minderung berücksichtigt ist. Minderung ist mit Schadensersatz kombinierbar, weil Minderung die Stelle von Rücktritt einnimmt (§§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Rücktritt gemäß § 325 BGB neben Schadensersatz stehen kann.

8.b Unterstellt man hingegen Unmöglichkeit mangelfreier Lieferung (Unmöglichkeit also einer Nacherfüllung), so ergibt sich der Ersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 283 Satz 1 BGB bei nachträglicher Unmöglichkeit oder aus § 311a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB bei anfänglicher Unmöglichkeit; die klarstellenden Verweise aus § 275 Abs. 4 BGB braucht man nicht hinzuzuziehen, da § 437 Nr. 3 BGB bereits eine Verweisung ausspricht. Bei nachträglicher wie bei anfänglicher Unmöglichkeit kann der Käufer die Sache insgesamt zurückweisen oder sie behalten. Im ersten Fall kann der Käufer zugleich nach § 323 BGB mit § 326 Abs. 5 BGB (und mit § 437 Nr. 2 Fall 1 BGB) zurücktreten (§ 325 BGB). Ein unerheblicher Mangel berechtigt allerdings nicht zur gänzlichen Zurückweisung (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB mit § 283 Satz 2 BGB oder mit § 311a Abs. 2 Satz 3 BGB; § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB mit § 326 Abs. 5 BGB). Wiederum sind Mangelfolgeschaden und Mangelschaden erfaßt, der letztere freilich nur, soweit nicht schon durch Rücktritt oder Minderung gedeckt. Außerdem ist bei anfänglicher Unmöglichkeit zu bedenken, ob der Käufer eine hypothetisch bessere Vermögenslage überhaupt beschreiben kann (vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 2, unter 4).

9. Die Rechte wegen Sachmangels stellt das Gesetz teils als Ansprüche dar, teils als Gestaltungsrechte. Als Ansprüche sind sie gemäß § 398 BGB abtretbar. Des Rückgriffs auf § 413 BGB bedarf es für die Rechte, welche auf Umgestaltung des Kaufvertrages zielen (Rücktritt, Min-

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

ist von besonderer Bedeutung für das Finanzierungsleasinggeschäft. Der Leasinggeber als Vermieter vereinbart mit dem Leasingnehmer als Mieter den Ausschluß der mietrechtlichen Mängelhaftung (und ist allenfalls gegen Aufpreis zur Übernahme von Wartung und Instandhaltung im Rahmen eines sogenannten Full-Service-Leasing bereit). Zum Ausgleich leitet der Leasinggeber seine Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer weiter. Zu beachten ist aber, daß ohne zusätzliche Abtretung auch der Ansprüche aus Vollzug der Umgestaltung nicht der Zessionar (Leasingnehmer) die Rückerstattung des Kaufgeldes fordern darf, sondern der Zedent (Leasinggeber).

- 1153 10. Käuflich sind nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB Sachen, das heißt gemäß § 90 BGB körperliche Gegenstände. Tiere stehen dem gemäß § 90a Satz 3 BGB gleich. Gegenstand eines Kaufes können aber nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auch Rechte sein, insbesondere Forderungen. Weitere Gegenstände (wie zum Beispiel Wissen oder Ideen) erwähnt § 433 BGB nicht, obwohl sie tatsächlich gehandelt werden. Vertragsgestaltung, Rechtsprechung und Literatur verwenden gleichwohl ohne Aufhebens die Regeln des Kaufrechts. Dabei wird zumeist nicht einmal die Gleichsetzung des kaufähnlichen Geschäfts mit dem Kauf in §§ 445, 493 BGB bemüht. Insbesondere werden regelmäßig Käufe von Inbegriffen und hierunter namentlich der Unternehmenskauf ohne weiteres unter § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB subsumiert (DIETRICH REINICKE/KLAUS TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1997, Rdn. 1081 ff.). Dabei geht man darüber hinweg, daß solche Gesamtheiten etwas anderes und mehr sind als bloß die Addition aller einzelnen Bestandteile – welche beim Unternehmen ihrerseits nicht allein in körperlichen Gegenständen, sondern auch in Rechten und sonstigen Gegenständen bestehen. Sehr behutsam muß man bei Funktionseinheiten die Frage angehen, was zu den Eigenschaften dieses Kaufgegenstandes gehört und deshalb zur Grundlage von Sachmängel-

derung). Auch die Gestaltungsrechte erweisen sich so als abtretbar. Sie sind nicht so eng mit der Stellung des Käufers im Vertrag verbunden, daß sich ihre Herauslösung aus der Rechtsgewalt dieses Vertragsbeteiligten ohne Übergang der Vertragsbeteiligung insgesamt nicht vorstellen ließe. Dies ist von besonderer Bedeutung für das Finanzierungsleasinggeschäft. Der Leasinggeber als Vermieter vereinbart mit dem Leasingnehmer als Mieter den Ausschluß der mietrechtlichen Mängelhaftung (und ist allenfalls gegen Aufpreis zur Übernahme von Wartung und Instandhaltung im Rahmen eines sogenannten Full-Service-Leasing bereit). Zum Ausgleich leitet der Leasinggeber seine Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer weiter. Zu beachten ist aber, daß ohne zusätzliche Abtretung auch der Ansprüche nach Ausübung des Gestaltungsrechts nicht der Zessionar (Leasingnehmer) die Rückerstattung des Kaufgeldes fordern darf, sondern der Zedent (Leasinggeber).

10. Käuflich sind nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB Sachen, das heißt gemäß § 90 BGB körperliche Gegenstände. Tiere stehen dem gemäß § 90a Satz 3 BGB gleich. Gegenstand eines Kaufes können aber nach § 453 Abs. 1 Fall 1 BGB auch Rechte sein, insbesondere Forderungen. Alle übrigen Gegenstände (wie zum Beispiel Wissen oder Ideen) erfaßt § 453 Abs. 1 Fall 2 BGB nicht. Eine ausdrückliche Gleichstellung des kaufähnlichen Geschäfts mit dem Kauf kennt das Gesetz daneben nicht mehr. Insbesondere lassen sich Käufe von Inbegriffen und hierunter namentlich der Unternehmenskauf ohne weiteres unter § 453 Abs. 1 Fall 2 BGB subsumieren. Es handelt sich bei solchen Gesamtheiten um sogenannte sonstige Gegenstände, weil sie etwas anderes und mehr sind als bloß die Addition aller einzelnen Bestandteile – welche beim Unternehmen ihrerseits nicht allein in körperlichen Gegenständen, sondern auch in Rechten und sonstigen Gegenständen bestehen. Sehr behutsam muß man bei Funktionseinheiten die Frage angehen, was zu der Beschaffenheit dieses Kaufgegenstandes gehört und deshalb zur Grundlage von Sachmängelrechten gemacht werden kann. Umsatz- oder Renditeerwartungen zählen dazu nicht. Enttäuschungen auf diesem Felde sind gegebenenfalls mit Schadensersatz nach den Regeln vorvertraglicher Pflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 311

1153

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

rechten gemacht werden kann. Umsatz- oder Renditeerwartungen zählen dazu nicht. Enttäuschungen auf diesem Felde sind gegebenenfalls mit Schadensersatz nach den Regeln vorvertraglicher Pflichtverletzung, begründet mit unzulänglicher Aufklärung des Käufers durch den Verkäufer, einzufangen (betreffend Grundstück mit Mietshaus BGH, Urteil vom 5. Oktober 2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 210f.). Zurückliegende Umsätze und Erträge hingegen möchte die Rechtsprechung bisweilen unter die Sacheigenschaften rechnen (ebenso betreffend Grundstück mit Mietshaus BGH, NJW 2002, 208, 209f.), sieht sie aber sonst gleichfalls dem Bereich vorvertraglicher Aufklärungspflicht zugewiesen (so betreffend Unternehmenskauf BGH, Urteil vom 28. November 2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042, 1043f.).

## Fall 11: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), begründet mit unzulänglicher Aufklärung des Käufers durch den Verkäufer, einzufangen. Zurückliegende Umsätze und Erträge hingegen mochte die Rechtsprechung zum früheren Schuldrecht bisweilen unter die Sacheigenschaften rechnen (betreffend Grundstück mit Mietshaus BGH, Urteil vom 5. Oktober 2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209f.), sah sie aber sonst gleichfalls dem Bereich vorvertraglicher Aufklärungspflicht zugewiesen (so betreffend Unternehmenskauf BGH, Urteil vom 28. November 2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042, 1043f.).



## Fall 12 Kredit für die Agentur: Nichtabruf und Ausdehnung eines Darlehens

a) Stellen Sie sich vor, Ihr Hauptberuf als Selbständiger sei die Konzeption, Organisation und Durchführung von Ausstellungsprojekten für verschiedene Auftraggeber. Eine Bank hat Ihnen für Neuanschaffungen von Gerätschaften ein sechsmonatiges Darlehen zugesagt. Kurz vor dem Termin für den Abruf des Geldes stellen Sie fest, daß Sie nur die Hälfte des Darlehens benötigen, weil eine Reihe von Auftraggebern überraschend früh ihre Vorauszahlungen leistete. Außerdem werden Sie die Darlehenshälfte erst zwei Monate später benötigen, weil Sie bei einem Händler einen günstigen Zahlungsaufschub erreichen konnten. 1201

Welche Gedanken machen Sie sich wegen der Darlehenszusage?

b) Unterstellen Sie nunmehr, daß Sie das Darlehen wie vereinbart in voller Höhe und pünktlich in Anspruch nehmen. Die vereinbarte Tilgung in Raten bereitet Ihnen anfangs keine Schwierigkeiten. Im Laufe der Zeit – das Darlehen haben Sie bereits um ein Drittel abgetragen – ist es Ihnen jedoch mit Rücksicht auf Zahlungsschwierigkeiten zweier Auftraggeber lieber, wenn Sie das Kreditvolumen bei der Bank wieder auf den ursprünglichen Umfang vergrößern könnten. 1202

Was ist dazu zu sagen?

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Der zweiteilige Sachverhalt mündet in offene Fragen. Diese Fragen müssen zunächst in Fragen nach naheliegenden Rechten übersetzt werden. Zu Aufgabe a drängt sich die Frage auf, ob die Bank Verzinsung des vollen Kreditbetrages vom ersten Tag des vorgesehenen Zeitraums fordern darf. Zu Aufgabe b ist ein Anspruch auf Auszahlung weiteren Darlehensgeldes zu erwägen. 1203

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

Zu Aufgabe a:

- 1204 1. Die Bank darf möglicherweise von dem Agenturbetreiber auf Grundlage der Darlehenszusage Verzinsung des vollen Darlehensbetrages ab dem vorgesehenen Auszahlungstag beanspruchen, so als ob der volle Betrag pünktlich ausgezahlt würde.
- 1205 2. Ohne Schwierigkeiten läßt sich die in der Absprache zwischen dem Agenturbetreiber und der Bank erzielte Darlehenszusage als ein Vertrag identifizieren. Ob das Darlehensversprechen mit dem Darlehensvertrag nach § 607 Abs. 1 BGB identisch ist oder ihm nur vorgelagert, kann offen bleiben. Selbst wenn der Darlehensvertrag erst mit der Auszahlung in barer Münze oder durch Abbuchung zustande kommen sollte, so bindet doch schon das Darlehensversprechen die Partner aneinander und verpflichtet sie zur vorgesehenen Abwicklung des Geschäfts. Gleichgültig ist auch, daß der Wortlaut von § 607 BGB und damit das Darlehensrecht insgesamt nur das Bargelddarlehen zu kennen scheint. Die Vorschriften des Darlehensrechts sind in ausdehnender Auslegung auf das Buchgelddarlehen gleichermaßen anzuwenden. Deshalb ist ohne Belang, daß der Sachverhalt von Abruf des Geldes spricht und so auf die Vereinbarung bargeldloser Abwicklung hindeutet.
- 1206 3. Ebenfalls keiner Klärung bedarf die Frage, welche Form die Absprache der Parteien aufweist. Der Agenturbetreiber ist Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB. Er befindet sich nicht mehr in der Phase der Existenzgründung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG. Die besonderen Anforderungen von § 4 VerbrKrG brauchten nicht beachtet zu werden.
- 1207 4. Zu der obligatorischen Abwicklung der Absprache zählt ein versprochener Zinsfluß. Dies kann man mittelbar aus § 608 BGB – wo lediglich vom Zeitpunkt der Zinszahlung die Rede ist – ablesen. Für die Bank ist das Darlehensversprechen ein Kapitalanlage-

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

Zu Aufgabe a:

1. Die Bank darf möglicherweise von dem Agenturbetreiber auf Grundlage der Darlehenszusage gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB Verzinsung des vollen Darlehensbetrages ab dem vorgesehenen Auszahlungstag beanspruchen, so als ob der volle Betrag pünktlich ausgezahlt würde. 1204
2. Ohne Schwierigkeiten läßt sich die in der Absprache zwischen dem Agenturbetreiber und der Bank erzielte Darlehenszusage als ein Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB identifizieren. Gleichgültig ist nach dem Wortlaut von § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit für das Darlehensrecht insgesamt, ob das Geld in barer Münze oder durch Abbuchung ausgereicht werden soll. Das Gesetz spricht nur von einem Geldbetrag, ohne stoffliche Substanz zu erwähnen. Deshalb ist ohne Belang, daß der Sachverhalt von Abruf des Geldes spricht und so auf die Vereinbarung bargeldloser Abwicklung hindeutet. 1205
3. Ebenfalls keiner Klärung bedarf die Frage, welche Form die Absprache der Parteien aufweist. Der Agenturbetreiber ist Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB. Er befindet sich nicht mehr in der Phase der Existenzgründung nach § 507 BGB. Die besonderen Anforderungen von § 492 BGB brauchten nicht beachtet zu werden. 1206
4. Zu der obligatorischen Abwicklung der Absprache zählt nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ein versprochener Zinsfluß. Für die Bank ist das Darlehensversprechen ein Kapitalanlagegeschäft, auf dessen Ertrag sie ab Abschluß des Vertrages vertrauen darf. 1207

## Fall 12: Lösung nach **altem** Recht

geschäft, auf dessen Ertrag sie ab Abschluß des Vertrages vertrauen darf.

- 1208 5. Da das Geschäft nicht dem Verbraucherkreditrecht unterfällt, kann sich der Agenturbetreiber von ihm nicht durch Widerruf gemäß §§ 361 a Abs. 1 Satz 1 BGB, 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG lösen. Auch eine Kündigung nach § 609 Abs. 1 BGB scheidet aus, denn das Darlehen ist auf eine bestimmte Zeit festgelegt. Die besonderen Kündigungsmöglichkeiten nach § 609a BGB sind nicht einschlägig. Schließlich greift auch nicht der allgemeine Gedanke einer Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund. Das Risiko einer Veränderung des Kreditbedarfs ist dem Darlehensnehmer zugeordnet. Er kann es nicht durch Kündigung auf den Darlehensgeber abwälzen. Insbesondere liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage vor, die ein Festhalten am unveränderten Vertrag für den Agenturbetreiber zur unzumutbaren Belastung machte. Deswegen kann der Agenturbetreiber auch keine Umgestaltung des Vertrages mit Reduzierung des Darlehensumfangs und Verschiebung des Auszahlungszeitpunktes, das heißt mit Ermäßigung und Verschiebung der Zinslast, verlangen (andere Ansicht vertretbar; freilich benötigte man dafür mehr Information über den Verlauf der das Darlehen anbahnenden Gespräche zwischen Agenturbetreiber und Bank).
- 1209 6. Zu erwägen bleibt, ob die Verzinsung als Gegenleistung für die Darlehensgewährung wegen Unmöglichkeit nach § 323 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 472 Abs. 1 BGB anteilig entfällt, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen nicht oder noch nicht abruft.
- 1210 Unmöglichkeit kommt sowohl wegen Kürzung der Darlehenssumme auf die Hälfte in Betracht als auch wegen der Verschiebung des Auszahlungszeitpunktes für den Rest. Die versprochene Darlehensgewähr bedeutet, eine gewisse Geldsumme für einen gewissen Zeitraum zur Verfügung zu stellen. Abrufzeitpunkt und Tilgungszeitpunkt liegen fest. Damit ist die Zeit nicht nur als Spanne, sondern auch als Datierung unablösbare Bestimmungsgröße in der Leistungsbeschreibung. Das von den Parteien abgesprochene Darlehensgeschäft stellt sich also

5. Da das Geschäft nicht dem Verbraucherkreditrecht unterfällt, kann sich der Agenturbetreiber von ihm nicht durch Widerruf gemäß §§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB, 491 Abs. 1, 495 Abs. 1 BGB lösen. Auch eine Kündigung nach § 488 Abs. 3 BGB scheidet aus, denn das Darlehen ist auf eine bestimmte Zeit festgelegt. Die besonderen Kündigungsmöglichkeiten nach § 489 BGB sind nicht einschlägig. Schließlich greift auch nicht die Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB als Sonderregelung gegenüber der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Das Risiko einer Veränderung des Kreditbedarfs ist dem Darlehensnehmer zugeordnet. Er kann es nicht durch Kündigung auf den Darlehensgeber abwälzen. Es liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage vor, die ein Festhalten am unveränderten Vertrag für den Agenturbetreiber zur unzumutbaren Belastung machte. Deswegen kann der Agenturbetreiber auch keine Umgestaltung des Vertrages mit Reduzierung des Darlehensumfangs und Verschiebung des Auszahlungszeitpunktes, das heißt mit Ermäßigung und Verschiebung der Zinslast, verlangen (andere Ansicht vertretbar; freilich benötigte man dafür mehr Information über den Verlauf der das Darlehen anbahnenden Gespräche zwischen Agenturbetreiber und Bank). 1208
6. Zu erwägen bleibt, ob die Verzinsung als Gegenleistung für die Darlehensgewährung wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 441 Abs. 3 BGB anteilig entfällt, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen nicht oder noch nicht abrufen will. 1209
- Unmöglichkeit kommt sowohl wegen Kürzung der Darlehenssumme auf die Hälfte in Betracht als auch wegen der Verschiebung des Auszahlungszeitpunktes für den Rest. Die versprochene Darlehensgewähr bedeutet, eine gewisse Geldsumme für einen gewissen Zeitraum zur Verfügung zu stellen. Abrufzeitpunkt und Tilgungszeitpunkt liegen fest. Damit ist die Zeit nicht nur als Spanne, sondern auch als Datierung unablässbare Bestimmungsgröße in der Leistungsbeschreibung. Das von den Parteien abgesprochene Darlehensgeschäft stellt sich also 1210

## Fall 12: Lösung nach altem Recht

als sogenanntes absolutes Fixgeschäft dar. Der Abruf des Darlehens zum vorgesehenen Termin ist nicht, wenn versäumt, später nachholbar. Abruf einer Hälfte nach zwei Monaten und gar endgültiger Nichtabruf der anderen Hälfte bedeuten endgültigen Ausfall des gesamten Geschäfts in den ersten beiden Monaten und hälftigen Ausfall in der restlichen vorgesehenen Laufzeit. Unerheblich ist dabei, daß der Kreditnehmer sich vielleicht bei späterem Abruf der einen Hälfte auch entsprechend spätere Tilgung dieses Betrages, also eine bloße Verschiebung des Zeitrahmens um zwei Monate vorstellt. Das Behalten des Geldes über den vorgesehenen Tilgungstermin hinaus entspricht nicht dem vereinbarten Leistungsprogramm, denn das Geld soll der Bank in den angehängten Monaten wieder für andere Zwecke zur Verfügung stehen. Nach allem wird der Bank gemäß § 275 Abs. 1 BGB teilweise die Erfüllung ihrer Pflicht unmöglich, dem Kreditnehmer vorübergehend Geld zu überlassen, wenn der Agenturbetreiber seine neue Planung verwirklicht und nur einen Teil des Geldes, und diesen auch nur verspätet, abrufte.

- 1211 Die Konsequenz ist, wenn die Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist, nach § 323 Abs. 1 BGB eine gemäß § 472 Abs. 1 BGB zu berechnende Kürzung der Zinslast. Für die ersten zwei Monate wäre kein Zins zu entrichten, für die Folgezeit nur ein Zins auf die abgerufene Darlehenshälfte.
- 1212 Indessen hat es der Agenturbetreiber in der Hand, ob er das Darlehen pünktlich und in voller Höhe abrufte. Vorsätzliches Abweichen von den Absprachen hat er gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu vertreten. Daher ergeben sich die Folgen für seine Zinspflichtigkeit nicht aus § 323 BGB, sondern aus § 324 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hiernach bleibt der Agenturbetreiber ungeschmälert zur Gegenleistung, das heißt zur Verzinsung verpflichtet. Er darf lediglich gemäß § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB die Aufwendungen in Abzug bringen, welche die Bank erspart. Hierunter fallen eventuell noch vermeidbare Refinanzierungskosten. Nähere Feststellungen erlaubt der Sachverhalt dazu allerdings nicht.

als sogenanntes absolutes Fixgeschäft dar. Der Abruf des Darlehens zum vorgesehenen Termin ist nicht, wenn versäumt, später nachholbar. Abruf einer Hälfte nach zwei Monaten und gar endgültiger Nichtabruf der anderen Hälfte bedeuten endgültigen Ausfall des gesamten Geschäfts in den ersten beiden Monaten und hälftigen Ausfall in der restlichen vorgesehen Laufzeit. Unerheblich ist dabei, daß der Kreditnehmer sich vielleicht bei späterem Abruf der einen Hälfte auch entsprechend spätere Tilgung dieses Betrages, also eine bloße Verschiebung des Zeitrahmens um zwei Monate vorstellt. Das Behalten des Geldes über den vorgesehenen Tilgungstermin hinaus entspricht nicht dem vereinbarten Leistungsprogramm, denn das Geld soll der Bank in den angehängten Monaten wieder für andere Zwecke zur Verfügung stehen. Nach allem wird der Bank gemäß § 275 Abs. 1 Fall 2 BGB teilweise die Erfüllung ihrer Pflicht unmöglich, dem Kreditnehmer vorübergehend Geld zu überlassen, wenn der Agenturbetreiber seine neue Planung verwirklicht und nur einen Teil des Geldes, und diesen auch nur verspätet, abrufte.

Die Konsequenz ist, wenn die Unmöglichkeit von keiner Seite oder von der Bank zu vertreten ist, nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB eine gemäß § 441 Abs. 3 BGB zu berechnende Kürzung der Zinslast. Für die ersten zwei Monate wäre kein Zins zu entrichten, für die Folgezeit nur ein Zins auf die abgerufene Darlehenshälfte. 1211

Indessen hat es der Agenturbetreiber in der Hand, ob er das Darlehen pünktlich und in voller Höhe abrufte. Vorsätzliches Abweichen von den Absprachen hat er gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu vertreten. Daher ergeben sich die Folgen für seine Zinspflichtigkeit nicht aus § 326 Abs. 1 BGB, sondern unter dem Gesichtspunkt alleiniger Verantwortlichkeit des Gläubigers aus § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB. Hiernach bleibt der Agenturbetreiber ungeschmälert zur Gegenleistung, das heißt zur Verzinsung verpflichtet. Er darf lediglich gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB die Aufwendungen in Abzug bringen, welche die Bank erspart. Hierunter fallen eventuell noch vermeidbare Refinanzierungskosten. Nähere Feststellungen erlaubt der Sachverhalt dazu allerdings nicht. 1212

## Fall 12: Lösung nach altem Recht

- 1213 7. Der Agenturbetreiber muß sich im Ergebnis auf die volle, allenfalls um ersparte Aufwendungen zu kürzende Zinspflicht auch bei Verschiebung und Reduzierung des Darlehensabrufes einstellen. Er kann versuchen, die Bank zu einer Änderungsvereinbarung zu bewegen, wozu sie vermutlich nur mit besonderer Vergütung bereit sein wird.

### Zu Aufgabe b:

- 1214 1. Die Frage zielt darauf, ob der Agenturbetreiber aufgrund der ursprünglichen Darlehenszusage Anspruch auf neuerliche Auszahlung eines Geldbetrages in Höhe der Differenz zwischen dem ursprünglich vereinbarten Darlehensvolumen und dem gegenwärtig noch gehaltenen Darlehensteil erheben kann.
- 1215 2. Zustandekommen und Gültigkeit zumindest eines Darlehensversprechens wurden bereits zu Aufgabe a festgestellt. Spätestens seit Abruf des Darlehensgeldes besteht – falls man überhaupt Darlehensversprechen und Darlehensvertrag trennen muß – ein Darlehensvertrag mit den Inhalten des Darlehensversprechens.
- 1216 3. Darlehenszusagen können auf einmaliges Ausreichen von Geld oder auf wiederkehrendes Zurverfügungstellen – »revolvierenden Kredit« oder »Kreditlinie« – gerichtet sein. Es kommt auf die Vereinbarung im Einzelfall an. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, daß die Bank mit dem Agenturbetreiber Wiederholbarkeit des Darlehensabrufes abgesprochen hätte. Ohne eine derartige Absprache aber kann der Darlehensnehmer nicht entgegen dem Zahlungsplan den Kredit wieder vergrößern.
- 1217 4. Der Agenturbetreiber kann nicht verlangen, daß die Bank ihm den Kreditbetrag wieder bis zur vollen anfänglichen Höhe zur Verfügung stellt. Vielmehr sind neue Vertragsverhandlungen erforderlich, bei denen die Bank vielleicht den Preis für das Darlehen ändert und erstmalig oder ergänzend Sicherheiten erwartet.

7. Der Agenturbetreiber muß sich im Ergebnis auf die volle, allenfalls um ersparte Aufwendungen zu kürzende Zinspflicht auch bei Verschiebung und Reduzierung des Darlehensabrufes einstellen. Er kann versuchen, die Bank zu einer Änderungsvereinbarung zu bewegen, wozu sie vermutlich nur mit besonderer Vergütung bereit sein wird. 1213

**Zu Aufgabe b:**

1. Die Frage zielt darauf, ob der Agenturbetreiber aufgrund der ursprünglichen Darlehenszusage Anspruch auf neuerliche Auszahlung eines Geldbetrages in Höhe der Differenz zwischen dem ursprünglich vereinbarten Darlehensvolumen und dem gegenwärtig noch gehaltenen Darlehensteil erheben kann. 1214

2. Zustandekommen und Gültigkeit eines Darlehensvertrages wurden bereits zu Aufgabe a festgestellt. 1215

3. Darlehensverträge können auf einmaliges Ausreichen von Geld oder auf wiederkehrendes Zurverfügungstellen – »revolvierenden Kredit« oder »Kreditlinie« – gerichtet sein. Es kommt auf die Vereinbarung im Einzelfall an. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, daß die Bank mit dem Agenturbetreiber Wiederholbarkeit des Darlehensabrufes abgesprochen hätte. Ohne eine derartige Absprache aber kann der Darlehensnehmer nicht entgegen dem Zahlungsplan den Kredit wieder vergrößern. 1216

4. Der Agenturbetreiber kann nicht verlangen, daß die Bank ihm den Kreditbetrag wieder bis zur vollen anfänglichen Höhe zur Verfügung stellt. Vielmehr sind neue Vertragsverhandlungen erforderlich, bei denen die Bank vielleicht den Preis für das Darlehen ändert und erstmalig oder ergänzend Sicherheiten erwartet. 1217

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Geld als Sache oder Nichtsache . . . . .	1218	5. Nichtabnahme des Darlehens als Verzug . . . . .	1222
2. Gelddarlehen und Sachdarlehen . . . . .	1219	6. Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage . . . . .	1223
3. Bereitstellungsziinsen . . . . .	1220	7. Nichtabnahmeentschädigung, Vorfälligkeitsentschädigung . . . . .	1224
4. Variabler oder fester Zinssatz . . . . .	1221		

1218 1. Geld kann in Sachen (Geldzeichen: Münzen, Banknoten) verkörpert sein. Ist es das, so erscheint die Anwendung der Vorschriften über Sachen als zulässig. In der Lösung zu Aufgabe a (unter 2) war allerdings schon davon die Rede, daß auch entkörperlichtes Geld (Buchgeld auf Girokonten oder elektronischen Speichern in mitzuführenden Kunststoffkarten) wie verkörpertes unter die Darlehensvorschriften fällt. Auch im übrigen muß man berücksichtigen, daß der Verkehr Geld überwiegend entmaterialisiert benutzt. Geschäfte um Geld sind Geschäfte um Kaufkraftverschaffung. Die Verkörperung hat dabei, wenn überhaupt gewünscht, nur Transportfunktion.

1219 2. Darlehen im Sinne von § 607 Abs. 1 BGB ist sowohl die entgeltliche oder unentgeltliche vorübergehende Überlassung von Geld zum Verbrauch als auch die entgeltliche oder unentgeltliche vorübergehende Überlassung von Sachen zum Verbrauch, die nicht Geld sind. Darleihe von Nichtgeld liegt im Schulbeispiel vom Ei für den Teig vor, mit dem die Nachbarin bei späterer Erstattung eines anderen Eis aushilft. Ein weiteres Beispiel ist der Einzelhändler, welcher, vom Hersteller im Stich gelassen, zur Auslieferung an den Kunden ein vergleichbares Stück beim Konkurrenten erbittet, der zum Ausgleich das verspätete Stück erhalten wird. Die in § 607 Abs. 1 BGB enthaltene Auffassung von Geld als Sache begegnet wegen der Verweisung auf das Darlehensrecht auch in den Vorschriften über die unregelmäßige Verwahrung (§ 700 Abs. 1 BGB), ferner bei der Hinterlegung (§ 372 BGB) und bei der Pfändung (§ 808 ZPO).

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

Übersicht

1. Geld als Sache oder Nichtsache . . . . .	1218	5. Nichtabnahme des Darlehens als Verzug . . . . .	1222
2. Gelddarlehen und Sachdarlehen . . . . .	1219	6. Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage . . . . .	1223
3. Bereitstellungszinsen . . . . .	1220	7. Nichtabnahmeentschädigung, Vorfälligkeitsentschädigung . . . . .	1224
4. Variabler oder fester Zinssatz . . . . .	1221		

1. Geld kann in Sachen (Geldzeichen: Münzen, Banknoten) verkörpert sein. Ist es das, so erscheint die Anwendung der Vorschriften über Sachen als zulässig. In der Lösung zu Aufgabe a (unter 2) war allerdings schon davon die Rede, daß auch entkörperlichtes Geld (Buchgeld auf Girokonten oder elektronischen Speichern in mitzuführenden Kunststoffkarten) wie verkörpertes unter die Darlehensvorschriften fällt. Auch im übrigen muß man berücksichtigen, daß der Verkehr Geld überwiegend entmaterialisiert benutzt. Geschäfte um Geld sind Geschäfte um Kaufkraftverschaffung. Die Verkörperung hat dabei, wenn überhaupt gewünscht, nur Transportfunktion. 1218

2. Darlehen im Sinne von § 488 Abs. 1 BGB ist allein die entgeltliche oder unentgeltliche vorübergehende Überlassung von Geld zum Verbrauch. Der Begriff »Darlehen« ist Synonym für »Gelddarlehen«. Hingegen bezeichnet das Gesetz die entgeltliche oder unentgeltliche vorübergehende Überlassung von Sachen, die nicht Geld sind, zum Verbrauch als Sachdarlehen und regelt sie getrennt in § 607 Abs. 1 BGB. Darleihe von Nichtgeld liegt im Schulbeispiel vom Ei für den Teig vor, mit dem die Nachbarin bei späterer Erstattung eines anderen Eis aushilft. Ein weiteres Beispiel ist der Einzelhändler, welcher, vom Hersteller im Stich gelassen, zur Auslieferung an den Kunden ein vergleichbares Stück beim Konkurrenten erbittet, der zum Ausgleich das verspätete Stück erhalten wird. Die Auffassung von Geld als Sache begegnet in den Vorschriften über die unregelmäßige Verwahrung (§ 700 Abs. 1 BGB); allerdings führt von dort eine Verweisung auf das Darlehensrecht, das heißt auf §§ 488 ff. BGB, und somit zu einem an Kör- 1219

## Fall 12: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1220 3. Wenn der Darlehensnehmer sich bei Abschluß des Darlehensgeschäfts noch nicht auf einen genauen Abruftermin festlegen mag, werden häufig Bereitstellungsinsen vereinbart. Sie liegen regelmäßig niedriger als der Zins für die Zeit nach Ausreichen des Betrages.
- 1221 4. Bankdarlehen werden als variabel verzinsliche oder als festverzinsliche vereinbart. Im ersten Falle behält die Bank sich vor, den zunächst abgesprochenen Zinssatz im Laufe der Zeit der Marktentwicklung folgen zu lassen. Es handelt sich um einseitige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger nach § 315 Abs. 1 Satz 1 BGB. Im zweiten Falle deckt sich meistens, aber nicht notwendig, die Zeitspanne für die Zinsfestlegung mit der Zeitspanne für das Darlehen überhaupt. Zugleich ist aber regelmäßig vorgesehen, daß sich das Darlehen nach Ende der Zinsfestlegung und zugleich der Laufzeit überhaupt auf unbestimmte Zeit mit variablem Zins verlängert.
- 1222 5. Nichtabnahme des bereitgestellten Darlehensbetrages kann man statt als Unmöglichkeit auch als Verzug (Gläubigerverzug gemäß § 293 BGB und zugleich Schuldnerverzug gemäß §§ 284 f. BGB) des Darlehensnehmers betrachten. Das setzt freilich voraus, daß der Abnahmezeitpunkt kein der Leistung des Darlehensgebers wesenseigenes Merkmal darstellt und das Darlehen allenfalls durch eine verschiebliche Zeitspanne definiert ist, falls die Parteien nicht sowieso offene Laufzeit mit verschieblichem Beginn vereinbarten. Nichtsdestoweniger kann auch ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Darlehen einen akkurat einzuhaltenden Beginn haben, so daß Verspätung zum Teilausfall führt. Siehe im übrigen über Unmöglichkeit Fall 2, über Störung der Geschäftsgrundlage Fall 8.
- 1223 6. Über das Verhältnis der Kündigung aus wichtigem Grund und der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zueinander siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 7 (unter 3) und die ergänzenden Hinweise zu Fall 8 (unter 2).

Fall 12: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

perlichkeit nicht mehr gebundenen Geldbegriff. Ferner begegnet Geld in Verkörperung bei der Hinterlegung (§ 372 BGB) und bei der Pfändung (§ 808 ZPO).

3. Wenn der Darlehensnehmer sich bei Abschluß des Darlehensgeschäfts noch nicht auf einen genauen Abruftermin festlegen mag, werden häufig Bereitstellungszinsen vereinbart. Sie liegen regelmäßig niedriger als der Zins für die Zeit nach Ausreichen des Betrages. 1220
4. Bankdarlehen werden als variabel verzinsliche oder als festverzinsliche vereinbart. Im ersten Falle behält die Bank sich vor, den zunächst abgesprochenen Zinssatz im Laufe der Zeit der Marktentwicklung folgen zu lassen. Es handelt sich um einseitige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger nach § 315 Abs. 1 Satz 1 BGB. Im zweiten Falle deckt sich meistens, aber nicht notwendig, die Zeitspanne für die Zinsfestlegung mit der Zeitspanne für das Darlehen überhaupt. Zugleich ist aber regelmäßig vorgesehen, daß sich das Darlehen nach Ende der Zinsfestlegung und zugleich der Laufzeit überhaupt auf unbestimmte Zeit mit variablem Zins verlängert. 1221
5. Nichtabnahme des bereitgestellten Darlehensbetrages kann man statt als Unmöglichkeit auch als Verzug (Gläubigerverzug gemäß § 293 BGB und zugleich Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB) des Darlehensnehmers betrachten. Das setzt freilich voraus, daß der Abnahmezeitpunkt kein der Leistung des Darlehensgebers wesenseigenes Merkmal darstellt und das Darlehen allenfalls durch eine verschiebliche Zeitspanne definiert ist, falls die Parteien nicht sowieso offene Laufzeit mit verschieblichem Beginn vereinbarten. Nichtsdestoweniger kann auch ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Darlehen einen akkurat einzuhaltenden Beginn haben, so daß Verspätung zum Teilausfall führt. Siehe im übrigen über Unmöglichkeit Fall 2, über Störung der Geschäftsgrundlage Fall 8. 1222
6. Über das Verhältnis der Kündigung aus wichtigem Grund und der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zueinander siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 7 (unter 3) und die ergänzenden Hinweise zu Fall 8 (unter 2). 1223

## Fall 12: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1224 7. Über die Pflicht des Darlehensnehmers zum Schadensersatz wegen Versäumens des Darlehensabrufs (Nichtabnahmeentschädigung) oder wegen Veranlassens vorzeitiger Darlehensbeendigung (Vorfalligkeitsentschädigung) lies EKKEHARDT VON HEYMAN/PATRICK RÖSLER, Berechnung von Vorfalligkeits- und Nichtabnahmeentschädigung, in: ZIP 2001, 441–449; BGH, Urteil vom 11. November 1997 – XI ZR 13/97, NJW 1998, 592 ff. (Vorfalligkeitsentschädigung); BGH, Urteil vom 7. November 2000 – XI ZR 27/00, NJW 2001, 509 ff. (Nichtabnahmeentschädigung).

7. Über die Pflicht des Darlehensnehmers zum Schadensersatz wegen Versäumens des Darlehensabrufs (Nichtabnahmeentschädigung) oder wegen Veranlassens vorzeitiger Darlehensbeendigung (Vorfälligkeitsentschädigung) lies (betreffend das alte Schuldrecht) EKKEHARDT VON HEYMANN/PATRICK RÖSLER, Berechnung von Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigung, in: ZIP 2001, 441–449; BGH, Urteil vom 11. November 1997 – XI ZR 13/97, NJW 1998, 592 ff. (Vorfälligkeitsentschädigung); BGH, Urteil vom 7. November 2000 – XI ZR 27/00, NJW 2001, 509 ff. (Nichtabnahmeentschädigung). 1224

## Fall 13 Kredit zwecks Umschuldung: Stornierung überteuerten Verbraucherdarlehens

1301 Wegen verschiedener überfälliger Zahlungsverpflichtungen benötigt Käthe einen Kredit in Höhe von 20.000 Deutsche Mark (10.000 Euro). Die Sofort-Kreditbank Gesellschaft mit beschränkter Haftung – nachfolgend: S-GmbH – findet sich bereit. Käthe und der Geschäftsführer der S-GmbH unterfertigen eine Urkunde, wonach die S-GmbH Käthe einen Kredit in Höhe von 20.000 Deutsche Mark (10.000 Euro) mit einer Laufzeit von einem Jahr gewähre. Angegeben sind neben Darlehenssumme und Rückzahlungsmodalitäten der Zins sowie diverse von Käthe zu entrichtende Gebühren und zu vergütende Auslagen, was zu einem ebenfalls angegebenen Gesamtbetrag von 24.000 Deutsche Mark (12.000 Euro) führt. Nicht zuletzt ist der effektive Jahreszins vermerkt. Käthe erhält eine Abschrift des Textes einschließlich einer von ihr gesondert unterschriebenen ordnungsgemäßen Belehrung über ihre besonderen Rechte als Kreditnehmer. Die S-GmbH zahlt Käthe den Betrag von 20.000 Deutsche Mark (10.000 Euro) noch am selben Tage in bar aus.

Vier Tage später stellt Käthe fest, daß sie den benötigten Kredit um ein Viertel billiger auch von der Stadtparkasse oder anderen Instituten erhalten hätte. Noch zwei Tage später sendet sie daher einen Brief an die S-GmbH, worin sie mitteilt, das Geschäft wegen der erheblichen Überteuerung als gegenstandslos zu betrachten. Der Brief trifft weitere fünf Tage später bei der S-GmbH ein, die dem Ansinnen Käthes jedoch energisch widerspricht und auf Durchführung der Abmachungen besteht.

Kann die S-GmbH die vereinbarungsgemäße Abwicklung verlangen? Die Angaben zu den Geldbeträgen sind nur mit Rücksicht auf die Währungsumstellung zum 1. Januar 2002 doppelt gemacht, nämlich in Deutscher Mark für die Beurteilung nach altem Recht und in Euro für die Beurteilung nach neuem Recht.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Das Geschehen läßt sogleich an Widerruf eines Verbraucherdarlehens denken. Außerdem liegen die Regelungen über Wucher oder wucherähnliche Geschäfte nicht ganz abseits, wenn auch im Ergebnis Sittenwidrigkeit nicht anzunehmen sein dürfte. 1302

Mit diesen Erörterungen darf die Bearbeitung allerdings nicht beginnen. Der Lösungsansatz muß von der gestellten Frage ausgehen. Wenn die Bank auf Abwicklung besteht, so bedeutet dies, daß sie auf Zahlung der Vergütung beharrt. Der Anspruch auf die vereinbarten Zinsen und sonstigen Entgelte steht daher im Mittelpunkt. Die Pflicht zur Tilgung des Darlehens hingegen ist gegenwärtig außer Streit. Im Gegenteil wünscht Käthe das Geld schneller, als von der Bank erwartet, zu erstatten. Die Prüfung eines Rückerstattungsanspruchs, herrührend aus plangemäßer Abwicklung oder aus unvorhergesehener Trennung der Vertragspartner, liegt daher nicht im Interesse der Bank. Allenfalls bliebe bei der Untersuchung des Zinsanspruchs zu fragen, ob Käthe ihn, wenn er nicht schon aus anderen Gründen fortfällt, durch vorzeitige Tilgung unterlaufen kann.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 1303 1. Die S-GmbH hat gegen Käthe Anspruch auf vereinbarungsgemäße Zahlung der Zinsen und der weiteren Entgelte für die vorübergehende Gewährung der Geldsumme im Gesamtumfang von 4.000 Deutsche Mark, wenn Käthe sich ihr hierzu mittels Darlehensvertrages verbindlich machte.
- 1304 2. Spätestens mit der beiderseitigen Unterzeichnung lagen übereinstimmende Willenserklärungen zu einem Darlehensgeschäft vor. Der Geschäftsführer vertrat hierbei die S-GmbH nach § 35 Abs. 1 Fall 2 GmbHG ordnungsgemäß. Ob das getätigte Geschäft sogleich schon Darlehensvertrag im Sinne von § 607 Abs. 1 BGB oder das darin begründete Darlehensversprechen nur Vorstufe zum Darlehensvertrag war, kann offen bleiben. Die Auszahlung erfolgte, und jedenfalls damit kam der Darlehensvertrag zustande.
- 1305 3. Eine andere Frage ist diejenige, ob der Darlehensvertrag wirksam ist. Sollte es sich um einen Verbraucherkredit nach § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Fall 1 VerbrKrG handeln, sind die besonderen Formanforderungen des § 4 VerbrKrG und die Regelungen zum Widerrufsrecht nach §§ 7 VerbrKrG, 361 a BGB zu beachten. Abgesehen davon ist Sittenwidrigkeit wegen der Überteurung nicht gänzlich ausgeschlossen.
- 1306 3.a Die das Darlehen gebende S-GmbH ist gemäß § 13 GmbHG juristische Person und schloß das Geschäft nach § 14 Abs. 1 Fall 2 BGB als Unternehmerin ab. Über eine selbständige berufliche Tätigkeit der Darlehensnehmerin Käthe sagt der Sachverhalt nichts aus. Der Verbraucherbegriff ist in § 13 BGB negativ definiert. Hieraus ergibt sich die Einschätzung natürlicher Personen als Verbraucher als der Regelfall, die Einschätzung als Unternehmer hingegen als die Ausnahme. Käthe ist daher mangels anderweitiger Angaben als Verbraucherin einzustufen. Schließlich ist das Darlehen entgeltlich. Somit ist der Darlehensvertrag Verbraucherkreditvertrag gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Fall 1 VerbrKrG.

---

Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

1. Die S-GmbH hat gegen Käthe Anspruch auf vereinbarungsgemäße Zahlung der Zinsen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB und der weiteren Entgelte für die vorübergehende Gewährung der Geldsumme im Gesamtvolumen von 2.000 Euro, wenn Käthe sich ihr hierzu mittels Darlehensvertrages verbindlich machte. 1303
2. Spätestens mit der beiderseitigen Unterzeichnung lagen übereinstimmende Willenserklärungen zu einem Darlehensgeschäft vor. Damit kam ein Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB zustande. 1304
3. Eine andere Frage ist diejenige, ob der Darlehensvertrag wirksam ist. Sollte es sich um einen Verbraucherkredit nach § 491 Abs. 1 BGB handeln, sind die besonderen Formanforderungen des § 492 BGB und die Regelungen zum Widerrufsrecht nach §§ 495, 355 BGB zu beachten. Abgesehen davon ist Sittenwidrigkeit wegen der Überteuering nicht gänzlich ausgeschlossen. 1305
- 3.a Die das Darlehen gebende S-GmbH ist gemäß § 13 GmbHG juristische Person und schloß das Geschäft nach § 14 Abs. 1 Fall 2 BGB als Unternehmerin ab. Über eine selbständige berufliche Tätigkeit der Darlehensnehmerin Käthe sagt der Sachverhalt nichts aus. Der Verbraucherbegriff ist in § 13 BGB negativ definiert. Hieraus ergibt sich die Einschätzung natürlicher Personen als Verbraucher als der Regelfall, die Einschätzung als Unternehmer hingegen als die Ausnahme. Käthe ist daher mangels anderweitiger Angaben als Verbraucherin einzustufen. Schließlich ist das Darlehen entgeltlich. Somit ist der Darlehensvertrag Verbraucherkreditvertrag gemäß § 491 Abs. 1 BGB. 1306

## Fall 13: Lösung nach altem Recht

- 1307 3.b Das Geschäft bedurfte der in § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG verlangten Schriftform. Zur Wahrung der Schriftform war nach § 126 BGB, gegebenenfalls mit den Erleichterungen aus § 4 Abs. 1 Sätze 2 und 3 VerbrKrG vorzugehen. Die schriftliche Fassung mußte außerdem die Einzelheiten nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1, Abs. 2 VerbrKrG aufweisen. Mit Unterzeichnung der geschilderten Urkunde hielten Käthe und die S-GmbH die Schriftform nach § 126 Abs. 1 Fall 1, Abs. 2 Satz 1 BGB ein. Die Urkunde berücksichtigt die Erfordernisse aus § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG. Daß eine Versicherung (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe f VerbrKrG) oder eine sonstige Sicherheit (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe g VerbrKrG) einzurichten und in der Niederschrift übergangen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Für die Wirksamkeit des Geschäfts unerheblich ist, daß Käthe nach § 4 Abs. 3 VerbrKrG und § 361a Abs. 1 Satz 5 BGB eine Abschrift empfing, ferner nach § 361a Abs. 1 Satz 3 BGB über ihr Widerrufsrecht belehrt wurde und gemäß § 361a Abs. 1 Satz 4 Fall 1 BGB die Belehrung mittels Unterschrift bestätigte. Das Geschäft ist formgültig zustande gekommen. Die Vorschriften über Heilung von Formfehlern (§ 6 VerbrKrG) dürfen außer Betracht bleiben.
- 1308 3.c Zu erwägen ist nun Nichtigkeit des Geschäftes wegen unsittlicher Übertreibung. Zum Maßstab für ein marktübliches Darlehensentgelt kann man die von Käthe nachträglich erkundeten Darlehenspreise machen. Hiervon weicht die Vereinbarung mit der S-GmbH nicht so kraß ab, als daß ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB festzustellen wäre. Rechtsprechung und Lehre sehen ein auffälliges Mißverhältnis in Kreditgeschäften erst dort, wo der Kreditnehmer, sämtliche Vergütungsbestandteile zusammengenommen, ungefähr das Doppelte des für vergleichbare Darlehen Üblichen oder noch mehr zahlen soll (BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 – XI ZR 237/99, ZIP 2000, 1376, 1377). Das ist hier nicht gegeben – selbst wenn man mit Ungenauigkeiten rechnet, weil die effektive Zinsbelastung nicht bekannt ist. Auch sind keine Umstände zu erkennen, die, wie in § 138 Abs. 2 BGB vorausgesetzt, Käthe in wesentlich geschwächerter Lage erscheinen lassen. Schließlich

3.b Das Geschäft bedurfte der in § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangten Schriftform. Zur Wahrung der Schriftform war nach § 126 BGB, gegebenenfalls mit den Erleichterungen aus § 492 Abs. 1 Sätze 3 und 4 BGB, vorzugehen, jedoch gemäß § 492 Abs. 1 Satz 2 BGB ohne Ausweichen auf elektronische Form im Sinne von §§ 126 Abs. 3, 126a BGB. Die schriftliche Fassung mußte außerdem die Einzelheiten nach § 492 Abs. 1 Satz 5, Abs. 2 BGB aufweisen. Mit Unterzeichnung der geschilderten Urkunde hielten Käthe und die S-GmbH die Schriftform nach § 126 Abs. 1 Fall 1, Abs. 2 Satz 1 BGB ein. Die Urkunde berücksichtigt die Erfordernisse aus § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 BGB. Daß eine Versicherung (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 6 BGB) oder eine sonstige Sicherheit (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 7 BGB) einzurichten und in der Niederschrift übergangen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Für die Wirksamkeit des Geschäfts unerheblich ist, daß Käthe nach § 492 Abs. 3 BGB und § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Abschrift empfangt, ferner nach § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB über ihr Widerrufsrecht belehrt wurde und gemäß § 355 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 BGB die Belehrung mittels Unterschrift bestätigte. Das Geschäft ist formgültig zustande gekommen. Die Vorschriften über Heilung von Formfehlern (§ 494 BGB) dürfen außer Betracht bleiben. 1307

3.c Zu erwägen ist nun Nichtigkeit des Geschäftes wegen unsittlicher Übertreibung. Zum Maßstab für ein marktübliches Darlehensentgelt kann man die von Käthe nachträglich erkundeten Darlehenspreise machen. Hiervon weicht die Vereinbarung mit der S-GmbH nicht so kraß ab, als daß ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB festzustellen wäre. Rechtsprechung und Lehre sehen ein auffälliges Mißverhältnis in Kreditgeschäften erst dort, wo der Kreditnehmer, sämtliche Vergütungsbestandteile zusammengenommen, ungefähr das Doppelte des für vergleichbare Darlehen Üblichen oder noch mehr zahlen soll (BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 – XI ZR 237/99, ZIP 2000, 1376, 1377). Das ist hier nicht gegeben – selbst wenn man mit Ungenauigkeiten rechnet, weil die effektive Zinsbelastung nicht bekannt ist. Auch sind keine Umstände zu erkennen, die, wie in § 138 Abs. 2 BGB vorausgesetzt, Käthe in wesentlich geschwächter Lage erscheinen lassen. Schließlich 1308

### Fall 13: Lösung nach altem Recht

liegt auch kein Sachverhalt vor, der Ähnlichkeit mit den von § 138 Abs. 2 BGB geregelten Fällen hätte und zur Feststellung eines nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen wucherähnlichen Geschäftes führte.

- 1309 3.d Käthes Brief enthält aber möglicherweise einen das Geschäft nach §§ 361 a Abs. 1 Satz 1 BGB, 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG entkräftenden Widerruf.
- 1310 Dem Sachverhalt läßt sich nicht entnehmen, daß Käthe das Darlehen jederzeit fristlos kündigen und tilgen dürfe. Das Widerrufsrecht aus § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG ist sonach nicht gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 VerbrKrG ausgeschlossen.
- 1311 Mit dem Brief bringt Käthe zum Ausdruck, sich nicht länger an das Geschäft gebunden zu fühlen. Das läßt sich nach § 133 BGB als Widerrufserklärung auslegen. Auf Käthes Gründe kommt es nach § 361 a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB nicht an. Der Brief erfüllt das Erfordernis der Schriftlichkeit aus § 361 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB.
- 1312 Über ihr Widerrufsrecht belehrt und mit der Vertragsabschrift versehen standen Käthe nach § 361a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, Sätze 3 bis 5 BGB zum Widerruf zwei Wochen zur Verfügung. Gemäß § 361a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB genügt es, wenn sie innerhalb dieser Zeit eine Widerrufsschrift auf den Weg brachte. Als Käthes Brief bei der S-GmbH ankommt, sind erst elf Tage vergangen. Die Frist ist gewahrt.
- 1313 Damit ist Käthe § 361 a Abs. 1 Satz 1 BGB zufolge nicht mehr an den Darlehensvertrag gebunden. Allerdings fordert nun § 7 Abs. 3 VerbrKrG zusätzlich, daß Käthe innerhalb von zwei Wochen nach Empfang des Geldes oder zumindest nach Abgang ihres Widerrufsschreibens die Summe an die S-GmbH zurückzahlt. Versäumt sie dies, wird ihr Widerruf unbeachtlich. Was dies genau für die vertragliche Bindung bedeutet, sagt das Gesetz zwar nicht. Es gibt folgende Möglichkeiten: Falls der Widerruf trotz des Zusatzerfordernisses Käthes Bindung an den Darlehensvertrag bereits beseitigte, tritt bei Säumnis die Bindung wieder ein. Falls der Widerruf einstweilen nur schwebend

liegt auch kein Sachverhalt vor, der Ähnlichkeit mit den von § 138 Abs. 2 BGB geregelten Fällen hätte und zur Feststellung eines nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen wucherähnlichen Geschäftes führte.

3.d Käthes Brief enthält aber möglicherweise einen das Geschäft nach § 355 Abs. 1 Satz 1, 495 Abs. 1 BGB entkräftenden Widerruf. 1309

Dem Sachverhalt läßt sich nicht entnehmen, daß Käthe das Darlehen jederzeit fristlos kündigen und tilgen dürfe. Das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB ist sonach nicht gemäß § 495 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. 1310

Mit dem Brief bringt Käthe zum Ausdruck, sich nicht länger an das Geschäft gebunden zu fühlen. Das läßt sich nach § 133 BGB als Widerrufserklärung auslegen. Auf Käthes Gründe kommt es nach § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB nicht an. Der Brief erfüllt das Erfordernis der Textform aus § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 126b BGB. 1311

Über ihr Widerrufsrecht belehrt und mit der Vertragsabschrift versehen standen Käthe nach § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, Abs. 2 Sätze 1 bis 3 BGB zum Widerruf zwei Wochen zur Verfügung. Gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB genügt es, wenn sie innerhalb dieser Zeit eine Widerrufsschrift auf den Weg brachte. Als Käthes Brief bei der S-GmbH ankommt, sind erst elf Tage vergangen. Die Frist ist gewahrt. 1312

Damit ist Käthe § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB zufolge nicht mehr an den Darlehensvertrag gebunden. Allerdings fordert nun § 495 Abs. 2 BGB zusätzlich, daß Käthe innerhalb von zwei Wochen nach Empfang des Geldes oder zumindest nach Abgang ihres Widerrufsschreibens die Summe an die S-GmbH zurückzahlt. Versäumt sie dies, wird ihr Widerruf unbeachtlich. Was dies genau für die vertragliche Bindung bedeutet, sagt das Gesetz zwar nicht. Es gibt folgende Möglichkeiten: Falls der Widerruf trotz des Zusatzerfordernisses Käthes Bindung an den Darlehensvertrag bereits beseitigte, tritt bei Säumnis die Bindung wieder ein. Falls der Widerruf einstweilen nur schwebend unwirksam 1313

## Fall 13: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

unwirksam und deshalb die vertragliche Bindung vorläufig noch nicht beseitigt ist, bleibt der Darlehensvertrag mit Versäumen der Rückzahlungsfrist endgültig bindend.

- 1314 4. Im Ergebnis aber steht fest, daß Käthe sich durch ihren Widerruf bei baldiger Erstattung des Darlehensbetrages von den vertraglichen Entgeltspflichten dauerhaft befreit hat.

---

### **Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

#### Übersicht

1. Gegenstand des Darlehensvertrages .....	1315	3. Mehrfache Angriffe gegen den Vertrag .....	1317
2. Verbraucher, Unternehmer, Nichtverbraucher-Nichtunternehmer .....	1316	4. Darlehensvermittlung .....	1318

1315 1. Zum Gegenstand des Darlehensvertrages siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 12 (unter 1 und 2). Die Anspruchsgrundlage für Zinsen und weitere Vergütungsbestandteile zugunsten des Darlehensgebers ist allein im Vertrag. § 608 BGB spricht zwar von den Zinsen, setzt aber den Anspruch darauf voraus und regelt nur den Zahlungszeitpunkt. Im Ergebnis ist es aber ohnehin gleichgültig, ob ein vertraglicher Anspruch im Gesetz vorgestellt wird oder nicht. Das für die Geschäftspartner verbindliche Normenwerk ist – soweit dies nicht an gesetzliche Grenzen stößt – immer von den Parteien selbst im Vertrag gebildet.

1316 2. Über die Rollen »Verbraucher«, »Unternehmer« und »Nichtverbraucher-Nichtunternehmer«, über die Beweislast bei der Rollenzuweisung und über den Widerruf vergleiche Fall 9 mit ergänzenden Hinweisen.

1317 3. Leidet ein Verbraucherdarlehensvertrag an Formmangel oder ist er sittenwidrig, schmälert das die Widerruflichkeit nicht. Gegebenenfalls kann der Verbraucher zu dem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Geschäft vorsorglich auf Verfehlen der Form hinweisen und außerdem

Fall 13: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

und deshalb die vertragliche Bindung vorläufig noch nicht beseitigt ist, bleibt der Darlehensvertrag mit Versäumen der Rückzahlungsfrist endgültig bindend.

4. Im Ergebnis aber steht fest, daß Käthe sich durch ihren Widerruf bei baldiger Erstattung des Darlehensbetrages von den vertraglichen Entgeltspflichten befreit hat. **1314**

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Gegenstand des Darlehensvertrages . . . . .	1315	3. Mehrfache Angriffe gegen den Vertrag . . . . .	1317
2. Verbraucher, Unternehmer, Nichtverbraucher-Nichtunternehmer . . . . .	1316	4. Darlehensvermittlung . . . . .	1318

1. Zum Gegenstand des Darlehensvertrages siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 12 (unter 1 und 2). Die Anspruchsgrundlage für Zinsen und weitere Vergütungsbestandteile zugunsten des Darlehensgebers ist in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit im Gesetz zu finden. Die Regelung dort ist allerdings tautologisch. Denn wie sollte die Vergütungspflicht anders bestehen, als wenn die Vergütung geschuldet wäre? Ob Vergütung aber geschuldet ist, hängt vom Vertrag ab. Streng genommen ist letztlich die Anspruchsgrundlage noch immer allein im Vertrag auszumachen. **1315**

2. Über die Rollen »Verbraucher«, »Unternehmer« und »Nichtverbraucher-Nichtunternehmer«, über die Beweislast bei der Rollenzuweisung und über den Widerruf vergleiche Fall 9 mit ergänzenden Hinweisen. **1316**

3. Leidet ein Verbraucherdarlehensvertrag an Formmangel oder ist er sittenwidrig, schmälert das die Widerruflichkeit nicht. Gegebenenfalls kann der Verbraucher zu dem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Geschäft vorsorglich auf Verfehlen der Form hinweisen und außerdem **1317**

### Fall 13: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

den Widerruf erklären. Damit lassen sich langwierige Auseinandersetzungen erheblich verkürzen.

- 1318 4. Die Darlehensvermittlung ist Unterfall des Maklergeschäfts. Ihre Regelung findet sie im Kern in §§ 652 bis 655 BGB. Übt der Vermittler seine Tätigkeit gewerbsmäßig aus, so ist er gemäß § 93 Abs. 1 letzter Fall HGB Handelsmakler. Dann treten §§ 93 ff. HGB hinzu, im Falle des Kleinverkehrs allerdings nur reduziert (§ 104 Satz 1 HGB). Wenn überdies der Kreditsuchende Verbraucher oder Existenzgründer ist, so greifen zusätzlich §§ 1 Abs. 1, Abs. 3, 15 ff. VerbrKrG.

### Fall 13: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

den Widerruf erklären. Damit lassen sich langwierige Auseinandersetzungen erheblich verkürzen.

4. Die Darlehensvermittlung ist Unterfall des Maklergeschäfts. Ihre **1318**  
Regelung findet sie im Kern in §§ 652 bis 655 BGB. Übt der Vermittler seine Tätigkeit gewerbsmäßig aus, so ist er gemäß § 93 Abs. 1 letzter Fall HGB Handelsmakler. Dann treten §§ 93 ff. HGB hinzu, im Falle des Kleinverkehrs allerdings nur reduziert (§ 104 Satz 1 HGB). Wenn überdies der Kreditsuchende Verbraucher oder Existenzgründer ist, so greifen zusätzlich §§ 655 a bis 655 e BGB.

## Fall 14 Achtundvierzig Raten für ein Automobil: Erledigter Abzahlungskauf mit Eigentums- vorbehalt

- 1401 Kornel will sich einen neuen Personenkraftwagen zulegen. Zu diesem Behufe begibt er sich in das Autohaus des Volker. Dort wählt Kornel ein Modell aus. Volker und Kornel unterfertigen einen schriftlichen Vertrag über die Lieferung eines Wagens dieses Modells mit im einzelnen näher beschriebener Ausstattung. In der Vertragsurkunde heißt es, der Verkäufer behalte sich das Eigentum an dem zu liefernden Wagen bis zur vollständigen Bezahlung vor. Der Preis ist mit 40.000 Deutsche Mark (20.000 Euro) angegeben. Kornel kann allerdings diesen Betrag nicht aus eigenen Mitteln in einer Summe aufbringen. Neben dem schriftlichen Vertrag vereinbaren Volker und Kornel daher zugleich mündlich, Kornel dürfe nach seinem Belieben auch ratenweise zahlen. Die Raten seien monatlich, jeweils zum Ersten, zu entrichten, beginnend mit dem auf die Lieferung des Wagens folgenden Monat. Die Höhe der einzelnen Raten betrage 1.000 Deutsche Mark (500 Euro). Insgesamt seien 48 Raten zu leisten. Volker setzt hierüber einen »Zusatzvermerk« auf und gibt Kornel davon eine Ablichtung.

Acht Wochen später kann Kornel den soeben vom Werk eingetroffenen Wagen bei Volker abholen. Volker händigt Kornel die Wagenschlüssel aus und wünscht ihm allzeit gute Fahrt. Den Fahrzeugbrief hat Volker allerdings noch bei seinen Unterlagen. Zum Ersten des anschließenden Monats überweist Kornel an Volker 1.000 Deutsche Mark (500 Euro). Auch 45 weitere Raten zu 1.000 Deutsche Mark (500 Euro) gehen jeweils pünktlich zum Monatsbeginn bei Volker ein, zuletzt zum 1. April. Danach hingegen zahlt Kornel trotz mehrerer Erinnerungen durch Volker keine Rate mehr. Nachdem Volker so weder zum 1. Mai noch zum 1. Juni Geld von Kornel erhalten hat, fordert er Kornel schriftlich auf, den Wagen »mit Rücksicht auf das vorbehaltenen Eigentum« herauszugeben.

## Fall 14: Erledigter Abzahlungskauf mit Eigentumsvorbehalt

Muß Kornel dem Folge leisten? Die zweifache Angabe der Geldbeträge dient der Zuordnung des Geschäfts zum jeweils gedachten Zeitraum des Geschehens (Angaben in Deutsche Mark für die Beurteilung nach altem Recht; Angaben in Euro für die Beurteilung nach dem seit 1. Januar 2002 geltenden Recht).

---

### **Vorüberlegungen zum Lösungsansatz (erscheinen nicht in einer Reinschrift):**

---

Die Trennung von beidseits unterschriebenem Vertrag und mündlicher Zusatzabsprache mit einseitig erstelltem Vermerk darüber läßt an der Gültigkeit des Geschäfts zweifeln. Doch darf man dieses Problem nicht an den Anfang stellen. Die gestellte Frage richtet sich auf Rückabwicklung des Geschäfts. Anlaß dafür will Volker in Zahlungsrückstand sehen. Insoweit können dann der Vertragsinhalt und seine Verbindlichkeit mittelbar von Belang sein. An der Spitze aber stehen die für ein Rückgabebegehren geeigneten Anspruchsgrundlagen. In Betracht kommt Herausgabe hauptsächlich als Rücktrittsfolge und als Konsequenz aus etwa noch bestehendem Eigentum Volkers. 1402

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

- 1403 1.a Anspruch auf Herausgabe des Personenkraftwagens kann Volker gegen Kornel möglicherweise unter dem Gesichtspunkt einer Rückverschaffung eingeräumten Besitzes infolge Rücktritts nach § 346 Satz 1 BGB machen.
- 1404 1.b Hierfür ist zunächst ein Geschäft mit Vereinbarung eines Rücktrittsrechts zu ermitteln. Zwischen Volker und Kornel kam während des Zusammenspiels von Unterzeichnung der Urkunde, mündlicher Zusatzabsprache, Vermerk dazu und Aushändigung der Ablichtung ein Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Teilzahlungsabrede zustande. Einer genaueren Bestimmung des Zeitpunktes, ab welchem der Vertrag bestand, bedarf es nicht. Die mit dem Vertrag getroffene Abrede über den Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Erledigung aller Zahlungen ist nach § 455 Abs. 1 am Ende BGB als Rücktrittsvorbehalt zugunsten Volkers für den Fall eines Zahlungsverzuges Kornels zu verstehen.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1.a Anspruch auf Herausgabe des Personenkraftwagens kann Volker 1403  
gegen Kornel möglicherweise unter dem Gesichtspunkt einer Rück-  
verschaffung eingeräumten Besitzes infolge Rücktritts nach § 346  
Abs. 1 BGB machen.

1.b Hierfür ist zunächst ein Geschäft zu ermitteln, bei dem entweder 1404  
ein Rücktrittsrecht vereinbart wurde oder das als gegenseitiger Vertrag  
wegen Leistungsrückstandes nach § 323 Abs. 1 BGB auflösbar sein  
kann. Zwischen Volker und Kornel kam während des Zusammenspiels  
von Unterzeichnung der Urkunde, mündlicher Zusatzabsprache, Ver-  
merk dazu und Aushändigung der Ablichtung ein Kaufvertrag nach  
§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einer Teilzahlungsabrede zustande. Da-  
bei ist zunächst unerheblich, daß das Gesetz mit seinen Verweisungen  
auf §§ 358 f. BGB in §§ 499 Abs. 1, 501 Satz 1 BGB die Vorstellung  
weckt, ein Geschäft zwischen einem Unternehmer und einem Ver-  
braucher über eine entgeltliche Leistung mit entgeltlichem Zahlungs-  
aufschub sei nicht in einem einzigen Vertrag enthalten, sondern zer-  
falle in zwei voneinander zu unterscheidende Verträge, welche ledig-  
lich im Sinne der Regelungen zum verbundenen Geschäft eine Einheit  
bilden. Einer genaueren Bestimmung des Zeitpunktes, ab welchem der  
Kaufvertrag und die Teilzahlungsabrede bestanden, bedarf es nicht.  
Die mit dem Kaufvertrag getroffene Abrede über den Vorbehalt des  
Eigentums bis zur vollständigen Erledigung aller Zahlungen ist, jahr-  
zehntelanger Übung des Verkehrs entsprechend, auch ohne eine  
gesetzliche Auslegungsregel, wie sie früher in § 455 Abs. 1 am Ende  
BGB alter Fassung bestand und in § 449 BGB neuer Fassung nicht  
wiederkehrt, als Rücktrittsvorbehalt zugunsten Volkers für den Fall  
eines Zahlungsverzuges Kornels zu verstehen. Unbeschadet dessen ist  
der Kaufvertrag zugleich ein gegenseitiger Vertrag im Sinne von § 323  
Abs. 1 BGB, bei dem Unregelmäßigkeiten in der Abwicklung ein ge-  
setzliches Rücktrittsrecht erzeugen können.

## Fall 14: Lösung nach **altem** Recht

- 1405 1.c Allein das Zustandekommen des Vertrages mit Rücktrittsvorbehalt ist allerdings noch keine genügende Grundlage für eine spätere Rückabwicklung wegen Rücktritts. Da der Rücktritt auf dem Verträge selbst fußt, muß das Geschäft auch gültig sein, um sich mit Rücktrittsgrund und Rücktrittserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln zu können (andere Ansicht, wonach auch die Auflösung eines nichtigen Vertrages auf den für einen gültigen Vertrag einschlägigen Lösungswegen möglich ist, vertretbar).
- 1406 1.c.aa Bedenken gegen die Gültigkeit des Geschäfts entstehen hier in Hinsicht auf die Form. Es könnte wegen der mit einer Verteuerung um 8.000 Deutsche Mark verbundenen Ratenzahlungsabsprache das Schriftformgebot aus § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG einschlägig sein.
- 1407 Volker als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB gewährt Kornel als Verbraucher gemäß § 13 BGB mit dieser Absprache eine entgeltliche Finanzierungshilfe im Sinne von § 1 Abs. 2 Fall 3 VerbrKrG. Der Kauf stellt sich damit im Ganzen als ein Verbraucherkreditvertrag nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 VerbrKrG mit Volker als Kreditgeber und Kornel als Kreditnehmer dar. Tatsächlich unterzeichneten Volker und Kornel eine Vertragsurkunde. Damit tätigten sie den Kauf gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG in Verbindung mit § 126 Abs. 1 Fall 1, Abs. 2 Satz 1 BGB schriftlich. Ob Volker nach § 4 Abs. 3 VerbrKrG

1.c Allein das Zustandekommen des Vertrages mit Rücktrittsvorbehalt ist allerdings noch keine genügende Grundlage für eine spätere Rückabwicklung wegen Rücktritts. Da der Rücktritt auf dem Verträge selbst fußt, muß das Geschäft auch gültig sein, um sich mit Rücktrittsgrund und Rücktrittserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln zu können (andere Ansicht, wonach auch die Auflösung eines nichtigen Vertrages auf den für einen gültigen Vertrag einschlägigen Lösungswegen möglich ist, vertretbar). 1405

1.c.aa Bedenken gegen die Gültigkeit des Geschäfts entstehen hier in Hinsicht auf die Form. Es könnte wegen der mit einer Verteuerung um 4.000 Euro verbundenen Ratenzahlungsabsprache das Schriftformgebot aus § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 499 Abs. 1, 501 Satz 1 BGB für das gesamte Geschäft einschlägig sein. Zwar scheint der Gesetzgeber mit den oben zu 1.b geschilderten Verweisungen in die Regelungen zum verbundenen Geschäft (§§ 358f. BGB) von einer Aufspaltung in Umsatzgeschäft und Teilzahlungsvertrag und somit von zwei, wenngleich aufeinander bezogenen, Verträgen auszugehen. Daraus ließe sich ableiten, daß die Form allein die Teilzahlungsabrede betrifft, nicht das ganze Geschäft. Indessen dürfte die Verweisung, wenn wirklich zwei getrennte Verträge bestehen sollten, nicht, wie in §§ 499 Abs. 1, 501 Satz 1 BGB zu lesen, auf nur entsprechende Anwendung lauten. Vielmehr muß man beachten, daß § 503 Abs. 2 BGB bei der Behandlung des Rücktritts das Umsatzgeschäft mit der Teilzahlungsabrede als ein einheitliches Teilzahlungsgeschäft anspricht. Die Formvorschrift betrifft also, sofern es sich um ein Verbrauchergeschäft handelt, den Kauf insgesamt. 1406

Volker als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 Fall 1 BGB gewährt Kornel als Verbraucher gemäß § 13 BGB mit dieser Absprache eine entgeltliche Finanzierungshilfe im Sinne von § 499 Abs. 1 Fall 1 BGB. Der Kauf stellt sich im Ganzen als ein Teilzahlungsgeschäft nach § 501 BGB mit Volker als Kreditgeber und Kornel als Kreditnehmer dar. Tatsächlich unterzeichneten Volker und Kornel eine Vertragsurkunde. Damit tätigten sie den Kauf gemäß §§ 492 Abs. 1 Satz 1, 499 Abs. 1, 501 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 126 Abs. 1 Fall 1, Abs. 2 Satz 1 BGB schriftlich. Ob Volker nach §§ 492 Abs. 3, 499 Abs. 1, 501 1407

## Fall 14: Lösung nach altem Recht

und § 361 a Abs. 1 Satz 5 BGB Kornel eine Abschrift der Vertragsurkunde gab, betrifft nicht die Formgültigkeit. Für die Gültigkeit des Geschäfts kommt es auch nicht darauf an, ob Volker Kornel gemäß § 361 a Abs. 1 Satz 3 BGB über sein Widerrufsrecht belehrte und Kornel dies gemäß § 361 a Abs. 1 Satz 4 Fall 1 BGB mit seiner Unterschrift bestätigte. Doch sind die in § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 VerbrKrG aufgeführten Einzelheiten mit Ausnahme von Barzahlungspreis und Eigentumsvorbehalt nicht in der Urkunde enthalten. Sie erscheinen lediglich in dem von Volker erstellten Vermerk, und dies auch nur teilweise. Unterschrift – nach § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG zumindest des Volker – unter dem Vermerk ist dem Sachverhalt ebensowenig zu entnehmen wie eine Verbindung des Vermerks mit der Vertragsurkunde oder auch nur eine Bezugnahme auf ihn im Text der Vertragsurkunde. Insoweit ist die Schriftform nicht eingehalten.

- 1408 1.c.bb Die Konsequenzen des Formfehlers richten sich nach § 6 VerbrKrG. Grundsätzlich ist das Geschäft nach § 6 Abs. 1 Fall 2 VerbrKrG schon dann kraftlos, wenn eine der Angaben nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe a bis e VerbrKrG fehlt. Die beidseits unterzeichnete Urkunde nennt allein den Barzahlungspreis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe a VerbrKrG sowie die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe f VerbrKrG. Die übrigen Angaben sind darin nicht zu finden. Ihre Notiz im Vermerk kann das nicht ausgleichen, zumal auch dort der effektive Jahreszins, angefordert von § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe d VerbrKrG, unerwähnt bleibt.
- 1409 1.c.cc Indem aber die Parteien das Geschäft in Vollzug setzten und Kornel das Fahrzeug übernahm, wurde der Kauf gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Fall 1 VerbrKrG gültig. Ein etwa nach § 7 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG, 361 a BGB noch bestehendes Widerrufsrecht Kornels steht dem nicht entgegen.
- 1410 1.d Nachdem die Gültigkeit des Geschäfts samt Rücktrittsvorbehalt feststeht, ist nun nach dem Rücktrittsgrund zu fragen. Der Rücktritt stand Volker nicht nach Belieben zu Gebote, sondern war nur für den Fall des Zahlungsverzuges vereinbart. Nur wenn Kornel sich in Zah-

Satz 1 BGB und § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB Kornel eine Abschrift der Vertragsurkunde gab, betrifft nicht die Formgültigkeit. Für die Gültigkeit des Geschäfts kommt es auch nicht darauf an, ob Volker Kornel gemäß § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB über sein Widerrufsrecht belehrte und Kornel dies gemäß § 355 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 BGB mit seiner Unterschrift bestätigte. Doch sind die in § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgeführten Einzelheiten mit Ausnahme von Barzahlungspreis und Eigentumsvorbehalt nicht in der Urkunde enthalten. Sie erscheinen lediglich in dem von Volker erstellten Vermerk, und dies auch nur teilweise. Unterschrift – nach § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB zumindest des Volker – unter dem Vermerk ist dem Sachverhalt ebensowenig zu entnehmen wie eine Verbindung des Vermerks mit der Vertragsurkunde oder auch nur eine Bezugnahme auf ihn im Text der Vertragsurkunde. In soweit ist die Schriftform nicht eingehalten.

1.c.bb Die Konsequenzen des Formfehlers richten sich nach § 502 Abs. 3 BGB. Grundsätzlich ist das Geschäft nach § 502 Abs. 3 Satz 1 Fall 2 BGB schon dann kraftlos, wenn eine der Angaben nach § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 BGB fehlt. Die beidseits unterzeichnete Urkunde nennt allein den Barzahlungspreis gemäß § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB sowie die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt gemäß § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BGB. Die übrigen Angaben sind darin nicht zu finden. Ihre Notiz im Vermerk kann das nicht ausgleichen, zumal auch dort der effektive Jahreszins, angefordert von § 502 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BGB, unerwähnt bleibt. 1408

1.c.cc Indem aber die Parteien das Geschäft in Vollzug setzten und Kornel das Fahrzeug übernahm, wurde der Kauf gemäß § 502 Abs. 3 Satz 2 Fall 1 BGB gültig. Ein etwa nach §§ 495 Abs. 1, 499 Abs. 1, 501 Satz 1, 355 BGB noch bestehendes Widerrufsrecht Kornels steht dem nicht entgegen. 1409

1.d Nachdem die Gültigkeit des Geschäfts samt Rücktrittsvorbehalt feststeht, ist nun nach dem Rücktrittsgrund zu fragen. Der Rücktritt stand Volker nicht nach Belieben zu Gebote, sondern war nur für den Fall des Zahlungsverzuges vereinbart. Nur wenn Kornel sich in Zah- 1410

## Fall 14: Lösung nach altem Recht

lungsverzug befand und außerdem gemäß § 13 Abs. 1 VerbrKrG die zusätzlich von § 12 VerbrKrG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt waren, durfte Volker zurücktreten.

- 1411 Kornel zahlte pünktlich Raten in einer Gesamthöhe von 46.000 Deutsche Mark. Um in Schuldnerverzug zu geraten, muß er zu weiteren Zahlungen verpflichtet und mit ihnen gemäß §§ 284 f. BGB in Rückstand sein. Die Zusatzabsprache sah Zahlungen bis zu einem Gesamtbetrag von 48.000 Deutsche Mark vor. Dieser ist noch nicht erreicht. Kornel ist, wie zuvor unter 1.c.cc gesehen, an die Zusatzabsprache wegen Heilung gebunden.
- 1412 Der Formfehler wird allerdings nicht vollkommen überdeckt. Da Teilzahlungspreis und effektiver Jahreszins in der Vertragsurkunde nicht erscheinen, braucht Kornel gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 VerbrKrG den Barzahlungspreis höchstens mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Dieser beträgt gemäß § 246 BGB vier vom Hundert jährlich. Nur wenn die fehlerhafte Absprache für Kornel günstiger als der gesetzliche Zinssatz ist, bleibt es bei der Absprache. Bei einem durch Abzahlung über vier Jahre hinweg gleichmäßig fallenden Schuldbetrag von anfangs 40.000 Deutsche Mark ergibt sich mit Verzinsung um vier Prozent eine Zinsschuld von insgesamt 3.200 Deutsche Mark. Denn der durchschnittliche Schuldbetrag macht 20.000 Deutsche Mark aus; jedes Jahr fallen daher im Durchschnitt 800 Deutsche Mark Zinsen an. Nach der Zusatzabsprache hingegen liegt der Teilzahlungspreis mit 48.000 Deutsche Mark um 8.000 Deutsche Mark höher als der Barpreis von 40.000 Deutsche Mark. Kornels Schuld war daher auf 43.200 Deutsche Mark begrenzt.
- 1413 Kornels bisherige Zahlungen überschreiten bereits den geschuldeten Betrag von 43.200 Deutsche Mark. Zu weiteren Zahlungen ist er nicht mehr verpflichtet. Kornel steht nicht in Zahlungsverzug. Volker kann nicht zurücktreten. Ob er den Rücktritt erklärte oder nicht, spielt keine Rolle.

lungsverzug befand und außerdem gemäß § 503 Abs. 2 Satz 1 BGB die zusätzlich von § 498 Abs. 1 BGB aufgestellten Voraussetzungen erfüllt waren, durfte Volker zurücktreten. Auch das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 3 BGB setzt wegen der ergänzenden Anforderungen aus §§ 498 Abs. 1, 503 Abs. 2 Satz 1 BGB, und zwar in § 498 Abs. 1 Nr. 1 BGB, Zahlungsverzug voraus.

Kornel zahlte pünktlich Raten in einer Gesamthöhe von 23.000 Euro. Um in Schuldnerverzug zu geraten, muß er zu weiteren Zahlungen verpflichtet und mit ihnen gemäß § 286 BGB in Rückstand sein. Die Zusatzabsprache sah Zahlungen bis zu einem Gesamtbetrag von 24.000 Euro vor. Dieser ist noch nicht erreicht. Kornel ist, wie zuvor unter 1.c.cc gesehen, an die Zusatzabsprache wegen Heilung gebunden. 1411

Der Formfehler wird allerdings nicht vollkommen überdeckt. Da Teilzahlungspreis und effektiver Jahreszins in der Vertragsurkunde nicht erscheinen, braucht Kornel gemäß § 502 Abs. 3 Satz 3 BGB den Barzahlungspreis höchstens mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Dieser beträgt gemäß § 246 BGB vier vom Hundert jährlich. Nur wenn die fehlerhafte Absprache für Kornel günstiger als der gesetzliche Zinssatz ist, bleibt es bei der Absprache. Bei einem durch Abzahlung über vier Jahre hinweg gleichmäßig fallenden Schuldbetrag von anfangs 20.000 Euro ergibt sich mit Verzinsung um vier Prozent eine Zinsschuld von insgesamt 1.600 Euro. Denn der durchschnittliche Schuldbetrag macht 10.000 Euro aus; jedes Jahr fallen daher im Durchschnitt 400 Euro Zinsen an. Nach der Zusatzabsprache hingegen liegt der Teilzahlungspreis mit 24.000 Euro um 4.000 Euro höher als der Barpreis von 20.000 Euro. Kornels Schuld war daher auf 21.600 Euro begrenzt. 1412

Kornels bisherige Zahlungen überschreiten bereits den geschuldeten Betrag von 21.600 Euro. Zu weiteren Zahlungen ist er nicht mehr verpflichtet. Kornel steht nicht in Zahlungsverzug. Volker kann nicht aufgrund des Rücktrittsvorbehaltes zurücktreten. Auch für die gesetzliche Regelung des Rücktritts wegen Leistungsstörung in § 323 Abs. 1 1413

## Fall 14: Lösung nach altem Recht

- 1414 1.e Volkers Herausgabeanspruch findet in § 346 Satz 1 BGB keine Stütze.
- 1415 2.a Ein zweiter Ansatz zur Prüfung des von Volker gegen Kornel erhobenen Herausgabebegehrens beruht auf § 985 BGB.
- 1416 2.b Kornel ist als Inhaber der tatsächlichen Gewalt im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB Besitzer des Fahrzeugs.
- 1417 2.c Volker war ursprünglich Eigentümer. Bei der Auslieferung des Wagens an Kornel könnte Volker allerdings sein Eigentum gemäß § 929 Satz 1 BGB verloren haben. Mit Übergabe der Wagenschlüssel ist das Erfordernis der Fahrzeugübergabe aus § 929 Satz 1 BGB erfüllt. Hinzukommen muß Einigung über den Eigentumswechsel. Ein Austausch ausdrücklicher Erklärungen ist nicht feststellbar. In der Aushändigung der Schlüssel, verbunden mit dem Wunsche allzeit guter Fahrt, kann Volker aber zum Ausdruck gebracht haben, Kornel zum neuen Verfügungsberechtigten machen zu wollen.
- 1418 Bedenken hiergegen bestehen lediglich wegen der im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarung über einen Eigentumsvorbehalt. Diese Vereinbarung wirkt zusammen mit dem Zurückbleiben des Kraftfahrzeugbriefes in die Auslegung des Verhaltens bei der Abwicklung des Kaufes hinein. Dazu bedarf es wegen der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft keiner Feststellung, daß die Absprache über den Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag gültig war und nicht etwa wegen Formfehlers gemäß § 6 Abs. 3 Satz 4 VerbrKrG unverbindlich.
- 1419 Indessen schließt ein Eigentumsvorbehalt gemäß § 455 Abs. 1 BGB nicht das Vollziehungsgeschäft nach § 929 Satz 1 BGB schlechthin aus. Vielmehr ergibt die nach § 133 BGB vorzunehmende Auslegung, daß Volker schon eine Einigung über den Eigentumswechsel anstrebt und lediglich wünscht, diese Einigung möge im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB mit der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung versehen sein. Hierauf ließ Kornel, wie man aus seinem

BGB mit Zusatzanforderungen aus §§ 498 Abs. 1, 503 Abs. 2 Satz 1 BGB ist kein Raum mehr. Ob Volker den Rücktritt erklärte oder nicht, spielt keine Rolle.

1.e Volkers Herausgabeanspruch findet in § 346 Abs. 1 BGB keine Stütze. 1414

2.a Ein zweiter Ansatz zur Prüfung des von Volker gegen Kornel erhobenen Herausgabebegehrens beruht auf § 985 BGB. 1415

2.b Kornel ist als Inhaber der tatsächlichen Gewalt im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB Besitzer des Fahrzeugs. 1416

2.c Volker war ursprünglich Eigentümer. Bei der Auslieferung des Wagens an Kornel könnte Volker allerdings sein Eigentum gemäß § 929 Satz 1 BGB verloren haben. Mit Übergabe der Wagenschlüssel ist das Erfordernis der Fahrzeugübergabe aus § 929 Satz 1 BGB erfüllt. Hinzukommen muß Einigung über den Eigentumswechsel. Ein Austausch ausdrücklicher Erklärungen ist nicht feststellbar. In der Aushändigung der Schlüssel, verbunden mit dem Wunsche allzeit guter Fahrt, kann Volker aber zum Ausdruck gebracht haben, Kornel zum neuen Verfügungsberechtigten machen zu wollen. 1417

Bedenken hiergegen bestehen lediglich wegen der im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarung über einen Eigentumsvorbehalt. Diese Vereinbarung wirkt zusammen mit dem Zurückbleiben des Kraftfahrzeugbriefes in die Auslegung des Verhaltens bei der Abwicklung des Kaufes hinein. Dazu bedarf es wegen der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft keiner Feststellung, daß die Absprache über den Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag gültig war und nicht etwa wegen Formfehlers gemäß § 502 Abs. 3 Satz 5 BGB unverbindlich. 1418

Indessen schließt ein Eigentumsvorbehalt gemäß § 449 Abs. 1 BGB nicht das Vollziehungsgeschäft nach § 929 Satz 1 BGB schlechthin aus. Vielmehr ergibt die nach § 133 BGB vorzunehmende Auslegung, daß Volker schon eine Einigung über den Eigentumswechsel anstrebt und lediglich wünscht, diese Einigung möge im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB mit der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung versehen sein. Hierauf ließ Kornel, wie man aus seinem 1419

## Fall 14: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Verhalten schließen darf, sich ein. Mit der Auslieferung war somit der Eigentumswechsel von Volker zu Kornel gemäß § 929 Satz 1 BGB vollzogen. Lediglich die Wirksamkeit dieses Wechsels hing noch von Erledigung der Zahlungen ab.

- 1420 2.d Wie schon oben unter 1.d festgestellt, entrichtete Kornel schon mehr Raten als geschuldet. Die in die Einigung gemäß § 929 Satz 1 BGB eingefügte Bedingung trat bereits ein. Volker ist nicht mehr Eigentümer. Auf Kornels Besitzrecht aus dem nicht durch Rücktritt beseitigten Kauf braucht nicht eingegangen zu werden.
- 1421 2.e Volkers Herausgabeverlangen ergibt sich daher auch nicht aus § 985 BGB.
- 1422 3. Die Anordnung einer Herausgabepflicht des gegenwärtigen Besitzers gegenüber einem früheren Besitzer in § 1007 Abs. 1 BGB hilft Volker ebenfalls nicht. Kornel erwarb angesichts des mit Auslieferung von seiner Formungültigkeit geheilten Kaufs den Besitz berechtigt und konnte deshalb nicht bösen Glaubens sein.
- 1423 4. Wegen der Heilung des Formfehlers im Kaufvertrag ist Kornel auch nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB unberechtigt um Besitz und Eigentum an dem Fahrzeug, ihm durch Volkers Leistung zugeflossen, bereichert.
- 1424 5. Kornel muß Volkers Herausgabeverlangen keine Folge leisten.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Kraftfahrzeugbrief . . . . .	1425	3. Kündigung nur der Teil-	
2. Erstattung der Über-		zahlungssabrede . . . . .	1428
zahlung . . . . .	1426	4. Eigentumsvorbehalt . . . . .	1429

## Fall 14: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

Verhalten schließen darf, sich ein. Mit der Auslieferung war somit der Eigentumswechsel von Volker zu Kornel gemäß § 929 Satz 1 BGB vollzogen. Lediglich die Wirksamkeit dieses Wechsels hing noch von Erledigung der Zahlungen ab.

2.d Wie schon oben unter 1.d festgestellt, entrichtete Kornel schon mehr Raten als geschuldet. Die in die Einigung gemäß § 929 Satz 1 BGB eingefügte Bedingung trat bereits ein. Volker ist nicht mehr Eigentümer. Auf Kornels Besitzrecht aus dem nicht durch Rücktritt beseitigten Kauf braucht nicht eingegangen zu werden. Gleichzeitig ist die Betrachtung von § 449 Abs. 2 BGB mit der Beschränkung des Herausgabeverlangens auf den Fall ausgeübten Rücktritts entbehrlich. 1420

2.e Volkers Herausgabeverlangen ergibt sich daher auch nicht aus § 985 BGB. 1421

3. Die Anordnung einer Herausgabepflicht des gegenwärtigen Besitzers gegenüber einem früheren Besitzer in § 1007 Abs. 1 BGB hilft Volker ebenfalls nicht. Kornel erwarb angesichts des mit Auslieferung von seiner Formungültigkeit geheilten Kaufs den Besitz berechtigt und konnte deshalb nicht bösen Glaubens sein. 1422

4. Wegen der Heilung des Formfehlers im Kaufvertrag ist Kornel auch nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB unberechtigt um Besitz und Eigentum an dem Fahrzeug, ihm durch Volkers Leistung zugeflossen, bereichert. 1423

5. Kornel muß Volkers Herausgabeverlangen keine Folge leisten. 1424

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Kraftfahrzeugbrief. . . . .	1425	4. Eigentumsvorbehalt. . . . .	1429
2. Erstattung der Überzahlung .	1426	5. Teilzahlungsgeschäft als	
3. Kündigung nur der Teil-		verbundenes Geschäft . . . . .	1430
zahlungsabrede . . . . .	1428		

## Fall 14: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1425 1. Zur vollkommenen Erfüllung seiner Verkäuferpflichten muß Volker noch den Kraftfahrzeugbrief an Kornel herausgeben. Diese über § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB hinausgehende Pflicht ergibt sich nach Auslegung des Kaufvertrages gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 952 BGB. Den Herausgabeanspruch kann Kornel auch auf § 985 BGB in Verbindung mit § 952 BGB analog stützen.
- 1426 2. Den über Kornels Zahllast von 43.200 Deutsche Mark hinausschießenden Betrag der entrichteten Raten, mithin 2.800 Deutsche Mark, muß Volker zurückgewähren. Der Erstattungsbetrag vergrößert sich noch um ersparte Zinsen wegen vorzeitiger Erledigung des Kredites nach Maßgabe von § 14 Satz 1 VerbrKrG.
- 1427 Die Begründung seines Erstattungsanspruches findet Kornel in Volkers ungerechtfertigter Bereicherung um seine Leistung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.
- 1428 3. Ein Abzahlungsverkäufer kann bei Zahlungsstockungen statt der Trennung vom gesamten Geschäft mittels Rücktritts auch Kündigung allein der Teilzahlungsabrede (§ 12 VerbrKrG) wählen.
- 1429 4. Vergleiche zum Kauf mit Eigentumsvorbehalt Fall 5 und ergänzende Hinweise dazu (unter 3).

## Fall 14: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

1. Zur vollkommenen Erfüllung seiner Verkäufersplichten muß Volker noch den Kraftfahrzeugbrief an Kornel herausgeben. Diese über § 433 Abs. 1 BGB hinausgehende Pflicht ergibt sich nach Auslegung des Kaufvertrages gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 952 BGB. Den Herausgabeanspruch kann Kornel auch auf § 985 BGB in Verbindung mit § 952 BGB analog stützen. 1425
2. Den über Kornels Zahllast von 21.600 Euro hinausschießenden Betrag der entrichteten Raten, mithin 1.400 Euro, muß Volker zurückgewähren. Der Erstattungsbetrag vergrößert sich noch um ersparte Zinsen wegen vorzeitiger Erledigung des Kredites nach Maßgabe von § 504 Satz 1 BGB. 1426
- Die Begründung seines Erstattungsanspruches findet Kornel in Volkers ungerechtfertigter Bereicherung um seine Leistung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. 1427
3. Ein Abzahlungsverkäufer kann bei Zahlungsstockungen statt der Trennung vom gesamten Geschäft mittels Rücktritts auch Kündigung allein der Teilzahlungsabrede (§ 498 BGB in Verbindung mit §§ 499 Abs. 1, 501 Satz 1 BGB) wählen. 1428
4. Vergleiche zum Kauf mit Eigentumsvorbehalt Fall 5 und ergänzende Hinweise dazu (unter 3). 1429
5. Zur Behandlung des Teilzahlungsgeschäfts als verbundenes Geschäft siehe die ergänzenden Hinweise zu Fall 9, unter 9.b. 1430

## Fall 15 Stillstehende Armbanduhr: Sachmangel im Werk

- 1501 Bodo bringt seine Armbanduhr zu Uhrmacher Ulrich, weil die Zeiger nur zweimal am Tage die richtige Uhrzeit angeben. Vier Wochen später will Bodo wie vereinbart die Uhr wieder abholen. Ulrich nimmt sie aus der Schublade. Das Uhrwerk steht trotz der von Ulrich vorgenommenen Reinigung und Reparatur nach wie vor still. Ulrich sagt, er habe sein Bestes getan, und bittet um Begleichung der Rechnung in Höhe von 250 Deutsche Mark (130 Euro) für die aufgewandten Mühen. Die Uhr sei vermutlich, genau könne er das aber nicht sagen, endgültig »hin«, und weitere Untersuchungen wären »zum Fenster hinausgeworfenes Geld«. Der Betrag von 250 Deutsche Mark (130 Euro) entspricht dem, was Uhrmacher normalerweise für gelungene Reparaturen und Instandsetzungen dieser Art nehmen.

Bodo sieht nicht ein, warum er Ulrich etwas zahlen soll. Es war zu keinem Zeitpunkt die Rede davon gewesen, daß die Uhr möglicherweise irreparabel sei und bereits die Klärung dieses Umstandes eine Vergütung auslösen sollte. Bodo fordert Ulrich auf, sich erneut an die Instandsetzung der Uhr zu begeben, und zwar ohne daß hieraus zusätzliche Arbeitskosten für Bodo entstehen. Außerdem verlangt Bodo von Ulrich 8 Deutsche Mark (5 Euro) als Ersatz für die nutzlose Hin- und Rückfahrt mit der Straßenbahn zum Preise von je 4 Deutsche Mark (2,50 Euro).

Kann Ulrich 250 Deutsche Mark (130 Euro) verlangen, oder muß er im Gegenteil Bodo 8 Deutsche Mark (5 Euro) erstatten und noch einmal die Uhr reparieren? Die zweifache Ausweisung der Geldbeträge dient wie in den anderen Fällen lediglich der Erinnerung an die Währungsumstellung.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Die Aufgabe stellt wechselseitige Ansprüche gegenüber. Sie scheinen voneinander abzuhängen. Dies läßt dem Bearbeiter die Wahl, mit welchem er beginnt. Prüft er zunächst den Vergütungsanspruch, wird voraussichtlich darin die Frage auftauchen, ob die Reparatur schon abgeschlossen oder noch durchzuführen ist. Diese Frage ist allerdings noch einmal separat gestellt. Das scheint dafür zu sprechen, die Reparaturfrage vorzuziehen. Andererseits ist auch die Frage nach neuerlicher Reparatur mit der Sorge um die Vergütung, nämlich als Teilaspekt etwa zusätzlich anfallender Kosten, verbunden. Letztlich läßt sich weder die eine noch die andere Frage eindeutig isolieren. Auch die mittlere Frage, betreffend Bodos Fahrtkosten, steht nicht unabhängig. Ersichtlich ungünstig wäre es allerdings, gerade sie an den Anfang zu stellen. Am einfachsten ist es daher, wegen der Hauptfragen (zu Vergütung und Fortsetzung der Reparatur) die in der Aufgabe vorgegebene Reihenfolge einzuhalten, die Frage der Fahrtkosten aber zurückstellen. Die einschlägigen Vorschriften wird man im Recht des Werkvertrages zu suchen haben. 1502

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. Dezember 2001 geltenden Fassung:**

---

1. Werklohn

- 1503 1.a Die erste Frage ist, ob Ulrich einen Vergütungsanspruch in Höhe von 250 Deutsche Mark gegen Bodo aus Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB hat.
- 1504 1.b Bei Entgegennahme der Armbanduhr zu Reinigung und Reparatur schloß Ulrich mit Bodo einen Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB. Von einer Vergütungsabsprache macht der Sachverhalt zwar keine Mitteilung, aber jedenfalls waren im Sinne von § 632 Abs. 1 BGB Reinigung und Reparatur nicht anders als gegen Vergütung zu erwarten. Die Höhe des Werklohnes bestimmt sich mangels Vereinbarung nach § 632 Abs. 2 Fall 2 BGB aus den üblichen Sätzen. Nach dem Sachverhalt entspricht dem der geforderte Betrag.
- 1505 1.c Die Vergütung ist nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Abnahme fällig. Die Abnahme ist nicht nach der Art des Werkes ausgeschlossen, so daß gemäß § 646 BGB bereits die Fertigstellung zur Fälligkeit des Werklohnes führte. Die notwendige Abnahme betrifft die vereinbarten Arbeiten insgesamt. Eine Aufteilung in Reinigung einerseits und Reparatur andererseits mit der Folge schrittweiser Abnahme und Vergütung nach § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB ist aus dem Geschäft nicht zu ersehen und auch tatsächlich kaum durchzuführen. Es sind wegen des Ineinandergreifens von Reinigung und Instandsetzung auch keine in sich geschlossenen Teile des von Ulrich versprochenen Werks ermittelbar, die ohne Abnahme nach § 632a BGB eine Abschlagszahlung nach sich zögen.
- 1506 1.d Die fälligkeitsauslösende Abnahme selbst ist in § 640 BGB geregelt. Bodo verweigert sie. Darüber ist nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB hinwegzusehen, wenn Bodo das Werk abnehmen muß und eine von Ulrich hierfür zu setzende Frist verstreichen läßt. Bodo ist nach § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Abnahme verpflichtet, wenn Ulrich das Werk ordnungsgemäß fertigstellte.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Werklohn

1.a Die erste Frage ist, ob Ulrich einen Vergütungsanspruch in Höhe von 130 Euro gegen Bodo aus Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB hat. 1503

1.b Bei Entgegennahme der Armbanduhr zu Reinigung und Reparatur schloß Ulrich mit Bodo einen Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB. Von einer Vergütungsabsprache macht der Sachverhalt zwar keine Mitteilung, aber jedenfalls waren im Sinne von § 632 Abs. 1 BGB Reinigung und Reparatur nicht anders als gegen Vergütung zu erwarten. Die Höhe des Werklohnes bestimmt sich mangels Vereinbarung nach § 632 Abs. 2 Fall 2 BGB aus den üblichen Sätzen. Nach dem Sachverhalt entspricht dem der geforderte Betrag. 1504

1.c Die Vergütung ist nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Abnahme fällig. Die Abnahme ist nicht nach der Art des Werkes ausgeschlossen, so daß gemäß § 646 BGB bereits die Fertigstellung zur Fälligkeit des Werklohnes führte. Die notwendige Abnahme betrifft die vereinbarten Arbeiten insgesamt. Eine Aufteilung in Reinigung einerseits und Reparatur andererseits mit der Folge schrittweiser Abnahme und Vergütung nach § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB ist aus dem Geschäft nicht zu ersehen und auch tatsächlich kaum durchzuführen. Es sind wegen des Ineinandergreifens von Reinigung und Instandsetzung auch keine in sich geschlossenen Teile des von Ulrich versprochenen Werks ermittelbar, die ohne Abnahme nach § 632a BGB eine Abschlagszahlung nach sich zögen. 1505

1.d Die fälligkeitsauslösende Abnahme selbst ist in § 640 BGB geregelt. Bodo verweigert sie. Darüber ist nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB hinwegzusehen, wenn Bodo das Werk abnehmen muß und eine von Ulrich hierfür zu setzende Frist verstreichen läßt. Bodo ist nach § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Abnahme verpflichtet, wenn Ulrich das Werk ordnungsgemäß fertigstellte. 1506

## Fall 15: Lösung nach altem Recht

- 1507 Der Werkerfolg war durch Befreiung des Uhrwerks von Verunreinigung und Wiederherstellung seines Ganges bestimmt. Auf diese Weise war die Beschaffenheit von Ulrichs Werk dem Werte nach und der Tauglichkeit zu dem sich mit dem üblichen Gebrauch deckenden vertraglich vorausgesetzten Gebrauch gemäß § 633 Abs. 1 BGB festgelegt. Das Ingangsetzen des Uhrwerks gelang Ulrich bislang nicht. Sein Werk ist mangelhaft gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB und deshalb nicht vertragsgemäß nach § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Mangel ist kein unerheblicher im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ob Ulrich ein Verschulden trifft, spielt keine Rolle. Bodo verweigert die Abnahme zu Recht.
- 1508 1.e Immerhin könnte trotz berechtigter Abnahmeverweigerung und daher berechtigter Fälligkeitshinderung Bodos gänzliche Zurückhaltung des Werklohnes als übertrieben erscheinen. Nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wäre er in diesem Falle gehalten, einen angemessenen Teil der Vergütung zu zahlen, so als ob er fällig geworden wäre. Indessen nimmt das Ingangsetzen des Uhrwerks eine beherrschende Rolle im geschuldeten Werk ein. Hier ist noch kein Arbeitsfortschritt zu erkennen. Eine anderwärts bestellte Reparatur würde, von der Reinigung abgesehen, wieder eine volle Vergütung nach sich ziehen. Die Zurückhaltung des ganzen Werklohnes steht somit nicht in Mißverhältnis zu den noch offenen Arbeiten. Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Vorschrift des § 641 Abs. 3 BGB nicht allein nach geschehener Abnahme (so vorzugswürdig HARTWIG SPRAU, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002, Rdn. 2, 11 zu § 641 BGB), sondern über ihren Wortlaut hinaus auch bei berechtigter Abnahmeverweigerung (so FRANK PETERS, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 631–651, Neubearbeitung 2000, Berlin, 2000, Rdn. 7, 35 a zu § 641 BGB) einsetzen wollte. Der dort vorgesehene Einbehalt vom Werklohn in Höhe des Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten wäre vorliegend längst nicht erreicht. Die Vorschrift kann Ulrich also nicht dazu nutzen, immerhin schon eine Teilvergütung zahlbar zu stellen.

Der Werkerfolg war durch Befreiung des Uhrwerks von Verunreinigung und Wiederherstellung seines Ganges bestimmt. Auf diese Weise war die Beschaffenheit von Ulrichs Werk der Eignung zu der sich mit der üblichen Verwendung deckenden vertraglich vorausgesetzten Verwendung gemäß § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB festgelegt. Das Ingangsetzen des Uhrwerks gelang Ulrich bislang nicht. Sein Werk ist mangelhaft gemäß § 634 BGB und deshalb nicht vertragsgemäß nach § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Mangel ist kein unerheblicher im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ob Ulrich ein Verschulden trifft, spielt keine Rolle. Bodo verweigert die Abnahme zu Recht. 1507

1.e Immerhin könnte trotz berechtigter Abnahmeverweigerung und daher berechtigter Fälligkeitsverhinderung Bodos gänzliche Zurückhaltung des Werklohnes als übertrieben erscheinen. Nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wäre er in diesem Falle gehalten, einen angemessenen Teil der Vergütung zu zahlen, so als ob er fällig geworden wäre. Indessen nimmt das Ingangsetzen des Uhrwerks eine beherrschende Rolle im geschuldeten Werk ein. Hier ist noch kein Arbeitsfortschritt zu erkennen. Eine anderwärts bestellte Reparatur würde, von der Reinigung abgesehen, wieder eine volle Vergütung nach sich ziehen. Die Zurückhaltung des ganzen Werklohnes steht somit nicht in Mißverhältnis zu den noch offenen Arbeiten. Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Vorschrift des § 641 Abs. 3 BGB nicht allein nach geschehener Abnahme (so vorzugswürdig HARTWIG SPRAU, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002, Rdn. 2, 11 zu § 641 BGB), sondern über ihren Wortlaut hinaus auch bei berechtigter Abnahmeverweigerung (so FRANK PETERS, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 631–651, Neubearbeitung 2000, Berlin, 2000, Rdn. 7, 35 a zu § 641 BGB) einsetzen wollte. Der dort vorgesehene Einbehalt vom Werklohn in Höhe des Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten wäre vorliegend längst nicht erreicht. Die Vorschrift kann Ulrich also nicht dazu nutzen, immerhin schon eine Teilvergütung zahlbar zu stellen. 1508

## Fall 15: Lösung nach altem Recht

- 1509 1.f Bodo muß Ulrichs Vergütungsanspruch derzeit nicht erfüllen.  
2. Nochmalige Reparatur
- 1510 2.a Bodos Anspruch gegen Ulrich auf erneute Reparaturvornahme beurteilt sich nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB.
- 1511 2.b Vorliegen eines Werkvertrages nach § 631 BGB und nach § 633 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB mangelhafte Werkausführung sind bereits oben zu 1.b und 1.d festgestellt. Ulrich muß das Werk nachbessern, das heißt seine Reparaturbemühungen bis zum Erfolg fortsetzen. Was § 633 Abs. 1 Satz 1 BGB als Beseitigung des Mangels bezeichnet, kann einer Neuovornahme gleichkommen.
- 1512 2.c Die hierbei anfallenden Kosten trägt gemäß § 476a Satz 1 BGB in Verbindung mit § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB im Grundsatz Ulrich. Insbesondere bleibt es bei dem bereits berechneten Werklohn auch dann, wenn Ulrich noch längere Zeit auf die Instandsetzung verwenden muß, weil er notwendige Arbeitsschritte übersprungen hatte. Denn die berechnete Vergütung erreicht schon die übliche Vergütung. Ulrich hat keinen Spielraum mehr für Vergütungsbestandteile, die Bodo auch bei sofort ordnungsgemäßer Werkausführung zu tragen gehabt hätte («Sowiesokosten»). Zur Verweigerung der Instandsetzung wegen unverhältnismäßigen Aufwandes gemäß § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB bietet sich Ulrich kein genügender Anlaß, selbst wenn man unterstellt, die noch zu untersuchenden Fahrtkosten habe Ulrich zu übernehmen.
- 1513 2.d Bodo fordert zu Recht Instandsetzung ohne Vergrößerung der bisher errechneten Vergütung und im Grundsatz ohne weitere Belastung mit sonstigen Kosten.  
3. Fahrtkostenerstattung
- 1514 3.a Zuletzt ist zu prüfen, ob Ulrich Bodo Fahrtkostenersatz in Höhe von 8 Deutsche Mark schuldet. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt die bereits zuvor unter 2.c aufgezeigte Kostenzuweisung durch § 476a Satz 1 BGB in Verbindung mit § 633 Absatz 2 Satz 2 BGB in

- 1.f Bodo muß Ulrichs Vergütungsanspruch derzeit nicht erfüllen. 1509
2. Nochmalige Reparatur
- 2.a Bodos Anspruch gegen Ulrich auf erneute Reparaturvornahme beurteilt sich nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB. 1510
- 2.b Vorliegen eines Werkvertrages nach § 631 BGB und nach §§ 633 Abs. 2 Satz 2, 634 BGB mangelhafte Werkausführung sind bereits oben zu 1.b und 1.d festgestellt. Ulrich muß das Werk nacherfüllen, das heißt seine Reparaturbemühungen bis zum Erfolg fortsetzen. § 635 Abs. 1 BGB überläßt es dem Unternehmer, wie er gegen Mängel seines Werkes vorgeht. Er kann den Mangel isoliert beseitigen oder das Werk im ganzen neu schaffen. Im vorliegenden Fall wird beides, von der Reinigung abgesehen, auf dasselbe hinauslaufen. 1511
- 2.c Die hierbei anfallenden Kosten trägt gemäß § 635 Abs. 2 BGB im Grundsatz Ulrich. Insbesondere bleibt es bei dem bereits berechneten Werklohn auch dann, wenn Ulrich noch längere Zeit auf die Instandsetzung verwenden muß, weil er notwendige Arbeitsschritte übersprungen hatte. Denn die berechnete Vergütung erreicht schon die übliche Vergütung. Ulrich hat keinen Spielraum mehr für Vergütungsbestandteile, die Bodo auch bei sofort ordnungsgemäßer Werkausführung zu tragen gehabt hätte (»Sowiesokosten«). Zur Verweigerung der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten gemäß § 635 Abs. 3 BGB bietet sich Ulrich kein genügender Anlaß, selbst wenn man unterstellt, die noch zu untersuchenden Fahrtkosten habe Ulrich zu übernehmen. 1512
- 2.d Bodo fordert zu Recht Instandsetzung ohne Vergrößerung der bisher errechneten Vergütung und im Grundsatz ohne weitere Belastung mit sonstigen Kosten. 1513
3. Fahrtkostenerstattung
- 3.a Zuletzt ist zu prüfen, ob Ulrich Bodo Fahrtkostenersatz in Höhe von 5 Euro schuldet. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt die bereits zuvor unter 2.c aufgezeigte Kostenzuweisung durch § 635 Abs. 2 BGB in Betracht. Notfalls wäre an Schadensersatz wegen positiver 1514

## Fall 15: Lösung nach altem Recht

Betracht. Notfalls wäre an Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung nach §§ 280, 286, 325, 326 BGB analog in Verbindung mit § 242 BGB zu denken, weil Ulrich Bodo eine vergebliche Anreise zumutete.

- 1515 3.b Wegekosten zählen zu den in §§ 476 a Satz 1, 633 Abs. 2 Satz 2 BGB dem Unternehmer aufgebürdeten Kosten. Es muß sich allerdings um Kosten handeln, die gerade durch die Beseitigung des Mangels ausgelöst werden. Die vergebliche Anreise diene nicht der Mängelbeseitigung, sondern dem Abholen nach vermeintlicher Werkausführung. Ihre Kosten, sich auf 4 Deutsche Mark belaufend, hätte Bodo ohnehin zu tragen. Dasselbe gilt für die Heimfahrt an diesem Tage mit Kosten von nochmals 4 Deutsche Mark.
- 1516 Die spätere erneute Anreise und die Rückfahrt danach mit Kosten von – vermutlich – jeweils wiederum 4 Deutsche Mark allerdings sind von der Notwendigkeit verursacht, die Reparatur fortzuführen. (Ebensogut vertretbar ist folgende Zählung: Die vergebliche Anreise mußte Bodo ohnehin aus eigener Tasche bezahlen. Die Heimfahrt ohne Uhr und die spätere erneute Anreise sind Zusatzkosten aus der Nachbesserung. Die Heimfahrt danach ist dann die sowieso anfallende.) Dies ergibt den gewünschten Erstattungsbetrag von 8 Deutsche Mark.
- 1517 3.c Zu bedenken ist freilich, daß der Besteller bestimmte Mehrkosten nach § 476 a Satz 2 BGB in Verbindung mit § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht auf den Unternehmer abwälzen kann. Betroffen sind Mehrkosten aus zwischenzeitlicher Verbringung des fraglichen Gegenstandes an einen anderen Ort als den Wohnsitz des Empfängers. Ein zwischenzeitlicher Umzug Bodos ist indessen nicht ersichtlich. Auch Anlaß, wegen der Kostenlast die Instandsetzung nach § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB zu verweigern, besteht, wie schon oben zu 2.c gesagt, nicht. Es bleibt dabei, daß Ulrich Bodos Rückfahrt und spätere erneute Anfahrt zum Abholen der dann funktionstüchtigen Uhr mit insgesamt 8 Deutsche Mark bezahlen muß.
- 1518 3.d Bodos Erstattungsbegehren ist zwar nicht mit der gedachten Begründung, im Ergebnis aber wegen der notwendigen späteren erneuten Reise vollständig aus §§ 476 a Satz 1, 633 Abs. 2 Satz 2 BGB berechtigt.

Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB zu denken, weil Ulrich Bodo eine vergebliche Anreise zumutete.

3.b Wegekosten zählen zu den in § 635 Abs. 2 BGB dem Unternehmer aufgebürdeten Kosten. Es muß sich allerdings um Kosten handeln, die gerade durch die Beseitigung des Mangels ausgelöst werden. Die vergebliche Anreise diente nicht der Mängelbeseitigung, sondern dem Abholen nach vermeintlicher Werkausführung. Ihre Kosten, sich auf 2,50 Euro belaufend, hätte Bodo ohnehin zu tragen. Dasselbe gilt für die Heimfahrt an diesem Tage mit Kosten von nochmals 2,50 Euro. 1515

Die spätere erneute Anreise und die Rückfahrt danach mit Kosten von – vermutlich – jeweils wiederum 2,50 Euro allerdings sind von der Notwendigkeit verursacht, die Reparatur fortzuführen. (Ebensogut vertretbar ist folgende Zählung: Die vergebliche Anreise mußte Bodo ohnehin aus eigener Tasche bezahlen. Die Heimfahrt ohne Uhr und die spätere erneute Anreise sind Zusatzkosten aus der Nachbesserung. Die Heimfahrt danach ist dann die sowieso anfallende.) Dies ergibt den gewünschten Erstattungsbetrag von 5 Euro. 1516

3.c Zu bedenken ist freilich, daß die Dispositionen des Bestellers um das Werk die Nacherfüllungskosten unter Umständen in große Höhen treiben. Das könnte der Unternehmer gemäß § 635 Abs. 3 BGB zum Anlaß nehmen, die Nacherfüllung zu verweigern. Im vorliegenden Fall ist jedoch dafür nichts ersichtlich. Es bleibt dabei, daß Ulrich Bodos Rückfahrt und spätere erneute Anfahrt zum Abholen der dann funktionstüchtigen Uhr mit insgesamt 5 Euro bezahlen muß. 1517

3.d Bodos Erstattungsbegehren ist zwar nicht mit der gedachten Begründung, im Ergebnis aber wegen der notwendigen späteren erneuten Reise vollständig aus § 635 Abs. 2 BGB berechtigt. 1518

## Fall 15: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1519 3.e Auf die Regeln der positiven Vertragsverletzung ist für Bodos Begehren nicht zurückzugreifen. Soweit es um die von §§ 476 a Satz 1, 633 Abs. 2 Satz 2 BGB gedeckten Kosten der späteren Reise geht, ist für Schadensersatz aufgrund positiver Vertragsverletzung schon wegen des Nachrangs dieses Regelwerks kein Raum. Und soweit es um die Kosten der vergeblichen Reise geht, erleidet Bodo jedenfalls keine Belastung, die er nicht ohnehin zu tragen hätte, und damit keinen Schaden. Daher bleibt offen, ob Ulrich eine Pflichtverletzung nach § 276 BGB zu vertreten hat, weil er vielleicht den Mißerfolg der Reparatur verschuldete und Bodo schuldhaft nicht benachrichtigte, um ihm die nutzlose Anreise zu ersparen.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Werklieferung und Werk... 1520	4. Nacherfüllung und Ersatz-
2. Abschlagszahlungen, Vorauszahlungen..... 1521	vornahme..... 1523
3. Schadensersatz..... 1522	5. Haftungsausschluß..... 1527

- 1520 1. Zur Abgrenzung von Werklieferung und Werk gegeneinander sowie zu Störungen im Werkvertrag vergleiche Fall 3 mit den ergänzenden Hinweisen dazu.
- 1521 2. Neben der Teilvergütung nach Teilabnahme (§ 641 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder Teilfertigstellungsbescheinigung (§ 641 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 BGB) kennt der Geschäftsverkehr Abschlagszahlungen

3.e Auf die Regeln der positiven Vertragsverletzung ist für Bodos Begehren nicht zurückzugreifen. Soweit es um die von § 635 Abs. 2 BGB gedeckten Kosten der späteren Reise geht, ist für Schadensersatz aufgrund positiver Vertragsverletzung kein Raum. Die Kostenzuweisung in § 635 Abs. 2 BGB ist Teil der Regelungen zur Nacherfüllung. Diese Regelungen gehen einer Abwicklung der Nacherfüllung als Schadensersatz gemäß § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) vor (andere Ansicht vertretbar). Erst wenn der Besteller zum Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB übergeht, können Kostenpunkte aus der Nacherfüllungsphase in eine einheitliche Schadensberechnung einrücken (andere Ansicht vertretbar) – falls es nicht der Besteller vorzieht, die Nacherfüllungskosten getrennt abzuwickeln und weiterhin gemäß den Nacherfüllungsregeln zu behandeln. Und soweit es um die Kosten der vergeblichen Reise geht, erleidet Bodo jedenfalls keine Belastung, die er nicht ohnehin zu tragen hätte, und damit keinen Schaden. Daher bleibt offen, ob Ulrich eine Pflichtverletzung nach §§ 276, 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat, weil er vielleicht den Mißerfolg der Reparatur verschuldete und Bodo schuldhaft nicht benachrichtigte, um ihm die nutzlose Anreise zu ersparen.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Werklieferung und Werk ...	1520	4. Nacherfüllung und Ersatz-	
2. Abschlagszahlungen,		vornahme .....	1523
Vorauszahlungen.....	1521	5. Haftungsausschluß .....	1527
3. Schadensersatz.....	1522		

1. Zur Abgrenzung von Werklieferung und Werk gegeneinander sowie zu Störungen im Werkvertrag vergleiche Fall 3 mit den ergänzenden Hinweisen dazu. 1520

2. Neben der Teilvergütung nach Teilabnahme (§ 641 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder Teilfertigstellungsbescheinigung (§ 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 BGB) kennt der Geschäftsverkehr Abschlagszahlungen 1521

## Fall 15: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

mit mehr oder minder genauer Orientierung am Fortschritt des Werks und Vorauszahlungen. Dies ist Aufgabenfeld der Vertragsgestaltung, namentlich der – über die von der öffentlichen Hand vergebenen Aufträge hinaus weit verbreiteten – Verdingungsordnung für Bauleistungen. Ergänzend zu der Regelung über Abschlagszahlungen in § 632 a BGB ist die Verordnungsermächtigung in § 27 a AGBG betreffend Abschlagszahlungen beim Hausbau zu erwähnen.

- 1522 3. Ersatz für Schäden, die ein Werkmangel auslöst, verspricht § 635 BGB. Der Mangel muß vom Unternehmer im Sinne von §§ 276 bis 278 BGB zu vertreten sein. Die Haftung aus § 635 BGB sehen allerdings Rechtsprechung und weite Teile der Literatur mit Rücksicht auf die drohende rasche Verjährung gemäß § 638 Abs. 1 BGB zugunsten des Bestellers auf den Mangelschaden und diejenigen Schäden begrenzt, welche eng und unmittelbar mit dem Mangel zusammenhängen. Die weiter entfernten Folgeschäden soll der Besteller nach den Regeln positiver Vertragsverletzung gemäß §§ 280, 286, 325, 326 BGB in Verbindung mit § 242 BGB reklamieren und sich hierzu Zeit bis zum Ablauf der dreißigjährigen regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB lassen dürfen.
- 1523 4. Auf welche Weise der Unternehmer den Mangel gemäß § 633 Abs. 1 Satz 1 BGB beseitigt, ist ihm überlassen. Er mag nach seiner Wahl das begonnene Werk ausbessern oder es noch einmal von vorn angehen. Entscheidend ist allein, daß endlich der Erfolg eines ordentlichen Werkes eintritt. Es kann allerdings sein, daß dem Unternehmer nach den Umständen nichts anderes übrig bleibt, als das Werk gänzlich neu herzustellen, weil Beseitigung im begonnenen Werk unmöglich ist. Dann richtet sich der Anspruch des Bestellers auf ebendiese Neuvernahme. Weil der Unternehmer die Art und Weise der Mängelbeseitigung in der Hand hat, wird sich ihm nicht häufig Gelegenheit zur Verweigerung wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes (§ 633 Abs. 2 Satz 3 BGB) bieten.

mit mehr oder minder genauer Orientierung am Fortschritt des Werks und Vorauszahlungen. Dies ist Aufgabenfeld der Vertragsgestaltung, namentlich der – über die von der öffentlichen Hand vergebenen Aufträge hinaus weit verbreiteten – Verdingungsordnung für Bauleistungen. Ergänzend zu der Regelung über Abschlagszahlungen in § 632 a BGB ist die Verordnungsermächtigung in Art. 244 EGBGB betreffend Abschlagszahlungen beim Hausbau zu erwähnen.

3. Ersatz für Schäden, die ein Werkmangel auslöst, verspricht § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Betreffend Schadensersatz neben der Leistung – den Mangelschaden nicht einschließend – steht diese Vorschrift allein. Betreffend Schadensersatz statt der Leistung – den Mangelschaden einschließend – steht sie in Verbindung mit § 281 BGB (und § 636 BGB) oder mit § 283 BGB, oder sie wird von § 311 a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB verdrängt. Bei Haftungsbegründung mit § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB muß der Mangel gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Unternehmer im Sinne von §§ 276 bis 278 BGB zu vertreten sein. Im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit kommt es nach § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB auf das Wissen des Unternehmers hierum oder darauf an, daß der Unternehmer seine Unkenntnis zu vertreten hat. Die Schadensersatzhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB oder aus § 311 a Abs. 2 BGB unterliegt der kurzen Verjährung des § 634 a BGB. 1522

4. Auf welche Weise der Unternehmer den Mangel gemäß § 634 Nr. 1 BGB beseitigt, ist nach § 635 Abs. 1 BGB ihm überlassen. Er mag nach seiner Wahl das begonnene Werk ausbessern oder es noch einmal von vorn angehen. Entscheidend ist allein, daß endlich der Erfolg eines ordentlichen Werkes eintritt. Es kann allerdings sein, daß dem Unternehmer nach den Umständen nichts anderes übrig bleibt, als das Werk gänzlich neu herzustellen, weil Beseitigung im begonnenen Werk gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Dann richtet sich der Anspruch des Bestellers auf ebendiese Neuvornahme. Weil der Unternehmer die Art und Weise der Mängelbeseitigung in der Hand hat, wird sich ihm nicht häufig Gelegenheit zur Verweigerung wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes (§ 635 Abs. 3 BGB) bieten. 1523

## Fall 15: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

- 1524 Erkennt der Unternehmer seine Pflicht zur Mängelbeseitigung an, so unterbricht dies (§ 217 BGB) die nach § 638 Abs. 1 BGB drohende Verjährung (§ 208 BGB). Außerdem kommt Hemmung (§ 205 BGB) während Überprüfung der Reklamation nach § 639 Abs. 2 BGB in Betracht.
- 1525 Kommt der Unternehmer dem Mängelbeseitigungsverlangen aus § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht nach, besteht die Möglichkeit zur Selbstvornahme mit Kostenabwälzung gemäß § 633 Abs. 3 BGB. Wegen anfallender Rechnungen Dritter kann der Besteller nicht nur, wie in § 633 Abs. 3 BGB angeordnet, Erstattung verlangen, sondern wahlweise auch Freistellung (§ 257 Satz 1 BGB) oder Vorschuß (§ 669 BGB analog).
- 1526 Die vorstehenden Regeln über die Mängelbeseitigung beim Werk finden, da § 476a BGB insoweit schweigt, entsprechende Anwendung auf den Kauf mit vertraglichem Nachbesserungsvorbehalt (DIETRICH REINICKE/KLAUS TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1997, Rdn. 506 ff.).
- 1527 5. Vertragliche Haftungsbegrenzungen oder Haftungsausschlüsse sind nicht immer wirksam. Arglist steht nach § 637 BGB entgegen; desgleichen eine Eigenschaftszusicherung, weil diese sonst sinnlos wäre. Für

Erkennt der Unternehmer seine Pflicht zur Mängelbeseitigung an, so beginnt die Frist der nach § 634a Abs. 1 oder Abs. 2 BGB drohenden Verjährung erneut zu laufen (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Außerdem kommt Hemmung (§ 209 BGB) während Überprüfung der Reklamation nach § 203 BGB in Betracht. 1524

Kommt der Unternehmer dem Mängelbeseitigungsverlangen aus § 634 Nr. 1 BGB nicht nach, besteht die Möglichkeit zur Selbstvornahme mit Kostenabwälzung gemäß § 637 BGB. Wegen anfallender Rechnungen Dritter kann der Besteller nicht nur, wie in § 637 Abs. 1 BGB angeordnet, Erstattung verlangen, sondern wahlweise auch Freistellung (§ 257 Satz 1 BGB) oder Vorschuß (§ 637 Abs. 3 BGB). 1525

Die vorstehenden Regeln über die Mängelbeseitigung beim Werk finden keine entsprechende Anwendung auf den Kauf. Vielmehr enthält § 439 BGB für die Nacherfüllung beim Kauf eigene Regelungen. Die Wahl zwischen Mängelbeseitigung und Ersatzlieferung trifft der Käufer (§ 439 Abs. 1 BGB). Deswegen ist dort eine ausführlichere Regelung der Unzumutbarkeit wegen unverhältnismäßiger Kosten (§ 439 Abs. 3 BGB) notwendig. Eine Selbstvornahme ist nicht vorgesehen. Man kann sie nicht mit analoger Anwendung von § 637 BGB begründen. Denn die kaufrechtlichen Regelungen sind gleichzeitig mit der werkvertraglichen entstanden und bilden ein bewußt gegen das Werkrecht abgehobenes Gefüge. Auch im Falle eines vertraglichen Nachbesserungsvorbehaltes wird man nur bei ausdrücklicher Erwähnung oder dorthin führender Auslegung zu einem Selbstvornahmerecht des Käufers gelangen. Die Auslegung hat freilich zu berücksichtigen, ob die Vertragspartner sich gedanklich noch in den Bahnen des früheren Rechts bewegen, wo der vertragliche Nachbesserungsvorbehalt zur Selbstvornahme führen konnte. Ansonsten bedeutet der vertragliche Vorbehalt nur einen Verweis auf die gesetzlichen Regeln. Unbenommen bleibt freilich die Ersatzvornahme nach Titulierung des Nacherfüllungsanspruchs (§ 887 ZPO). 1526

5. Vertragliche Haftungsbegrenzungen oder Haftungsausschlüsse sind nicht immer wirksam. Arglist steht nach § 639 Fall 1 BGB entgegen; desgleichen eine Garantie des Unternehmers nach § 639 Fall 2 BGB. 1527

## Fall 15: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

eigenen Vorsatz muß der Unternehmer nach § 276 Abs. 2 BGB stets eintreten. Verwendet der Werkunternehmer Allgemeine Geschäftsbedingungen, so treten, wenn nicht gemäß § 24 Satz 1 AGBG der Besteller Unternehmer nach § 14 BGB ist oder aus dem Bereich der öffentlichen Hand stammt, die Klauselverbote von § 11 Nr. 7 bis 11 AGBG hinzu. Auch wenn der Werkunternehmer seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber dem in § 24 Satz 1 AGBG genannten, geringer geschützten Personenkreis anwendet, können nach § 24 Satz 2 AGBG zugunsten des Bestellers die Wertungen aus § 11 AGBG in die unbenommene Würdigung nach § 9 AGBG durchschlagen.

Für eigenen Vorsatz muß der Unternehmer nach § 276 Abs. 3 BGB stets eintreten. Verwendet der Werkunternehmer Allgemeine Geschäftsbedingungen, so treten, wenn nicht gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB der Besteller Unternehmer nach § 14 BGB ist oder aus dem Bereich der öffentlichen Hand stammt, die Klauselverbote von § 309 Nr. 7 und 8 BGB hinzu. Auch wenn der Werkunternehmer seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber dem in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten, geringer geschützten Personenkreis anwendet, können nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB zugunsten des Bestellers die Wertungen aus § 309 BGB in die unbenannte Würdigung nach § 307 BGB durchschlagen.

Für den Werkvertrag zwischen einem Unternehmer im Sinne von § 14 BGB als Unternehmer im Sinne des Werkvertragsrechtes und einem Verbraucher im Sinne von § 13 BGB als Besteller gibt es keine Sonderregelungen, wie sie beim Verbrauchsgüterkauf in §§ 474 ff. BGB zu finden sind. Der Werklieferungsvertrag allerdings kann, da in § 651 Satz 1 BGB dem Kaufrecht unterworfen, in den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechtes fallen. Im übrigen können bei entsprechender Vertragsgestaltung im Ergebnis körperliche Teile einer eigentlich einheitlichen Werkleistung unter das Verbrauchsgüterkaufrecht fallen. Dies geschieht, wenn Werkunternehmer, um sich die Rückgriffserleichterungen der §§ 478 f. BGB zu verschaffen, ihren Kunden die beim Werk einzusetzenden Stoffe oder Produkte zunächst verkaufen und den Werkvertrag auf Verarbeitung, Einbau oder sonstige Verwendung des verkauften Gutes zu dem angestrebten Erfolg beschränken (vergleiche die ergänzenden Hinweise zu Fall 10, unter 15, und zu Fall 11, unter 7.b). Mit der aus Vertragsaufspaltung gewonnenen Rückgriffserleichterung nimmt der Werkunternehmer freilich in seinem Verhältnis zum Besteller die Haftungsverschärfung der §§ 474 ff. BGB auf sich.

1528

## Fall 16 Wankelmütiger Galerist: Vorzeitige Beendigung der Miete?

- 1601 Galerist Golo mietet von Viviane ein Geschäftslokal auf die Dauer von fünf Jahren gegen ein monatliches Entgelt von 4.000 Deutsche Mark (2.200 Euro). Nach drei Jahren strebt Golo eine Fortentwicklung seiner Persönlichkeit an und gibt seine Galerie auf. Am 2. Mai kündigt er daher gegenüber Viviane »mit Wirkung zum 31. Juli«. Viviane ist hiermit nicht einverstanden und verlangt Fortzahlung des Mietzinses bis zum Ablauf der fünf Jahre.

Muß Golo zahlen? Die nachfolgende Lösung ist wie die Lösungen zu den vorangehenden Fällen doppelt angelegt. Allerdings steht nicht das bis zum 31. Dezember 2001 geltende Recht dem seit 1. Januar 2002 geltenden Recht gegenüber. Vielmehr folgt die Lösung nach altem Recht dem Zustand des Bürgerlichen Gesetzbuches vor der Reform des Mietrechts, also der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung. Auf der anderen Seite steht, wie auch sonst in dieser Fallsammlung, die Lösung gemäß dem Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner seit dem 1. Januar 2002 bestehenden Gestalt. Vernachlässigt ist somit die kurze Zeitspanne vom 1. September 2001 bis zum 31. Dezember 2001, als zwar schon neues Mietrecht galt, aber der Hauptteil der Schuldrechtsmodernisierung noch nicht in Kraft getreten war. Im übrigen dient die doppelte Preisangabe im Sachverhalt auch nun wieder allein der Zuordnung passender Währung zum je anzunehmenden Zeitpunkt des gedachten Geschehen.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

- 1602 Die in den Worten des Sachverhaltes selbst bereits getroffene Einschätzung der Rechtsbeziehung als Mietverhältnis braucht der Bearbeiter nicht in Zweifel zu ziehen. Man darf zwar nicht immer die in

## Fall 16: Vorzeitige Beendigung der Miete?

den Aufgabenstellungen vorkommenden Begriffe als richtig eingesetzte Rechtsbegriffe verstehen. Denn die Schilderungen fiktiver Geschehnisse in Übungsfällen benutzen häufig die Ausdrucksweise der Alltagssprache. Diese gibt den Begriffen zuweilen einen anderen Sinn und fußt nicht notwendig auf juristischer Subsumption. Aber wenn, wie hier, kein Anhaltspunkt für Divergenz der Begriffsinhalte und Voreiligkeit juristischer Festlegung besteht, darf der Bearbeiter die Würdigung in das Gutachten übernehmen.

Gefragt ist nur nach weiterer Zahlung. Auswege wie Gestellung eines Ersatzmieters oder Untervermietung werden derzeit nicht gesucht. Auch Räumung und Herausgabe der Galerieräume stehen nicht zur Erörterung an.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. August 2001 geltenden Fassung:**

---

- 1603 1. Vivianes Zahlungsanspruch gegen Golo ist als ein mutmaßlicher Mietzinsanspruch an § 535 Satz 2 BGB zu messen.
- 1604 2. Zu Zweifeln an der Sachverhaltsangabe, daß nach § 535 Satz 1 BGB Golo als Mieter und Viviane als Vermieterin einen Mietvertrag über die Galerieräume eingingen, gibt es keinen Anlaß. Über Probleme der gemäß §§ 126, 566, 580 BGB bei der Raummiete in Anlehnung an die Grundstücksmitte zu beobachtenden Form fehlen Angaben aus dem Sachverhalt; es darf unterstellt werden, daß insoweit keine Bedenken bestehen.
- 1605 Damit ist der Grund für den Mietzinsanspruch nach § 535 Satz 2 BGB gelegt. Die vereinbarte Mietzeit von fünf Jahren ist noch nicht verstrichen, daher das Mietverhältnis und vor allem hierin die Mietzinspflicht noch nicht gemäß § 564 Abs. 1 BGB durch Zeitablauf beendet.
- 1606 3. Es erhebt sich nun die Frage, welche Bedeutung die von Golo angestrebte berufliche Veränderung für das Mietverhältnis hat und wie sich seine Kündigung auswirkte.
- 1607 3.a Wie jeder Vertrag ist auch vorliegendes Mietverhältnis von beiden Seiten einzuhalten. Nicht allein darf ein Mieter erwarten, daß der Vermieter ihm den versprochenen Gebrauch der Mietsache einräume und ihn darin ungestört belasse. Vielmehr darf auch ein Vermieter störungsfreien Verlauf des Geschäfts, insbesondere die fortwährende Mietzinszahlung, erwarten.
- 1608 3.b Nun könnte man allerdings in Erwägung ziehen, daß Golos Aufgabe der Geschäftsräume Viviane die Vermieterleistung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich macht. Die Unmöglichkeit wäre als eine teilweise anzusehen, nachdem Golo und Viviane das Mietverhältnis bereits eine zeitlang ordnungsgemäß vollzogen. Hieran müßte sich die Prüfung anschließen, ob nach § 323 Abs. 1 BGB die auf diesen Zeit-

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Vivianes Zahlungsanspruch gegen Golo ist als ein mutmaßlicher Mietzinsanspruch an § 535 Abs. 2 BGB zu messen. 1603

2. Zu Zweifeln an der Sachverhaltsangabe, daß nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB Golo als Mieter und Viviane als Vermieterin einen Mietvertrag über die Galerieräume eingingen, gibt es keinen Anlaß. Über Probleme der gemäß §§ 126, 550 Satz 1, 578 Abs. 1 mit Abs. 2 Satz 1 BGB bei der Raummiete in Anlehnung an die Grundstücksmitte – diese ihrerseits der Wohnraummiete angeglichen – zu beobachtenden Form fehlen Angaben aus dem Sachverhalt; es darf unterstellt werden, daß insoweit keine Bedenken bestehen. 1604

Damit ist der Grund für den Mietzinsanspruch nach § 535 Abs. 2 BGB gelegt. Die vereinbarte Mietzeit von fünf Jahren ist noch nicht verstrichen, daher das Mietverhältnis und vor allem hierin die Mietzinspflicht noch nicht gemäß § 542 Abs. 2 BGB durch Zeitablauf beendet. 1605

3. Es erhebt sich nun die Frage, welche Bedeutung die von Golo angestrebte berufliche Veränderung für das Mietverhältnis hat und wie sich seine Kündigung auswirkte. 1606

3.a Wie jeder Vertrag ist auch vorliegendes Mietverhältnis von beiden Seiten einzuhalten. Nicht allein darf ein Mieter erwarten, daß der Vermieter ihm den versprochenen Gebrauch der Mietsache einräume und ihn darin ungestört belasse. Vielmehr darf auch ein Vermieter störungsfreien Verlauf des Geschäfts, insbesondere die fortwährende Mietzinszahlung, erwarten. 1607

3.b Nun könnte man allerdings in Erwägung ziehen, daß Golos Aufgabe der Geschäftsräume Viviane die Vermieterleistung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich macht. Die Unmöglichkeit wäre als eine teilweise anzusehen, nachdem Golo und Viviane das Mietverhältnis bereits eine zeitlang ordnungsgemäß vollzogen. Hieran müßte sich die Prüfung anschließen, ob nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB die auf diesen 1608

## Fall 16: Lösung nach altem Recht

raum entfallende Mietzinspflicht entfielen oder ob sie nach § 324 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Verantwortlichkeit Golos für die Unmöglichkeit unangetastet fortbestehe.

- 1609 Endgültige Feststellungen dazu brauchen indessen nicht getroffen zu werden. Über persönliche Verhinderung des Mieters besteht eine Regelung in § 552 BGB. Wenn man bei vorzeitigem Auszug des Mieters Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung annehmen wollte, so genossen doch die Vorschriften des § 552 BGB den Vorrang. § 552 Satz 1 BGB zufolge bleibt die Mietzinspflicht unberührt, wenn der Mieter aus einem Grunde am Gebrauch gehindert ist, welcher in seiner Person liegt. Es war Golos eigener Entschluß, die Galerie aufzugeben. Damit vereitelt er sich selbst die weitere Nutzung der Mieträume für sein Unternehmen. Gleichviel, ob Golo seinen Sinneswandel im Sinne vertraglicher Verantwortlichkeit zu vertreten hat, ist doch zumindest seine berufliche und persönliche Entwicklung seinem Risikobereich und nicht demjenigen Vivianes zugeordnet. Golos Neuorientierung stellt einen in seiner Person liegenden Grund gemäß § 552 Satz 1 BGB dar.
- 1610 Die Aufgabe der Galerie für sich genommen befreit demnach Golo nicht von der Mietzinslast. Entlastung ergibt sich gemäß § 552 Satz 2 BGB erst, wenn Viviane Aufwendungen ersparen sollte und Einnahmen aus anderwärtiger Vermietung erzielt, oder wenn anderwärtige Gebrauchsüberlassung gemäß § 552 Satz 3 BGB Golo von der Nutzung ausschließt.
- 1611 3.c Zu beleuchten bleibt die von Golo ausgesprochene Kündigung. Wenn sie das Mietverhältnis mit Ablauf des 31. Juli beendet, entfällt die künftige Mietzinslast.
- 1612 Dem Vertrag läßt sich keine Absprache über ein besonderes Kündigungsrecht Golos entnehmen.
- 1613 § 564 Abs. 2 BGB sieht ordentliche Kündigung mit Auslauffristen nach § 565 BGB nur für das auf unbestimmte Zeit geschlossene Mietverhältnis vor. Das – wie hier – befristete Mietverhältnis kennt allein den Zeitablauf gemäß § 564 Abs. 1 BGB. Es ist nicht anzunehmen, daß das befristete Mietverhältnis wegen Formmangels nach §§ 566

Zeitraum entfallende Mietzinspflicht entfiel oder ob sie nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB wegen Verantwortlichkeit Golo für die Unmöglichkeit unangetastet fortbesteht.

Endgültige Feststellungen dazu brauchen indessen nicht getroffen zu werden. Über persönliche Verhinderung des Mieters besteht eine Regelung in § 537 BGB. Wenn man bei vorzeitigem Auszug des Mieters Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung annehmen wollte, so genießen doch die Vorschriften des § 537 BGB den Vorrang. § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB zufolge bleibt die Mietzinspflicht unberührt, wenn der Mieter aus einem Grunde am Gebrauch gehindert ist, welcher in seiner Person liegt. Es war Golo eigener Entschluß, die Galerie aufzugeben. Damit vereitelt er sich selbst die weitere Nutzung der Mieträume für sein Unternehmen. Gleichviel, ob Golo seinen Sinneswandel im Sinne vertraglicher Verantwortlichkeit zu vertreten hat, ist doch zumindest seine berufliche und persönliche Entwicklung seinem Risikobereich und nicht demjenigen Vivianes zugeordnet. Golo's Neuorientierung stellt einen in seiner Person liegenden Grund gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. 1609

Die Aufgabe der Galerie für sich genommen befreit demnach Golo nicht von der Mietzinslast. Entlastung ergibt sich gemäß § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB erst, wenn Viviane Aufwendungen ersparen sollte und Einnahmen aus anderwärtiger Vermietung erzielt, oder wenn anderwärtige Gebrauchsüberlassung gemäß § 537 Abs. 2 BGB Golo von der Nutzung ausschließt. 1610

3.c Zu beleuchten bleibt die von Golo ausgesprochene Kündigung. Wenn sie das Mietverhältnis mit Ablauf des 31. Juli beendet, entfällt die künftige Mietzinslast. 1611

Dem Vertrag läßt sich keine Absprache über ein besonderes Kündigungsrecht Golo entnehmen. 1612

§ 542 Abs. 1 BGB sieht ordentliche Kündigung mit Auslauffristen nach § 580a BGB nur für das auf unbestimmte Zeit geschlossene Mietverhältnis vor. Das – wie hier – befristete Mietverhältnis kennt allein den Zeitablauf gemäß § 542 Abs. 2 BGB. Es ist nicht anzunehmen, daß das befristete Mietverhältnis wegen Formmangels nach 1613

## Fall 16: Lösung nach altem Recht

Satz 2, 580 BGB für ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes zu gelten hätte (siehe oben zu 2). Mangels Ablaufs der vorgesehenen Mietzeit konnte das Mietverhältnis auch noch nicht gemäß § 568 Satz 1 BGB durch Gebrauchsfortsetzung stillschweigend in ein auf unbestimmte Zeit bestehendes umschlagen.

- 1614 Allenfalls als eine außerordentliche könnte Golo Kündigung Wirkung entfalten. Indessen liegt kein Fall eines dem Mieter als Amtsträger im öffentlichen Interesse gewährten Sonderkündigungsrechts für den Fall der Versetzung nach § 570 BGB vor. Ferner ist keinerlei Vertragsuntreue Vivianes erkennbar, welche Golo gemäß § 542 Abs. 1 Satz 1 BGB oder gemäß § 554a Satz 1 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht vermitteln würde. Sonstige Umstände, welche Golo im Sinne der allgemeinen Regeln über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund die Lösung vom Mietvertrag eröffneten, sind ebensowenig zu sehen. Da das Risiko eines Wunsches, sich beruflich zu verändern, wie oben zu 3.a beschrieben, dem Mieter zugeordnet ist, helfen Golo auch nicht die allgemeinen Regeln über Auflösung eines Vertrages wegen Störung der Geschäftsgrundlage – sofern § 552 BGB und die erwähnten anderen Kündigungsvorschriften überhaupt noch Raum für diese allgemeinen Regeln lassen sollten.
- 1615 Golo's Kündigungserklärung ist als solche unwirksam. Ob man sie nach § 140 BGB in ein Angebot Golo's an Viviane auf Aufhebung des Mietvertrages für die Zeit ab dem 1. August umdeuten kann, mag dahingestellt sein. Viviane nahm ein solches Angebot jedenfalls nicht an.
- 1616 4. Die Fälligkeit des Mietzinses bestimmt sich weiterhin nach den gegebenenfalls zwischen Golo und Viviane getroffenen Abreden. Ansonsten wird Golo nach § 551 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 580 BGB nach Ende je eines Quartals zu zahlen haben.
- 1617 5. Im Ergebnis bleibt Golo auch für die Zeit nach dem 31. Juli bis zum Ende der vereinbarten Mietzeit zahlungspflichtig. Er muß die

§§ 550 Satz 1, 578 Abs. 1 mit Abs. 2 Satz 1 BGB für ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes zu gelten hätte (siehe oben zu 2). Mangels Ablaufs der vorgesehenen Mietzeit konnte das Mietverhältnis auch noch nicht gemäß § 545 Satz 1 BGB mit § 542 Abs. 2 Nr. 2 BGB durch Gebrauchsfortsetzung stillschweigend in ein auf unbestimmte Zeit bestehendes umschlagen.

Allenfalls als eine außerordentliche könnte gemäß § 542 Abs. 2 Nr. 1 BGB Golo Kündigung Wirkung entfalten. Indessen ist keinerlei Vertragsuntreue Vivianes erkennbar, welche Golo gemäß § 543 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit §§ 569 Abs. 1, 578 Abs. 2 Satz 2 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht vermitteln würde. Sonstige Umstände, welche Golo im Sinne der Generalklausel in § 543 Abs. 1 BGB die Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund eröffneten, sind ebensowenig zu sehen. Das Risiko eines Wunsches, sich beruflich zu verändern, ist, wie oben zu 3.a beschrieben, dem Mieter zugeordnet. 1614

Golos Kündigungserklärung ist als solche unwirksam. Ob man sie nach § 140 BGB in ein Angebot Golo an Viviane auf Aufhebung des Mietvertrages für die Zeit ab dem 1. August umdeuten kann, mag dahingestellt sein. Viviane nahm ein solches Angebot jedenfalls nicht an. 1615

4. Die Fälligkeit des Mietzinses bestimmt sich weiterhin nach den gegebenenfalls zwischen Golo und Viviane getroffenen Abreden. Ansonsten wird Golo nach § 556b Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 579 Abs. 2 BGB bis zum dritten Werktag jedes Monats zu zahlen haben, nachdem Golo und Viviane den Monat zur Bemessungsgrundlage für den Mietzins gemacht haben. 1616

5. Im Ergebnis bleibt Golo auch für die Zeit nach dem 31. Juli bis zum Ende der vereinbarten Mietzeit zahlungspflichtig. Er muß die 1617

## Fall 16: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

vorgesehenen Zahltermine einhalten. Soweit Viviane die Räume anderweitig verwenden kann, wird dies Golo allerdings befreien.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Mietobjekt . . . . .	1618	4. Befristung und Kündigung der Wohnraummiete . . . . .	1624
2. Mietzinsversprechen ohne oder mit Amortisationszusage . . . . .	1620	5. Rückgabe nach Mietende . . . . .	1626
3. Ersatzmieter, Untervermietung . . . . .	1622	6. Kauf bricht nicht Miete . . . . .	1627
		7. Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	1628

**1618** 1. Gegenstand der Miete sind gemäß § 535 BGB ausschließlich Sachen, das heißt körperliche Gegenstände nach § 90 BGB. Rechte werden nicht vermietet. Allerdings sind Rechte zur Verpachtung tauglich. Zwar lehnt § 581 Abs. 2 BGB die Pacht an die Miete an. Aber § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB spricht ganz offen vom Gegenstand der Pacht ohne nähere Bestimmung. Ferner hat der Verkehr in Ergänzung der Rechts-pacht den Lizenzvertrag entwickelt, welcher neben dem pachtrechtlichen Element einer Überlassung von gewerblichen Schutzrechten zum Gebrauch Überschneidungen mit Kauf und Gesellschaft aufweist.

**1619** Die Regelungen in §§ 535 ff. BGB folgen ohne weitere Untergliederung aufeinander. Sie betreffen grundsätzlich jedes Mietverhältnis ohne Ansehung der Sache. Doch sind eingestreut Sondervorschriften über Grundstücke zu finden. Sie gelten ohne weiteres auch für die Miete von Teilflächen. Ausdrücklich dehnt § 580 BGB den Anwendungsbereich dieser Sondervorschriften auf die Miete von Räumen aus. Darunter fallen insbesondere die in § 580 BGB eigens aufgezählten Wohnräume, aber auch Geschäftsräume. Teile von Räumen wiederum sind von dieser Ausdehnung miterfaßt. Einige grundstücksbezogene Vorschriften zieht ferner § 580a BGB für die Miete registrierter Schiffe heran. Darüber hinaus durchziehen zahlreiche Sondervorschriften für Wohnräume, Geschäftsräume und Schiffe das Mietrecht

vorgesehenen Zahltermine einhalten. Soweit Viviane die Räume anderweitig verwenden kann, wird dies Golo allerdings befreien.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

1. Mietobjekt . . . . .	1618	4. Befristung und Kündigung der Wohnraummiete . . . . .	1624
2. Mietzinsversprechen ohne oder mit Amortisationszusage . . . . .	1620	5. Rückgabe nach Mietende . . .	1626
3. Ersatzmieter, Untervermietung . . . . .	1622	6. Kauf bricht nicht Miete . . . .	1627
		7. Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	1628

1. Gegenstand der Miete sind gemäß § 535 Abs. 1 BGB ausschließlich Sachen, das heißt körperliche Gegenstände nach § 90 BGB. Rechte werden nicht vermietet. Allerdings sind Rechte zur Verpachtung tauglich. Zwar lehnt § 581 Abs. 2 BGB die Pacht an die Mieta an. Aber § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB spricht ganz offen vom Gegenstand der Pacht ohne nähere Bestimmung. Ferner hat der Verkehr in Ergänzung der Rechtspacht den Lizenzvertrag entwickelt, welcher neben dem pachtrechtlichen Element einer Überlassung von gewerblichen Schutzrechten zum Gebrauch Überschneidungen mit Kauf und Gesellschaft aufweist. 1618

Die Regelungen in §§ 535 ff. BGB sind untergliedert. Allgemeine Regeln des Mietrechts sind in §§ 535 bis 548 BGB enthalten. Sie betreffen grundsätzlich jedes Mietverhältnis ohne Ansehung der Sache. Doch sind bereits darin vereinzelt Sondervorschriften über Wohnraum zu finden (§§ 536 Abs. 4, 547 Abs. 2 BGB). Ansonsten sind die besonderen Vorschriften über Wohnraummiete mitsamt dem sozialen Mietrecht – ihrerseits weiter unterteilt – in einem knappen eigenen Untertitel versammelt (§§ 549 bis 577 a BGB). Alle übrigen Mietverhältnisse sind in einem separaten Untertitel mit (die allgemeinen Vorschriften) ergänzenden, mehr oder minder weitgehend auf das Wohnraummietrecht verweisenden Regelungen ausgestattet (§§ 578 bis 580 a BGB). Dies reicht von beweglichen Sachen über Grundstücke und Räume, 1619

## Fall 16: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

des Bürgerlichen Gesetzbuches. Namentlich findet sich darin das soziale Mietrecht.

- 1620 2. Mit dem Mietvertrag schafft der Mieter dem Vermieter das Vertrauen auf stetige Einnahmen. Dem Schutz dieses Vertrauens dient die zur Falllösung verwendete Regelung des § 552 BGB. Einen Überschuß oder auch nur das Ausbleiben von Verlusten garantiert der Mieter dem Vermieter allerdings nicht. Das Risiko gewinnbringender oder jedenfalls verlustvermeidender Kalkulation liegt beim Vermieter.
- 1621 Anders liegt es allerdings beim Sonderfall des Finanzierungsleasinggeschäftes. Es ist im Kern Miete, hat aber die Besonderheit, daß der Mieter dem Vermieter die Amortisation seines Aufwandes verspricht. Einer Regelung des Finanzierungsleasingvertrages enthielt sich der Zivilgesetzgeber weitestgehend. Lediglich in seiner Nähe zum Verbraucherdarlehen ist das Verbraucher-Finanzierungsleasing als Vertrag über Finanzierungshilfe von § 1 Abs. 2 Fall 3 VerbrKrG mit Einschränkungen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG behandelt.
- 1622 3. Golo kann von seiner Mietzinspflicht durch Gestellung eines Viviane zumutbaren, die Vertragsbedingungen uneingeschränkt übernehmenden Nachmieters (Ersatzmieters) oder dann, wenn Viviane selbst genügend Bewerber kennt, freiwerden. Dies ist eine Frage von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Am Vertrag festgehalten zu werden muß sich für den bisherigen Mieter als unzumutbar darstellen. Dann ist der Vermieter gehalten, entweder mit dem bisherigen Mieter einen Aufhebungsvertrag und mit der Ersatzperson einen neuen Mietvertrag zu schließen oder sich auf einen dreiseitigen Vertrag über Auswechsellung des Mieters (Vertragsübernahme) einzulassen. Der Vermieter ist umso eher zur Entlassung des Mieters aus dem Mietverhältnis verpflichtet, als er mit dem Ersatzmieter günstigere Konditionen aushandeln kann.
- 1623 Nicht immer findet sich ein Ersatzmieter, und nicht immer will der Mieter, mag auch ein Ersatzmieter zu finden sein, diesen Weg beschreiten. Alternative ist die Untervermietung. Sie ist zwar gemäß § 549 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ohne Erlaubnis des Vermieters gestattet.

die keine Wohnräume sind bis hin zu eingetragenen Schiffen. Teilflächen von Grundstücken und Teile von Räumen sind zwanglos als inbegriffen anzusehen.

2. Mit dem Mietvertrag schafft der Mieter dem Vermieter das Vertrauen auf stetige Einnahmen. Dem Schutz dieses Vertrauens dient die zur Falllösung verwendete Regelung des § 537 BGB. Einen Überschuß oder auch nur das Ausbleiben von Verlusten garantiert der Mieter dem Vermieter allerdings nicht. Das Risiko gewinnbringender oder jedenfalls verlustvermeidender Kalkulation liegt beim Vermieter. 1620

Anders liegt es allerdings beim Sonderfall des Finanzierungsleasinggeschäftes. Es ist im Kern Miete, hat aber die Besonderheit, daß der Mieter dem Vermieter die Amortisation seines Aufwandes verspricht. Einer Regelung des Finanzierungsleasingvertrages enthielt sich der Zivilgesetzgeber weitestgehend. Lediglich in seiner Nähe zum Verbraucherdarlehen ist das Verbraucher-Finanzierungsleasing als Vertrag über Finanzierungshilfe von § 499 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 BGB mit Einschränkungen in § 500 BGB behandelt. 1621

3. Golo kann von seiner Mietzinspflicht durch Gestellung eines Viviane zumutbaren, die Vertragsbedingungen uneingeschränkt übernehmenden Nachmieters (Ersatzmieters) oder dann, wenn Viviane selbst genügend Bewerber kennt, freiwerden. Dies ist eine Frage von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Am Vertrag festgehalten zu werden muß sich für den bisherigen Mieter als unzumutbar darstellen. Dann ist der Vermieter gehalten, entweder mit dem bisherigen Mieter einen Aufhebungsvertrag und mit der Ersatzperson einen neuen Mietvertrag zu schließen oder sich auf einen dreiseitigen Vertrag über Auswechslung des Mieters (Vertragsübernahme) einzulassen. Der Vermieter ist umso eher zur Entlassung des Mieters aus dem Mietverhältnis verpflichtet, als er mit dem Ersatzmieter günstigere Konditionen aushandeln kann. 1622

Nicht immer findet sich ein Ersatzmieter, und nicht immer will der Mieter, mag auch ein Ersatzmieter zu finden sein, diesen Weg beschreiten. Alternative ist die Untervermietung. Sie ist zwar gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ohne Erlaubnis des Vermieters gestattet. 1623

## Fall 16: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

tet. Doch kann der Wohnraummieter die Erlaubnis oft nach § 549 Abs. 2 BGB einfordern. Bei Erlaubnisverweigerung ohne hinreichende Ursache aus der Person des Untermieters gewährt § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Mieter – gleichviel, welches der Mietgegenstand ist – ein außerordentliches Kündigungsrecht.

- 1624 4. Bei der Wohnraummiete ist Zeitbestimmung im Sinne von § 564 Abs. 1 BGB nicht selten wertlos. § 556b Abs. 1 BGB gibt in Verbindung mit § 556a BGB dem Mieter das Recht, zur Vermeidung einer Härte vom Vermieter Verlängerung einzufordern. Hinzu kommt das Recht, Verlängerung mangels berechtigten Interesses des Vermieters an der Beendigung zu verlangen (§ 564c Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 564b BGB).
- 1625 Die Kündigung seitens des Vermieters ist gleichfalls mit Hindernissen versehen. Ungerechtfertigte Härte erlaubt dem Mieter nach § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB den Widerspruch gegen die Kündigung. Und die Kündigung bedarf eines berechtigten Interesses des Vermieters (§ 564b Abs. 1 BGB).
- 1626 5. Nach Beendigung der Miete schuldet der Mieter Rückgabe gemäß § 556 Abs. 1 BGB. Diesen vertraglichen Anspruch muß gemäß § 556 Abs. 3 BGB auch ein Dritter erfüllen, dem der Mieter die Sache weitergab. Dabei ist unerheblich, ob der Dritte seinerseits mit dem Vermieter irgendeine Vertragsbeziehung unterhält. Ist der Vermieter Eigentümer, kann er daneben sein Rückgabeverlangen gegenüber dem Mieter oder gegenüber dem sonstigen Besitzer auch auf § 985 BGB stützen.
- 1627 6. Die Grundstücksrente kennt in § 571 Abs. 1 BGB einen gesetzlichen Vertragsübergang anlässlich der Veräußerung des Grundstücks. Die Vorschrift erstreckt sich gemäß § 580 BGB auf die Raummiete und gemäß § 580a Abs. 1 BGB auf die Miete eines eingetragenen Schiffes. § 57 ZVG dehnt den Grundsatz »Kauf bricht nicht Miete« auf die Zwangsversteigerung des Grundstücks aus, und gemäß § 162 ZVG gilt dies auch für die Zwangsversteigerung des eingetragenen Schiffes. Um ihn nicht vom Bieten abzuschrecken, hat allerdings im Falle der Zwangsversteigerung der Ersteher nach § 57a ZVG (beim

## Fall 16: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

tet. Doch kann der Wohnraummieter die Erlaubnis oft nach § 553 Abs. 1 BGB einfordern. Bei Erlaubnisverweigerung ohne hinreichende Ursache aus der Person des Untermieters gewährt § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Mieter – gleichviel, welches der Mietgegenstand ist – ein außerordentliches Kündigungsrecht.

4. Bei der Wohnraummieta ist Zeitbestimmung im Sinne von § 542 Abs. 2 BGB nicht selten wertlos. § 575 BGB setzt einer Befristung enge Grenzen und gewährt dem Mieter unter Umständen das Recht, vom Vermieter Verlängerung einzufordern. 1624

Die Kündigung seitens des Vermieters ist gleichfalls mit Hindernissen versehen. Ungerechtfertigte Härte erlaubt dem Mieter nach § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB den Widerspruch gegen die Kündigung. Und die Kündigung bedarf eines berechtigten Interesses des Vermieters (§ 573 Abs. 1 BGB). 1625

5. Nach Beendigung der Mieta schuldet der Mieter Rückgabe gemäß § 546 Abs. 1 BGB. Diesen vertraglichen Anspruch muß gemäß § 546 Abs. 2 BGB auch ein Dritter erfüllen, dem der Mieter die Sache weitergab. Dabei ist unerheblich, ob der Dritte seinerseits mit dem Vermieter irgendeine Vertragsbeziehung unterhält. Ist der Vermieter Eigentümer, kann er daneben sein Rückgabeverlangen gegenüber dem Mieter oder gegenüber dem sonstigen Besitzer auch auf § 985 BGB stützen. 1626

6. Die Wohnraummieta kennt in § 566 Abs. 1 BGB einen gesetzlichen Vertragsübergang anlässlich der Veräußerung des Grundstücks. Die Vorschrift erstreckt sich gemäß § 578 Abs. 1 BGB auf die Grundstücksmieta, gemäß § 578 Abs. 2 Satz 1 mit Abs. 1 BGB auf die Raumieta und gemäß § 578a Abs. 1 BGB auf die Mieta eines eingetragenen Schiffes. § 57 ZVG dehnt den Grundsatz »Kauf bricht nicht Mieta« auf die Zwangsversteigerung des Grundstücks aus, und gemäß § 162 ZVG gilt dies auch für die Zwangsversteigerung des eingetragenen Schiffes. Um ihn nicht vom Bieten abzuschrecken, hat allerdings 1627

Fall 16: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

Schiff in Verbindung mit § 162 ZVG) ein außerordentliches Kündigungsrecht.

1628 7. Über Störung der Geschäftsgrundlage siehe Fall 8.

Fall 16: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

im Falle der Zwangsversteigerung der Ersteher nach § 57 a ZVG (beim Schiff in Verbindung mit § 162 ZVG) ein außerordentliches Kündigungsrecht.

7. Über Störung der Geschäftsgrundlage siehe Fall 8.

**1628**

## Fall 17 Stehengebliebener Versicherungsvertreter: Haftung für Mängel der Mietsache

1701 Versicherungsvertreter Melchior will einige Großkunden anwerben. Damit dieses Vorhaben unter einem guten Stern steht, beabsichtigt er, sich für drei Wochen ein entsprechendes Kraftfahrzeug zuzulegen. Bei Autoverleiher Veit findet er ein ihm zusagendes Modell. Man wird einig, daß Melchior den Wagen zu einem bestimmten Tagessatz und einer näher bezeichneten Kilometergebühr drei Wochen lang benutzen dürfe.

Melchior entschwebt in dem Gefährt. Unterwegs zu dem ersten potentiellen Kunden versagt der Wagen seinen Dienst. Es stellt sich heraus, daß am Abend vor dem Geschäft zwischen Veit und Melchior ein in der kommenden Woche zu entlassender Mitarbeiter des Veit aus Wut über vermeintlich ungerechte Behandlung durch Veit die Zündung des Wagens manipuliert hatte, um seinen bisherigen Arbeitgeber zu schädigen.

Melchior kann nachweisen, daß ihm infolge des Zwischenfalls Vermittlungsprovisionen in Höhe von 70.000 Deutsche Mark (35.000 Euro) entgangen sind, weil andere Versicherungsvertreter ihm zuvorkamen. Diesen Betrag verlangt er nun von Veit ersetzt. Das bereits vor Fahrzeugübernahme vollständig vorausgezahlte Entgelt für den Wagen verlangt Melchior zurück.

Zu Recht? Wie die Lösung zu Fall 16 konfrontiert die nachstehende Lösung das bis zum 31. August 2001 geltende Recht mit dem seit dem 1. Januar 2002 geltenden Recht. Wiederum wird die Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches während der Zeit vom 1. September 2001 bis zum 31. Dezember 2001 unterdrückt. Die Schadenshöhe ist nur zwecks Illustration wegen der Währungsumstellung zum 1. Januar 2002 zweifach angegeben.

---

**Vorüberlegungen zum Lösungsansatz** (erscheinen nicht in einer Reinschrift):

---

Ernsthaft in Betracht kommt nur eine Würdigung nach Mietrecht. Andere Vertragstypen liegen fern. Unerlaubte Handlung zum Nachteil des Melchior darf ebenfalls unerwähnt bleiben. Kränkung des Besitzrechts Melchiors scheidet zu offensichtlich daran, daß Melchior nie ein unbeschädigtes Fahrzeug in Händen hatte. Auch einen Eingriff in seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann er mangels Ausrichtung der Sabotage auf sein Unternehmen gewiß nicht geltend machen. Es bedeutet jedoch keinen Fehler, wenn man deliktische Ansätze kurz anspricht. 1702

Die Aufgabenstellung führt an der Spitze den Schadensersatzanspruch und erst als zweites die Rückzahlung an. Diese Reihenfolge ergibt sich offenbar aus der Größe der Beträge. Die kleinere Summe steht zurück. Dem Bearbeiter des Falles steht es frei, diese Reihenfolge einzuhalten oder umzukehren. Für letzteres spricht zum einen, daß der zurückgeforderte Mietzins den engeren Bezug zum zugrunde liegenden Vertrag aufweist. Zum anderen hilft die Umkehrung bei einer Unterteilung der Argumentationsketten. Denn aller Wahrscheinlichkeit sind die Voraussetzungen der Erstattung zugleich Voraussetzungen für den Ersatzanspruch, während der Ersatzanspruch noch zusätzliche Anforderungen hat.

Besonderheiten des Handelsrecht bieten sich nicht zur Erörterung an. Zwar betreibt Melchior mit seiner Versicherungsvertretung ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 1 HGB. Aber das Mietrecht findet im Handelsgesetzbuch keine besondere Ausformung. Die Kaufmannseigenschaft braucht daher nicht angesprochen zu werden.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum  
31. August 2001 geltenden Fassung:**

---

1. Erstattung des Entgeltes

- 1703 1.a Melchior's Anspruch auf Erstattung des Entgeltes für die Benutzung des Fahrzeuges ist womöglich ein Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung wegen Minderung eines Mietzinses oder sogar Befreiung von einer Mietzinspflicht. In Betracht kommt Rückforderung einer von Anfang an wegen Minderung oder Befreiung rechtsgrundlosen Leistung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. In Betracht kommt aber auch Rückforderung einer Leistung, die wegen Minderung oder Befreiung nachträglich ihren Rechtsgrund verlor, gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB.
- 1704 1.b Veit erlangte Geld und damit »etwas« im Sinne des Kondiktionsrechts. Ob Melchior bar zahlte oder unbar, ist gleichgültig. Das erlangte »etwas« wäre auch bei Barzahlung nicht mit »Eigentum und Besitz an den Banknoten oder an den Scheidemünzen« zu beschreiben. Vielmehr ist Bargeld wie Buchgeld stets global als »Geld«, das heißt als Vermittlung von Kaufkraft, zu begreifen. Nur außergewöhnliche, hier nicht zu ersehende Umstände – etwa Liquiditätsschwierigkeiten des Bankhauses – verbieten die Gleichsetzung von Bargeld und Buchgeld.
- 1705 1.c Melchior zahlte Veit den Betrag bewußt aufgrund seiner mit ihm getroffenen Abrede. Veit erlangte das Geld sonach durch Leistung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB und damit auch im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB.
- 1706 1.d Die Abrede zwischen Melchior und Veit stellt einen Mietvertrag nach § 535 Satz 1 BGB dar, das Entgelt den Mietzins nach § 535 Satz 2 BGB. Die der Alltagssprache entnommene Bezeichnung Veits als sogenannter »Autoverleiher« ist unbeachtlich. Das Geschäft ging um vorübergehende Gebrauchsüberlassung gegen Geld und ist deswegen nach §§ 133, 157 BGB als Miete aufzufassen. Der Mietvertrag sollte rechtlicher Grund für die geflossene Leistung sein.

---

**Lösung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem  
1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

1. Erstattung des Entgeltes

1.a Melchiors Anspruch auf Erstattung des Entgeltes für die Benutzung des Fahrzeuges ist womöglich ein Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung wegen Minderung eines Mietzinses oder sogar Befreiung von einer Mietzinspflicht. In Betracht kommt Rückforderung einer von Anfang an wegen Minderung oder Befreiung rechtsgrundlosen Leistung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. In Betracht kommt aber auch Rückforderung einer Leistung, die wegen Minderung oder Befreiung nachträglich ihren Rechtsgrund verlor, gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. 1703

1.b Veit erlangte Geld und damit »etwas« im Sinne des Kondiktionsrechts. Ob Melchior bar zahlte oder unbar, ist gleichgültig. Das erlangte »etwas« wäre auch bei Barzahlung nicht mit »Eigentum und Besitz an den Banknoten oder an den Scheidemünzen« zu beschreiben. Vielmehr ist Bargeld wie Buchgeld stets global als »Geld«, das heißt als Vermittlung von Kaufkraft, zu begreifen. Nur außergewöhnliche, hier nicht zu ersiehende Umstände – etwa Liquiditätsschwierigkeiten des Bankhauses – verbieten die Gleichsetzung von Bargeld und Buchgeld. 1704

1.c Melchior zahlte Veit den Betrag bewußt aufgrund seiner mit ihm getroffenen Abrede. Veit erlangte das Geld sonach durch Leistung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB und damit auch im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. 1705

1.d Die Abrede zwischen Melchior und Veit stellt einen Mietvertrag nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, das Entgelt den Mietzins nach § 535 Abs. 2 BGB. Die der Alltagssprache entnommene Bezeichnung Veits als sogenannter »Autoverleiher« ist unbeachtlich. Das Geschäft ging um vorübergehende Gebrauchsüberlassung gegen Geld und ist deswegen nach §§ 133, 157 BGB als Miete aufzufassen. Der Mietvertrag sollte rechtlicher Grund für die geflossene Leistung sein. 1706

## Fall 17: Lösung nach altem Recht

- 1707 1.e Fehlerhaftigkeit der Mietsache kann jedoch den Rechtsgrund für die Zahlung schon vor der Zahlung zerstört oder ihn zumindest nachträglich beseitigt haben.
- 1708 Zu denken ist an Minderung des Mietzinses wegen Tauglichkeitsbeeinträchtigung schon bei Überlassung gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 Unterfall 1 BGB. Das Fahrzeug blieb zwar erst auf der Fahrt liegen. Diese Panne war jedoch durch den Eingriff des vor der Entlassung stehenden Mitarbeiters Veits am Vorabend schon bei Aushändigung an Melchior, also zur Zeit der Überlassung an den Mieter, angelegt. Die Neigung zur Fahruntüchtigkeit mit dem späteren Versagen ist ein Fehler des Fahrzeugs, der seine Tauglichkeit zum vertraglichen Gebrauch ungeachtet einer noch zurückgelegten Fahrstrecke aufhebt. Für die Zeit ab Übernahme des Fahrzeuges bis zu einer Instandsetzung ist daher Melchior von seiner Mietzinspflicht befreit. Darauf, ob Veit den Fehler zu vertreten hat, kommt es nicht an.
- 1709 Diese Befreiung tritt aber erst mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt ein, zu dem die Minderungsregel eingreifen kann. Dies ist der Zeitpunkt der Fahrzeugübernahme. Bis dahin war eine Instandsetzung nicht ausgeschlossen. Wäre das Fahrzeug untersucht worden, hätte es Melchior in vertragsgemäßem Zustand erhalten können. Solange bestand Veits Recht auf den Mietzins noch ungeschmälert. Melchior zahlte bereits vor Fahrzeugübernahme und damit zu einem Zeitpunkt, in dem der Mietzins noch nicht gemindert war. Seine Zahlung geschah mit rechtllichem Grund. Melchior kann nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren. Vielmehr handelt es sich um nachträglichen Fortfall des Rechtsgrundes nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. Melchior hat nach dieser Vorschrift Anspruch auf Erstattung, weil das Fahrzeug im Augenblick der Übernahme fehlerhaft war und deshalb zu diesem Zeitpunkt die bis dahin bestehende und bereits beglichene Mietzinspflicht entfiel.
- 1710 Allerdings muß Melchior – vorbehaltlich einer noch zu prüfenden Auflösung des Mietverhältnisses – damit rechnen, daß Veit noch während der restlichen Mietzeit den Wagen gemäß § 536 Fall 2 BGB wieder herrichtet. Dann endet Melchiors Befreiung vom Mietzins. Den

1.e Mangelhaftigkeit der Mietsache kann jedoch den Rechtsgrund für die Zahlung schon vor der Zahlung zerstört oder ihn zumindest nachträglich beseitigt haben. 1707

Zu denken ist an Minderung des Mietzinses wegen Tauglichkeitsbeeinträchtigung schon bei Überlassung gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Das Fahrzeug blieb zwar erst auf der Fahrt liegen. Diese Panne war jedoch durch den Eingriff des vor der Entlassung stehenden Mitarbeiters Veits am Vorabend schon bei Aushändigung an Melchior, also zur Zeit der Überlassung an den Mieter, angelegt. Die Neigung zur Fahruntüchtigkeit mit dem späteren Versagen ist ein Mangel des Fahrzeugs, der seine Tauglichkeit zum vertraglichen Gebrauch ungeachtet einer noch zurückgelegten Fahrstrecke aufhebt. Für die Zeit ab Übernahme des Fahrzeugs bis zu einer Instandsetzung ist daher Melchior von seiner Mietzinspflicht befreit. Darauf, ob Veit den Mangel zu vertreten hat, kommt es nicht an. 1708

Diese Befreiung tritt aber erst mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt ein, zu dem die Minderungsregel eingreifen kann. Dies ist der Zeitpunkt der Fahrzeugübernahme. Bis dahin war eine Instandsetzung nicht ausgeschlossen. Wäre das Fahrzeug untersucht worden, hätte es Melchior in vertragsgemäßem Zustand erhalten können. Solange bestand Veits Recht auf den Mietzins noch ungeschmälert. Melchior zahlte bereits vor Fahrzeugübernahme und damit zu einem Zeitpunkt, in dem der Mietzins noch nicht gemindert war. Seine Zahlung geschah mit rechtllichem Grund. Melchior kann nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren. Vielmehr handelt es sich um nachträglichen Fortfall des Rechtsgrundes nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. Melchior hat nach dieser Vorschrift Anspruch auf Erstattung, weil das Fahrzeug im Augenblick der Übernahme mangelhaft war und deshalb zu diesem Zeitpunkt die bis dahin bestehende und bereits beglichene Mietzinspflicht entfiel. 1709

Allerdings muß Melchior – vorbehaltlich einer noch zu prüfenden Auflösung des Mietverhältnisses – damit rechnen, daß Veit noch während der restlichen Mietzeit den Wagen gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB wieder herrichtet. Dann endet Melchiors Befreiung vom 1710

## Fall 17: Lösung nach altem Recht

auf die restliche Zeit entfallenden Teil des Entgeltes darf Veit für sich beanspruchen. Melchiors Herausgabeanspruch erfaßt dann nicht das ganze Entgelt, sondern nur den bis zum Abschluß der Reparatur reichenden Teil.

- 1711 1.f Rückerstattung für die Zeit bis zum ursprünglich geplanten Mietende genießt Melchior gemäß § 557a Abs. 1 Fall 1 oder Fall 2 BGB dann, wenn er das Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung nach § 542 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzeitig, und zwar mit Wirkung vor Abschluß der Reparatur, beendet oder es schon beendet haben sollte. In beiden Fällen des § 557a Abs. 1 BGB, also gleichviel, ob der Vermieter den Mangel und damit die Vertragsauflösung zu vertreten hat, handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch. Die Verweise von § 557a Abs. 1 BGB in das Rücktrittsrecht und in das Kondiktionsrecht betreffen nur die nähere Auskleidung der Rechtsfolge. In keinem Falle ist § 346 Satz 1 BGB oder § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB Anspruchsgrundlage.
- 1712 Insgesamt erzielte Melchior auf diese Weise völlige Rückerstattung. Für die Zeit bis zur Kündigung ergäbe sich die Erstattung weiterhin aus der Mietzinsbefreiung wegen Mangels, für die Zeit ab Kündigung wegen Beseitigung des Mietverhältnisses. Es erscheint möglich, das Rückzahlungsverlangen nach § 133 BGB als Kündigungserklärung auszulegen. Jedoch setzte Melchior Veit bisher keine Frist zur Instandsetzung gemäß § 542 Abs. 1 Satz 2 BGB. Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Interessefortfalls nach § 542 Abs. 1 Satz 3 BGB ist nicht zu unterstellen. Die Auslegungsfrage kann daher auf sich beruhen.
- 1713 1.g Einstweilen muß Veit den Mietzins für die schon verstrichene Zeit als ungerechtfertigte Bereicherung erstatten. Der Betrag wächst mit fortschreitender Zeit um die rechnerisch bis zum Abschluß der Reparatur anfallenden Vergütungsteile. Es bleibt Melchior unbenommen, Veit eine angemessene Frist noch zu setzen, bei ergebnislosem Verstreichen der Frist die Kündigung auszusprechen und dann den Rest der Vergütung auch noch als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuverlangen.

Mietzins. Den auf die restliche Zeit entfallenden Teil des Entgeltes darf Veit für sich beanspruchen. Melchior's Herausgabeanspruch erfaßt dann nicht das ganze Entgelt, sondern nur den bis zum Abschluß der Reparatur reichenden Teil.

1.f Rückerstattung für die Zeit bis zum ursprünglich geplanten Mietende genießt Melchior gemäß § 547 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB dann, wenn er das Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung nach §§ 542 Abs. 2 Nr. 1, 543 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vorzeitig, und zwar mit Wirkung vor Abschluß der Reparatur, beendet oder es schon beendet haben sollte. In beiden Fällen des § 547 Abs. 1 BGB, also gleichviel, ob der Vermieter den Mangel und damit die Vertragsauflösung zu vertreten hat, handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch. Der Verweis von § 547 Abs. 1 Satz 2 BGB in das Kondiktionsrecht betrifft nur die nähere Auskleidung der Rechtsfolge. In keinem Falle ist § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB Anspruchsgrundlage. 1711

Insgesamt erzielte Melchior auf diese Weise völlige Rückerstattung. 1712 Für die Zeit bis zur Kündigung ergäbe sich die Erstattung weiterhin aus der Mietzinsbefreiung wegen Mangels, für die Zeit ab Kündigung wegen Beseitigung des Mietverhältnisses. Es erscheint möglich, das Rückzahlungsverlangen nach § 133 BGB als Kündigungserklärung auszulegen. Jedoch setzte Melchior Veit bisher keine Frist zur Instandsetzung gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB. Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Aussichtslosigkeit nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB oder wegen Interessefortfalls nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB ist nicht zu unterstellen. Die Auslegungsfrage kann daher auf sich beruhen.

1.g Einstweilen muß Veit den Mietzins für die schon verstrichene Zeit 1713 als ungerechtfertigte Bereicherung erstatten. Der Betrag wächst mit fortschreitender Zeit um die rechnerisch bis zum Abschluß der Reparatur anfallenden Vergütungsteile. Es bleibt Melchior unbenommen, Veit eine angemessene Frist noch zu setzen, bei ergebnislosem Verstreichen der Frist die Kündigung auszusprechen und dann den Rest der Vergütung auch noch als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuverlangen.

## Fall 17: Lösung nach altem Recht

- 1714 1.h Wegen der oben zu 1.b vorgenommenen Gleichsetzung von Bargeld und Buchgeld ergeben sich keine Probleme nach § 818 Abs. 2 BGB daraus, daß, falls Melchior bar gezahlt hatte, vermutlich das Bargeld nicht mehr abgrenzbar in Veits Kasse vorzufinden ist. Die Herausgabe zielt ebenso schlicht auf »Geld«, wie das erlangte »etwas« mit Geld beschrieben war.
2. Schadensersatz wegen entgangener Provisionen
- 1715 2.a Melchiors Anspruch auf Ausgleich für die entgangenen Vermittlungsprovisionen neben der Mietzinserstattung stützt sich mutmaßlich als ein Schadensersatzanspruch wegen von Anfang an vorhandenen Fehlers der Mietsache auf § 538 Abs. 1 Fall 1 BGB.
- 1716 2.b Abschluß eines Mietvertrages und Fehlerhaftigkeit des gemieteten Fahrzeuges sind bereits oben zu 1.d und 1.e festgestellt. Der Fehler wohnte dem Fahrzeug bereits bei Abschluß des Mietvertrages versteckt inne. Bereits an den anfänglichen Fehler knüpft § 538 Abs. 1 Fall 1 BGB die Schadensersatzpflicht an. Es ist gleichgültig, ob der Vermieter den Vorfall zu vertreten hat oder nicht. Die Schadensersatzhaftung aus § 538 Abs. 1 Fall 1 BGB ist – anders als die Haftung nach § 538 Abs. 1 Fall 2 oder Fall 3 BGB – ein gesetzlicher Fall von Garantiehaftung. Gemäß § 538 Abs. 1 am Ende BGB steht sie neben der Minderung.
- 1717 2.c Die Ersatzpflicht aus § 538 BGB betrifft sämtliche Schäden, welche der Fehler auslöst. Veit muß sie nach § 249 Satz 1 BGB ausgleichen. Das schließt eine Ersatzzahlung für entgangenen Gewinn gemäß § 252 Satz 1 BGB ein. Nach dem Sachverhalt ist der Betrag von 70.000 Deutsche Mark als nach den Umständen gemäß § 252 Satz 2 BGB zu erwarten gewesener Gewinn einzuschätzen.
- 1718 2.d Veit schuldet Melchior tatsächlich 70.000 Deutsche Mark neben der Mietzinserstattung.
- 1719 3. Melchiors Schadensersatzanspruch ist nicht gleichzeitig in § 823 Abs. 1 BGB begründet. Veit verletzte nicht Melchiors Besitz am Fahrzeug als sonstiges Recht, da Melchiors Besitz niemals schadenfrei war.

- 1.h Wegen der oben zu 1.b vorgenommenen Gleichsetzung von Bargeld und Buchgeld ergeben sich keine Probleme nach § 818 Abs. 2 BGB daraus, daß, falls Melchior bar gezahlt hatte, vermutlich das Bargeld nicht mehr abgrenzbar in Veits Kasse vorzufinden ist. Die Herausgabe zielt ebenso schlicht auf »Geld«, wie das erlangte »etwas« mit Geld beschrieben war. 1714
2. Schadensersatz wegen entgangener Provisionen
- 2.a Melchiors Anspruch auf Ausgleich für die entgangenen Vermittlungsprovisionen neben der Mietzinserstattung stützt sich mutmaßlich als ein Schadensersatzanspruch wegen von Anfang an vorhandenen Mangels der Mietsache auf § 536 a Abs. 1 Fall 1 BGB. 1715
- 2.b Abschluß eines Mietvertrages und Mangelhaftigkeit des gemieteten Fahrzeuges sind bereits oben zu 1.d und 1.e festgestellt. Der Mangel wohnte dem Fahrzeug bereits bei Abschluß des Mietvertrages versteckt inne. Bereits an den anfänglichen Mangel knüpft § 536 a Abs. 1 Fall 1 BGB die Schadensersatzpflicht an. Es ist gleichgültig, ob der Vermieter den Vorfall zu vertreten hat oder nicht. Die Schadensersatzhaftung aus § 536 a Abs. 1 Fall 1 BGB ist – anders als die Haftung nach § 536 a Abs. 1 Fall 2 oder Fall 3 BGB – ein gesetzlicher Fall von Garantief Haftung. Gemäß § 536 a Abs. 1 am Ende BGB steht sie neben der Minderung. Sie verdrängt die allgemeine Regelung des § 280 Abs. 1 BGB. 1716
- 2.c Die Ersatzpflicht aus § 536 a BGB betrifft sämtliche Schäden, welche der Mangel auslöst. Veit muß sie nach § 249 Satz 1 BGB (nach der Schadensersatzreform: § 249 Abs. 1 BGB) ausgleichen. Das schließt eine Ersatzzahlung für entgangenen Gewinn gemäß § 252 Satz 1 BGB ein. Nach dem Sachverhalt ist der Betrag von 35.000 Euro als nach den Umständen gemäß § 252 Satz 2 BGB zu erwarten gewesener Gewinn einzuschätzen. 1717
- 2.d Veit schuldet Melchior tatsächlich 35.000 Euro neben der Mietzinserstattung. 1718
3. Melchiors Schadensersatzanspruch ist nicht gleichzeitig in § 823 Abs. 1 BGB begründet. Veit verletzte nicht Melchiors Besitz am Fahrzeug als sonstiges Recht, da Melchiors Besitz niemals schadenfrei war. 1719

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Mangels Zielrichtung bedeutet das unglückliche Geschehnis auch keinen Eingriff in Melchiors eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als ein sonstiges Recht. Es war Zufall, daß das manipulierte Auto gerade in Melchiors Hände geriet, und hätte ebensogut einen anderen Kunden treffen können.

---

### Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung:

---

#### Übersicht

1. Pflicht des Vermieters zu mangelfreier Leistung . . . .	1720	8. Grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel bei Vertragsschluß . . . . .	1730
2. Aufwendungsersatz als Schadensersatz . . . . .	1722	9. Vorbehaltlose Übernahme in Kenntnis des Mangels . .	1731
3. Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme . . . . .	1723	10. Entdeckung eines Mangels nach Übernahme . . . . .	1732
4. Verbindung zwischen Minderung und Kondiktion. . .	1724	11. Ausschluß der Vermieterhaftung durch Vertragsgestaltung . . . . .	1735
5. Schadensersatz neben Kündigung . . . . .	1726	12. Vertragsgestaltung zu Zurückbehaltung und Aufrechnung . . . . .	1737
6. Positive Vertragsverletzung	1727		
7. Kenntnis vom Mangel bei Vertragsschluß . . . . .	1728		

1720 1. Der Mietvertrag bringt wie der Werkvertrag (§ 633 Abs. 1 BGB) und der Reisevertrag (§ 651c Abs. 1 BGB) eine Pflicht nicht nur zur Leistung überhaupt, sondern weitergehend zur fehlerfreien Leistung mit sich (§ 536 Fall 1 BGB). Das unterscheidet ihn vom Kauf, wo Leistung der Kaufsache überhaupt (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Gewährleistung für Fehler (§ 459ff. BGB) voneinander getrennt sind. Parallel zum Kauf (dort §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1, 480 Abs. 2 BGB) hingegen sowie zum Werk (§ 633 Abs. 1 Fall 1 BGB) und zur Reise (§ 651c Abs. 1 Fall 1 BGB) ist die Verantwortlichkeit für eine Eigenschaftszusicherung besonders vorgesehen (§ 537 Abs. 2 BGB).

Mangels Zielrichtung bedeutet das unglückliche Geschehnis auch keinen Eingriff in Melchiors eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als ein sonstiges Recht. Es war Zufall, daß das manipulierte Auto gerade in Melchiors Hände geriet, und hätte ebensogut einen anderen Kunden treffen können.

---

**Ergänzende Hinweise nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung:**

---

Übersicht

- |  |      |   |      |
|--|------|---|------|
| 1. Pflicht des Vermieters zu mangelfreier Leistung . . . . . | 1720 | 8. Grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel bei Vertragsschluß . . . . . | 1730 |
| 2. Aufwendungsersatz als Schadensersatz . . . . .            | 1722 | 9. Vorbehaltslose Übernahme in Kenntnis des Mangels . . .             | 1731 |
| 3. Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme . . . . .           | 1723 | 10. Entdeckung eines Mangels nach Übernahme . . . . .                 | 1732 |
| 4. Verbindung zwischen Minderung und Kondiktion . . .        | 1724 | 11. Ausschluß der Vermieterhaftung durch Vertragsgestaltung . . . . . | 1735 |
| 5. Schadensersatz neben Kündigung . . . . .                  | 1726 | 12. Vertragsgestaltung zu Zurückbehaltung und Aufrechnung . . . . .   | 1737 |
| 6. Positive Vertragsverletzung .                             | 1727 |   |      |
| 7. Kenntnis vom Mangel bei Vertragsschluß . . . . .          | 1728 |   |      |

1. Der Mietvertrag bringt wie der Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB), der Werkvertrag (§ 633 Abs. 1 BGB) und der Reisevertrag (§ 651 c Abs. 1 BGB) eine Pflicht nicht nur zur Leistung überhaupt, sondern weitergehend zur mangelfreien Leistung mit sich (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB). In Abweichung von Kauf und Werk ist wie bei der Reise (§ 651 c Abs. 1 Fall 1 BGB) die Verantwortlichkeit für eine Eigenschaftszusicherung besonders vorgesehen (§ 536 Abs. 2 BGB). 1720

Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts fand das Mietrecht schon reformiert vor. In der Zeit vom 1. September 2001 bis zum 31. Dezember 2001 galt es im Zusammenhang des »alten« Schuldrechts. Seit dem 1. Januar 2002 steht es 1721

1722 2. Im Rahmen des Schadensersatzes nach § 538 Abs. 1 BGB ist der Ersatz frustrierter Aufwendungen als Mindestgröße enthalten. Vergleiche über den Ausgleich vergeblich im Vertrauen auf ordentliche Vertragsabwicklung getätigter Aufwendungen die ergänzenden Hinweise zu Fall 2 (unter 3) und zu Fall 3 (unter 12).

1723 3. Wenn der Vermieter seiner Pflicht zur Instandhaltung (§ 536 Fall 2 BGB) nicht nachkommt, kann sich der Mieter selbst um die Mängelbeseitigung kümmern und die dazu erforderlichen Aufwendungen dem Vermieter in Rechnung stellen (§ 538 Abs. 2 BGB). Dazu hat der Mieter einen Befreiungsanspruch (§ 257 BGB). Vorschuß kann der Mieter in analoger Anwendung von § 669 BGB begehren. Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz begegnet auch beim Werk (§ 633

ohne wesentliche Veränderung innerhalb eines neu geordneten Rechts der Leistungsstörungen. Nur einige äußerliche Anpassungen nahm das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts im reformierten Mietrecht vor. Nicht mehr vom »Fehler«, sondern vom »Mangel« ist in § 536 BGB die Rede. Nicht mehr »Schadensersatz wegen Nichterfüllung« fordert der Mieter gemäß § 536 a BGB, sondern schlicht »Schadensersatz«. Solche Mühe ersparte sich der Gesetzgeber bei Reisevertrag und Schenkung, wo nach wie vor »Fehler« (§§ 651 c Abs. 1, 524 BGB) und »Schadensersatz wegen Nichterfüllung« (§§ 651 f Abs. 1, 523 Abs. 2 BGB) auftauchen.

2. Da die Haftung des Vermieters nicht wirklich auf die »modernisierte« Systematik der allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen abgestimmt ist, fragt sich, ob vom Schadensersatzanspruch aus § 536 a BGB ein Weg zum Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen gemäß § 284 BGB führt. Dies wird man anzunehmen haben, sobald der Schadensersatz nach § 536 a Abs. 1 BGB im Einzelfall die Funktion eines »Schadensersatzes statt der Leistung« gewinnt. Nicht notwendig wird man dabei verlangen müssen, daß die weiteren Anforderungen aus § 281 BGB, § 283 BGB oder § 311 a Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB erfüllt sind. Zwar tritt der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB in seinem wörtlichen Zusammenhang gerade in den dort beschriebenen Situationen an die Stelle von »Schadensersatz statt der Leistung«. Wenn aber § 536 a Abs. 1 BGB schon für den Schadensersatz von den Erfordernissen aus §§ 281, 283 oder 311 a BGB absieht, so muß das auch für den tendenziell mildereren Anspruch auf Aufwendungsersatz gelten. Vergleiche über den Ausgleich vergeblich im Vertrauen auf ordentliche Vertragsabwicklung getätigter Aufwendungen die ergänzenden Hinweise zu Fall 2 (unter 3) und zu Fall 3 (unter 12). 1722

3. Wenn der Vermieter seiner Pflicht zur Instandhaltung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB) nicht nachkommt, kann sich der Mieter selbst um die Mängelbeseitigung kümmern und die dazu erforderlichen Aufwendungen dem Vermieter in Rechnung stellen (§ 536 a Abs. 2 BGB). Dazu hat der Mieter einen Befreiungsanspruch (§ 257 BGB). Vorschuß kann der Mieter in analoger Anwendung von § 669 BGB begehren. Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz begegnet auch beim Werk 1723

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

Abs. 3 BGB). Auch hier gibt es den Befreiungsanspruch (§ 257 BGB) und Anspruch auf Vorschuß (§ 669 BGB analog).

- 1724 4. Die Minderung des Mietzinses oder gar die Befreiung von ihm tritt von selbst ein. Das unterscheidet sie von der Minderung bei Kauf und Werk, wo beiderseitige Willenserklärungen der Kontrahenten notwendig sind (§ 465 BGB; betreffend Werk in Verbindung mit § 634 Abs. 4 BGB). Beim Reisevertrag wiederum geschieht die Minderung wie in der Miete automatisch (§ 651 d Abs. 1 BGB).
- 1725 Das Gesetz enthält wegen der Erstattung vorausgezahlter Miete infolge Minderung oder Befreiung keinen ausdrücklichen Verweis in das Bereicherungsrecht. Es verweist aber auch nicht in die Vorschriften über Rückabwicklung nach Rücktritt.
- 1726 5. Der Mieter muß sich nicht zwischen Schadensersatz (§ 538 Abs. 1 BGB) und Kündigung (§ 542 Abs. 1 BGB; § 544 BGB) entscheiden. Das Gesetz formuliert keinen Ausschluß des einen Rechts durch das andere.
- 1727 6. Obgleich der Schadensersatzanspruch aus § 538 Abs. 1 BGB auch den Mangelfolgeschaden erfaßt, bleibt Raum für eine Schadensersatzhaftung des Vermieters nach den Regeln positiver Vertragsverletzung (§§ 280, 286, 325, 326 BGB analog). Dies betrifft die Verletzung der aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleitenden Nebenpflichten des Vermieters. Nur die Haftung für Schlechterfüllung, das heißt für Fehler der Mietsache, ist abschließend in § 538 Abs. 1 BGB geregelt.
- 1728 7. Kennt der Mieter den Mangel der Mietsache schon beim Vertragschluß, so hat er wegen dieses Mangels keine oder allenfalls beschränkte Rechte. Denn entweder gehört infolge der Kenntnis der Fehler zur vertragsgemäßen Beschaffenheit der Mietsache. Dann liegt

(§ 637 Abs. 1 BGB). Auch hier gibt es den Befreiungsanspruch (§ 257 BGB) und Anspruch auf Vorschuß (§ 637 Abs. 3 BGB).

4. Die Minderung des Mietzinses oder gar die Befreiung von ihm tritt von selbst ein. Das unterscheidet sie von der Minderung bei Kauf und Werk, wo eine Gestaltungserklärung des Käufers notwendig ist (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB; § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB). Beim Reisevertrag wiederum geschieht die Minderung wie in der Miete automatisch (§ 651 d Abs. 1 Satz 1 BGB). 1724

Das Gesetz enthält wegen der Erstattung vorausgezahlter Miete infolge Minderung oder Befreiung einen versteckten Verweis in das Bereicherungsrecht. § 556 b BGB erwähnt diese Anspruchsgrundlage im Zusammenhang mit Vereinbarungen über Aufrechnung und Zurückbehaltung. 1725

5. Der Mieter muß sich nicht zwischen Schadensersatz (§ 536 a Abs. 1 BGB) und Kündigung (§ 543 Abs. 1 BGB) entscheiden. Das Gesetz formuliert keinen Ausschluß des einen Rechts durch das andere. Im Gegenteil bestimmt § 314 Abs. 4 BGB ausdrücklich, daß Kündigung aus wichtigem Grund etwaigen Schadensersatz nicht ausschließt. Dieser Teil der allgemeinen Regelungen über Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ist auch innerhalb der besonderen Kündigungsvorschriften des Mietrechts anwendbar. 1726

6. Obgleich der Schadensersatzanspruch aus § 536 a Abs. 1 BGB auch den Mangelfolgeschaden erfaßt, bleibt Raum für eine Schadensersatzhaftung des Vermieters nach den Regeln positiver Vertragsverletzung (§§ 280 Abs. 1, 282 BGB). Dies betrifft die Verletzung der aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleitenden und in § 241 Abs. 2 BGB verankerten Nebenpflichten des Vermieters. Nur die Haftung für Schlechterfüllung, das heißt für Fehler der Mietsache, ist abschließend in § 536 a Abs. 1 BGB geregelt. 1727

7. Kennt der Mieter den Mangel der Mietsache schon beim Vertragschluß, so hat er wegen dieses Mangels keine oder allenfalls beschränkte Rechte. Denn entweder gehört infolge der Kenntnis der Mangel zur vertragsgemäßen Beschaffenheit der Mietsache. Dann liegt 1728

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

im Ergebnis gar kein Fehler vor, weil die tatsächliche Beschaffenheit der Mietsache nicht von der gesollten abweicht. Oder es bleibt zwar dabei, daß die Mietsache den fraglichen Fehler nicht haben darf, aber es greift der Ausschluß von Minderung und Schadensersatz nach § 539 Satz 1 BGB sowie der Ausschluß außerordentlicher Kündigung nach § 539 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 543 Satz 1 BGB. Lediglich Instandsetzung (§ 536 Fall 2 BGB) kann der Mieter in diesem Falle fordern. Welche Beschaffenheit der Mietsache die geschuldete ist, ergibt sich durch Auslegung des Mietvertrages (§§ 133, 157 BGB).

- 1729 Die Beschränkung der Mieterrechte wegen Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluß findet Parallelen bei Kauf (§ 460 Satz 1 BGB) und Schenkung (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB in Verbindung mit § 460 Satz 1 BGB).
- 1730 8. Seine grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel bei Abschluß des Mietvertrages schadet dem Mieter wie Kenntnis, falls nicht der Vermieter die Abwesenheit des Fehlers zusichert oder arglistig handelt (§ 460 Satz 2 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 539 Satz 2 Fall 1 BGB; betreffend Kündigung zusätzlich in Verbindung mit § 543 Satz 1 BGB). Eine derartige Anleihe beim Kaufrecht (§ 460 Satz 2 Fall 1 BGB) enthält auch das Schenkungsrecht (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB).
- 1731 9. Kennt der Mieter den Mangel bei Übernahme der Mietsache, muß er sich seine Rechte (vom Anspruch auf Instandsetzung abgesehen), um sie später noch ausüben zu können, vorbehalten (§ 464 BGB in Verbindung mit § 539 Satz 2 Fall 2 BGB; betreffend Kündigung zusätzlich in Verbindung mit § 543 Satz 1 BGB). Wiederum handelt es sich um eine Anleihe beim Kaufrecht (§ 464 BGB), welche auch das Schenkungsrecht vornimmt (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB). Ein Vorbehalt

im Ergebnis gar kein Mangel vor, weil die tatsächliche Beschaffenheit der Mietsache nicht von der gesollten abweicht. Oder es bleibt zwar dabei, daß die Mietsache den fraglichen Mangel nicht haben darf, aber es greift der Ausschluß von Minderung und Schadensersatz nach § 536 b Satz 1 BGB sowie der Ausschluß außerordentlicher Kündigung nach § 536 b Satz 1 BGB in Verbindung mit § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB. Lediglich Instandsetzung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB) kann der Mieter in diesem Falle fordern. Welche Beschaffenheit der Mietsache die geschuldete ist, ergibt sich durch Auslegung des Mietvertrages (§§ 133, 157 BGB).

Die Beschränkung der Mieterrechte wegen Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluß findet Parallelen bei Kauf (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Schenkung (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB in Verbindung mit § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB). 1729

8. Seine grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel bei Abschluß des Mietvertrages schadet dem Mieter wie Kenntnis, falls nicht der Vermieter arglistig handelt (§ 536 b Satz 2 BGB; betreffend Kündigung in Verbindung mit § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB). Diese Regelung liegt gleichauf mit derjenigen zum Kauf (§ 442 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB). Allerdings kennt § 442 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB zusätzlich Erhaltung der Käuferrechte trotz grober Fahrlässigkeit bei Garantie für die Beschaffenheit der Sache. Solchen Schutz hat freilich auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz derjenige Mieter, welchem der Vermieter eine Garantie gab, ebenfalls. Eine vollständige Anleihe beim Kaufrecht (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB) enthält das Schenkungsrecht (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB). 1730

9. Kennt der Mieter den Mangel bei Übernahme der Mietsache, muß er sich seine Rechte (vom Anspruch auf Instandsetzung abgesehen), um sie später noch ausüben zu können, vorbehalten (§ 536 b Satz 3 BGB; betreffend Kündigung zusätzlich in Verbindung mit § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB). Dies steht im Gegensatz zum Kauf, der die Notwendigkeit eines Vorbehaltes bei Abnahme der Kaufsache nicht mehr kennt. Insofern ist auch die Anleihe, welche das Schenkungsrecht dies- 1731

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

ist ferner bei Abnahme eines bekanntermaßen mangelhaften Werkes notwendig (§ 640 Abs. 2 BGB).

- 1732 10. Entdeckt der Mieter nach Übernahme einen Mangel, so muß er dem Vermieter Anzeige machen (§ 545 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Vermieter wird dadurch in die Lage versetzt, rasch Maßnahmen zu treffen, um ein Ausgreifen des Mangels zu verhindern und den Mangel zu beheben. Versäumt der Mieter die Anzeige, so läuft er Gefahr, Minderung, Schadensersatz und fristlose außerordentliche Kündigung einzubüßen (§ 545 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB). Außerdem macht er sich selbst schadensersatzpflichtig (§ 545 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB). Wenn der Mieter die Anzeige nachholt, gewinnt er für die Zukunft seine Rechte wieder. Denn nur soweit der Vermieter mangels Anzeige Schaden erlitt und keine Abhilfe schaffen konnte, belastet § 545 Abs. 2 BGB den Mieter. Allerdings sieht die Rechtsprechung neben § 545 BGB noch Raum für eine analoge Anwendung von § 539 Satz 2 Fall 2 BGB. Danach soll Schweigen des Mieters, insbesondere vorbehaltlose Weiterzahlung des Mietzinses, Minderung und Schadensersatz auch für die Zukunft ausschließen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267, 268; BGH, Urteil vom 18. Juni 1997 – XII ZR 63/95, NJW 1997, 2674). Beizupflichten ist dem nicht.
- 1733 Der mietrechtlichen Anzeigeobliegenheit ähnlich sieht das Reisevertragsrecht eine Anzeige des Mangels vor (§ 651 d Abs. 2 BGB) und zusätzlich eine Anzeige der Ansprüche wegen des Mangels (§ 651 g Abs. 1 BGB).
- 1734 Nicht generell im Kauf, wohl aber im Handelskauf, welcher für beide Teile Handelsgeschäft (§ 343 HGB) ist, besteht für den Käufer eine Rügeobliegenheit (§§ 377 f. HGB). Auch Werkvertrag und Werklieferungsvertrag kennen im allgemeinen keine Anzeigepflicht. Die Werklieferung unter Kaufleuten jedoch ist mit Rügeobliegenheit verbunden. Für den gemäß § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB als Kauf behandelten Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ergibt sich

bezüglich vornimmt (§ 524 Abs. 2 Satz 3 BGB), gegenstandslos geworden. Ein Vorbehalt ist ferner bei Abnahme eines bekanntermaßen mangelhaften Werkes notwendig (§ 640 Abs. 2 BGB).

10. Entdeckt der Mieter nach Übernahme einen Mangel, so muß er dem Vermieter Anzeige machen (§ 536 c Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Vermieter wird dadurch in die Lage versetzt, rasch Maßnahmen zu treffen, um ein Ausgreifen des Mangels zu verhindern und den Mangel zu beheben. Versäumt der Mieter die Anzeige, so läuft er Gefahr, Minderung, Schadensersatz und fristlose außerordentliche Kündigung einzubüßen (§ 536 c Abs. 2 Satz 2 BGB). Außerdem macht er sich selbst schadensersatzpflichtig (§ 536 c Abs. 2 Satz 1 BGB). Wenn der Mieter die Anzeige nachholt, gewinnt er für die Zukunft seine Rechte wieder. Denn nur soweit der Vermieter mangels Anzeige Schaden erlitt und keine Abhilfe schaffen konnte, belastet § 536 c Abs. 2 BGB den Mieter. Der Entwurfsverfasser versprach sich, daß die Rechtsprechung neben der Regelung des Mieterverhaltens bei Erkennen von Mängeln nach Übernahme der Mietsache in § 536 c BGB keinen Raum für eine analoge Anwendung von § 536 b Satz 3 BGB sieht. Danach soll Schweigen des Mieters, insbesondere vorbehaltlose Weiterzahlung des Mietzinses, Minderung und Schadensersatz nicht auch für die Zukunft ausschließen (Begründung zu § 536 b des Regierungsentwurfes, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4553, Seiten 41 f.). Es steht zu hoffen, daß die Rechtsprechung dem folgt.

1732

Der mietrechtlichen Anzeigepflicht ähnlich sieht das Reisevertragsrecht eine Anzeige des Mangels vor (§ 651 d Abs. 2 BGB) und zusätzlich eine Anzeige der Ansprüche wegen des Mangels (§ 651 g Abs. 1 BGB).

1733

Nicht generell im Kauf, wohl aber im Handelskauf, welcher für beide Teile Handelsgeschäft (§ 343 HGB) ist, besteht für den Käufer eine Rügeobliegenheit (§ 377 HGB). Auch Werkvertrag und Werklieferungsvertrag kennen im allgemeinen keine Anzeigepflicht. Die Werklieferung unter Kaufleuten jedoch ist mit Rügeobliegenheit verbunden. Dies ergibt sich schon daraus, daß § 651 Satz 1 BGB den Werklieferungsvertrag generell dem Kaufrecht und damit auch § 377 HGB un-

1734

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach altem Recht

das ohne weiteres aus §§ 377f. HGB. Für die gemäß § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB weitgehend nach Werkvertragsrecht behandelte Werklieferung einer nicht vertretbaren Sache folgt die Anwendung von §§ 377f. HGB aus der Verweisung in § 381 Abs. 2 HGB. Ansonsten kann die Vertragsgestaltung den Käufer, Werkbesteller oder Werklieferungsbesteller mit einer Anzeigeobliegenheit belasten. Doch stoßen diesbezügliche Allgemeine Geschäftsbedingungen auf eine Grenze in § 11 Nr. 10 Buchstabe e AGBG. Diese Grenze gilt gemäß § 24a Nr. 2 AGBG auch bei Vorformulierung für eine einzelne Verwendung gegenüber einem Verbraucher.

- 1735 11. Das Gesetz hebt – anders als etwa beim Darlehen – Mietverträge zwischen einem Unternehmer als Vermieter und einem Verbraucher als Mieter nicht aus dem Mietvertrag überhaupt hervor. Allerdings gibt es zahlreiche Sondervorschriften zum Schutze des Wohnungsmieters. Im Ergebnis kommt das einer Teilausbildung von Verbraucher-mietrecht gleich. Namentlich sind Mietzinsbefreiung und Mietzinsminderung wegen Mangels der Wohnung unabdingbar (§ 537 Abs. 3 BGB). Dies schlägt auf den Schadensersatzanspruch nach § 538 Abs. 1 BGB durch, weil er an die Mietzinsbefreiung oder Mietzinsminderung anknüpft (andere Ansicht gut vertretbar). Das Recht des Mieters zur außerordentlichen Kündigung nach § 542 BGB stellt § 543 Satz 2 BGB indisponibel.
- 1736 Auch wo nicht der Schutz des Wohnraummietrechts greift, können vertragliche Beschneidungen der Vermieterverantwortung nutzlos sein. Sie scheitern gegebenenfalls an Arglist (§ 540 BGB; betreffend Kündigung in Verbindung mit § 543 Satz 1 BGB) oder an der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln nach § 11 Nr. 7 AGBG (eventuell in Verbindung mit § 24a Nr. 2 AGBG) oder § 9 AGBG (eventuell mit § 24 Satz 2 AGBG). Wertlosigkeit von Klauseln zur Beschneidung der Mängelverantwortung im Falle der Arglist kennen auch das Kaufrecht (§ 476 BGB) und das Werkrecht (§ 637 BGB). Hinzu tritt dort die Inhaltskontrolle nach §§ 11 Nr. 7 und Nr. 10, 24a Nr. 2 oder 9, 24 Satz 2 AGBG.

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach neuem Recht

terstellt. Die Verweisung in § 381 Abs. 2 HGB stellt das nur klar. Ansonsten kann die Vertragsgestaltung den Käufer, Werkbesteller oder Werklieferungsbesteller mit einer Anzeigeobliegenheit belasten. Doch stoßen diesbezügliche Allgemeine Geschäftsbedingungen auf eine Grenze in § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ee BGB. Diese Grenze gilt gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch bei Vorformulierung für eine einzelne Verwendung gegenüber einem Verbraucher.

11. Das Gesetz hebt – anders als etwa beim Darlehen – Mietverträge zwischen einem Unternehmer als Vermieter und einem Verbraucher als Mieter nicht aus dem Mietvertrag überhaupt hervor. Allerdings gibt es zahlreiche Sondervorschriften zum Schutze des Wohnungsmieters. Im Ergebnis kommt das einer Teilausbildung von Verbrauchermietrecht gleich. Namentlich sind Mietzinsbefreiung oder Mietzinsminderung wegen Mangels der Wohnung unabdingbar (§ 536 Abs. 4 BGB). Dies schlägt auf den Schadensersatzanspruch nach § 536 a Abs. 1 BGB durch, weil er an die Mietzinsbefreiung oder Mietzinsminderung anknüpft (andere Ansicht gut vertretbar). Das Recht des Mieters zur außerordentlichen Kündigung nach § 543 BGB stellt § 569 Abs. 5 Satz 1 BGB indisponibel. 1735

Auch wo nicht der Schutz des Wohnraummietrechts greift, können vertragliche Beschneidungen der Vermieterverantwortung nutzlos sein. Sie scheitern gegebenenfalls an Arglist (§ 536 d BGB; betreffend Kündigung in Verbindung mit § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB) oder an der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln nach § 309 Nr. 7 oder Nr. 8 Buchstabe a BGB (eventuell in Verbindung mit § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder § 307 BGB (eventuell mit § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wertlosigkeit von Klauseln zur Beschneidung der Mängelverantwortung im Falle der Arglist kennen auch das Kaufrecht (§ 444 Fall 1 BGB) und das Werkrecht (§ 639 Fall 1 BGB). Hinzu tritt dort die Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 7 und Nr. 8 Buchstabe b, 310 Abs. 3 Nr. 2 oder 307, 310 Abs. 1 Satz 2 BGB. 1736

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

- 1737 12. Ansprüche auf Mietzinsersetzung wegen Minderung oder Befreiung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 537 Abs. 1 BGB) oder auf Schadensersatz (§ 538 Abs. 1 BGB) spielen dem Mieter das Recht zur Zurückbehaltung der weiteren Mietzinsraten (§ 273 Abs. 1 BGB) und zur Aufrechnung (§ 387 BGB) in die Hand. Diese Druckmittel kann Vertragsgestaltung grundsätzlich verhindern. Doch stehen sie dem Wohnraummieter trotz gegenteiliger Absprache für seine Schadensersatzforderung zur Verfügung, wenn er ihre Ausübung ankündigt (§ 552a BGB).
- 1738 Außerdem können vorformulierte Beschneidungen bei Wohnraummieta wie bei sonstiger Mieta in der Inhaltskontrolle nach § 11 Nr. 2 Buchstabe b oder Nr. 3 AGBG (gegebenenfalls in Verbindung mit § 24 a Nr. 2 AGBG) oder nach § 9 AGBG versagen.
- 1739 Wenn vertragliche Beschneidungen für sich genommen die Inhaltskontrolle bestehen, so kann doch eine Kombination mit Vereinbarung einer Vorauszahlungspflicht des Mieters entgegen § 551 BGB zu unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 9 AGBG führen (BGH, Beschluß vom 26. Oktober 1994 – VIII ARZ 3/94, NJW 1995, 254 ff.). Denn wenn der Mieter den Mietzins für jeden Zeitabschnitt im voraus bezahlt, so büßt er ein Druckmittel aus diesem Zeitabschnitt schon ein, bevor der Mangel auftritt. Vorleistungspflicht schneidet nämlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 Satz 1 am Ende BGB ab. Zurückbehaltung und Aufrechnung in der Folgeperiode sind dann die einzig verbleibenden Möglichkeiten, dem Erstattungsbegehren Nachdruck zu verleihen. Hiervon noch die Aufrechnung wegzunehmen (die Zurückbehaltung ist unentziehbares Recht), erscheint unangemessen.

12. Ansprüche auf Mietzinsersetzung wegen Minderung oder Befreiung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 536 Abs. 1 BGB) oder auf Schadensersatz (§ 536 a Abs. 1 BGB) spielen dem Mieter das Recht zur Zurückbehaltung der weiteren Mietzinsraten (§ 273 Abs. 1 BGB) und zur Aufrechnung (§ 387 BGB) in die Hand. Diese Druckmittel kann Vertragsgestaltung grundsätzlich verhindern. Doch stehen sie dem Wohnraummieter trotz gegenteiliger Absprache für seine Schadensersatzforderung zur Verfügung, wenn er ihre Ausübung ankündigt (§ 556 b Abs. 2 BGB). 1737

Außerdem können vorformulierte Beschneidungen bei Wohnraummiere wie bei sonstiger Miere in der Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 2 Buchstabe b oder Nr. 3 BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder nach § 307 BGB versagen. 1738

Wenn vertragliche Beschneidungen für sich genommen die Inhaltskontrolle bestehen, so kann man erwägen, ob nicht die Kombination mit der gesetzlichen Vorauszahlungspflicht des Raummieters nach § 556 b Abs. 1 BGB (betreffend Nichtwohnraum in Verbindung mit § 579 Abs. 2 BGB) oder eine Kombination mit Vereinbarung einer Vorauszahlungspflicht des Mieters entgegen § 579 Abs. 1 BGB zu unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 BGB führen (siehe zum alten Recht BGH, Beschluß vom 26. Oktober 1994 – VIII ARZ 3/94, NJW 1995, 254 ff.). Denn wenn der Mieter den Mietzins für jeden Zeitabschnitt im voraus bezahlt, so büßt er ein Druckmittel aus diesem Zeitabschnitt schon ein, bevor der Mangel auftritt. Vorleistungspflicht schneidet nämlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 Satz 1 am Ende BGB ab. Zurückbehaltung und Aufrechnung in der Folgeperiode sind dann die einzig verbleibenden Möglichkeiten, dem Erstattungsbegehren Nachdruck zu verleihen. Hiervon noch die Aufrechnung wegzunehmen (die Zurückbehaltung ist unentziehbares Recht), erscheint unangemessen, wenn die gesetzliche Regel auf nachträgliche Zahlung lautet (§ 579 Abs. 1 BGB). Wo dagegen der Gesetzgeber es selbst für klug hält, dem Mieter durch Vorauszahlungspflicht das Druckmittel wegzunehmen (§ 556 b Abs. 1 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit § 579 Abs. 2 BGB), schafft er ein dem Mieter von vornherein ungünstiges Leitbild. Daraus läßt sich 1739

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach **altem** Recht

## Fall 17: Ergänzende Hinweise nach **neuem** Recht

dann zweierlei folgern: Entweder schließt man, daß der Ausschluß der Aufrechnung keine nennenswerte zusätzliche Verschlechterung mehr bedeutet. Oder man betont, daß die Aufrechnungsmöglichkeit im neuen gesetzlichen Leitbild der Vorauszahlung von noch größerer Bedeutung als früher und deswegen ihr Durchkreuzen unangemessen ist. Letzteres erscheint vorzugswürdig.



# Abkürzungen

Abs.	Absatz/Absätze
AGBG, AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Dres.	Doctores
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	und der/die/das folgende
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
ff.	und die folgenden
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
HWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
JZ	Juristen-Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer/Nummern
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Rdn.	Randnummer/Randnummern
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherschutz- und anderen Verstößen
UN	United Nations
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung



# Materialien und Literatur zur Schuldrechtsmodernisierung

## 1. Materialien zur Entwicklung des Gesetzes

### 1.a Reform des Mietrechts

Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) (Gesetzentwurf der Bundesregierung), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/4553, vom 9. November 2000

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/5663 vom 27. März 2001

Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz), vom 19. Juni 2001, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, Seiten 1149 ff.

### 1.b Schuldrechtsmodernisierung

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Gesetzentwurf der Bundesregierung), Bundesrat, Drucksache 338/01, vom 11. Mai 2001

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (mit dem Entwurf der Bundesregierung wortgleicher Entwurf von Abgeordneten und Fraktionen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90/Die Grünen), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6040 vom 14. Mai 2001

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Gesetzentwurf der Bundesregierung), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6857, vom 31. August 2001

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/7052 vom 9. Oktober 2001

Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, Bundesrat, Drucksache 819/01 vom 19. Oktober 2001

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, vom 26. November 2001, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, Seiten 3138 ff.

## Materialien und Literatur

### 1.c Novellierung des Schadensersatzrechts

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Gesetzentwurf der Bundesregierung), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/7752, vom 7. Dezember 2001

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/8780, vom 16. April 2002

Entschließungsantrag der Abgeordneten Alfred Hartenbach ... und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/8799 vom 16. April 2002

Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, Bundesrat, Drucksache 358/02, vom 10. Mai 2002

### 1.d Dokumentationen

Beck'sche Gesetzesdokumentationen. Schuldrechtsreform 2002, zusammengestellt und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris, München (Beck), 2002

Beck'sche Synopse zum neuen Schuldrecht, herausgegeben von Michael Bartsch/Jörg Maurer/Peter Sester, München (Beck), 2002

Beck'sche Textausgabe BGB 2002. Sonderausgabe Schuldrechtsreform. Neues Recht/Altes Recht. Mit einer Einführung von Stephan Lorenz, München, 2. Auflage, München (Beck), 2002

BÖRSTINGHAUS, ULF, Das Mietrechtsreformgesetz. Geschichte, Überblick über die Rechtsänderungen und synoptische Darstellung, Beilage zu: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2001, Heft 25

KONZELMANN, ALEXANDER, Kursbuch zum Schuldrecht 2002. Arbeitshilfen mit Text- und Nummernsynopsen, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden (Boorberg), 2002

LORENZ, STEPHAN, Das neue Schuldrecht. Die Gesetzesmaterialien auf CD-ROM, ohne Ort (München: Beck), 2002

PFEIFFER, THOMAS, Neues Schuldrecht – Gesetzessynopse mit Kurzerläuterung, Neuwied/Kriftel (Luchterhand), 2002

VEITH/SCHMEKEN/TODTENHÖFER, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Praxis-handbuch mit aktuellem Gesetzestext, Tönisvorst (GKU-Verlag), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

2. Literatur

2.a Gesamtdarstellungen und Handbücher

AMANN, HERMANN/BRAMBRING GÜNTER/HERTEL, CHRISTIAN, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis, München (Beck), 2002

BOLDT, ANTJE, Der neue Bauvertrag. Schuldrechtsreform und Werkvertrag in der Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002

DÄUBLER, WOLFGANG, Neues Schuldrecht – ein erster Überblick, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2001, 3729 ff.

DAUNER-LIEB, BARBARA, Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer, in: Deutsches Steuerrecht, München, 2001, Seiten 1572–1576

DAUNER-LIEB, BARBARA/HEIDEL, THOMAS/LEPA, MANFRED/RING, GERHARD (Herausgeber), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis. Verjährungsrecht. Leistungsstörungenrecht. Kaufrecht. Werkvertragsrecht. Schadensersatzrecht. Mietrecht, Bonn (Deutscher Anwaltverlag), 2002; Parallelausgabe als: Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch, Heidelberg (Müller), 2002

DAUNER-LIEB, BARBARA/KONZEN, HORST/SCHMIDT, KARSTEN (Herausgeber), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

DAUNER-LIEB, BARBARA/THIESSEN, JAN, Das neue Leistungsstörungenrecht – Leistungshemmend und störanfällig?, in: Deutsches Steuerrecht, München, 2002, Seiten 809–816

DÖRNER, HEINRICH/STAUDINGER, ANSGAR, Schuldrechtsmodernisierung. Synoptische Gesamtdarstellung, Baden-Baden (Nomos), 2002

EHMANN, HORST/SUTSCHET, HOLGER, Modernisiertes Schuldrecht. Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München (Vahlen), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

ERNST, WOLFGANG/ZIMMERMANN, REINHARD (Herausgeber), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen (Mohr), 2001

FINGERHUT, MICHAEL/KROH, GUNDO, Das neue Schuldrecht in der Unternehmenspraxis, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002

GRUNDMANN, BIRGIT, Die Mietrechtsreform. Wesentliche Inhalte und Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 2497–2505

HAAS, LOTHAR, Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz. Gesetzestexte. Synopsen. Einführung. Erläuterungen. Materialien, Bonn (Bundesanzeiger), 2001

## Materialien und Literatur

HAAS, LOTHAR/HEINRICHS, HELMUT/MEDICUS, DIETER/ROLLAND/SCHÄFER, Das neue Schuldrecht. Handbuch, München (Beck), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

HANNEMANN, THOMAS/WIEGNER, MICHAEL (Herausgeber), Wohnraummietrecht (Münchener Anwalts-Handbuch), München (Beck), 2002

HELMS, TOBIAS/NEUMANN, DANIELA/CASPER, GEORG/SAILER, RITA/SCHMIDT-KESSEL, MARTIN (Herausgeber), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001. Das neue Schuldrecht. Freiburger Tagung 5. bis 8. September 2001, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden (Boorberg), 2001

HEUSSLER/GRAF VON WESTPHALEN, Praxis der Schuldrechtsreform, 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

HUBER, CHRISTIAN, Das neue Schadensersatzrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn (Bundesanzeiger), 2001 (Angaben nach Verlagsankündigung)

HUBER, PETER/FAUST, FLORIAN, Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht, München (Beck), 2002

KONZEN, HORST/DAUNER-LIEB, BARBARA/HESS (Herausgeber), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

LORENZ, STEPHAN/RIEHM, THOMAS, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München (Beck), 2002

Münchener Anwaltshandbuch Wohnraummietrecht, München (Beck), 2001

MARX, CLAUDIUS/WENGLORZ, Schuldrechtsreform 2002 – Das neue Vertragsrecht, Freiburg/Berlin/München (Haufe), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

MEDICUS, DIETER, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München (Beck), 2002

OLZEN, DIRK/WANK, ROLF, Die Schuldrechtsreform. Eine Einführung, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

OTT, SIEGHART/LÜER, DIETER W./HEUSSEN, BENNO, Anwalts-Checkbuch Aktuell. Schuldrechtsreform, Köln (Otto Schmidt), 2001

SCHMIDT-RÄNTSCH, JÜRGEN, Das neue Schuldrecht. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002

SCHMIDT-RÄNTSCH, JÜRGEN/MAIFELD, JAN/ECKERT, Handbuch des Kaufrechts, München (Beck), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

SCHULZE, REINER/SCHULTE-NÖLKE, Hans (Herausgeber), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen (Mohr), 2001 (Angaben nach Verlagsankündigung)

SCHWAB, MARTIN, Das neue Schuldrecht, in: Juristische Schulung, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1–8

SCHWAB, MARTIN/WITT, CARL-HEINZ (Herausgeber), Einführung in das neue Schuldrecht, München (Beck), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung, mit Beiträgen von Wulf-Henning Roth, Peter Ulmer, Claus-Wilhelm Canaris, Harm Peter Westermann, Herbert Roth, Detlef Leenen, in: Juristen-Zeitung 2001, Tübingen, 2001, Heft 10, Seiten 473–564 (die einzelnen Beiträge siehe unten zu 2.c)

VETH/SCHMEKEN/TODTENHÖFER, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Praxis-Handbuch mit aktuellem Gesetzestext, Tönisvorst (GKU-Verlag), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

WEBER, HANS-JOACHIM/DOSPIL, JOACHIM/HANHÖRSTER, HEDWIG, Mandat-spraxis. Neues Schuldrecht, Köln/Berlin/Bonn/München (Heymanns), 2002

WESTERMANN, HARM PETER (Herausgeber), Das Schuldrecht 2002. Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden (Boorberg), 2002

SHELLHAMMER, KURT, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Heidelberg (Müller), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

### 2.b Kommentare

BLANK, HUBERT/BÖRSTINGHAUS, ULF, Neues Mietrecht, München (Beck), 2001

DAUNER-LIEB, BARBARA/HEIDEL, THOMAS/LEPA, MANFRED/RING, GERHARD (Herausgeber), Anwaltkommentar. Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn (Deutscher Anwaltverlag), 2002

DÖRNER, HEINRICH/EBERT, INA/ECKERT, JÖRN/HOEREN, THOMAS/KEMPER, RAINER/SAENGER, INGO/SCHULTE-NÖLKE, HANS/STAUDINGER, HANS, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrechtsmodernisierung. Handkommentar und Synopsenband, 2. Auflage, Baden-Baden (Nomos), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

KOHE/MICKLITZ/ROTT/TONNER/WILLINGMANN, Das neue Schuldrecht – Kompaktkommentar, (Luchterhand), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

## Materialien und Literatur

LÜTCKE, JENS, Fernabsatzrecht. Kommentar zu den §§ 312b-312f BGB, München (Beck), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)

PALANDT, OTTO, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage mit Unterlassungsklagengesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug), München (Beck), 2002

SCHMIDT-RÄNTSCH, JÜRGEN/MAIFELD, JAN/MEIER-GÖRING, ANNE/RÖCKEN, MATTHIAS, Das neue Schuldrecht. Einführung – Texte – Materialien, Bonn (Bundesanzeiger-Verlag), 2002

WIRTH, AXEL/SIENZ, CHRISTIAN/ENGLERT, KLAUS (Herausgeber), Verträge am Bau nach der Schuldrechtsreform, Düsseldorf (Werner), 2002

### 2.c Schriften zu Teilbereichen

BITTER, GEORG/MEIDT, EVA, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), Köln, 2001, Seiten 2114–2124

BÖRNER, DIETMAR, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), Köln, 2001, Seiten 2264–2273

BÜDENBENDER, ULRICH, Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I), in: Deutsches Steuerrecht, München, 2002, Seiten 312–318; Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil II), in: Deutsches Steuerrecht, München, 2002, Seiten 361–366

BÜLOW, PETER, Verbraucherkreditrecht im BGB, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1145–1150

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 329–336

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 499–524

DEUTSCH, ERWIN, Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 351–354

FOERSTE, ULRICH, Unklarheit im künftigen Schuldrecht: Verjährung von Kaufmängel-Ansprüchen in zwei, drei oder 30 Jahren?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 342–343

FÜHRICH, ERNST, Reisevertrag nach modernisiertem Schuldrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1082–1084

- GANTEN, HANS/MOTZKE, GERD, VOB und Schuldrechtsmodernisierung, München (Beck), 2002 (Angaben nach Verlagsankündigung)
- GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1151–1158
- GSELL, BEATE, Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfristen, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1297–1303
- HESS, BURKHARD, Das neue Schuldrecht – In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 253–260
- HESS, BURKHARD, Die Übergangsregelungen zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Deutsches Steuerrecht München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 455–461
- HOFFMANN, JAN, Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 347–350
- HUBER, PETER, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1004–1008
- JACOBS, WOLFGANG, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 489–493
- KAHLERT, HENNER, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Teilweise Abschaffung des Verzugszinses?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main, 2001, Seiten 340–341
- LEENEN, DETLEF, Die Neugestaltung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Deutsches Steuerrecht, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 34–43
- LEENEN, DETLEF, Die Neuregelung der Verjährung, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 552–560
- MANSEL, HEINZ-PETER, Das neue Verjährungsrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn (Deutscher Anwaltverlag), 2001
- MANSEL, HEINZ-PETER, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 89–99
- MATTHEUS, DANIELA, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, in: Juristische Schulung, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 209–219

## Materialien und Literatur

PETERSHAGEN, JÖRG, Der neue Basiszinssatz des BGB – eine kleine Lösung in der großen Schuldrechtsreform?, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1455–1457

ROTH, HERBERT, Die Reform des Werkertragsrechts, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 543–551

ROTH, WULF-HENNING, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 475–490

SCHMIDT, EIKE, Verbraucherschützende Verbandsklagen, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 25–30

SCHUDNAGIES, JÖRG, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 396–400

ULMER, PETER, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 491–497

WESTERMANN, HARM PETER, Das neue Kaufrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 241–253

WESTERMANN, HARM PETER, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, in: Juristen-Zeitung, Tübingen, 2001, Seiten 530–542

WESTPHALEN, FRIEDRICH GRAF VON, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 12–25

WILMOWSKY, PETER VON, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts –, in: Juristische Schulung, München/Frankfurt am Main, 2002, Beilage zu Heft 1/2002

WITT, CARL-HEINZ, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Verjährungsrecht, in: Juristische Schulung, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 105–113

ZIMMER, DANIEL, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main, 2002, Seiten 1–12

### 2.d Falldarstellungen

DAUNER-LIEB, BARBARA (Herausgeberin), Das neue Schuldrecht. Fälle und Lösungen, Bonn (Deutscher Anwaltverlag), 2001; Parallelausgabe als: DAUNER-LIEB, BARBARA/ARNOLD, ARND/DÖTSCH, WOLFGANG/KITZ, VOLKER, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Heidelberg (Müller), 2002

KÖHLER, HELMUT/FRITZSCHE, JÖRG, Fälle zum neuen Schuldrecht, München (Beck), 2002

# Sachregister

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern. Jeder Fall ist in einem neuen Hundert gezählt. Wo sich Textteile einander gegenüberstehen (Lösungen, ergänzende Hinweise), sind die Randnummern doppelt vergeben. Das Stichwort findet seine Behandlung zu meist sowohl in der Darstellung zum alten Recht als auch in derjenigen zum neuen Recht. Gelegentlich wird es nur auf einer Seite ausgeführt; das ist in diesem Register nicht besonders hervorgehoben. Wenn ein Thema den ganzen Fall beherrscht, so ist der Fall notiert, nicht die Randnummern.

## A

Abhilfefrist 722, 1712  
Ablaufhemmung 112  
Abmahnung 722  
Abnahme 104, 903, 917, 1505 ff., 1731  
Abnahmepflicht 702, 705  
Abonnement 929, 933, 937 f., 946 ff.  
Abschlagszahlung 367, 1505  
Abschlagszahlungen beim Hausbau 918, 1521  
Abtretung 1152  
Abzahlungsgeschäft 929, 933, Fall 14  
Änderungsvertrag 7, 410 f., 1119  
Änderungsvorbehalt 212 ff.  
Agentur siehe Maklervertrag  
aliud 1028  
Allgemeine Geschäftsbedingungen 14 f., 17, Fall 2, 363, 920, 927 ff., 1014, Fall 11, 1527  
Allgemeine Geschäftsbedingungen, Einbeziehung 214, 411 f., 919, 1109 ff., 1117  
Allgemeine Geschäftsbedingungen, Inhaltskontrolle 431, 519, 919, 1017, 1113 ff., 1133, 1139, 1527, 1734, 1736 ff.  
Amortisation 1621  
Anerkenntnis 1524  
Angebot 804, 904 ff., 1112  
Angebot, Erlöschen 908  
Anhänger 12  
Anlaufhemmung 112  
Annahme ohne Erklärung 804  
Annahmeverzug siehe Gläubigerverzug  
Anstalt 919  
Anzeige 1131, 1732 ff.; siehe auch Rügeobliegenheit  
Arbeitsplatz 933, 935, 941, 946 f.

Arglist 519, 1149, 1527, 1730, 1736  
Arzneimittelhaftung 12  
Aufhebungsvertrag 1622  
Aufklärung 1153  
Aufrechnung 1737 ff.  
Auftrag, Kündigung 719  
Auftrag, Widerruf 230, 719  
Aufwendungen, ersparte 1212, 1610  
Aufwendungen, frustrierte 226 ff., 368 ff., 1019, 1025, 1722  
Aufwendungsersatz 226 ff., 228, 368 ff., 623, 724, 1008, 1019, 1025, 1108, 1525, 1722, 1723  
Ausfallhonorar 709  
Aushang 1112  
Auslauffrist 1613

## B

Bank 11, 15  
Banknoten 1218, 1704  
Bargeld 1218, 1704, 1714  
Bargelddarlehen 1205  
Barzahlungspreis 1407 f., 1412  
Basiszinssatz 416, 432, 436  
Baubetreuer 355  
Bauträger 355  
Bauvertrag 355  
Bauwerk 355  
Bedingung, auflösende 1035  
Bedingung, aufschiebende 1035, 1419  
Befreiung 1723, 1724  
Befreiung vom Mietzins 1708 ff., 1735  
Belehrung 939, 953, 1301, 1312; siehe auch Informationspflichten und Widerrufsbelehrung  
berechtigtes Interesse 1624 f.

## Sachregister

Bereitstellungszinsen 1220  
Besitz 502, 509ff., 605, 610, 1415 ff.,  
1626, 1702, 1719  
Besitzrecht 1420  
Besuchervertrag Fall 2  
Betriebsgeheimnis 621  
bewegliche Sache 355  
Bote 1004, 1015  
Botenmacht 1015  
Buchgeld 1218, 1704, 1714  
Buchgelddarlehen 1205  
Bund 919

## C

CISG 353, 357

## D

Darlehen 920, 933f., 941, Fall 12, Fall 13  
Darlehen, Ausdehnung Fall 12  
Darlehen, Auszahlung 1208ff.  
Darlehen, festverzinsliches 1221  
Darlehen, Form 1206, 1305ff., 1317  
Darlehen, Kündigung 1208  
Darlehen, Nichtabruf Fall 12  
Darlehen, Rückzahlung 1202  
Darlehen, variabel verzinsliches 1221  
Darlehen, Verzinsung 1204ff., 1303  
Darlehensvermittlung 1318  
Darlehensversprechen 812, 1201, 1205,  
1215, 1304  
Dauerschuldverhältnis 5, 7f., 229f., 366,  
622, 713ff., 1208, 1614, 1726  
Delikt siehe unerlaubte Handlung  
Deutsche Bundesbank 416, 436  
Dienstvertrag 704ff.  
Dienstvergütung Fall 7  
Differenzmethode 327, 350ff., 724  
Diskontsatz 416, 432, 436  
drittschützende Wirkung 620  
Durchsetzbarkeit 360, 415

## E

e-commerce 939  
e-Commerce-Richtlinie 4  
effektiver Jahreszins 1301, 1308, 1408,  
1412  
Eigeninteresse eines Dritten 619  
Eigentum 502, 509ff., 605, 610, 1415 ff.,  
1626

Eigentumsvorbehalt 505, Fall 14  
Eigentumsvorbehalt, erweiterter 518  
Eigentumsvorbehalt, nachgeschobener  
510  
Eigentumsvorbehalt, verlängerter 518  
Eignung 1005, 1107  
engerichteter und ausgeübter Gewerbe-  
betrieb 1702, 1719  
Einladung zu Vertragsverhandlungen  
911  
Einrede der Verjährung 105; siehe auch  
Verjährung  
Einrede des nichterfüllten Vertrages 507,  
1131ff., 1739  
Einseitigkeit 366  
Eintrittskarte 206  
elektronischer Geschäftsverkehr 939  
Empfangsvertreter 904  
Energieversorgung 18, 368, 620  
entgangener Gewinn 342ff., 418, 624,  
1717  
Entgeltforderung 429  
Entsorgungsbedingungen 918  
Entstehung des Anspruchs 107  
Erbbaurecht 355  
Erfolg 1507, 1528  
Erfüllungsbegehren 316, 325f., 339  
Erfüllungsgelhilfe 321f., 343f., 1011,  
1114  
Erfüllungsort 209ff., 1019  
Erfüllungstauglichkeit 209ff., Fall 10,  
Fall 11, Fall 15, Fall 17  
Erfüllungsverweigerung 361  
Ersatzlieferung 359, 1026, 1108, 1128,  
1131, 1149  
Ersatzmieter 1602, 1622f.  
Ersatzvornahme siehe Selbstvornahme  
Ersetzungsbefugnis 1035  
Ertrag 1153  
erzeugen 354  
etwas 1704, 1714  
Europäische Zentralbank 416, 436  
Existenzgründer 433, 436, 924, 933,  
936ff., 942ff., 947ff., 951, 953, 1206,  
1318

## F

Factoring 18  
Fälligkeit 104, 107, 112, 415, 1505ff.,  
1616

Fälligkeitszinsen 420ff., 432  
 Fahrlässigkeit 363, 605, 611  
 Fahrlässigkeit, grobe 951, 1730  
 Fahrtkosten 1512ff.  
 Fahrzeugbrief 953  
 Falschlieferung 1028  
 Fehler 6, 10, 23, 25, 208, 359, 814, Fall  
 10, Fall 11, Fall 15, Fall 17  
 Fernabsatz 15, 910, 918, 920, 928, 936ff.,  
 944, 951  
 Fernkommunikationsmittel 910  
 Fernunterricht 10, 918  
 Fernwärme 368  
 Fertighaus 355  
 Fertigstellungsbescheinigung 1521  
 Finanzierungshilfe 436, 929, 937, Fall 14,  
 1621  
 Finanzierungsleasing 18, 929, 933,  
 946ff., 1152, 1621  
 Fixgeschäft Fall 2  
 Fixgeschäft, absolutes 313, 1210  
 Fixgeschäft, relatives 315ff.  
 formelhafte Individualvereinbarung 237  
 Fracht 361, 363  
 Franchising 18  
 Freistellung 1525  
 Frist zur Abhilfe 722  
 Fristberechnung 107f., 915  
 Full-Service-Leasing 1152

## G

Garantie 6, 1017, 1034, 1716, 1730  
 Gebrauch, gewöhnlicher 1005, 1107  
 Gebrauch, üblicher 1507  
 Gebrauch, vertraglich vorausgesetzter  
 1005, 1107, 1507  
 Gebrauch, vertraglicher 1708  
 Gebrauchsanleitung 1033  
 Gefährübergang 1006, 1016, 1107, 1134  
 Gegenseitigkeit 225ff., 317, 366  
 Geld 1218, 1704, 1714  
 Gelddarlehen 920, 933f., 941, Fall 12,  
 Fall 13  
 Geldforderung 429  
 Geldzeichen 1218  
 geltenserhaltende Reduktion 1017  
 gemischtes Verbrauchergeschäft 923  
 Genehmigungsfähigkeit 1029  
 Gerichtsstand 954  
 Gesamthand 926

Gesamtheit 1153  
 Geschäftsbesorgung 404  
 Geschäftsführer 1304  
 Geschäftsgrundlage 7f., 23, 717, 721,  
 Fall 8, 942, 950, 1208, 1614  
 Gesellschaft 925, 926, 1618  
 Gesellschaft bürgerlichen Rechts 926  
 Gewährleistungsausschluß 519, 1113f.,  
 1736  
 Gewerbebetrieb 106, 922, 1702, 1719  
 gewerbliche Schutzrechte 1618  
 Girokonto 11, 18  
 Gläubigerverzug 358, 702, 709f., 1222  
 Gleitzins 1221  
 »großer« Schadensersatz 327, 350f.  
 Grundschuld 934  
 Grundstücksrente 1604ff., 1619, 1627  
 Gutachter 12

## H

Haftung eines Dritten 619  
 Haftungsausschluß 363, 519, 1017,  
 1113f., 1527, 1736  
 Handelsbrauch 316, 363, 407, 505  
 Handelsgeschäft 311, 315ff., 416, 420ff.,  
 922, 1734  
 Handelsgeschäft, beiderseitiges 1028  
 Handelsgewerbe 1702  
 Handelskauf 315, 1028, 1140ff., 1734  
 Handelsmakler 1318  
 Handwerker 106  
 Haustürgeschäft 15, Fall 9  
 Haustürgeschäfte richtlinie 4, 914, 934  
 Hauswurfsendung 901, 910  
 Hemmung 112, 1524  
 Heilung von Formfehlern 1307, 1408ff.  
 Herausgabe Fall 14, 1602, 1626  
 herstellen 354  
 Hinterlegung 1219  
 Hypothek 934

## I

Idealverein 919  
 Idee 1153  
 Identitätsabweichung 1028  
 Informationspflichten 15f.; siehe auch  
 Belehrung und Widerrufsbelehrung  
 Ingebrauchnahme 953  
 Insolvenz 358, 428

## Sachregister

Instandhaltung 718, 1709f., 1712, 1723,  
1728, 1731  
Interessefortfall 317, 318, 323, 336  
internationaler Kauf 353f., 357, 1148

## J

### K

Kabarettist Fall 7  
kalendermäßige Bestimmbarkeit 362,  
415  
kalendermäßige Bestimmtheit 362, 415  
kalendermäßige Bestimmung 321, 343  
Kapitalanlage 15, 1207  
Kauf 6, 23, 25, 902ff., Fall 10, Fall 11,  
1404ff., 1618, 1720ff.  
Kauf auf Probe 1035  
Kauf bricht nicht Miete 1627  
Kaufgegenstand 1153  
Kauf nach Probe 1018  
Kaufkraft 1704  
Kaufkraftverschaffung 1218  
Kaufmann 1702  
Kaufpreis 307, 329, 434  
Kenntnis 1728ff.  
Kenntnis vom Anspruch 111  
Kleinverkehr 1318  
»kleiner« Schadensersatz 327, 350f., 724  
Körperschaft 919  
Körperverletzung 623  
Kommune 919  
Kondiktion 11, 220, 502, 514, 1423,  
1427, 1703ff.  
Konzert Fall 2  
Kosten der Nacherfüllung 1512ff.  
Kostenanschlag 601, 614  
Kraftfahrzeug 12, 953  
Kraftfahrzeugbrief 1401, 1418, 1425  
Kreditlinie 1216  
Kreditvermittlung 929  
Kreditwürdigkeit 812  
Kündigung 21, 362, 622, 706, 710f., 921,  
1208, 1428, 1606ff.  
Kündigung aus wichtigem Grund 229,  
366, 622, Fall 7, 706, 713ff., 813, 1025,  
1614, 1726  
Kündigung, außerordentliche 1614,  
1623, 1627, 1711, 1732  
Kündigung eines Werkvertrages 305,  
614

Kündigung, fristlose 722  
Kündigung mit Auslauffrist 722  
Kündigung, ordentliche 706  
Künstleragentur siehe Maklervertrag

## L

Ladenangestellter 1015  
Land 919  
Leistung 1705  
Leistung an Erfüllungs Statt 1028  
Leistungsänderung 212ff.  
Leistungsbestimmung durch eine Par-  
tei 704, 1221  
Leistungsstörungen 20ff., 357ff., 615  
Lizenzvertrag 1618  
Luxusverwendungen 1022

## M

Mängelinrede 1131  
Mängelrüge 1028, 1116ff., 1140f., 1734;  
siehe auch Anzeige  
Mäklerlohn 403ff.  
Mahnspesen 401, 412, 424ff., 431  
Mahnung 361, 365ff., 415  
Maklervertrag 404ff., 929, 1318  
Mangel 6, 10, 23, 25, 208, 359, 814,  
Fall 10, Fall 11, Fall 15, Fall 17  
Mangel, unerheblicher 715, 719, 1025,  
1050f., 1507  
Mangelfolgeschaden 25, 615, 1149ff.,  
1522, 1727  
Mangelschaden 25, 615, 1149ff., 1522  
Mengenabweichung 1028f.  
Miete 3, 7, 10, 355, 718, Fall 16, Fall 17  
Miete, befristete 1605, 1613, 1624  
Miete, Verlängerung 1613, 1624  
Mietgegenstand 1618f.  
Mietvertrag, Form 1604, 1613  
Mietzins 1603ff., 1703ff.  
Mietzins, Befreiung 1708ff., 1735  
Mietzins, Minderung 1735  
Minderung 433, 1008, 1024f., 1137f.,  
1708ff., 1724  
Minderungsklage 1127  
Mitverschulden 234f., 236, 364, 426,  
605, 1147  
Montage 605, 1030ff.  
Montageanleitung 1033  
Münzen 1218, 1704

## N

- Nachbarn 926
- Nachbesserung 359, 1026, Fall 11, Fall 15
- Nacherfüllung 14, 21, 359, 623, 1008, 1012, 1026f., Fall 11, Fall 15
- Nacherfüllung, Unzumutbarkeit 23, 360, 814, 1026, 1134, 1512, 1517, 1523, 1526
- Nacherfüllungsfrist 1008, 1012, 1026, 1108, 1114, 1125
- Nachfrist 317, 318, 323, 336, 358
- Nachmieter 1602, 1622f.
- Nachweispflichten 15
- nachwirkende Pflicht 621
- Naturalrestitution 376, 606
- Nebengesetze 15ff., 918
- Nebenpflicht 360, 605, 618, 621, 1016, 1030, 1727
- Nebensache 353
- negatives Interesse 231
- Neubeginn der Verjährung 112
- Neuvornahme 1511, 1523
- Nichtabnahmeentschädigung 1224
- Nichtverbraucher-Nichtunternehmer 919f., 931, 1014
- Nutzungen 224, 367, 953, 1020, 1021

## O

- öffentliche Hand 919, 1527
- Originalverpackung 953

## P

- Pacht 355, 1618
- pactum de non petendo 507
- persönliche Verhinderung des Mieters 1609f.
- Persönlichkeitsrecht 111
- Personenschaden 12
- Pfändung 1219
- Pflegeanleitung 1033
- Pflichtverletzung 20ff., 342, 360, 417, 604f., 610f., 615ff., 714, 724, 1010, 1108, 1124
- Pflichtverletzung, unerhebliche 715, 1123; siehe auch Mangel, unerheblicher
- positive Vertragsverletzung Fall 6, 724, 1016, 1114, 1514, 1519, 1522, 1727
- positives Interesse 231, 1051
- Privatwohnung 911

- Probefahrt 953
- Produkthaftung 921
- provizierte Bestellung 911

## Q

- Qualitätsabweichung 1028
- Quantitätsabweichung 1028f.
- Quittungsaufdruck Fall 11

## R

- Rabatt 402, 407
- Räumung 1602, 1626
- Rahmenvertrag 8, 933, 946ff.
- Ratenkauf 929, 933, 937, Fall 14
- Ratenlieferung 918, 929, 933, 937f., 946ff.
- Raummiete 1604ff., 1619, 1627
- Realkredit 934
- Rechnung 415f., 429
- Rechtskauf 1153
- Rechtsmangel 10
- Refinanzierungskosten 1212
- Reisevertrag 10, 1720ff.
- Renditeerwartung 1153
- Rentabilitätsvermutung 228, 623
- Rentenschuld 934
- Reparaturvertrag 1031, Fall 15
- revolvierender Kredit 1216
- richtlinienkonforme Auslegung 934
- Rolle 919, 921, 927, 930f., 1014
- rotes Kennreichen 953
- Rückgabe 17, 433, 928, 933, 936, 943, 944, 951, 1035
- Rückgriff in die Lieferkette 6, 1031, 1140ff., 1528
- Rückruf 911
- Rücktritt 21, 205ff., Fall 3, 433, Fall 5, 622, 715, Fall 10, Fall 11, 1403ff., 1711, 1725
- Rücktritt, Ausschuß 951
- Rücktrittserklärung 222, 326, 334, 504, 516, 810, 1413
- Rücktrittsrecht, gesetzliches 1404, 1413
- Rücktrittsrecht, vertragliches 1404
- Rücktrittsvorbehalt 504f.
- Rügeobliegenheit 1028, 1116ff., 1140f., 1734; siehe auch Anzeige

## Sachregister

### S

Sachdarlehen 920, 1219  
Sache 1153, 1618  
Sache, bewegliche 1619  
Sache, unvertretbare 310, 354, 905  
Sache, vertretbare 310, 354, 905  
Sachkauf 1153  
Sachmangel 6, 10, 23, 25, 208, 359, 814,  
Fall 10, Fall 11, Fall 15, Fall 17  
Sachschaden 12  
Sachverständiger 12  
Schadensersatz 12, 1715 ff., 1732  
Schadensersatz neben Kündigung 723 f.  
Schadensersatz neben Rücktritt 218  
Schadensersatz neben der Leistung 25,  
1008, 1108, 1150, 1522  
Schadensersatz statt der Leistung 10, 21,  
24, 25 f., 218, 318, 352, 368 ff., 376, 622,  
623, 724, 1008, 1010 ff., 1108, 1123 ff.,  
1150 f., 1519, 1522, 1722  
Schadensersatz wegen Nichterfüllung 10,  
218, 324, 352, 368 ff., 376, 1017, 1721  
Schadensersatzanspruch, Verjährung 111  
Schadenspauschale 419, 431  
Scheidemünzen 1218, 1704  
Schenkung 10, 805, 1721 ff.  
Schiff 1619, 1627  
Schimmel 1001, 1005 f., 1016  
Schlechterfüllung 26, 615, 623, 1149 ff.,  
1727  
Schlichtungsstelle für Bankgeschäfte 15,  
918  
Schmerzensgeld 12  
Schriftform 914, 1307, 1406 f., 1604,  
1613  
Schuldnerverzug 26, 208, Fall 3, Fall 4,  
Fall 5, 615, 952, 1130, 1149, 1222, 1404,  
1410 ff.  
Schuldverhältnis 605, 617  
Schutzwirkung zugunsten Dritter 620  
Selbstbedienung 1112  
Selbstvornahme 359, 377, 1525 f., 1723  
Sittenwidrigkeit 363, 1302, 1308, 1317  
Skonto 402, 407  
Sorgfalt 605, 611  
Sorgfalt, eigenübliche 951  
soziales Mietrecht 919, 1619, 1735  
Sponsoring 18, Fall 8  
Sportveranstaltung 231  
Status 919

Stellvertreter 904, 1004, 1015  
Stiftung 919  
Stillhalteabkommen 507  
Stoff des Bestellers 353  
Straßenverkehr 12  
Stundung 410, 507, 937  
Sukzessivlieferung 933  
Surrogat 236  
Surrogationsmethode 327, 350 f.

### T

Tauglichkeit 1005, 1107, 1708  
Teilabnahme 1521  
Teilfertigstellungsbescheinigung 1521  
Teilleistung 1029  
Teilrücktritt 235, 364  
Teilzahlungsabrede 929, 933, 937, Fall 14  
Teilzahlungspreis 1412  
Teilzeitwohnrecht 15 f., 918, 920  
Telefon 901, 911  
Textform 914, 1311  
Theater Fall 7, Fall 8  
Tiere 1153  
Tilgung 1202, 1302, 1313  
Transparenz 1139  
Trennungsgrundsatz 1418

### U

Überweisung 11, 18  
Umdeutung 1615  
Umgestaltungen des Kaufvertrages 1127  
Umsatzerwartung 1153  
Umsatzsteuer 12, 607  
Umtausch 1001 f., 1035  
UN-Kaufrecht 353 f., 357  
unerlaubte Handlung 6, 502, 608, 1702,  
1719  
ungerechtfertigte Bereicherung 11, 220,  
502, 514, 1022, 1423, 1427, 1703 ff.  
Unkenntnis 1730  
Unmöglichkeit 20 ff., 313, 332, 615, 702,  
950, 951, 1023, 1026 f., 1134, 1149,  
1151, 1209, 1522, 1608  
Unmöglichkeit, anfängliche 24, 207, 225,  
358 f., 1522  
Unmöglichkeit, beiderseits zu vertreten  
235  
Unmöglichkeit, faktische 23, 207, 360,  
814

- Unmöglichkeit, nachträgliche 24, Fall 2, 359  
 Unmöglichkeit, teilweise 231, 358, 359, 1608  
 Unmöglichkeit, vom Gläubiger zu vertreten 234, 709, 1212  
 Unmöglichkeit, vorübergehende 233, 358  
 Unmöglichkeit, wirtschaftliche 23, 814  
 unregelmäßige Verwahrung 1219  
 Unterbrechung 112  
 Unterbrechung der Verjährung 112, 1524  
 Unterlassungsklage 15, 918  
 Unterlegenheit 1308  
 Untermiete 1602, 1623  
 Unternehmenskauf 1153  
 Unternehmer 214, 911, 919ff., 1014, 1107, 1112, 1206, 1306, 1404, 1407, 1527f., 1735  
 Unvermögen 225 ff., 231, 428, 506  
 Unzumutbarkeit der Leistung 23, 360; siehe auch Nacherfüllung, Unzumutbarkeit
- V**
- Verarbeitung 951  
 Verbandsklage 15, 918  
 Verbraucher 911, 918ff., 1014, 1107, 1306, 1318, 1404, 1407, 1528, 1734  
 Verbraucherdarlehen 436, 1208, Fall 13, 1317  
 Verbrauchereigenschaft, Beweislast 922  
 Verbraucher-Gesellschaft 926  
 Verbraucherdarlehen 1206, 1621  
 Verbraucherkredit 15, 18, 436, 918, 920, 924, 929, 933 ff., 1306 ff., Fall 14, 1621  
 Verbraucherkredit, Form 1406 ff., 1418  
 Verbraucher-Mehrheit 925  
 Verbrauchsgüterkauf 4, 6, 921, 1004, 1031, 1107, 1113, 1141 ff., 1528  
 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 4, 353, 1148  
 verbundenes Geschäft 937, 941 ff., 1404, 1406  
 Verdingungsordnung für Bauleistungen 102, 1521  
 Verein, eingetragener 919  
 Verein, nichteingetragener 926  
 Verfügung 951  
 Verjährung 6, 9, Fall 1, 355, 1027f., 1108, 1135f., 1522  
 Verjährung, Beginn 107, 112  
 Verjährung, Hemmung 112, 1524  
 Verjährung, Höchstfrist 9, 111  
 Verjährung, kurze 6, 106  
 Verjährung, Neubeginn 112  
 Verjährung, regelmäßige 9, 106, 1136  
 Verjährung, Unterbrechung 112, 1524  
 Verlegung 202, 209ff.  
 Vermögensverschlechterung 812  
 Verpackung 1016  
 Verschlechterung 953, 1023  
 Verschulden bei Vertragsanbahnung Fall 6, 724, 1019, 1153  
 Versetzung 1614  
 Versicherung 15, 918  
 Versorgungsbedingungen 918  
 Verspätung 208, Fall 3, 1404, 1413  
 Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 620  
 Vertragsanpassung 717, 810, 1208  
 Vertragsfreiheit 928  
 Vertragsgestaltung 927ff., 1014, Fall 11  
 Vertragskosten 1019  
 Vertragsübernahme 1622  
 Vertragsübernahme, gesetzliche 1627  
 Vertrauensinanspruchnahme 619  
 Vertrauensschaden 231  
 Vertrauensstellung 706  
 Vertretenmüssen 227, 232, 321f., 343f., 363ff., 605, 610f., 714f., 1011, 1108, 1114, 1211f., 1708, 1711, 1716  
 Vertretenmüssen, Beweislast 232, 344, 616  
 Vertretungsmacht 904, 1015  
 Vertriebssystem 721  
 Verwender 213, 1111  
 Verwendung, gewöhnliche 1005, 1107  
 Verwendung, übliche 1507  
 Verwendung, vertraglich vorausgesetzte 1005, 1107, 1507  
 Verwendungen 1022  
 Verzugschaden 341ff., 417ff., 424ff.  
 Verzugszinsen 414ff.  
 Viehmangel 14  
 Vindikation 509ff., 1415ff., 1626  
 Vollmacht siehe Vertretungsmacht  
 Vorauszahlung 367, 1131, 1739  
 Vorbehalt 1731  
 Vorfalligkeitsentschädigung 1224

## Sachregister

Vorsatz 218, 363, 1212, 1527  
Vorschuß 1525, 1723  
Vorsteuerabzug 607  
Vorverkaufsgebühr 202

### W

Wahlschuld 1035  
Wandlung 318, 433, Fall 10, Fall 11  
Wandlungsklage 1121, 1127  
Warnhinweise 1033  
Wartungsvertrag 1031  
Wegekosten 1512 ff.  
weiterfressender Mangel 25, 1135  
Werbeantwort 901, 911  
Werk 23, 25, 104, 207, 308, 704, 1030 f.,  
Fall 15, 1720 ff.  
Werkerfolg 1507  
Werklieferung Fall 3, 902 ff., 1004, 1520,  
1528, 1734  
Werklohn Fall 1, 307, 329, 435, 614,  
1503 ff.  
Wert 1005, 1137 f., 1507  
Wertersatz 224, 433, 953, 1020 ff.  
Widerklage 954  
Widerruf 17, 433, Fall 9, 1035, 1208,  
Fall 13, 1409  
Widerrufsbelehrung 16, 914, 1301, 1307,  
1312, 1407; siehe auch Belehrung und  
Informationspflichten  
Widerrufserklärung 914, 1311 f.  
Widerrufsfrist 915, 938, 953  
Widerrufsfrist, Höchstfrist 937  
Widerspruch 918, 1625

wiederkehrendes Geschäft 929, 933,  
937 f., 946 ff.  
Wohnraummiete 718, 1604, 1619  
Wucher 1302, 1308  
wucherähnliches Geschäft 1302, 1308

### X

### Y

### Z

Zahlungsaufschub 933 f., Fall 14  
Zahlungsverzug Fall 4, Fall 5, 1404,  
1410 ff.  
Zahlungsverzugsrichtlinie 4  
Zeitablauf 1605, 1613  
Zinsen 224, 367, Fall 4, 409 ff., 432 ff.,  
952, 1020, 1204 ff., 1303, 1315, 1412  
Zugang 804  
zugesicherte Eigenschaft 1017 f., 1149,  
1527, 1720  
Zulassung 953  
Zuliefervertrag 721  
Zurückbehaltung 1134, 1737 ff.  
Zuständigkeit, ausschließliche 954  
Zuständigkeit durch rügeloses Einlassen  
954  
Zuständigkeit, örtliche 954  
Zuständigkeit, vereinbarte 954  
Zutat 353  
Zwangsversteigerung 1627  
zweite Chance 21, 1108





Christoph Becker

## **Vertragliche Schuldverhältnisse**

### **Eine Fallsammlung mit Lösungen in Gegenüberstellung von neuem und altem Schuldrecht**

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat eine umfassende Neuordnung des Schuldrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch gebracht. Dies stellt nicht nur Praxis und Wissenschaft vor große Schwierigkeiten, sondern vor allem die Studenten, die Vorlesungen noch nach altem Recht gehört haben. Die Fallsammlung stellt Lösungen nach neuem und nach altem Schuldrecht einander gegenüber. Sie will eine Hilfestellung bei der Annäherung an das neue Schuldrecht geben. Die synoptische Darstellung erlaubt den unmittelbaren Vergleich der alten Rechtslage mit der neuen und läßt Änderungen ebenso wie Kontinuitäten transparenter erscheinen. Jedem Übungsfall schließen sich zur Vertiefung von Detailfragen ergänzende Hinweise zum alten und neuen Recht an, gleichfalls in Gegenüberstellung.

#### **Aus dem Inhalt**

Die Fallsammlung behandelt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Verjährung, das Leistungsstörungenrecht, die Änderungen in Kauf-, Miet- und Werkrecht sowie Neuerungen der Verbrauchergeschäfte.

#### **Der Autor**

Prof. Dr. Christoph Becker ist Lehrstuhl-Inhaber für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte am Institut für Zivilrecht der Universität Augsburg.