

## **Fall 12**

Der 15-jährige Jugendliche J wird von seiner Mutter M beauftragt, beim Metzger für 5,- € Fleisch einzukaufen. Als J auf dem Weg zur Metzgerei bei Konditorin K vorbeikommt, kann er aber den schönen Ladenauslagen nicht widerstehen. Er kauft sich für 5,- € Süßigkeiten, die er sogleich verzehrt.

Die Mutter fragt den Rechtsstudenten R, ob sie gegen die K etwas unternehmen könnte. Sie will auch eventuelle Ansprüche des J gegen K geltend machen.

## **Fall 13**

### **(Vertiefungsfall zur selbständigen Bearbeitung)**

Der 17-jährige M arbeitet gegen den Willen seiner Eltern als Zeitungsausteiler drei Stunden jeden Tag für den Zeitschriftenverlag S. M hatte bei Beginn der Beschäftigung auf Befragen der Prokuristin P mitgeteilt, dass seine Eltern mit dieser Beschäftigung einverstanden wären.

Da M für seine Beschäftigung ein Fahrrad benötigte, verkaufte ihm der Zeitschriftenverlag ein neuwertiges Fahrrad für 150,- €. M sollte das Fahrrad in monatlichen Raten von jeweils 50,- € an den Verlag zahlen. M zahlte die ersten 50,- € an. Daraufhin wurde das Fahrrad von S an M übereignet.

Am folgenden Tag fuhr M mit dem Fahrrad über ein Stoppschild hinaus und fuhr auf einen PKW auf. Das Fahrrad hatte Totalschaden. Als die Prokuristin des Verlages erfährt, dass sie von M getäuscht worden war, erklärte sie gegenüber den Eltern des M, deswegen anfechten zu wollen.

**Wie ist die Rechtslage, wenn die Eltern sich weigern, irgendwelche Verträge ihres Sohnes anzuerkennen?**

**Hinweis:** Der Gebrauchsvorteil des Fahrrades ist bei der Lösung zu vernachlässigen!

### Fall 12 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 12

#### I. Anspruch M gegen K

1. § 985 BGB, Geldwertvindikation  
⇒ nach h.M. (-), da Geld eine Sache ist
2. §§ 951 i.V.m. 812 I S. 1 BGB
  - a) *Eigentumserwerb kraft Gesetzes gem. §§ 947 II, 948 BGB?*
  - b) *Gesetzlicher Eigentumserwerb entfällt, wenn zuvor bereits rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb gem. §§ 929, 932 I BGB*
  - aa) Dingliche Einigung (+), da für J neutrales Geschäft (§ 165 BGB analog)
  - bb) Übergabe (+)
  - cc) Keine Berechtigung des J, aber guter Glaube der K, § 932 II BGB
  - dd) Abhandenkommen gem. §§ 935 I, 855 BGB (+), aber unschädlich wegen § 935 II BGB  
⇒ Anspruch aus §§ 951, 812 I S. 1 BGB (-)
3. Anspruch aus § 816 I S. 2 BGB analog  
⇒ (-), da nach h.M. keine Gleichstellung von rechtsgrundlosem und unentgeltlichem Erwerb
4. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB  
⇒ (-), da Vorrang der Leistungsbeziehung
5. Anspruch aus § 823 I BGB  
⇒ (-), da der gutgläubige Erwerb nicht rechtswidrig ist

#### II. Anspruch des J (vertreten durch M) gegen K aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

1. Eltern Gesamtvertreter, §§ 1626, 1629 I S. 2 HS 1 BGB  
⇒ aber konkludente Ermächtigung analog § 720 II BGB bzw. § 124 II S. 2 HGB
2. Erlangtes etwas = Eigentum und Besitz am Geld (s.o.)
3. Durch Leistung (+), da die Zweckbestimmung kein RG ist ⇒ auch ein Mj. kann leisten
4. Rechtsgrundlos  
⇒ (+), da KV unwirksam, §§ 107, 108 BGB
5. Wertersatz, § 818 II BGB (Geld ist nicht mehr identifizierbar vorhanden)
6. Problem: J selbst ist entreichert (Luxusaufwendung!), K dagegen nicht
  - a) Konsequenz: Bei Annahme zweier Konditionen stünde K als Geldschuldnerin schlechter (sog. Zweikondiktionentheorie)
  - b) Daher Saldotheorie ⇒ „Wert der eigenen Entreicherung wird zum Abzugsposten vom eigenen Bereicherungsanspruch“ des Entreicherten
  - c) Aber: keine Anwendung der Saldotheorie zu Lasten eines Mj., da sonst faktisches Festhalten am unwirksamen Vertrag
  - d) Besonderheit hier: Minderjährigenschutz greift nur bei Geschäften zu Lasten des Mj., hier aber Geld der Mutter:  
  
⇒ deswegen im Ergebnis doch Saldotheorie, sodass Entreicherung des J zum Abzugsposten wird und damit der Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB entfällt

## BGB-AT

Fall 12 - Lösung - Seite 2

### LÖSUNG FALL 12

#### I. Anspruch M gegen K

##### 1. Anspruch aus § 985 BGB auf Rückgabe des Bargeldes.

Bargeld kann als bewegliche Sache nach § 985 BGB herausverlangt werden.

Der Anspruch aus § 985 BGB entfällt aber hier unabhängig von den Eigentumsverhältnissen, weil der Besitz am Bargeld beim Empfänger nicht mehr identifizierbar vorhanden ist.

§ 985 BGB ist gerade **nicht** auf **Vindikation des Geldwertes**, sondern auf Herausgabe des Besitzes an den konkreten Münzen bzw. Geldscheinen gerichtet.

Anderenfalls würde der Geldeigentümer gegenüber dem Eigentümer anderer Sachen zu Unrecht bevorzugt.<sup>1</sup>

**Anmerkung:** Daher kommt es an dieser Stelle auf die Frage, wer Eigentümer der 5,- € ist, noch nicht entscheidend an.

##### 2. Anspruch aus § 951 BGB i.V.m. § 812 BGB

###### a) Gemäß §§ 947 II, 948 BGB erwirbt K dann (Allein-) Eigentum am Geld, wenn das Geld der M mit dem Geld in der Kasse vermengt wird und der Geldbetrag in der Kasse als Hauptsache i.S.d. § 947 II BGB anzusehen wäre.

Ob bei einer Geldvermischung nach §§ 948, 947 I BGB Miteigentum entsteht oder nach §§ 948, 947 II BGB der Kasseninhaber Alleineigentümer wird, ist umstritten.

Teilweise wird vertreten, dass bei nur quantitativ unterschiedlichen Ausgangsstoffen niemals Alleineigentum entstehen könne, da es in einem solchen Fall an einer „Hauptsache“ fehle. Eine solche setze nach der insoweit maßgeblichen Verkehrsauffassung voraus, dass die verbundenen, vermengten etc. Teile fehlen könnten, ohne dass sich das Wesen der Sache ändere.<sup>2</sup>

Der BGH hat in einer Entscheidung zum Insolvenzrecht zu dieser Frage - allerdings nur am Rande - Stellung genommen und die Miteigentümlösung favorisiert, da in der Insolvenz des

Kasseninhabers die Annahme von Alleineigentum zu einem dinglichen Rechtsverlust führt.<sup>3</sup>

Vorteil dieser Lösung ist, dass in der Insolvenz des Kasseninhabers das Recht eines Miteigentümers bezüglich seines Miteigentumsanteils wie der Aussonderungsanspruch eines Alleineigentümers behandelt wird und der Miteigentümer somit nicht nur auf die Quote verwiesen wird. Allerdings entwertet der BGH diesen Vorteil sogleich selbst, indem er die Beweislast für den konkreten Miteigentumsanteil beim Einzahlenden sieht und diesen Beweis bei ständig wechselnden Beständen zu Recht als nur schwer zu führen ansieht. Konsequenterweise verneint er auch ein Aussonderungsrecht im konkreten Fall mangels Beweises.

Gegen die Miteigentümlösung sprechen aber gewichtige praktische Bedenken, jedenfalls wenn es sich um eine Kasse mit wechselndem Bestand handelt. Gerade bei wechselnden Kassenbeständen können die jeweiligen Miteigentumsanteile kaum bestimmt werden.

Daher ist die Miteigentümlösung abzulehnen und die Alleineigentümlösung vorzuziehen, da ein Miteigentum am Kasseninhalt des L zu großer Rechtsunsicherheit führen würde und eine bereicherungsrechtliche Abwicklung von der Rechtsfolge her angemessener ist.<sup>4</sup>

**Anmerkung:** Häufig wird argumentiert, dass sich die Miteigentumsanteile mit jedem hinzukommenden Cent laufend ändern würden. Dies ist nicht richtig, weil sich die Miteigentumsanteile gem. § 947 I S. 2 BGB nach den Verhältnissen zur Zeit der Vermengung bestimmen.

Somit könnte K kraft Gesetzes Alleineigentum erworben haben, §§ 948, 947 II BGB.

**Anmerkung:** Seien Sie mit der Annahme von Alleineigentum zurückhaltend, da es sich dabei um die Ausnahme handelt. In einem Examensfall<sup>5</sup> wurde eine der M gehörende Briefmarke in eine Schachtel gelegt, in der sich zwei identische Briefmarken des K befanden. In diesem Fall wäre die Annahme von Alleineigentum nicht überzeugend.

<sup>1</sup> Heute allgemeine Meinung; vgl. statt aller Grüneberg, § 985, Rn. 8.

<sup>2</sup> Gehrlein, NJW 2010, 3543 (3543).

<sup>3</sup> BGH, NJW 2010, 3578 (3579) = jurisbyhemmer, dazu auch Gehrlein a.a.O., 3543; wie der BGH auch MüKo-BGB, § 948, Rn 7.

<sup>4</sup> Vgl. Medicus, JuS 1983, 897; so neuerdings auch BeckOGK/Schermaier, § 948, Rn. 13.

<sup>5</sup> Bayern, Examenstermin 2017-I, Aufgabe 2 (zur Lösung vgl. **Life&LAW 05/2017, 351 ff.**)

## BGB-AT

Fall 12 - Lösung - Seite 3

*Selbst wenn man für die Frage, ob eine Sache als Hauptsache anzusehen ist, auf eine quantitative Betrachtung abstellt, reicht hierfür ein Verhältnis von lediglich „2:1“ eindeutig nicht aus. Daher ist Miteigentum an den drei Briefmarken im Verhältnis 2:1 entstanden*

*In der Rechtsfolge kann M von K gem. § 749 I BGB jederzeit die Zustimmung zur Aufhebung der Miteigentümergeinschaft und daran anschließend die Auseinandersetzung (sog. „Teilung“) verlangen.*

*Da eine Aufhebung durch Verkauf nur in Betracht kommt, wenn eine Teilung in Natur ausgeschlossen ist (§§ 752, 753 I S. 1 BGB), kann M von K bzgl. einer der drei Briefmarken die Übertragung des Miteigentumsanteils des K an sich verlangen. Diese Übertragung erfolgt gem. § 929 S. 1 BGB, sodass M hinsichtlich einer Briefmarke Alleineigentümerin wird.*

- b) Ein gesetzlicher Eigentumserwerb der K wäre aber dann ausgeschlossen, wenn K schon vorher das Eigentum an den 5,- € wirksam nach §§ 929 ff. BGB erworben hätte.

Es könnte eine wirksame Einigung zwischen J und K gerichtet auf dingliche Übereignung des Geldes vorliegen.

- aa) Da es sich bei dem Geld nicht um Geld des Minderjährigen handelt, die Verfügung daher das Vermögen des J nicht berührt, handelt es sich bei der Übereignung für den Minderjährigen um ein sog. neutrales Geschäft, bei dem § 107 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion nicht angewendet wird, da der Minderjährige nicht schutzbedürftig ist. Die dingliche Einigung über fremdes Geld ist zulässig.

Als zusätzliches Argument dient die analoge Anwendung des § 165 BGB. Wenn der Minderjährige sogar Vertreter sein kann, so kann er erst recht eine sog. neutrale WE abgeben.

Die Übergabe ist erfolgt, sie ist Realakt und unabhängig von der Minderjährigkeit wirksam.

J war aber Nichtberechtigter. K war jedoch angesichts des geringen Betrages von 5,- € nicht bösgläubig, §§ 929, 932 II BGB, da bei einem solch geringen Betrag keine Pflicht zur Nachfrage bestand.

Dem Eigentumserwerb könnte § 935 BGB entgegenstehen, wenn das Geld abhandengekommen ist. Abhandenkommen bedeutet unfreiwilligen Besitzverlust des unmittelbaren Besitzes. J ist wegen seiner Weisungsgebundenheit Besitztzeiger gemäß § 855 BGB.

Unmittelbare Besitzerin der 5,- € war daher immer noch die M.

Der M ist das Geld abhandengekommen, da ein unfreiwilliger Besitzverlust des Besitzherrn dann vorliegt, wenn der Besitztzeiger die Sache ohne dessen Willen sich zueignet, unterschlägt bzw. anders als vereinbart weggibt (h.M.).<sup>6</sup>

**Achtung:** Wenn der Besitztzeiger Vertretungsmacht hat (z.B. der Prokurist), dann stellt die Weggabe der Sache durch den Besitztzeiger kein Abhandenkommen dar, weil der Wille des Besitzherrn zur Besitztzeigertätigkeit dann durch den Vertreter gebildet wird.<sup>7</sup>

Wegen der Umlauffähigkeit des Geldes gilt aber nicht § 935 I BGB, sondern § 935 II BGB.

K hat somit nach §§ 929, 935 II, 932 BGB wegen ihrer zu unterstellenden Gutgläubigkeit Eigentum am Geld im Zeitpunkt der Übergabe erworben.

- bb) Nach einer **Gegenansicht**<sup>8</sup> ist bei einem rechtlich neutralen Geschäft ein **gutgläubiger Erwerb** gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB **ausgeschlossen**.

Sinn und Zweck der Redlichkeitsvorschriften sei es, den Erwerber so zu stellen, wie er bei der Richtigkeit seiner Vorstellung stünde. Der Erwerber sei letztlich bei einem rechtlich neutralen Geschäft nicht schutzwürdig: Geht der Erwerber davon aus, es handle sich um eine Sache des Minderjährigen, so wäre der Erwerb durch §§ 107 ff. BGB verhindert. Nimmt er aber an, die Sache gehöre dem Minderjährigen nicht, es liege also ein rechtlich neutrales Geschäft vor, so schließt § 932 II BGB den gutgläubigen Erwerb aus.

Die §§ 932 ff. BGB sind nach dieser Ansicht teleologisch zu reduzieren, ein wirksamer Erwerb vom Nichtberechtigten sei ausgeschlossen.

**Anmerkung:** Nach dieser Ansicht scheidet der Erwerb also nicht an § 107 BGB, da die rechtlich neutrale Willenserklärung nach allgemeiner Meinung keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Vielmehr werden die Gutgläubigkeitsvorschriften der §§ 932 ff. BGB reduziert und nicht auf den Fall des rechtlich neutralen Geschäfts angewendet.

<sup>6</sup> Grüneberg, § 935 Rn. 8.

<sup>7</sup> Grüneberg, § 935 Rn. 8 a.E.

<sup>8</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 540 ff.

## BGB-AT

Fall 12 - Lösung - Seite 4

- cc) Diese Ansicht ist mit der h.M. aber abzulehnen.<sup>9</sup>

Die Gutgläubensvorschrift des § 932 II BGB stellt bewusst nur auf den guten Glauben hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers ab, nicht auf den guten Glauben an die Wirksamkeit der Übereignung. Soweit es sich nicht um Sachen des Minderjährigen handelt, greift der Minderjährigenschutz nicht ein, sodass diese Argumentation ins Leere geht.

Daher muss ein Minderjähriger auch über fremde Sachen wirksam verfügen können.

**Ergebnis:** Die spätere Vermengung konnte nicht mehr dazu führen, dass K Eigentum erworben hat. Damit besteht kein Anspruch aus §§ 951, 812 BGB (a.A. vertretbar).

### 3. Anspruch aus § 816 I S. 2 BGB

Grundsätzlich ergibt sich nach dem Bereicherungsrecht keine Durchgriffshaftung.

**Ausnahme:** § 816 I S. 2 BGB, § 822 BGB und die von der Lehre entwickelten Ausnahmen.

Da hier keine unentgeltliche Verfügung vorlag, könnte sich ein Anspruch nur dann ergeben, wenn man im Rahmen des § 816 I S. 2 BGB die Analogie „unentgeltlich = rechtsgrundlos“ bejaht. Rechtsgrundlosigkeit liegt hier vor, da die kaufvertragliche Verpflichtung für den Minderjährigen rechtlich nachteilig war und dessen Eltern den Kaufvertrag nicht genehmigt haben, §§ 107, 108 BGB.

Dieser rechtliche Nachteil besteht unabhängig davon, dass er die Verpflichtung mit fremden Mitteln erfüllt, da es auf eine rechtliche und nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt.

Die Analogie ist aber mit der h.M. abzulehnen.

Gegen die Direktkondition spricht, dass etwaige Gegenrechte der K gegen J, anders als bei der „Abwicklung übers Eck“, sonst nicht Berücksichtigung finden können (Vorrang der Leistungsbeziehung).<sup>10</sup>

**Anmerkung:** Vgl. dazu auch Fall 4 BGB-AT. Dort ging es auch um die Analogie rechtsgrundlos = unentgeltlich i.R.d. § 988 BGB, was der BGH bejaht, da ansonsten wegen der Sperrwirkung des EBV eigentlich ein Rückgriff auf Bereicherungsrecht nicht möglich ist und damit die Vorteile der Nutzung bei dem Bereicherten ersatzlos verblieben.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu auch Tyroller, „Ausgewählte Probleme des Minderjährigenrechts“ in **Life&LAW 03/2006, 213 ff.**

<sup>10</sup> Der **BGH** hat zu dieser Analogie i.R.d. § 816 I S. 2 BGB bislang noch nicht grundsätzlich Stellung bezogen; vgl. dazu auch vgl. Grüneberg, § 816 Rn. 15.

*Die Lösung der Literatur, die Sperrwirkung beim Vorliegen einer Leistungsbeziehung aufzuheben, ist vorzugswürdig.*

### 4. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

Ein solcher Anspruch kommt nicht in Betracht, weil das Eigentum *durch Leistung des J* erlangt wurde.

Eine Nichtleistungskondition der Mutter ist aufgrund der vorrangigen Leistungsbeziehung zwischen J und K nicht möglich (sog. Subsidiarität der Nichtleistungskondition).

**Anmerkung:** Eine Mindermeinung vertritt die Ansicht, dass die Zwecksetzung einer Leistung eine geschäftsähnliche Handlung sei und als solche Geschäftsfähigkeit voraussetze. Aber auch nach dieser Ansicht hat J geleistet, da die Zwecksetzung gedanklich vom Erfüllungsgeschäft zu trennen und als solche rechtlich zumindest neutral ist. Hier wäre sogar das Erfüllungsgeschäft neutral, sodass die beschränkte Geschäftsfähigkeit für die Fähigkeit zu leisten eindeutig ausreicht.<sup>11</sup>

Im Übrigen darf - von wenigen Ausnahmen abgesehen - Bereicherungsrecht den gutgläubigen Erwerb grundsätzlich nicht aus den Angeln heben.

### 5. Anspruch aus § 823 I BGB

Auch dieser Anspruch entfällt, weil der Verlust des Eigentums im Falle der §§ 932 ff. BGB nicht auf einer rechtswidrigen Handlung des Erwerbers beruht. Insoweit wirken die §§ 932 ff. BGB wie ein Rechtfertigungsgrund.

**Anmerkung:** Anders natürlich bezüglich des Veräußerers; bei diesem sind regelmäßig die §§ 989, 990 BGB einschlägig. Scheiden diese aus (z.B., weil ein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB besteht), so greift § 823 I BGB ein.

### II. Anspruch des J, vertreten durch M, gegen K

M könnte eventuell als gesetzliche Vertreterin des J dessen Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen.

1. Das Vertretungsrecht der Eltern ist ein Teil des Sorgerechts, wobei die Eltern grundsätzlich Gesamtvertreter sind: §§ 1626, 1629 I S. 2 HS 1 BGB.

<sup>11</sup> Vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 70 II 3 b, 207; § 70 IV 2 c, 227.

## BGB-AT

Fall 12 - Lösung - Seite 5

Jedoch ist davon auszugehen, dass sich die Eltern analog § 720 II BGB bzw. § 124 II S. 2 HGB bei Angelegenheiten des täglichen Lebens konkludent gegenseitig zur Einzelvertretung ermächtigen.

Im Ergebnis kann M hier jedenfalls den Anspruch allein geltend machen.

2. K hat Eigentum und Besitz am Geld durch Leistung des J erlangt.

Aus seiner Sicht (objektiver Empfängerhorizont) war J Leistender, was ein Minderjähriger auch sein kann, da die Zweckbestimmung bei der Leistung kein Rechtsgeschäft ist.

Es fehlt am Rechtsgrund, da der KV zwischen J und K unwirksam ist, §§ 107, 108 BGB.

Im Herausgabeverlangen hat M endgültig die Genehmigung verweigert.

Fraglich ist der Umfang der Herausgabepflicht. An sich hat J einen Anspruch auf Herausgabe des Geldes.

Grundsätzlich geht der Anspruch hier auf Herausgabe des Besitzes und Rücküberweisung. Dem steht nicht entgegen, dass im Fall ein Rückerwerb des Nichteigentümers vom Erwerber stattfinden würde. Nach h.M. wird dann der frühere Nichteigentümer Eigentümer und ist dem früheren Eigentümer (hier der Mutter) aus Schadensersatz (eventuell aus § 280 I BGB i.V.m. § 1619 BGB<sup>12</sup>; §§ 989, 990 BGB; §§ 823 ff. BGB i.V.m. § 249 ff. BGB oder § 812 BGB) zur Übereignung verpflichtet.<sup>13</sup>

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass auf Seiten des J die Süßigkeiten nicht mehr vorhanden sind. Grundsätzlich gilt für den Bereicherungsanspruch der K dann § 818 II BGB. J müsste Wertersatz für die Süßigkeiten leisten.

Da es sich aber um Luxusauswendungen handelt, ist J entreichert, § 818 III BGB, da er keine Aufwendungen erspart hat, die er - mit Zustimmung seiner Eltern - getätigt hätte.

Da es hier um die Rückabwicklung im Rahmen einer Leistungskondition handelt, kann sich der J auch tatsächlich auf Entreichung berufen, da er mangels Bösgläubigkeit i.S.d. § 819 I BGB nicht verschärft haftet. Für die Bösgläubigkeit i.R. einer Leistungskondition ist aus Gründen des Minderjährigenschutzes nämlich analog § 166 I BGB auf die Kenntnis der Eltern abzustellen.

Danach würde die K wegen § 818 III BGB leer ausgehen, während umgekehrt der J das Geld zurückerhalten würde. So auch die Zweikonditionentheorie, die im Prinzip nur das Gesetz wiedergibt.

Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, gilt nach h.M. bei der Rückabwicklung eines unwirksamen **gegenseitigen Vertrages** die Saldotheorie.

### Aussagen der Saldotheorie

1. *Sich gegenüberstehende bereicherungsrechtliche gleichartige Ansprüche werden bei nichtigen gegenseitigen Verträgen automatisch verrechnet, ohne dass es einer Aufrechnung bedarf ⇒ also Saldierung von Amts wegen.*

2. *Bei nichtigen gegenseitigen Verträgen wird i.R.d. Leistungskondition die eigene Entreichung zum Abzugsposten vom eigenen Bereicherungsanspruch (bis maximal „auf null“).*

Die Saldotheorie trägt der gegenseitigen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (sog. Synallagma) auch beim unwirksamen Vertrag Rechnung:

Bei Anwendung der Saldotheorie wird der Wert der Süßigkeiten (Entreichung) vom eigenen Bereicherungsanspruch des entreicherten J abgezogen.

**Sound:** *Der Wert der Entreichung wird zum Abzugsposten.<sup>14</sup>*

Im Ergebnis bestünde dann kein Bereicherungsanspruch des J gegen K, da davon auszugehen ist, dass der Wert der Süßigkeiten dem Kaufpreis entspricht.

Zu Lasten Minderjähriger (und arglistig Getäuschten) findet die Saldotheorie jedoch grds. keine Anwendung, da sonst der Minderjährige praktisch doch am Vertrag festgehalten werden würde<sup>15</sup>.

Somit hätte J nach der Zweikonditionentheorie, die in diesen Fällen Anwendung findet, einen Bereicherungsanspruch, während umgekehrt der Anspruch der K an § 818 III BGB scheitert.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Es ist umstritten, ob § 1619 BGB ein Schuldverhältnis darstellt, auf welches § 280 I BGB anwendbar ist, vgl. Grüneberg, § 1619, Rn. 4.

<sup>13</sup> Vgl. Grüneberg, § 932 Rn. 17 m.w.N.; vgl. auch Hauptkurs Sachenrecht, Fall 5.

<sup>14</sup> Lesen Sie dazu **Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 498**; Medicus/Petersen, BR, Rn. 225.

<sup>15</sup> Zur Saldotheorie vgl. auch BGH, **Life&LAW 07/2001, 459 ff.** = ZIP 2001, 744 = jurisbyhemmer.

<sup>16</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 225.

## BGB-AT

Fall 12 - Lösung - Seite 6

Durch die Anwendung der Zweikondiktionen-  
theorie würde im Fall aber nicht der J, sondern  
die ursprüngliche Eigentümerin M geschützt.  
Der Minderjährigenschutz greift daher nur bei  
eigenen Geschäften ein; damit kommt die  
Saldotheorie zur Anwendung, d.h. der Wert  
der Entreicherung wird zum Abzugsposten.

**Ergebnis:** Ein Anspruch des J gegen K aus  
§ 812 I S. 1 Alt. 1 BGB entfällt.<sup>17</sup>

### I. Wiederholungsfragen:

1. Was versteht man unter Geldwertvindikation?
2. Wie erwirbt K Eigentum am Geld?
3. Mit welcher Begründung lässt die h.M. den Erwerb nach §§ 929, 932 BGB zu, wenn ein Minderjähriger als Nichtberechtigter veräußert?
4. Warum scheidet im Ergebnis im Fall eine Analogie „rechtsgrundlos = unentgeltlich“ aus?
5. Was versteht man unter „Gesamtvertretern“?
6. Kann ein Minderjähriger Leistender i.S.d. §§ 812 ff. BGB sein?
7. Was versteht man unter Saldotheorie  
⇔ Zweikondiktionentheorie?
8. Die Zweikondiktionentheorie gibt das Gesetz wieder. Die Saldotheorie ist die Ausnahme aus Billigkeitsgründen. Warum gilt bei Minderjährigen die Saldotheorie nicht?

Welche Bedeutung kommt bei der Abgrenzung der beiden Theorien der Tatsache zu, dass es sich im Fall um ein rechtlich neutrales Geschäft handelt?

### II. Vertiefungsfragen:

1. Welche Anspruchsgrundlage steht dem Berechtigten (Mutter) gegen den Minderjährigen zu? (vgl. **HEMMER/WÜST, Bereicherungsrecht, Rn. 395**)
2. Warum ist es angebracht, bei Bargeld § 947 II BGB anzuwenden? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht II, Rn. 267 ff.**)
3. Warum kommt man im Fall 4 mit der Analogie „rechtsgrundlos = unentgeltlich“ zu einem Anspruch, während im Fall 12 kein Anspruch besteht? (vgl. **HEMMER/WÜST, Bereicherungsrecht, Rn. 393 ff.**)

### III. Arbeitsanleitung:

1. Zum neutralen Rechtsgeschäft vgl. **HEMMER/WÜST, BGB-AT I, Rn. 124** sowie **MEDICUS/PETERSEN, BR, Rn. 540!**
2. Wegen der generellen Bedeutung des Bereicherungsrechts im Hinblick auf Minderjährigenklausuren sollten Sie **HEMMER/WÜST, Bereicherungsrecht, Rn. 489 ff., insbesondere 509 ff.** lesen.
3. Zur Saldotheorie vgl. ausführlich auch **Fall 18 Schuldrecht-BT 2.**
4. Zum lediglich rechtlichen Vorteil beim Erwerb eines Miteigentumsanteils lesen Sie **BGH, Life&LAW 09/2024, 577 ff.** = NJW 2024, 1957 ff. = **jurisbyhemmer** bzw. **Tyroller, Examensrelevante Probleme zum Miteigentum, Life&LAW 03/2025 (Beitrag: „Das Problem“).**
5. Zum rechtlichen Nachteil beim Erwerb des Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück lesen Sie **BGH, Life&LAW 09/2022, 581 ff.**

<sup>17</sup> A.A. Medicus/Petersen, BR, Rn. 231.

### Fall 18

Die nichtehelichen Lebenspartner Laura Lamm (L) und Oskar Ohnesorg (O) aus Hamburg sind beruflich bedingt urlaubsreif. Da sie ihrer gemeinsamen vierjährigen Tochter Marie (M), die mit Begeisterung Reitunterricht nimmt, diesmal eine Freude machen wollen, beschließen sie, gemeinsam Ferien auf einem Ponyhof zu machen.

Im Internet finden sie bei booking.com eine Ferienwohnung auf einem Ponyhof in einem Vorort von Hamburg. Da sie sich vor Ort die Wohnung und die Reitanlage erst einmal anschauen wollen, fahren sie nach einer Terminvereinbarung mit dem Betreiber des Ponyhofs Rolf Rührig (R), zusammen mit ihrer Tochter, am nächsten freien Tag dorthin.

Nachdem sie gemeinsam mit R die Wohnung, die Reitanlage und die Stallungen besichtigt haben, verhandeln sie mit R über den Termin und den Preis für die Unterkunft und den Reitunterricht. Bei der Besichtigung der Reitanlage fällt allen Beteiligten auf, dass eine junge Stute besonders nervös ist und ausschlägt.

Plötzlich schreit M auf. Unbemerkt von allen war sie zurück auf die Koppel gelaufen und hatte sich der Stute ungeschickt genähert. Diese war von R nicht in die Box gestellt worden, obwohl dies angesichts der Aggressivität der Stute angezeigt gewesen wäre. Beim Streicheln des Pferdes schlug dieses aus und traf die M mit dem Huf am Kopf.

Sofort wurde ein Notarzt gerufen, der die M ins Krankenhaus brachte, da sie erhebliche Kopfverletzungen hatte. O war über die Diagnose des Notarztes entsetzt, erlitt einen Schock und musste in den folgenden Monaten psychotherapeutisch behandelt werden.

Der Jurastudent Jürgen Jung (J), ein Bekannter von L und O, erklärte ihnen, sie könnten von R vollen Ersatz für alle ihnen angefallenen Kosten verlangen. Er hätte auch gelesen, dass immaterielle Schäden, wie hier die vertane Zeit am Tag des Vorfalls, unter Umständen ersatzfähig sind. Auch sei der Aufwand für die Fahrt mit dem Auto hin und zurück doch sinnlos gewesen. Sie bitten J daraufhin, zu prüfen, welche Ansprüche ihnen und ihrer Tochter gegen R zustehen.

#### **Vermerk für die Bearbeitung:**

In einem Gutachten ist zu prüfen, welche Ansprüche L, O und M gegen R zustehen!

**Hinweis:** *Es ist zu unterstellen, dass L und O nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist und sie auch in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflegen.*

### Fall 18 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 18

#### A) Ansprüche von L und O wegen der Fahrtkosten und der nutzlos vertanen Zeit

##### I. Anspruch auf SE aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB

###### 1. Vorvertragliches Schuldverhältnis (+)

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

###### a) Aktives Tun oder Unterlassen

⇒ Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt hier beim Unterlassen

###### b) Pflicht zum Handeln?

⇒ (+), wegen Besichtigungstermins; zudem Verkehrssicherungspflicht aus § 833 BGB

###### 3. Vertretenmüssen, § 276 BGB

⇒ Widerlegung der Vermutung des § 280 I S. 2 BGB gelingt dem R nicht („Vergessen“)

###### 4. Kausaler Schaden

###### a) Fahrtkosten

aa) Hinfahrt ⇒ nicht kausal, da vor Pflichtverletzung entstanden

bb) Rückfahrt ⇒ auch nicht kausal; außerdem fehlt Zurechenbarkeit

Grund: Kosten wären auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten entstanden

###### b) Vertane Freizeit

⇒ als immaterieller Schaden wegen § 253 I BGB grds. nicht ersetzbar, da bloße Freizeit nicht kommerzialisiert ist (h.M.)

##### II. Ersatz der Fahrtkosten gem. § 284 BGB

⇒ (-), da ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung als Grundvoraussetzung des § 284 BGB im vorvertraglichen Stadium nicht denkbar ist

##### III. Anspruch aus § 823 I BGB

⇒ (-), da kein absolut geschütztes Recht bzw. Rechtsgut verletzt wurde

#### B) Anspruch des O wegen des erlittenen Schocks

##### I. Anspruch auf SE aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II Var. 2 BGB

###### 1. Vss'en grds. (+), vgl. oben

###### 2. Kausaler Schaden?

a) „Schockschaden“ = Immaterieller Schaden

aa) Grds. nicht ersatzfähig wegen § 253 I BGB

bb) Ausnahme: § 253 II BGB

⇒ (+) bei Körper- oder GesundheitsV

###### (1) KörperV

⇒ (+), da behandlungsbedürftiger Schock

###### (2) Kausalität

(a) Äquivalenz (+)

(b) Adäquanz (+)

(c) Schutzzweck der Norm / Zurechenbarkeit?

- Schock bei Unglück naher Angehöriger kein allg. Lebensrisiko, sondern zurechenbare Körperverletzung
- Kausalität auch nicht unterbrochen durch das ungeschickte Streicheln

Daher:

Anspruch auf billige Entschädigung (+)

###### b) Behandlungskostenkosten

⇒ ersatzfähig gem. § 249 II S. 1 BGB

c) Kürzung wegen des Mitverschuldens des O gem. § 254 I BGB

##### II. Anspruch auf SE aus § 823 I BGB

1. KV (+), s.o.

2. „Haftungsbegründende Kausalität“ (+) s.o.

3. Rechtswidrigkeit und Verschulden (+)

4. Kürzung wegen des Mitverschuldens des O gem. § 254 I BGB

## SchuldR-AT

Fall 18 - Lösung - Seite 2

### III. Anspruch auf SE gem. § 833 S. 1 BGB

⇒ Reitpferd = Nutztier i.S.d. § 833 S. 2 BGB

**Aber:** Entlastungsbeweis nach § 833 S. 2 BGB gelingt dem R nicht!

### IV. §§ 823 II BGB, 229 StGB (+)

#### C) Ansprüche der M gegen R wegen des Pferdetritts

#### I. Anspruch aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB i.V.m. der Lehre zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (= VSD)

##### 1. Voraussetzungen der §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB (+), s.o.

##### 2. Einbeziehung der M

- „Leistungsnahe“ (+)
- Interesse der Lund O am Schutz der M (+), da personenrechtlicher Einschlag
- Erkennbarkeit von a) und b) (+)
- Schutzwürdigkeit (+)

##### 3. Schaden

##### a) Behandlungs- und Krankenhauskosten

⇒ Schaden nicht entfallen, selbst wenn Eltern gezahlt und Aufwendungen erspart haben, da § 843 IV BGB eine Vorteilsanrechnung ausschließt!

##### b) Schmerzensgeld (+) gem. § 253 II BGB (s.o.)

##### 4. Anspruchskürzung über § 254 BGB?

- § 254 I BGB (-), da vierjährige M nicht mitverschuldensfähig ist, § 828 I BGB analog
- Aber:** Mitverschulden der Eltern ist nach § 254 II S. 2 i.V.m. § 278 S. 1 Alt. 1 BGB zu berücksichtigen

##### II. Anspruch auf SE aus § 823 I BGB

##### 1. Haftungstatbestand (+), s.o.

##### 2. Mitverschulden der Eltern, §§ 254 II S. 2, 278 S. 1 Var. 1 BGB bzw. § 831 I S. 1 BGB analog

⇒ vorvertragliches Schuldverhältnis i.V.m. VSD i.R.d. § 823 I BGB kein relevantes Schuldverhältnis bzw. Eltern keine Verrichtungsgehilfen

### 3. Anspruchsminderung wegen „gestörten Gesamtschuldnerausgleichs“?

a) *Eltern haften wegen § 1664 BGB nicht gegenüber M, sodass mangels Gesamtschuld der R keinen Regressanspruch gem. § 426 BGB hat*

b) *Fraglich, wen im Ergebnis dieses Haftungsprivileg belasten soll*

aa) Nach h.L. geht der Haftungsausschluss zu Lasten des Geschädigten, indem der Ersatzanspruch um den Verschuldensanteil des Privilegierten gemindert wird

bb) Nach Ansicht des BGH wird bei § 1664 BGB der Anspruch des Geschädigten nicht gekürzt

**Ergebnis:** M hat daher einen ungekürzten Anspruch auf Schadensersatz gegen R

*(die Kürzung des Anspruches der M gegen R nach den Grds. der gestörten Gesamtschuld um den Mitverschuldensanteil der Eltern ist natürlich sehr gut vertretbar)*

### III. Ansprüche gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB / § 833 BGB

⇒ diese Ansprüche bestehen (s.o.)

**Exkurs:** Stehen den Eltern L und O gegen den R Regressansprüche zu, wenn sie die Krankenhauskosten für M bezahlt haben?

#### I. Anspruch aus § 426 I, II BGB

⇒ (-), da keine Gesamtschuld vorliegt, s.o.

#### II. Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

⇒ (-), da wegen § 843 IV BGB kein fremdes Geschäft für R vorliegt

#### III. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

⇒ etwas erlangt (-), da R nicht von Verbindlichkeit befreit wurde

#### **Ergebnis:**

Die Eltern haben keinen Regressanspruch gegen R, sie können jedoch von M gem. § 255 BGB (doppelt) analog bzw. § 242 BGB bzw. § 1648 BGB die Abtretung ihrer Ansprüche gegen R verlangen.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 3

### LÖSUNG FALL 18

### Ansprüche von L und O gegen R

#### I. Anspruch auf Schadensersatz aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB

Ein Schadensersatzanspruch von L und O könnte sich aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB ergeben.

**hemmer-Methode:** Die §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB erleichtern dem Gläubiger insbesondere bei Vermögensschäden die Durchsetzung seiner Schadensersatzansprüche: Die §§ 823 ff. BGB schützen ihn nur unzureichend, da das Vermögen als solches in § 823 I BGB nicht geschützt wird.

Geben Sie in **Themenklausuren** diese Wertung zu erkennen: Ohne die §§ 280 I, 311 II BGB wäre der Gläubiger wegen dieser Schwäche des Deliktsrechts nur unzureichend geschützt. Das zeigt sich auch in der Anwendung der Beweislastumkehr des § 280 I S. 2 BGB und an der Anwendbarkeit des § 278 BGB. Bei §§ 823 ff. BGB gibt es mit Ausnahme der Produzentenhaftung keine Beweislastumkehr. Auch § 278 BGB ist nicht anwendbar, vielmehr gilt § 831 BGB mit seiner Entlastungsmöglichkeit gem. § 831 I S. 2 BGB. Der Pflichtenkreis der an der Vertragsanbahnung beteiligten Personen wurde im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses gegenüber §§ 823 ff. BGB ausgedehnt. Stellen Sie die §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB den §§ 823 ff. BGB gegenüber und vergleichen Sie die Rechtsposition des Geschädigten! Halten Sie sich aber in **Gutachtenklausuren** mit solch allgemeinen Feststellungen bei einem Anspruch aus §§ 280 I, 311 II BGB zurück. Unsere Erfahrung bei der Benotung im Ersten Staatsexamen zeigt, dass dies oft mit Korrekturbemerkungen wie „viel zu lehrbuchartige Darstellung“ kritisiert wird.

Soweit L und O die Schadensersatzansprüche gemeinsam geltend machen, könnte Mitgläubigerschaft gem. § 432 BGB oder Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB vorliegen.<sup>1</sup>

Sind mehrere Gläubiger aus einem Vertrag berechtigt und soll die Leistung, wie hier, beiden zugutekommen kann die Leistung nur an beide gemeinsam erbracht werden. Dann liegt ein Fall des § 432 BGB vor (Mitgläubiger).

Nichts anderes kann gelten, wenn es um Schadensersatzansprüche geht, die sich anlässlich von Vertragsverhandlungen ergeben.

Damit wären L und O insoweit Mitgläubiger gem. § 432 BGB, d.h. sie könnten nur Leistung an beide fordern und R könnte schuldbeitragend gem. § 362 I BGB nur an beide gemeinschaftlich leisten.

1. Das für einen Anspruch aus § 280 I BGB erforderliche Schuldverhältnis liegt hier in der Aufnahme von **Vertragsverhandlungen**, § 311 II Nr. 1 BGB.
2. Seitens des R müsste eine **Pflichtverletzung** vorliegen.<sup>2</sup>
  - a) Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis besteht gem. § 241 II Var. 2 BGB die **Pflicht**, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen von L und O angemessen Rücksicht zu nehmen.
  - b) Die **Pflichtverletzung** kann sowohl in einem **aktiven Tun** als auch in einem **Unterlassen** bestehen. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erfolgt nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit.

**hemmer-Methode:** Die Entscheidung für das Unterlassen ist vorgezeichnet: Nur so schaffen Sie ein zusätzliches Problem, mit dem Sie punkten können.

Fragen Sie sich immer: Wie schaffe ich mir die notwendigen Probleme für die Klausur? Suchen Sie also immer nach dem Lösungsweg, der Ihnen die Folgeprobleme eröffnet und damit auch den intellektuellen Rahmen der Klausur ausschöpft!

Viele geben sich mit zu oberflächlicher Betrachtung des Sachverhalts zufrieden! Wenn Sie das Verhalten des R nur bei der Prüfung des Verschuldens als Fahrlässigkeit etikettieren, geben Sie Punkte ab!

Im vorliegenden Fall käme sowohl eine Pflichtverletzung durch ein Tun (das Halten eines Pferdes) als auch durch ein Unterlassen (Verbringen des aggressiven Pferdes in die Box) in Betracht.

Das Halten eines Pferdes ist auf einem Reiterhof nicht nur üblich, sondern zum Betrieb auch notwendig. Daher kann dem R das Halten eines Pferdes nicht vorgeworfen werden.

Damit bleibt allein die Nichtvornahme der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen, also das Unterlassen, vorwerfbar.

Ein Unterlassen führt jedoch nur dann zur Haftung, wenn eine **Rechtspflicht zum Handeln** bestand.

<sup>1</sup> Vgl. dazu Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB-AT I, Rn. 359 ff.

<sup>2</sup> Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 231 ff.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 4

**hemmer-Methode:** Ein Problem mehr! Nur wer sich für das Unterlassen als Pflichtverletzung entscheidet, punktet auch hier. In der Klausur gilt: Probleme schaffen nicht weg-schaffen!

Nach richtiger Ansicht wird bereits für den *Tatbestand* des Unterlassens gefordert, dass eine Pflicht zur Abwendung der Rechtsgutverletzung bestand, während sonst die Pflichtverletzung üblicherweise im Rahmen des Verschuldens zu prüfen ist.<sup>3</sup>

Eine solche Rechtspflicht ergibt sich im Fall bereits aus dem **vorvertraglichen Schuldverhältnis** und daneben aus **vorangegangenen gefährdendem Tun (Ingerenz)**, nämlich dem Halten eines Pferdes. Damit hat R eine Gefahrenquelle eröffnet, zu deren Sicherung er verpflichtet ist. Insoweit besteht eine Verkehrssicherungspflicht dahingehend, die Gefahren, die von einem aggressiven Pferd ausgehen, möglichst gering zu halten.

Weiterhin lässt sich für die Begründung der Schutzpflicht auch der **Rechtsgedanke der Gefährdungshaftung** des Tierhalters aus § 833 BGB heranziehen.

3. Weiterhin dürfte R sein gemäß **§ 280 I S. 2 BGB vermutetes Vertretenmüssen (§ 276 BGB)** nicht widerlegen können.

Da der Besuch der Familie angekündigt war, hat R die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, als er es unterließ, das Pferd anzubinden.

R wusste, dass das Pferd aggressiv war und in die Box gestellt werden musste. Er verstieß damit gegen eine den potentiellen Vertragspartnern gegenüber bestehende Schutzpflicht.

Die Vermutung des § 280 I S. 2 BGB kann daher nicht widerlegt werden.<sup>4</sup>

4. Der geltend gemachte Schaden müsste **kausal** durch die Pflichtverletzung entstanden sein (haftungsausfüllende Kausalität).

Als Schaden kämen hier zum einen die entstandenen Fahrtkosten und zum anderen die vertane Zeit in Betracht.

- a) Ersatz für die **Fahrtkosten**  
aa) Kosten für die **Hinfahrt**

Diese Fahrtkosten entstanden bereits **vor** der Pflichtverletzung des R, daher fehlt es hier be-

reits an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden.

Die Hinfahrtkosten stellen damit keinen ersatzfähigen Schaden dar.

**hemmer-Methode:** In einem Examensfall ging ein gegen Entgelt engagierter Profi-Rennfahrer unausgeschlafen an den Start und wurde unter Amateuren nur Vorletzter. Der Verein verlangte Schadensersatz. Es fehlte aber die Kausalität, weil die Zuschauer wegen einsetzenden Regens nicht gekommen waren und nicht wegen des schlechten Fahrens gegangen waren. Ein Schadensersatzanspruch entfällt damit.

- bb) Kosten für die **Rückfahrt**

Bezüglich der Rückfahrtkosten fehlt es auch an der Kausalität, da diese nicht durch die Pflichtverletzung entstanden sind.

Jedenfalls muss man die Zurechenbarkeit des Schadens für R verneinen, denn die Kosten für die Rückfahrt wären auch bei sog. „*rechtmäßigem Alternativverhalten*“ angefallen.<sup>5</sup>

Schäden, die auch bei normgemäßem Verhalten angefallen wären, fallen nicht mehr unter den Schutzbereich der Norm.

- b) **Ersatzfähigkeit des vertanen Tags**

Fraglich ist, ob „vertane Zeit“ einen ersatzfähigen Schaden darstellt.

- aa) Gem. § 253 I BGB sind grundsätzlich nur materielle Schäden (Vermögensschäden) in Geld ersatzfähig. Nach der gesetzlichen Wertung sind ideelle Werte damit weniger geschützt.

**Anmerkung:** Nur in seltenen Ausnahmefällen, z.B. bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts, wird von der Rspr. im Rahmen der §§ 823 ff. BGB (allgemeines Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht) neben der gesetzlichen Ausnahme des § 253 II BGB und des § 651n II BGB eine angemessene Entschädigung in Geld anerkannt. Schon diese Rspr. wird zum Teil als Durchbrechung des § 253 BGB abgelehnt.

- bb) Die Frage, ob ein Vermögens- oder Nichtvermögensschaden vorliegt, wird grds. mittels der Differenzhypothese ermittelt.

Ein Vermögensschaden liegt danach nur dann vor, wenn der jetzige Wert des Vermögens geringer ist als der *hypothetische* Wert des Vermögens bei Nichteintritt des schädigenden Ereignisses.

<sup>3</sup> Grüneberg/Retzlaff, § 823 Rn. 2; A.A. Vgl. Medicus/Petersen, Rn. 647

<sup>4</sup> Beachten Sie, dass diese Beweislastumkehr nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gilt, vgl. § 619a BGB.

<sup>5</sup> BGH NJW 2012, 2022; BAG NZA 2023, 1479

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 5

Bei einem Verlust **bloßer Freizeit** ergibt sich jedoch aus der Differenzhypothese gerade **kein Vermögensschaden**. Die bloße Freizeit an sich hat keinen Vermögenswert.

Anders wäre es nur dann, wenn bloße Freizeit **kommerzialisiert** und damit doch ein materieller Schaden entstanden wäre.

Für den Bereich des Pauschalreisevertragsrechts existiert mit § 651n II BGB eine gesetzliche Regelung für „vertanen“ Urlaub.

Außerhalb des Reisevertragsrechts hängt damit der Ersatz von vertaner Freizeit davon ab, ob diese kommerzialisiert ist und damit einen Vermögensschaden darstellt, z.B. beim Arbeitnehmer, der den Urlaub „mitverdienen“ muss.

Nach h.M. ist Freizeit nicht kommerzialisiert. Vielmehr bildet Freizeit „ein höchstpersönliches, unvergleichbares, eben immaterielles Gut“.<sup>6</sup> Der Verlust von Freizeit zählt zum **allgemeinen Lebensrisiko**.

Nach einer Mindermeinung bedeutet jeder Freizeitverlust auch den Verlust der Möglichkeit, Geld zu verdienen, und damit einen Geldverlust („Zeit ist Geld“). Gerade bei Selbständigen kann zwischen Urlaub, Freizeit und verlängertem Wochenende häufig nicht unterschieden werden.

Dagegen spricht, dass es zu einer unübersehbaren Ausuferung des Schadensbegriffes kommen würde. Die Bemessungsgrundlagen sind unklar. Durch diese Auslegung besteht die Gefahr, dass § 253 I BGB seinen Sinn verliert, da die Abgrenzung zwischen materiellen und immateriellen Schäden vollständig verwischt wird.

Nicht jede menschliche Tätigkeit ist kommerzialisierbar. L und O können daher die vertane Freizeit nicht als Schaden geltend machen. Es besteht damit kein Schadensersatzanspruch auf die Fahrtkosten und die vertane Freizeit im Rahmen des Anspruchs aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB.

### II. Anspruch auf Ersatz der Fahrtkosten gemäß § 284 BGB

Ein Anspruch auf Ersatz dieser frustrierten Aufwendungen gem. § 284 BGB entfällt, da hierfür die Voraussetzungen eines **Schadensersatzes statt der Leistung** gegeben sein müssten. Dies ist im vorvertraglichen Stadium nicht denkbar, da hier noch gar keine Leistungspflichten bestehen.

### III. Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB

Mangels Verletzung eines absoluten geschützten Rechts oder Rechtsgutes scheidet hinsichtlich der Fahrtkosten und des nutzlos vertanen Tags ein Anspruch aus § 823 I BGB aus. Sonstige Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB entfallen.

#### Ansprüche von O

#### I. Ansprüche auf Schadensersatz aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II Var. 2 BGB:

1. Durch die Aufnahme der Vertragsverhandlungen liegt bzgl. O und R ein **vorvertragliches Schuldverhältnis** vor.
2. Weiterhin liegt eine von R **zu vertretende** Pflichtverletzung (§ 241 II Var. 2 BGB) durch Unterlassen der gebotenen Sicherungsmaßnahmen vor (s.o.).
3. Fraglich ist hier wiederum das Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens. In Betracht kommt **Ersatz für den Schock und der Kosten für den Psychologen**:
  - a) O hat nach der Untersuchung durch den Notarzt wegen der diagnostizierten schweren Verletzungen seiner Tochter einen **Schock** erlitten.<sup>7</sup>
  - aa) Der bloße Schock ist ein immaterieller Schaden, der wegen § 253 I BGB grundsätzlich nicht ersetzt wird.
  - bb) § 253 II BGB lässt aber eine billige Entschädigung in Geld zu, wenn wegen der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist.
- (1) Eine Gesundheitsbeeinträchtigung i.S.e. Beeinträchtigung der inneren Integrität könnte bei O durch den Schock vorliegen.

O musste sich aufgrund des Schocks in psychologische Behandlung begeben, sodass aufgrund der **Behandlungsbedürftigkeit** eine Gesundheitsbeschädigung vorliegt. Dass diese in ihrer Art und Schwere erheblich über das hinausgeht, was mittelbar Betroffene in derartigen Fällen als Beeinträchtigung erleiden, ist nach neuer und geänderter Rechtsprechung des BGH nicht (mehr) erforderlich.<sup>8</sup>

Damit liegt eine Körper- bzw. Gesundheitsverletzung i.S.d. § 253 II BGB vor.

<sup>7</sup> Hemmer/Wüst, Schadensersatzrecht III, Rn. 72 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch BGH, Life&LAW 04/2023, 222 ff. = NJW 2023, 983 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>6</sup> Hemmer/Wüst, Schadensersatzrecht III, Rn. 144.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 6

**hemmer-Methode: Vorsicht mit dem Begriff des „Schockschadens“!** Prüfen Sie in der Klausur zunächst, ob der Schock überhaupt eine Körper- oder Gesundheitsverletzung ist. Der Schaden ist dann nicht der „Schock“ als solcher, sondern z.B. die Krankenhaus- oder Arztkosten. Davon wiederum zu trennen ist die billige Entschädigung gem. § 253 II BGB. Allgemein negative Empfindungen wie Schmerz, Trauer und Schrecken genügen für einen Anspruch nur bei einer Tötung, § 844 III BGB (vgl. Fall 17). **Zur Wiederholung:** Beim Anspruch aus § 280 I BGB ist der Haftungsbestand durch die Schutzpflichtverletzung gegeben. Einer Rechtsgutverletzung wie bei § 823 I BGB bedarf es grundsätzlich nicht. Der Schock als Rechtsgutverletzung hat bei der c.i.c. wegen § 253 II BGB nur im Rahmen des Schadensumfangs Bedeutung. Bei § 823 I BGB wird der Schock schon als mögliche Rechtsgutverletzung geprüft.

- (2) Die Pflichtverletzung hat auch **äquivalent und adäquat kausal** zur Körperverletzung der V geführt.

Fraglich ist aber, ob § 253 II BGB auch gegen „Schockschäden“ Schutz gewähren soll (**Schutzzweck der Norm / Rechtswidrigkeitszusammenhang**).

**hemmer-Methode: Die Kausalität ist das klassische Examensproblem im Zivilrecht.**

Bei §§ 311 II, 280 I BGB gibt es grundsätzlich nur die haftungsausfüllende Kausalität (Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden), bei § 823 I BGB auch die haftungsbegründende Kausalität (zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung).

Nur im Ausnahmefall des § 253 II BGB ist nach der Gesetzesnovellierung eine haftungsbegründende Kausalität auch bei der c.i.c. im Rahmen des Schadensumfangs (Schmerzensgeld) zu prüfen.

Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 253 II BGB: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit ... Schadensersatz zu leisten.“ Geben Sie dem Korrektor zu erkennen, dass Sie den Unterschied kennen.

Achten Sie auf Examenstypik! Die Problematik des Schadens und des Schutzzwecks der Norm werden wegen ihrer Wichtigkeit im Examen im Hauptkurs mehrfach behandelt. Trainieren Sie mit uns an unterschiedlichen Varianten. So wird Abstraktionsvermögen erworben. Lernen Sie, nicht nach dem „Kübelprinzip“ BGH-Fälle aneinanderzureihen.

*Es gilt, immer das grundsätzliche Problemfeld zu erfassen und in unterschiedlichen Konstellationen einzuüben. So wird das Lernen ein aktiver und konstruktiver Prozess. Schaffen Sie sich Transferwissen!*

- (a) In Anbetracht der großen Anzahl von Unfällen bedeutet die Gefahr, Zeuge eines Unfalls zu werden, generell ein **allgemeines Lebensrisiko**.

Das Wertungssystem der Verantwortung für Schäden gebietet, dass dem Schädiger kein Verletzungserfolg zugerechnet werden darf, der nur die Realisierung einer allgemeinen Lebensgefahr darstellt.

Die h.M. nimmt daher über die Lehre vom „**Schutzzweck der Norm**“ eine Eingrenzung der Ersatzfähigkeit von Schockschäden vor.

**hemmer-Methode:** Äquivalent und adäquat kausal ist fast alles. Nicht einmal der Lottogewinn liegt außerhalb der Wahrscheinlichkeit. Erst auf der eigentlichen Wertungsebene des Schutzbereichs der Norm findet die Auseinandersetzung statt, ob jemand wirklich haften soll. Letztlich handelt es sich hierbei um eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung**. Schon Kant hat zwischen Tatsachen und Wertung unterschieden! Geben Sie dem Korrektor zu erkennen, dass Sie die Unterscheidung kennen.

So ist zwischen dem Erstgeschädigten (Unfallopfer) und dem Zweitgeschädigten (Schockgeschädigten) zu unterscheiden.

Hierbei spielt es nach der überwiegenden Ansicht keine Rolle, ob der Schockgeschädigte den Unfall selbst miterlebt hat oder die Nachricht vom Unfall übermittelt bekam.

**Anmerkung:** Der BGH hat zwar dem Umstand, ob die von dem „Schockgeschädigten“ geltend gemachten psychischen Beeinträchtigungen auf seine direkte Beteiligung an einem Unfall oder das Miterleben eines Unfalls zurückzuführen oder ob sie durch den Erhalt einer Unfallnachricht ausgelöst worden sind, maßgebliche Bedeutung beigemessen. Allerdings hat der BGH nahen Angehörigen eines Unfallopfers auch bei einer bloßen Nachricht über einen Unfall einen Schmerzensgeldanspruch zugestanden.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Vgl. auch BGH, NJW 2015, 1451 ff. = jurisbyhemmer.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 7

Lediglich bei einem sonstigen Dritten wurde der Schmerzensgeldanspruch davon abhängig gemacht, dass dieser in das Unfallgeschehen selbst involviert war.<sup>10</sup>

Da das Verhalten des R in Bezug auf die eingetretene Schadensfolge zwar nicht Unrechtsgehalt gegenüber jedermann, wohl aber gegenüber den nächsten Angehörigen des Opfers hat, handelt es sich bei dem Schock des Vaters nicht mehr um ein allgemeines Lebensrisiko.

**Anmerkung:** Die Rechtsprechung zum Schockschaden ist nicht auf Fälle psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen im Zusammenhang mit der Verletzung oder Tötung von Tieren zu erstrecken.<sup>11</sup>

**Ergebnis:** Damit ist der „Erfolg“ zurechenbar.

- (b) Möglicherweise könnte der **Kausalverlauf unterbrochen** worden sein und die Zurechenbarkeit des Verletzungserfolgs dadurch entfallen, dass das Kind sich dem Pferd ungeschickt genähert hat.

**hemmer-Methode:** Lernen Sie mit uns, den Sachverhalt optimal auszudeuten. Ein Problem mehr: Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch das Dazwischentreten Dritter. Allgemein gilt: Ein Zweitschädiger (z.B. Arzt, dem Kunstfehler unterläuft) wird grundsätzlich dem Erstschädiger (z.B. Unfallverursacher) zugerechnet.<sup>12</sup>

Der Vater muss sich jedoch das Verhalten des Kindes in keinem Fall zurechnen lassen. Innerhalb des Schutzzwecks der Norm gelten Wertungsaspekte: Zum einen fehlt der Vierjährigen M die Verantwortlichkeit (§ 828 I BGB).

Zum anderen steht der mögliche Tatbeitrag der Vierjährigen in keinem Verhältnis zu der Leichtsinnigkeit des R, das Pferd nicht in die Box gestellt zu haben.

**hemmer-Methode:** Kinder sind im Straßen- und Schienenverkehr erst ab Vollendung des 10. Lebensjahres deliktfähig, vgl. § 828 II S. 1 BGB.

Diese fehlende Deliktsfähigkeit schließt auch die Bewertung des Verhaltens als mitwirkendes Verschulden i.S.d. § 254 I BGB aus.<sup>13</sup>

§ 828 II S. 1 BGB gilt aber nur bei einer **typischen Überforderungssituation** und nicht, wenn das Kind z.B. mit seinem Fahrrad in ein ordnungsgemäß geparktes Auto fährt.<sup>14</sup> Stößt ein achtjähriges Kind mit seinem Fahrrad aufgrund überhöhter, nicht angepasster Geschwindigkeit und Unaufmerksamkeit im fließenden Verkehr gegen ein **verkehrsbedingt haltendes Kraftfahrzeug**, das es nicht herankommen sehen konnte und mit dem es deshalb möglicherweise nicht rechnete, so handelt es sich um eine typische Überforderungssituation für das Kind.

Darauf, ob sich diese Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat oder ob das Kind aus anderen Gründen nicht in der Lage war, sich verkehrsgerecht zu verhalten, kommt es im Hinblick auf die generelle Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit von Kindern durch § 828 II S. 1 BGB nicht an.<sup>15</sup>

Damit hat R als Halter des Pferdes durch das Unterlassen der notwendigen Sicherungen in haftungsbegründender Art und Weise die Gesundheit des O verletzt.

**Ergebnis:** O steht eine billige Entschädigung in Geld für den erlittenen Schock aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II i.V.m. § 253 II BGB zu.

- b) Bei den **Kosten für die Psychotherapie** handelt es sich um einen adäquat kausal entstandenen *materiellen* Schaden.

Damit besteht ein Schadensersatzanspruch des O in Höhe der Rechnung für die psychotherapeutische Behandlung. Die Ersatzfähigkeit dieses Anspruches ergibt sich aus § 249 II S. 1 BGB.

**hemmer-Methode:** Gemäß § 249 II S. 2 BGB ist bei einer Sachbeschädigung und der anschließenden (zulässigen) Abrechnung auf Gutachterbasis die im Sachverständigengutachten enthaltene Umsatzsteuer nur dann zu ersetzen, wenn und soweit die Reparatur durchgeführt wird. Die Umsatzsteuer muss also wirklich anfallen.

<sup>10</sup> BGH, NJW 1986, 777 (778); NJW 2007, 2765 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Life&LAW 06/2012, 464 ; a.A. Straub/Biller-Bomhardt, NJW 2021, 118 ff.

<sup>12</sup> Beim Dazwischentreten des Geschädigten selbst wird gefragt, ob sich dieser herausgefordert fühlen durfte.

<sup>13</sup> Beachten Sie, dass sich dieser Ausschluss der Deliktsfähigkeit nicht auf Vorsatz bezieht, § 828 II S. 2 BGB. Hier bleibt es für die Verantwortlichkeit bei der bislang geltenden Vollendung des 7. Lebensjahres.

<sup>14</sup> BGH, Life&LAW 03/2005, 159 ff. = NJW 2005, 354 ff. = jurisbyhemmer!

<sup>15</sup> Vgl. hierzu BGH, Life&LAW 09/2007, 594 ff.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 8

4. Fraglich ist allerdings, ob hier ein Mitverschulden des O zu berücksichtigen ist, § 254 I BGB. O hat seine Aufsichtspflicht verletzt, als er nicht bemerkte, dass M zurück zu den Stallungen gelaufen ist, obwohl er das nervöse Pferd vorher bemerkt hatte. In Anbetracht dessen, dass das Pferd von R nicht in die Box gestellt worden war, ist hier nur von einem geringen Mitverschulden des O auszugehen.

**Zwischenergebnis:** O hat einen Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld und auf Ersatz der Arztkosten aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1 i.V.m. § 253 II bzw. § 249 II S. 1 BGB.

Sein Anspruch ist allerdings entsprechend dem Mitverschulden zu kürzen.

### II. Anspruch aus § 823 I BGB

Außerdem kommt auch noch ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I BGB in Betracht.

#### 1. Rechtsgutverletzung

Eine Gesundheitsverletzung im Sinne einer Beeinträchtigung der inneren Integrität liegt bei O vor (s.o.).

#### 2. Verletzungshandlung

Die Körperverletzung ist durch das Unterlassen des R, seiner Verkehrssicherungspflicht bzgl. des Pferdes nachzukommen, entstanden (s.o.).

#### 3. Haftungsbegründende Kausalität

- a) Das Unterlassen der notwendigen Sicherungsmaßnahmen hat adäquat kausal zur Gesundheitsverletzung bei O geführt.

- b) Fraglich ist aber, ob § 823 I BGB auch gegen Beeinträchtigungen durch einen Schock Schutz gewähren soll, Schutzzweck der Norm (sog. Zurechnungszusammenhang / Normzweckzusammenhang / Rechtswidrigkeitszusammenhang).

- aa) Es handelt sich bei dem Schock des Vaters nicht mehr um ein allgemeines Lebensrisiko (s.o.). Damit ist der Erfolg zurechenbar.

- bb) Der **Kausalverlauf** ist auch nicht durch das Verhalten des Kindes **unterbrochen**.

Damit hat R als Halter des Pferdes durch das Unterlassen der notwendigen Sicherungen in haftungsbegründender Art und Weise die Gesundheit der O verletzt.

#### 4. Rechtswidrigkeit

Diese Verletzung müsste auch rechtswidrig sein.

- a) Beim **Unterlassen** wird die Rechtswidrigkeit nur indiziert, wenn eine **Rechtspflicht zum Handeln** bestand.

Wird nach richtiger Ansicht bereits wie hier im Rahmen der c.i.c. bei der Verletzungshandlung (hier Unterlassen, s.o.) bejaht, dass eine Pflicht zum Handeln bestand, so treten dann im Rahmen der Rechtswidrigkeit keine Unterschiede zwischen positivem Tun und Unterlassen auf.

Die Verletzung des Rechtsguts indiziert die Rechtswidrigkeit, es sei denn, es greifen Rechtfertigungsgründe ein.

- b) Folgt man der anderen Ansicht<sup>16</sup>, wird die Pflicht zum Handeln erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit erörtert. Vom praktischen Ergebnis gesehen, ist der Meinungsstreit von geringer Bedeutung.

**hemmer-Methode:** Punkten Sie hier dadurch, dass Sie knapp auf den Streit hinweisen und zu erkennen geben, dass Ihnen die Konsequenzen des akademischen Meinungsstreits bekannt sind!

#### 5. Verschulden

R handelte unter Außerachtlassung der Verkehrsüblichen Sorgfalt, die bei einem kranken Pferd geboten wäre, und damit fahrlässig i.S.d. § 276 II BGB.

#### 6. Haftungsausfüllende Kausalität

Die Behandlungskosten und der immaterielle Schaden (Schmerzensgeld) sind adäquat kausal als Folge der Körperverletzung entstanden.

#### 7. Mitverschulden

Ein Mitverschulden des O gem. § 254 BGB ist in Anbetracht der Schwere der Pflichtverletzung des R gering (s.o.).

Entsprechend seinem Mitverschuldensanteil ist der Anspruch zu reduzieren.

### III. Ansprüche des O aus § 833 S. 1 BGB

O könnte gegen R ein Anspruch aus Tierhalterhaftung gem. § 833 S. 1 BGB zustehen.<sup>17</sup>

Danach besteht der Schadensersatzanspruch aus § 833 S. 1 BGB, wenn durch das typische Verhalten eines Tieres die Gesundheit beeinträchtigt wird.

<sup>16</sup> Vgl. Medicus/Petersen, Rn. 647.

<sup>17</sup> Hemmer/Wüst, Deliktsrecht II, Rn. 223 ff.

**hemmer-Methode:** Häufig wird § 833 BGB vergessen. Beim Auto an §§ 7, 18 StVG denken, beim Tier an §§ 833 ff. BGB. Wie so oft in Klausuren braucht hier die Abgrenzung Luxus- oder Nutztier wegen des Verschuldens nicht vorgenommen werden. Dies ist darüber hinaus auch nicht immer leicht. So hält in einer Examensklausur jemand Damwild (!) in einem Gehege. Unklar war zum Luxus oder als Nutztiere. Da aber das Schloss zum Gehege nicht regelmäßig kontrolliert wurde und abfiel, lag beim Ausbruch des Damwilds Verschulden vor und die Frage konnte offenbleiben, da jedenfalls § 833 S. 2 BGB eingreift.

- § 833 BGB unterscheidet zwischen Gefährdungshaftung für Luxustiere (§ 833 S. 1 BGB) und vermuteter Verschuldenshaftung mit Exkulpationsmöglichkeit bei Haus- oder Nutztieren (§ 833 S. 2 BGB). Zur Erzielung von Gewinn gehaltene Reitpferde auf einem Ponyhof sind Tiere, die der Erwerbstätigkeit i.S.d. § 833 S. 2 BGB dienen.<sup>18</sup> Dem R gelingt aber der Entlastungsbeweis nach § 833 S. 2 BGB nicht, da er als Halter des Pferdes schuldhaft das kranke Pferd trotz des bevorstehenden Besuches nicht in die Box gestellt hat. Dies war auch kausal für den Schadenseintritt bei M. Damit ist der Haftungstatbestand des § 833 BGB gegeben.
- Fraglich ist aber, ob auch sog. mittelbare Schäden, wie der Schock des Vaters O und die daraus entstandenen Kosten für die Psychotherapie, vom Zurechnungszusammenhang des § 833 BGB gedeckt sind.  
  
Konsequenterweise ist dies ebenso wie bei § 823 I BGB zu bejahen. Zum einen sind der „Schockschaden“ des O und als dessen Folge die Behandlungskosten adäquat kausal durch die Kopfverletzung der Tochter verursacht worden. Zum anderen ist bzgl. des „Schockschadens“ keine andere Bewertung zulässig als bei § 823 I BGB. Zumindest bei nahen Angehörigen genügt die sog. psychische Kausalität. Dem deliktisch Haftenden wird der Schock zugerechnet.
- Neben dem Ersatz für die Behandlungskosten (§ 249 II S. 1 BGB) steht dem O auch ein Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld („Schmerzensgeld“) gem. § 253 II BGB zu.
- Ein geringes Mitverschulden gem. § 254 I BGB kommt wie bei § 823 BGB in Betracht.

#### IV. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

Daneben besteht ein Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB, der insoweit ein Schutzgesetz darstellt.

#### V. Ergebnis

Somit stehen dem O gegen R Ansprüche aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB („c.i.c.“), § 823 I BGB, § 833 BGB, § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB auf Ersatz der entstandenen Behandlungskosten gemäß § 249 II S. 1 BGB, sowie ein Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld nach § 253 II BGB zu. Diese Ansprüche sind wegen des Mitverschuldens des O geringfügig zu reduzieren.

#### Ansprüche der M gegen R

Die Eltern, hier L und O, vertreten gem. §§ 1626 I S. 2, 1629 I S. 2 HS 1 BGB als Gesamtvertreter ihr Kind in Vermögensangelegenheiten, insbesondere in Rechtsstreitigkeiten.

#### I. Ansprüche aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II Var. 2 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB allein könnten nach h.M. einen Anspruch der M nicht begründen, denn Voraussetzung für die §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB ist, dass der Geschädigte die Vertragsanbahnung als möglicher Kontrahent vornimmt.<sup>19</sup>

Da bei M bereits wegen §§ 104 Nr. 1, 105 I BGB keine Vertragsanbahnung stattfand, kommt als Anspruchsgrundlage §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB i.V.m. **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** in Betracht.

**Anmerkung:** Zur Schutzwirkung eines Anwaltsvertrages lesen Sie **BGH, Life&LAW 12/2020, 801 ff. = jurisbyhemmer.**

Über diese Konstruktion kann ein Vertrag **Drittwirkung entfalten.**

**hemmer-Methode:** Während beim Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB), der Dritte einen Leistungsanspruch (Primäranspruch) und Sekundäransprüche (hier Schadenserstattung) wie der Vertragspartner erhält, begründet der Vertrag mit Schutzwirkung lediglich vertragliche Sekundäransprüche.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht AT, Rn. 212.

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch Tyroller, Der Dritte in der Klausur (Teil 2), Life&LAW 06/2015, 446 ff.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1986, 2501

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 10

Strittig ist, ob als Rechtsgrundlage für den VSD § 311 III BGB heranzuziehen ist. Dies wird von einigen Stimmen in der Lehre wegen des Wörtchens „zu“ in § 311 III S. 1 BGB vertreten, weil sich daraus ergebe, dass Dritten Ansprüche zustehen können.

Nach vorzugswürdiger Ansicht regelt diese Norm wegen § 311 III S. 2 BGB und der Sachnähe zur c.i.c. nur die Eigenhaftung des Vertreters aus c.i.c.

Nach wie vor besteht aber der Streit, ob es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung um eine ergänzende Vertragsauslegung (so der BGH) oder um eine an § 242 i.V.m. § 328 I BGB orientierte richterliche Rechtsfortbildung handelt.

Für letztere Ansicht spricht, dass damit das vorvertragliche Schuldverhältnis mit Schutzwirkung (c.i.c. i.V.m. VSD) besser erklärt werden kann.

*Letztlich handelt es sich dabei aber um ein rein akademisches Problem. Selbst wenn § 311 III BGB den Vertrag mit Schutzwirkung regeln sollte, so sind dort nicht dessen Voraussetzungen genannt. Man gewinnt also durch diese Erkenntnis exakt gar nichts.*

1. Damit die vorvertragliche Beziehung zwischen L und O auf der einen Seite und R auf der anderen Seite Schutzwirkung zugunsten der M entfaltet, ist zunächst „**Leistungsnähe**“ erforderlich.

**hemmer-Methode:** Der Begriff der Leistungsnähe ist hier etwas ungenau, da es im vorvertraglichen Bereich noch gar keine Leistungspflichten gibt, sondern lediglich nicht leistungsbezogene Pflichten i.S.d. § 241 II BGB.

Leistungsnähe liegt dann vor, wenn der Dritte den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen in gleicher Weise ausgesetzt ist wie die Vertragspartner.

M war bei der Besichtigung des Grundstücks mit anwesend, Leistungsnähe liegt damit vor.

2. Weiterhin müsste die sog. „**Gläubignähe**“ gegeben sein.

Diese liegt jedenfalls immer dann vor, wenn der Vertragspartner aufgrund eines „personenrechtlichen Einschlags“ auch für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich ist.

Dieses Kriterium wurde von der Rspr. in jüngster Zeit erweitert bzw. aufgegeben.

In Anbetracht der Tatsache, dass damit die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung aus-

zufern droht, ist diese Erweiterung nicht unumstritten.

Liegt allerdings, wie hier, der personenrechtliche Einschlag im Verhältnis Eltern - Kind vor, ist ein typischer Fall des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegeben.

3. Da der Vertrag mit Schutzwirkung für R eine Risikoerhöhung darstellt, musste dies für ihn auch **erkennbar** sein.

Da die L und O die M zur Besichtigung mitgebracht hatten, war es für R auch ersichtlich, dass sich die Schutzwirkung auf die M erstreckt.

4. Da der M keine eigenen (quasi-) vertraglichen Ansprüche zustehen, ist auch deren **Schutzwürdigkeit** zu bejahen.

**Anmerkung:** Zur fehlenden Schutzwürdigkeit lesen Sie **BGH, Life&LAW 06/2014, 397 ff.** = jurisbyhemmer.

Damit liegen die Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor.

**hemmer-Methode:** Der Prüfungspunkt „Schutzbedürftigkeit“ ist in der vorliegenden Fallkonstellation kurz abzuhandeln. Häufig wird viel zu schablonenhaft geprüft. Fassen Sie sich deshalb hier kurz, es handelt sich um einen klassischen Anwendungsfall des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Die Rechtsprechung diskutiert das Merkmal Schutzbedürftigkeit in dem Sonderfall, bei dem ein inhaltsgleicher Anspruch des Dritten gegen den Gläubiger (hier L und O) besteht. Ein solcher (quasi-) vertraglicher Anspruch besteht hier nicht.

5. Das Unterlassen des R, die notwendigen Sicherungsmaßnahmen vorzunehmen, war auch kausal für die eingetretenen Verletzungen und die als Folge entstandenen Arzt- und Krankenhauskosten.

6. An der Zurechenbarkeit des Schadens fehlt es auch dann nicht, wenn man berücksichtigt, dass die M das Pferd ungeschickt an den Nüstern gepackt hat.

Kleinkinder sind sich der Gefahr nicht bewusst, die von Tieren ausgehen kann (Rechtsgedanke der §§ 104 Nr. 1, 828 I BGB). Dass ein Kind ein Pferd, aus welchen Gründen auch immer, reizt, ist nicht außergewöhnlich.

R musste mit Kindern auch rechnen, da sich für einen Reiterhof häufig Eltern mit Kindern interessieren.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 11

Der Zurechnungszusammenhang i.R.d. §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung war daher nicht unterbrochen, weil die M das Pferd gereizt hat.

7. Da R rechtswidrig und schuldhaft (s.o.) im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses die notwendigen Sicherungsmaßnahmen unterließ, haftet er grundsätzlich für die Heilungskosten als adäquat entstandener Schaden.
8. Der Schaden der M könnte entfallen sein, wenn ihre Eltern, wovon auszugehen ist, die Arzt- und Krankenhauskosten bereits bezahlt haben.

**Anmerkung:** Versicherungen bleiben in der Klausur regelmäßig außer Betracht.

M müsste sich diese Zahlung möglicherweise als **Vorteil anrechnen** lassen.

Dies würde allerdings dazu führen, dass der Schädiger auf Kosten der unterhaltspflichtigen Eltern unbillig entlastet würde. Um eine derartige Besserstellung zu vermeiden, bestimmt § 843 IV BGB, dass eine Vorteilsanrechnung nicht in Betracht kommt.

§ 843 IV BGB enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch über das Deliktsrecht hinaus Anwendung findet: **Es findet grundsätzlich keine Vorteilsanrechnung statt!**

**hemmer-Methode:** Verknappung der Sprache! Lernen Sie durch kurze prägnante Sätze und schulen Sie dadurch Ihr Abstraktionsvermögen. So sind Sie in der Klausur schneller.

9. Vorteilsanrechnung kommt auch insoweit in Betracht, als das verletzte Kind sich infolge des Krankenhausaufenthaltes **ersparte Unterhaltsleistungen** (hier der Eltern, z.B. Verpflegung) anrechnen lassen muss.

Da bei den Eltern ein eigener Anspruch fehlt, bei dem der Vorteil angerechnet werden könnte, muss bei den ersparten Aufwendungen auf den Anspruch des Kindes abgestellt werden.

Nur bei ihm kann der Vorteil Berücksichtigung finden.

**hemmer-Methode:** Ein Problem für „Freaks“! Geben Sie sich aber nicht mit weniger zufrieden. Nur wer einmal gutgelöste Fälle bearbeitet hat, weiß, was der optimale Erwartungshorizont beim Korrektor ist.

*Etwas unscharf Medicus/Petersen, BR, Rn. 861, die davon sprechen, dass „auf die Eltern abgestellt werden müsse.“<sup>21</sup>*

*Bei Grüneberg, Vorb. v. § 249 BGB, Rn. 93 steht unter dem Oberbegriff Vorteilsanrechnung: Ersparte Aufwendungen sind wegen des engen Zusammenhangs mit dem entstandenen Nachteil nach der Differenzhypothese grundsätzlich anzurechnen.*

*Im Ergebnis besteht wenigstens Einigkeit, dass die ersparten häuslichen Aufwendungen berücksichtigt werden. Insoweit findet eine Vorteilsanrechnung statt!*

10. Damit besteht ein Schaden der M in Höhe der Heilungskosten abzüglich der ersparten Verpflegungskosten, § 249 II S. 1 BGB. Wegen der erlittenen Körperverletzung steht der M wegen § 253 II BGB auch ein angemessenes Schmerzensgeld zu.
11. Der Schadensumfang könnte jedoch im Falle eines Mitverschuldens gem. § 254 BGB gemindert werden.
  - a) Ein Mitverschulden der M als sog. Verschulden gegen sich selbst kommt nach h.M. nach dem Rechtsgedanken des § 828 I BGB nicht in Betracht.

Als Vierjährige ist M deliktsunfähig (§ 828 I BGB) und gemäß § 276 I S. 2 BGB verschuldensunfähig.

Nach nahezu einhelliger Ansicht setzt ein Mitverschulden auch die Zurechnungsfähigkeit voraus, die analog § 828 I BGB bei M zu verneinen ist.<sup>22</sup>

Damit ist M für ihren Mitverursachungsanteil nicht verantwortlich, da ein vierjähriges Kind nicht die Fähigkeit zur Einsicht hat, dass man sich selbst vor Schaden zu bewahren hat.<sup>23</sup>

- b) In Betracht kommt weiter eine Zurechnung des Mitverschuldens der Eltern als gesetzliche Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB), § 254 I i.V.m. §§ 254 II S. 2, 278 S. 1 Alt. 1 BGB.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> So auch OLG Celle, NJW 1969, 1765f

<sup>22</sup> Grüneberg, § 254 BGB, Rn. 9; MüKo, § 254, Rn. 34.

<sup>23</sup> Grüneberg, § 254 BGB, Rn. 13.

<sup>24</sup> Hemmer/Wüst, Schadensersatzrecht III, Rn. 257 ff.

**Anmerkung:** Über den Wortlaut des § 254 II S. 2 BGB hinaus kann nicht nur das Mitverschulden gesetzlicher Vertreter und von Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) zugerechnet werden, sondern analog § 831 BGB auch das Verschulden von Verrichtungsgehilfen bzw. analog § 31 BGB das Mitverschulden von Organen.<sup>25</sup>

Nach allgemeiner Ansicht ist § 254 II S. 2 BGB wie ein dritter Absatz zu lesen und damit auch auf ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung, § 254 I BGB, anzuwenden.

§ 254 II S. 2 BGB stellt eine **Rechtsgrundverweisung** dar, sodass die Voraussetzungen des § 278 BGB vorliegen müssen.

§ 278 S. 1 BGB verlangt eine Sonderverbindung (Schuldverhältnis) zwischen der Geschädigten M und Schädiger R.<sup>26</sup>

Für diese Sonderverbindung ist die c.i.c. in Verbindung mit Vertrag mit Schutzwirkung als vorvertragliches Schuldverhältnis ausreichend. Wer die Vorteile des Vertrages mit Schutzwirkung hat, muss auch die Nachteile in Kauf nehmen.

Damit muss sich M ein Mitverschulden ihrer Eltern als gesetzliche Vertreter gem. §§ 254 II S. 2, 278 S. 1 Alt. 1 BGB zurechnen lassen.

Die Eltern haben laut Hinweis im Sachverhalt leicht fahrlässig ihre Aufsichtspflicht verletzt und damit schuldhaft i.S.d. § 276 II BGB gehandelt.

Das Verschulden der Eltern wird auch nicht durch § 1664 I BGB ausgeschlossen, da diese Vorschrift nur im Verhältnis zum Kind gilt.

Allerdings wird die Tatsache, dass beide Elternteile ein Mitverschulden trifft, nicht kumulativ berücksichtigt.

- c) Man könnte auch an eine Anspruchsminde- rung entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 334, 846 BGB denken.

Danach wird dem geschädigten Dritten das Mitverschulden des Gläubigers angerechnet. Die entsprechende Anwendung der §§ 334, 846 BGB ist aber nur dann von Bedeutung, wenn es am zurechenbaren Mitverschulden gem. § 278 BGB fehlt.

### II. Anspruch aus § 823 I BGB

1. Der Tatbestand des § 823 I BGB ist erfüllt. R hat durch seine Pflichtverletzung die Körperverletzung der M rechtswidrig und schuldhaft verursacht.
2. Der Schaden in Form der Heilungskosten ist auch kausal entstanden und damit nach § 249 II S. 1 BGB zu ersetzen. Gleiches gilt für das Schmerzensgeld, § 253 II BGB.
3. Ein Mitverschulden gem. § 254 I BGB der M entfällt (vgl. oben).

Demzufolge entfällt auch eine Haftungsminde- rung aus dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr.

4. Fraglich ist aber, ob das Mitverschulden der Eltern im Rahmen des Anspruches aus § 823 I BGB zu einer Kürzung des Anspruches der M führt.

- a) Da es sich bei § 254 II S. 2 BGB um eine Rechtsgrundverweisung auf § 278 BGB handelt, ist für die Anwendbarkeit von § 278 BGB eine bestehende Sonderverbindung zwischen dem Geschädigten M und dem Schädiger R erforderlich.

§ 278 BGB setzt damit eine Sonderverbindung im Zeitpunkt der Handlung voraus. Die unerlaubte Handlung führt aber erst dazu, dass eine gesetzliche Sonderverbindung der §§ 823ff BGB entsteht.

Der (Vor)Vertrag mit Schutzwirkung kann im Rahmen **des deliktischen Anspruches** nicht als ausreichende quasivertragliche Sonderverbindung angesehen werden.<sup>27</sup>

Zum einen stünde M bei Vorliegen eines Ver- trages mit Schutzwirkung im Recht der uner- laubten Handlung schlechter als ohne eine solche vertragliche Beziehung.

Es ist aber gerade Aufgabe des Vertrages mit Schutzwirkung, die Stellung des Einbezoge- nen zu verbessern, nicht sie zu verschlech- tern.<sup>28</sup>

Zum anderen ist § 278 BGB auf deliktische Ansprüche grundsätzlich unanwendbar, weil die Verantwortlichkeit für Dritte abschließend in §§ 831, 832 BGB geregelt ist.

<sup>25</sup> Grüneberg, § 254 BGB, Rn. 49 und Rn. 50.

<sup>26</sup> Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 213 a.E.

<sup>27</sup> Anders wohl BGH, NJW 1968,1323

<sup>28</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 871.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 13

**Anmerkung:** Wenn die deliktische Haftung nach §§ 823 I, 249 BGB, z.B. nach einem Unfall, bereits besteht und der Geschädigte (ausnahmsweise) vom deliktisch Haftenden Beseitigung der Unfallschäden verlangt und dieser einen Erfüllungsgehilfen mit der Reparatur beauftragt hat, so kommt eine Haftung aus § 280 I BGB wegen Pflichtverletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses aus §§ 823 I, 249 I BGB in Betracht. In diesem Fall kann das Verschulden z.B. einer Werkstatt bei der Schadensbeseitigung gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zugerechnet werden. Der Satz „§ 278 BGB ist bei §§ 823ff BGB nie anwendbar,“ ist also falsch!

- b) Fehlt wie hier eine beachtliche rechtliche Sonderverbindung, so kommt i.R.d. § 254 II S. 2 BGB eine analoge Anwendung von § 831 I S. 1 BGB bzw. § 31 BGB in Betracht.

Die Eltern sind aber **keine Verrichtungsgehilfen** und auch **kein Organ** des Kindes.

Daher kommt nach richtiger Meinung eine Anrechnung des Mitverschuldens der Eheleute nicht in Betracht.

**hemmer-Methode:** Nur bei Ablehnung der Anrechnungsmöglichkeit des Mitverschuldens der Eltern im Rahmen des Deliktsrechts kommt man zu den Grundsätzen des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs.

Nach der a.A. bedarf es in diesem Fall der Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs nicht, da über §§ 254 II S. 2, 278 BGB auch im deliktischen Bereich schon eine Minderung eintritt.

Schreiben Sie für den Ersteller der Klausur. Versetzen Sie sich in die Gedanken des Erstellers der Klausur und versuchen Sie, Ihre Lösung dessen Ideen anzunähern. Die Erörterung wesentlicher Problemkreise im Hilfsgutachten, hier die gestörte Gesamtschuld, ist i.d.R. nicht gewollt.

5. Es könnten jedoch **Bedenken gegen eine volle Ersatzpflicht** des R bestehen, wenn dem R im Fall einer 100%igen Inanspruchnahme kein Regressanspruch gegen die Eltern gem. § 426 I, II BGB zustünde:

- a) Auch die Eltern haben fahrlässig durch Verletzung der Aufsichtspflicht die Körperverletzung der M mitverursacht.

Grundsätzlich könnten sie deshalb der M aus §§ 823 I; 823 II BGB i.V.m. 229 StGB sowie aus § 1664 BGB (eigene Anspruchsgrundlage, entgegen dem Wortlaut!) ersatzpflichtig sein.

R könnte dann im Innenverhältnis gem. § 426 I; II BGB von den L und O Ausgleich verlangen.

- b) Für die Haftung der Eltern kommt jedoch der Haftungsmaßstab des **§ 1664 I BGB** in Betracht.

- aa) Fraglich ist, ob dieser Haftungsmaßstab auch bei einer Aufsichtspflichtverletzung der Eltern gilt. Einer Ansicht nach ist dies nicht der Fall, weil der Schutzzweck der Aufsichtspflicht eine **objektive** Bestimmung der Pflichtanforderungen verlange.

Überzeugender ist jedoch die Gegenansicht, der zufolge das Haftungsprivileg des **§ 1664 I BGB** auch auf Verletzungen der Aufsichtspflicht Anwendung findet.

Dafür spricht der Wortlaut des § 1664 BGB, der keinen Ausschluss von Aufsichtspflichtverletzungen erkennen lässt. Es ist nicht anzunehmen, dass das Gesetz in § 1664 BGB eine Haftungsmilderung für die Ausübung der elterlichen Sorge anordnet und einen zentralen Bereich dieser elterlichen Sorge, nämlich die Aufsichtspflicht, davon ausnehmen will, ohne dies ausdrücklich anzuordnen.<sup>29</sup>

- bb) Dieser Maßstab findet auch im Rahmen der §§ 823 ff. BGB Anwendung: Die Eltern haften danach nur für die sog. *diligentia quam in suis* (= eigenübliche Sorgfalt), vgl. § 277 BGB.

Da L und O in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflegen (vgl. SV), hält sich deren Nachlässigkeit im Rahmen der eigenüblichen Sorgfalt! Da hier nur leichte Fahrlässigkeit der Eltern vorliegt, scheidet ein Anspruch des M gegen die Eltern aus.

- c) Die Eltern sind dann neben R nicht Gesamtschuldner. Die Haftungsbeschränkung geht dann zu Lasten des R, der bei ihnen keinen Rückgriff nehmen kann („**gestörte Gesamtschuld**“).<sup>30</sup>

Fraglich ist also, zu wessen Lasten sich die Störung einer Gesamtschuld und die damit verbundene Regressbehinderung auswirken soll. Im Wesentlichen sind hier drei Lösungswege denkbar:

<sup>29</sup> Strittig, vgl. MüKo § 1664, Rn. 11f.

<sup>30</sup> Hemmer/Wüst, **Schadensersatzrecht III, Rn. 267 ff.**; einen anderen Ansatz zur gestörten Gesamtschuld liefert Stamm, „Die Bewältigung der gestörten Gesamtschuld“, in NJW 2004, 811 ff. Diese Ansicht eignet sich aber wohl nur als Zitat in einer Hausarbeit.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 14

⇒ Die Geschädigte M kann den nicht privilegierten Schädiger R in vollem Umfang in Anspruch nehmen, ohne dass diesem ein Regressanspruch gegen die privilegierten Mitschädiger L und O zusteht.

⇒ Die Privilegierung wird nur im Verhältnis der Geschädigten M zu den privilegierten Schädigern L und O, nicht aber im Verhältnis zwischen den Schädigern berücksichtigt. Damit kann die Geschädigte M zwar den nicht privilegierten Schädiger R in vollem Umfang in Anspruch nehmen. Diesem steht aber im Innenverhältnis gegen die privilegierten Schädiger L und O ein Ausgleichsanspruch nach dem Modell des § 426 I BGB zu.

⇒ Man belastet die Geschädigte M, indem man ihren Ersatzanspruch von vornherein um die Quote kürzt, die im Innenverhältnis zwischen den beiden Schädigern auf die privilegierten Schädiger L und O entfallen würde.

Welches Lösungsmodell vorzugswürdig ist, wird unterschiedlich beantwortet. Nach ganz h.M. wird differenziert zwischen gesetzlichen und vertraglichen Haftungsprivilegierungen.

- aa) Ist die Entstehung einer den Regress nach § 426 I BGB ermöglichenden Gesamtschuld durch eine **vertragliche Haftungsfreistellung** gestört, so kann dies nicht zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers gelöst werden.

Könnte der Geschädigte diesen in vollem Umfang in Anspruch nehmen, ohne dass dieser die Möglichkeit hat, bei dem privilegierten Mitschädiger Regress zu nehmen, hätte die vereinbarte Haftungsfreistellung **belastende Wirkung für Dritte**, da sie den Drittschädiger zu 100 % belasten und diesem gleichzeitig den gesetzlichen Rückgriffsanspruch nach § 426 I BGB abschneiden würde. Dies käme einem Vertrag zu Lasten Dritter sehr nahe.<sup>31</sup>

**Anmerkung:** Nach Ansicht des BGH wirkt die Haftungsfreistellung nur „inter partes“ zwischen dem Geschädigten und dem privilegierten Schädiger. Der BGH fingiert hier für den Regress im Innenverhältnis das Bestehen einer Gesamtschuld.

Damit führt der fingierte Gesamtschuldnerausgleich des BGH zu einem „**Regresskreisel**“:

▪ Der Geschädigte nimmt den nicht privilegierten Gesamtschuldner voll in Anspruch.

▪ Dieser nimmt über § 426 I BGB aufgrund einer fingierten Gesamtschuld Regress beim privilegierten Schädiger.

▪ Dem in Regress genommenen privilegierten Schädiger steht dann aber seinerseits in der Höhe seiner Inanspruchnahme ein Rückgriffsanspruch gegen den Geschädigten zu.<sup>32</sup>

- bb) Bei **gesetzlichen Haftungsprivilegierungen**, hier § 1664 I BGB, greift das Argument mit dem Verbot eines Vertrages zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers nicht ein.

- (1) Die Lösung über eine fingierte Gesamtschuld wird bei gesetzlichen Haftungsprivilegierungen heute regelmäßig verneint.

Diese Lösung ist ungerecht, da privilegierte Schädiger (hier L und O) dann schlechter stünden, als wenn sie den Schaden allein verursacht hätten.

Im Fall der Alleinverursachung würde wegen § 1664 I BGB eine Haftung ausscheiden, während sie neben einem Mitschädiger über § 426 BGB anteilig haften müssten.

Damit wäre aber der Haftungsausschluss des § 1664 BGB im Verhältnis der Gesamtschuldner wirkungslos.

Auch der BGH lehnt bei gesetzlichen Haftungsprivilegierungen die Fiktion eines gesamtschuldnerischen Innenausgleichs ab.<sup>33</sup>

Anders als bei den vertraglichen Haftungsmilderungen sei bei den gesetzlichen die Fiktion einer Gesamtschuld im Innenverhältnis abzulehnen, weil diese nicht der individuellen Gestaltung überlassen sind.

- (2) Bei einem **gesetzlichen Haftungsprivileg** werden daher **nur zwei Lösungsmöglichkeiten** vertreten.

⇒ Entweder kann der Geschädigte den nicht privilegierten Schädiger in vollem Umfang in Anspruch nehmen, ohne dass diesem ein Regressanspruch gegen den privilegierten Mitschädiger zusteht (hier Lösung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers R).

⇒ Oder man belastet den Geschädigten, indem man seinen Ersatzanspruch von vornherein um die Quote kürzt, die im Innenverhältnis auf den privilegierten Schädiger (V) entfallen würde (hier Lösung zu Lasten der Geschädigten M).

<sup>31</sup> BGH, NJW 1990, 1361 (1362 a.E.) = jurisbyhemmer.

<sup>32</sup> Zur Lösung der gestörten Gesamtschuld bei einem vertraglichen Haftungsprivileg und zur Ansicht der Literatur vgl. ausführlicher **Tyroller**, Der Dritte in der Klausur (Teil 8) – Die gestörte Gesamtschuld, **Life&LAW 02/2018, 127 ff.**

<sup>33</sup> BGHZ 35, 317 ff. = jurisbyhemmer.

## SchuldR-AT

## Fall 18 - Lösung - Seite 15

- (a) Der **BGH** vertritt zu § 1664 I BGB die Lösung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers (R).<sup>34</sup>

Der BGH bejaht also letztlich eine volle Inanspruchnahme des R durch die M, ohne dass dem R ein Rückgriffsanspruch gegen L und O zusteht.

- (b) Die **h.L.** löst den Konflikt zu Lasten der Geschädigten M, indem sie deren Ersatzanspruch um den Anteil der freigestellten Erstschädigers L und O kürzt.

Dieser Anteil entspricht dem Betrag, den der nicht privilegierte Schädiger R ohne den Haftungsausschluss durch den Rückgriff nach § 426 BGB hätte ersetzt verlangen können. Dabei gilt § 254 BGB als andere Bestimmung i.S.d. § 426 I BGB.

Belastet wird daher die geschädigte Tochter M und damit diejenige, deren Interessen durch den gesetzlichen Haftungsausschluss ohnehin abgewertet sind.<sup>35</sup>

- (c) **Für die Ansicht des BGH sprechen vor allem Wertungsgesichtspunkte:**

Nach der Lösung in der Literatur würde das geschädigte Kind bei einem Verhalten seiner Eltern, das als leicht fahrlässig die Schwelle des § 277 BGB noch nicht erreicht hat, eine Kürzung seines Ersatzanspruchs hinnehmen müssen, bei grobem Verschulden seiner Eltern dagegen nicht. Dieses Ergebnis leuchtet nur schwer ein.<sup>36</sup>

Im Übrigen führt die Kürzung des Anspruchs der M um den Mitverschuldensanteil von L und O dazu, dass die im Gesetz verankerte Regelung zur Zurechnung des Mitverschuldens Dritter in § 254 II S. 2 BGB völlig ignoriert und faktisch außer Kraft gesetzt wird.

Letztlich stehen hinter der Entscheidung des BGH für die volle Inanspruchnahme des Zweitschädigers ohne Regressmöglichkeit eine Privilegierung der Familienmitglieder und die Absicht der Erhaltung des Familienfriedens.

Dieser wäre bei einer Kürzung des Anspruchs gleichermaßen gefährdet wie bei einer Lösung über eine fingierte Gesamtschuld.

Der BGH versteht damit § 1664 BGB auch als Schutznorm für die gesamte Familie gegen Ansprüche Dritter.<sup>37</sup>

**Ergebnis:** Nach zutreffender Ansicht des BGH wirkt sich die Störung einer Gesamtschuld und die damit einhergehende Regressbehinderung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers R aus. M kann daher von R Schadensersatz in voller Höhe verlangen (a.A. natürlich sehr gut vertretbar).

### III. Anspruch aus § 833 BGB

Der Tatbestand des § 833 BGB ist gegeben, s.o. R haftet für die entstandenen Heilungskosten und auf Schmerzensgeld aus § 833 BGB.

Bzgl. des Umfangs des Schadensersatzanspruchs vgl. oben II.5.

**Anmerkung:** Beachten Sie, dass nach der Ansicht des BGH über § 1664 I BGB auch ein verschuldensunabhängiger Anspruch aus § 833 S. 1 BGB ausgeschlossen wird. Lesen Sie dazu **BGH, Life&LAW 05/2021, 297 ff. = NJW 2021, 778 ff. = jurisbyhemmer.**

### IV. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

M hat weiterhin einen Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB auf Ersatz der Heilungskosten und ein angemessenes Schmerzensgeld. Bzgl. des Umfangs des Schadensersatzanspruchs s.o. II.5.

### V. Ergebnis

M hat Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten gegen R aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, § 823 I BGB, § 823 II i.V.m. § 229 StGB und § 833 BGB.

Die Ersatzpflicht erstreckt sich auch auf ein angemessenes Schmerzensgeld, § 253 II BGB.

<sup>34</sup> BGH, NJW 1969, 236 ff.; BGH, NJW 1973, 1648 ff.; BGH, NJW 1987, 2669 ff.; BGH, NJW 1988, 2267 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>35</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 933.

<sup>36</sup> BGH, NJW 1988, 2267 (2269) = **jurisbyhemmer**.

<sup>37</sup> Hager, NJW 1989, 1640 (1647).

### Exkurs: Regressansprüche der Eltern gegen R

Aufgrund der Unterhaltsverpflichtung sind die Eltern dem Kind gegenüber zur Veranlassung ärztlicher Betreuung verpflichtet. In der Regel werden sie dadurch Vertragspartner. Dem Kind stehen dann dem Arzt gegenüber nur Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung oder zugunsten Dritter zu. Die Verpflichtung der Eltern zur Übernahme der Kosten und eventuell bereits erfolgte Zahlung könnte zu einem Regressanspruch der Eltern gegen R führen.

#### **1. Anspruch aus GoA:**

In Betracht kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683, 670 BGB.

Die Bezahlung der Kosten müsste dann aber auch ein Geschäft für den R darstellen. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn R durch die Bezahlung der Eltern von seiner Verpflichtung gegenüber der M befreit wird.

Da aber im Hinblick auf die übernommenen Krankenhauskosten eine Vorteilsanrechnung wegen § 843 IV BGB ausscheidet, fehlt es an einem Geschäft für einen anderen.

#### **2. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB**

Dazu müsste R in sonstiger Weise von einer Verbindlichkeit befreit worden sein. Da wegen der fehlenden Vorteilsanrechnung (§ 843 IV BGB) dies nicht der Fall ist, hat er nichts erlangt.

#### **3. Anspruch aus § 426 I BGB und § 426 II, I BGB**

Unabhängig davon, ob tatsächlich Ansprüche des Kindes gegen die Eltern bestehen (§§ 280 I, 241 II BGB (elterliche Sorge als rechtliche Sonderverbindung), §§ 823 ff BGB bzw. § 1664 BGB (der eine eigene AGL darstellen soll) fehlt es für die Annahme einer Gesamtschuld an der wechselseitigen Tilgungswirkung. Bei einer Zahlung der Eltern wird R nicht befreit da eine Vorteilsanrechnung gem. § 843 IV BGB ausscheidet.

#### **4. Zu einem befriedigenden Ergebnis kommt man nur, wenn die Eltern bei Übernahme der Arztkosten den Anspruch der M gegen R geltend machen können.**

Da es an einer *cessio legis* fehlt, kommt nur eine analoge Anwendung des § 255 BGB in Betracht.

Die Rechte aus § 255 BGB müssen den Eltern auch zustehen, obwohl sie keine Schädiger i.S.d. § 255 BGB sind.

**Grund:** Sie können nicht schlechter stehen als ein Schädiger.

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man auf den Sinn und Zweck der Fürsorgepflicht abstellt.

Daraus ergibt sich, dass die Fürsorgepflichtigen nur in Vorlage treten sollen, aber nicht auf dem Schaden, den ein anderer herbeigeführt hat, ganz oder zum Teil sitzen bleiben sollen. Jedenfalls aus § 1648 BGB analog bzw. § 242 BGB ergibt sich dann eine Verpflichtung des Kindes, den Anspruch an die Eltern abzutreten.

Vertretbar scheint auch die entsprechende Anwendung des § 1648 BGB, da die Unterhaltskosten den Eltern im Ergebnis nicht zur Last fallen sollen, wenn dem Kind Ersatzansprüche gegen Dritte zustehen.

#### **I. Wiederholungsfragen:**

1. *Wie grenzen sich Mit- und Gesamtgläubigerschaft voneinander ab?*
2. *Welche Bedeutung haben die §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB im Verhältnis zu §§ 823 ff. BGB?*
3. *Was spricht dafür, die Pflichtverletzung in einem Unterlassen zu sehen?*
4. *Warum handelt es sich bei den geltend gemachten Fahrtkosten um ein examens-typisches Problem?*
5. *Was spricht für und wider die Kommerzialisierung der bloßen Freizeit?*
6. *Warum könnte der Schaden der Minderjährigen im Rahmen der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB entfallen sein?*
7. *Was gilt bei der Zurechnung des Mitverschuldens der Eltern innerhalb der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB, was bei § 823 BGB?*
8. *Welche Bedenken bestehen gegen die volle Ersatzpflicht des R?*
9. *Welche möglichen Regressansprüche der Eltern kommen in Betracht?*

### II. Arbeitsanleitung:

1. Zur gestörten Gesamtschuld lesen Sie **Tyroller, Der Dritte in der Klausur (Teil 8) – Die gestörte Gesamtschuld, Life&LAW 02/2018, 127 ff.**
2. Zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vgl. **BGH, Life&LAW 06/2014, 397 ff.** sowie **BGH, Life&LAW 03/2018, 153 ff.** sowie **Tyroller, Der Dritte in der Klausur (Teil 8) – Die gestörte Gesamtschuld, Life&LAW 05/2016, 446 (449 ff.).**
3. Zur Anspruchskürzung wegen Verstoßes gegen die Obliegenheit des § 254 II S. 1 BGB zur Schadensgeringhaltung lesen Sie **BGH, Life&LAW 09/2022, 587 ff. = NJW 2021, 3656 ff. = jurisbyhemmer.**
4. Zur Zurechnung einer psychischen Erkrankung eines Polizisten, der an einem Amoklauf unmittelbar beteiligt war, lesen Sie **BGH, Life&LAW 08/2018, 536 ff. = jurisbyhemmer.**
5. Zur Änderung der BGH-Rechtsprechung zum Ersatz von Schockschäden lesen Sie bitte **BGH, Life&LAW 04/2023, 222 ff. = NJW 2023, 983 ff. = jurisbyhemmer.**
6. Zur Schadensersatzpflicht des Betreibers einer Waschanlage lesen Sie **BGH, Life&LAW 03/2025, 145 ff.!**

### Fall 4

Nachdem Flick aus Nürnberg in seiner Autozeitung einen Prospekt der Herstellerfirma „Nixon“ gesehen hatte, in der diese ihr Modell „Reagan“ (Listenpreis 30.000,- €) anpries und dabei u.a. auf eine Höchstgeschwindigkeit von 235 km/h hinwies, begab er sich am 14. Januar in das Autohaus der Händlerin A, um sich diesen Sportwagen zu kaufen.

Beim Verkaufsgespräch äußerte er gegenüber der Verkäuferin mehrmals deutlich, dass es für ihn ganz entscheidend auf die Höchstgeschwindigkeit ankäme und er ansonsten das Auto nicht kaufen würde. Die A erwiderte, sie lege dafür die Hand ins Feuer, dass der Wagen auch die 235 km/h laufe; sie habe ihn selbst oft genug Probe gefahren.

Nachdem er noch den Kaufpreis auf 27.000,- € heruntergehandelt hatte, unterzeichnete Flick noch am selben Tag den Kaufvertrag. In diesem Standardkaufvertrag ist u.a. eine vorgedruckte Regelung enthalten, dass die Gewährleistungsfrist sechs Monate betrage.

Am 21. Januar wurde das Auto an Flick übergeben, und dieser machte sich gleich daran, den Wagen perfekt einzufahren.

Als Flick ca. ein halbes Jahr später am 25. Juli bei einer Spazierfahrt auf der Autobahn zwischen Chemnitz und Dresden von mehreren neuartigen Volkswagen überholt wurde, obwohl er mit Vollgas fuhr, kam ihm die Sache nicht mehr geheuer vor.

Er beauftragte einen Sachverständigen mit der Überprüfung des Wagens, da die Tachoanzeigen – das ist allgemein bekannt – nie ganz verlässlich seien. Dieser fand heraus, dass der Wagen bei Anwendung der üblichen Messkriterien nur 218 km/h Höchstgeschwindigkeit fahre, weil bei der gesamten Serie des nun nicht mehr produzierten Wagens vom Hersteller einige Änderungen an der Motormanagementsoftware vorgenommen worden waren. Abhilfe könne nur durch Austausch dieser Software sowie des Steuerungschips geschaffen werden; diese Maßnahme koste 4.000,- €. Infolge der geringeren Höchstgeschwindigkeit habe das Fahrzeug statt des sonst gegebenen objektiven Werts von 30.000,- € nur einen Marktwert von 28.000,- €.

Als Flick sich daraufhin an die A wandte, erklärte die A, dass sie keinesfalls auf ein solch unsinniges Verlangen eingehen werde; darüber brauche man gar nicht länger zu diskutieren. Die notwendigen Maßnahmen stünden angesichts der Unerheblichkeit der geringeren Höchstgeschwindigkeit völlig außer Verhältnis. Überdies sei es jetzt zu spät, und es sei auch zu berücksichtigen, dass Flick ein halbes Jahr mit dem Auto gefahren sei.

Flick bittet nun darum, Ansprüche auf vollständige bzw. teilweise Rückgewähr des Kaufpreises zu prüfen, bzw. zu klären, ob er nicht evtl. sogar die Zahlung des vollen Listenpreises verlangen könne.

#### **Vermerk für die Bearbeitung:**

In einem Gutachten sind die Zahlungsansprüche des Flick (F) gegen die A zu prüfen.

Es ist davon auszugehen, dass sich der PKW ohne die Motormanagementsoftware und den Steuerungschip nicht starten lässt!

### Fall 5

Die technikbegeisterte Mariam (M) will sich bei der Elektrohändlerin Jupiter-AG (J) einen hochmodernen „smarten“ Kühlschrank des Herstellers X für ihren Privathaushalt kaufen. Hierzu lässt M sich von Igor (I), dem mit Handlungsvollmacht ausgestatteten Geschäftsleiter der J, beraten und kauft sodann den Kühlschrank (Grundpreis: 2.000,- €) inklusive eines bereits aufgespielten Softwarepakets „Smartcool“ (Aufpreis: 300,- €), das insbesondere durch Kameras und Sensoren erkennt, welche Lebensmittel in welchen Abteilen des Kühlschranks eingelagert sind und die Kühltemperatur automatisch optimal anpasst. Der Kühlschrank funktioniert als solcher zwar rein analog, ist aber technisch auf umfassende Software-Erweiterungen vorbereitet, die eine Anbindung an sog. „Smart-Home-Systeme“, eine automatische Erkennung der eingelagerten Lebensmittel, KI-gestützte Erstellung von Einkaufslisten etc. ermöglichen.

Wenige Tage nach dem Erwerb des Kühlschranks muss die M aber feststellen, dass die von ihr zubereitete Guacamole im Wert von insgesamt 25,- €, die M im Kühlschrank eingelagert hatte, vollkommen verdorben ist und entsorgt werden muss, weil die automatische Temperaturregulierung des Kühlschranks hier versagt hat. Dies war für M ohne nähere Prüfung nicht erkennbar.

Am 08. April wendet sich M, die den Kühlschrank in der Zwischenzeit rein analog mit deaktivierter Software nutzt, an die J und verlangt Nachbesserung des Softwarepakets. Es stellt sich heraus, dass es sich um eine von Anfang an vorhandene und bekannte Fehlfunktion der derzeitigen Software-Version handelt, die erst durch die neue Software-Version des Herstellers behoben werden kann. Dieses Software-Update erscheint allerdings erst im August. Vorher könne die J leider nichts machen.

Diese Problematik war dem I aufgrund von Herstellermitteilungen bekannt, bei dem Beratungsgespräch mit M war er allerdings abgelenkt und hat versehentlich auf ihre Frage nach der automatischen Temperaturregulierung nicht darauf hingewiesen. Da M nicht bis zum August auf einen „smart“ funktionierenden Kühlschrank warten will, informiert sie sich selbst im Internet und erklärt am 09. Mai gegenüber I, sie „trete von dem ganzen Kaufvertrag über Kühlschrank und Software zurück“.

Danach kauft M bei einem anderen Händler einen vergleichbaren „smarten“ Kühlschrank des Herstellers Y zum höheren Preis von insgesamt 2.500,- € (2.100,- € Grundpreis und 400,- € Softwareerweiterung). Von J verlangt sie Rückzahlung des gesamten Kaufpreises von 2.300,- € und Ersatz der Mehrkosten für die Ersatzbeschaffung sowie 25,- € für die verdorbene Guacamole.

#### **Vermerk für die Bearbeitung:**

**Frage 1:** Kann M von der J-AG Rückzahlung der 300,- € für das Softwarepaket bzw. 2.000,- € für den Kühlschrank verlangen? Etwaige Gegenansprüche der J-AG sind nicht zu prüfen.

**Frage 2:** Hat M gegen die J-AG einen Anspruch auf Ersatz der verdorbenen Lebensmittel und der Mehrkosten für den Ersatzkühlschrank samt Softwarepaket?

### Fall 4 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 4

#### I. Anspruch auf Rückzahlung nach § 346 I BGB infolge erklärten (§ 349 BGB) Rücktritts nach §§ 323 I, 437 Nr. 2 BGB

##### 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB (+)

##### 2. Problem: Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Mängelrechts?

a) Zu geringe Höchstgeschwindigkeit betrifft digitales Produkt, § 327 I S. 1 BGB

b) Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB

c) Kaufvertrag über eine Ware, § 474 I BGB

aa) Daher Abgrenzung zwischen §§ 327 ff. BGB und 475b, 434 ff. BGB anhand von § 327a II, III BGB erforderlich

Hier: Kaufvertrag über eine Ware mit digitalem Element (§ 327a III S. 1 BGB), weil sich

(1) das Auto ohne Software und Chip nicht starten lässt und damit ohne die digitalen Inhalte seine Funktion nicht erfüllen kann (funktionales Element)

(2) und die Bereitstellung der Software nach Inhalt des Kaufvertrages vom Verkäufer geschuldet war (vertragliches Element) ⇒ wird widerlegbar gem. § 327a III S. 2 BGB vermutet (vgl. auch § 475b I S. 2 BGB)

bb) Nach § 327a III S. 1 BGB sind die §§ 327 ff. BGB daher nicht anwendbar, sondern nur das Kaufrecht, vgl. auch § 475b I BGB

##### 3. Sachmangel zur Zeit des Gefahrüberganges

⇒ (+); da vereinbarte Höchstgeschwindigkeit als vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht wird, entspricht der PKW nicht den subjektiven Anforderungen, § 475b II Var. 1 i.V.m. §§ 475b III Nr. 1, 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

⇒ PKW genügt auch nicht den objektiven Anforderungen gem. § 475b II Var. 2 i.V.m. §§ 475b IV Nr. 1, 434 III S. 1 Nr. 2b) BGB

##### 4. Fristsetzung zur Nacherfüllung?

a) Fraglich, ob in der Erklärung des F eine Fristsetzung (§ 323 I BGB) enthalten war

⇒ kann dahinstehen, wenn Fristsetzung entbehrlich war

b) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 475d I Nr. 1 BGB

aa) Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 I S. 1 BGB (+)

bb) A hat Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist nach der Unterrichtung über den Mangel vorgenommen

⇒ hier wohl (+)

c) Jedenfalls aber: Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 475d I Nr. 4 BGB

⇒ keine Verweigerung der Nacherfüllung nach § 439 IV S. 3 BGB, weil keine absolute Unverhältnismäßigkeit vorlag

⇒ der Grund für die Verweigerung der Nacherfüllung ist aber für § 475d I Nr. 4 BGB unerheblich

Daher: Eine Fristsetzung war vor der Erklärung des Rücktritts entbehrlich

##### 5. Keine Unerheblichkeit, § 323 V S. 2 BGB

⇒ bereits objektiv (+); außerdem wegen Garantie Erheblichkeit immer gegeben!

##### 6. Verfristung nach §§ 218 I, 438 IV BGB?

⇒ (-), da die Verkürzung der Verjährung auf 6 Monate unwirksam war (§ 476 II S. 1 BGB)

##### 7. Rechtsfolge

a) Anspruch des K gegen die A auf Rückzahlung des Kaufpreises, § 346 I BGB

b) Aufrechenbarer (§ 387 BGB) Gegenanspruch der A auf Wertersatz für Nutzungen nach § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB (+)

⇒ aber: Wertreduzierung für Ingebrauchnahme bleibt außer Betracht, § 346 II S. 1 Nr. 3 HS 2 BGB

c) Rückgabe und Rückübereignung des PKW Zug-um-Zug (§§ 348, 320, 322 BGB) gegen Rückzahlung des um den Wertersatz für Nutzungen durch die konkludent erklärte Aufrechnung (§ 388 BGB) gekürzten (§ 389 BGB) Kaufpreisanspruches

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 2

- II. Anspruch aus §§ 441 IV S. 1, I, 323 I, 437 Nr. 2 BGB (Minderung)  
⇒ Voraussetzungen wie oben (+)  
⇒ Minderung gem. § 441 III BGB: 1.800,- €
- III. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 437 Nr. 3 BGB  
⇒ es geht hier um Schadenspositionen, die durch Nacherfüllung behoben würden, d.h. um Schadensersatz statt der Leistung
1. Voraussetzungen des § 281 BGB (+)  
⇒ Fristsetzung gem. § 475d I Nr. 1 bzw. Nr. 4 i.V.m. § 475d II S. 1 BGB entbehrlich (verdrängt § 281 II BGB, vgl. § 475d II S. 2 BGB)
2. Vertretenmüssen i.S.v. § 280 I S. 2 BGB
- a) Bezugspunkt ist die Pflichtverletzung  
⇒ beim Schadensersatz statt der Leistung ist es strittig, ob sich das Vertretenmüssen auf die Lieferung der mangelhaften Sache oder den Ausfall der Nacherfüllung beziehen muss oder ob das Vertretenmüssen einer der beiden Pflichtverletzungen ausreicht (so die h.L.)
- b) Vermutung des Vertretenmüssens des Verkäufers wegen Beschaffenheitsgarantie i.S.d. § 276 I BGB jedenfalls aber nicht widerlegbar
3. Umfang des Schadensersatzes
- a) „Kleiner Schadensersatz“  
⇒ grds. Differenz von „Wert mangelfrei“ und „Wert mangelhaft“, d.h. 2.000,- €  
⇒ wegen Reparaturkosten hier aber 4.000,- €
- b) „Großer Schadensersatz“ statt der ganzen Leistung  
⇒ Erheblichkeit i.S.d. § 281 I S. 3 BGB (+)  
⇒ Erstattung des objektiven Werts der mangelfreien Sache (30.000,- €) gegen Rückgabe der Sache  
⇒ dabei Nutzungersatz wie oben (vgl. § 281 V i.V.m. § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB)
4. Verjährung, § 214 I BGB
- a) 2 Jahre gem. § 438 I Nr. 3, II Alt. 2 BGB
- b) Verkürzung zwar nicht unwirksam nach § 476 II BGB (vgl. § 476 III BGB)
- c) Aber: Berufung auf Vereinbarung wegen der Garantie unzulässig, § 444 Alt. 2 BGB
- d) Außerdem Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 7 und §§ 309 Nr. 8b ff. BGB
- IV. Anspruch aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB?  
⇒ (-), da §§ 434 ff. BGB *leges speciales*
- V. Anspruch auf Rückgewähr aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB?  
⇒ (-), da Kaufvertrag nicht durch Anfechtung (§ 142 I BGB) beseitigt werden kann  
⇒ § 119 II BGB ist neben den §§ 434 ff. BGB nicht anwendbar

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 3

### LÖSUNG FALL 4

#### I. Anspruch auf Rückzahlung nach § 346 I BGB infolge erklärten (§ 349 BGB) Rücktritts nach §§ 323 I, 437 Nr. 2 BGB

F könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises haben, wenn er von dem wirksam zustande gekommenen Kaufvertrag zurückgetreten ist.

1. Vom wirksamen Zustandekommen eines Kaufvertrages zwischen F und der A (§ 433 BGB) ist mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt auszugehen.
2. Fraglich ist allerdings, ob das kaufrechtliche Mängelrecht hier überhaupt zur Anwendung kommt.
  - a) Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall deshalb, weil F sich wegen der zu geringen Höchstgeschwindigkeit vom Vertrag lösen will und die Ursache hierfür in der veränderten Motormanagementsoftware und dem Steuerungschip liegt. Dabei handelt es sich jeweils um ein digitales Produkt i.S.d. § 327 I BGB.
  - b) Die §§ 327 ff. BGB sind aber nur anwendbar, wenn ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB vorliegt.

Hier lag ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB vor, da F als Verbraucher (§ 13 BGB) das Auto von der A als Unternehmerin (§ 14 BGB) gekauft hat.
  - c) Kaufgegenstand war eine bewegliche Sache und damit eine Ware, § 241a I BGB, sodass ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB vorlag.

Bei einem Verbrauchsgüterkauf muss wegen § 327a III BGB eine Abgrenzung zwischen den §§ 327 ff. BGB und den ebenfalls mit Wirkung zum 01.01.2022 in Umsetzung der Warenkauf-RL in §§ 475b, 475c BGB geregelten Vorschriften vorgenommen werden!<sup>1</sup>

§ 327a II S. 1 BGB bestimmt, dass die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB auch auf Verbraucher(kauf)verträge über Sachen anzuwenden sind, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind.

Dafür muss danach unterschieden werden, ob die gekaufte Sache ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann (Kauf einer Ware mit digitalen Produkten) oder nicht (Kauf einer Ware mit digitalen **Elementen**).

Beim Kauf einer **Ware mit digitalen Elementen** kommen die Regelungen der §§ 327 ff. BGB wegen § 327a III S. 1 BGB **nicht** zur Anwendung.

Der Kauf einer **Ware mit digitalen Elementen** liegt dann vor, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) bei Fehlen der digitalen Inhalte kann die Ware ihre Funktion nicht erfüllen (sog. **funktionales Kriterium**).
- (2) die Bereitstellung der digitalen Inhalte war vom Verkäufer geschuldet (**vertragliches Kriterium**).

Aufgrund des Bearbeitungsvermerks ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass sich der PKW ohne die Motormanagementsoftware und den Steuerungschip nicht starten lässt! Daher kann das Auto ohne den digitalen Inhalt seine eigentliche Funktion nicht erfüllen.

**Weiteres Beispiel:** Kauf eines Computers mit vorinstalliertem Betriebssystem.

Dass die A zur Bereitstellung der digitalen Inhalte (Software und Steuerungschip) auch verpflichtet war, wird nach der Vorschrift des § 327a III S. 2 BGB widerlegbar vermutet.

**Ergebnis:** Damit lag hier ein Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen vor, sodass wegen § 327a III S. 1 BGB nicht die §§ 327 ff. BGB, sondern die §§ 434 ff. BGB, ergänzt durch die §§ 475b, c BGB, zur Anwendung kommen.

**Anmerkung:** Liegt ein Verbrauchsgüterkauf über Ware vor, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Sache ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, kommen im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, nicht die kaufrechtlichen Mängelrechtsnormen, sondern die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung, § 475a II S. 1, 2 BGB. Ist die Software mangelhaft, gelten hierfür die Mängelrechte der §§ 327d ff. BGB (vgl. gem. § 475a II S. 2 BGB). Für Mängel der Sache, die nicht im Zusammenhang mit dem digitalen Produkt stehen, gelten hingegen die §§ 434 ff. BGB, was sich aus § 327a II S. 2 und § 475a II S. 1 BGB ergibt.

3. Ein wirksamer Rücktritt nach §§ 323 I, 437 Nr. 2 BGB setzt zunächst voraus, dass sich die verminderte Höchstgeschwindigkeit als **Sachmangel** darstellt.

<sup>1</sup> Zur Abgrenzung Hemmer/Wüst/Tyroller/d'Alquen, „Das neue Schuldrecht 2022“, Rn. 30 ff. und 70 ff.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 4

- a) Hinsichtlich der Höchstgeschwindigkeit liegt eine **vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung** i.S.v. **§ 475b II Var. 1** i.V.m. **§§ 475b III Nr. 1, 434 II S. 1 Nr. 1 BGB** vor.

Die Höchstgeschwindigkeit betrifft keine der in § 434 II S. 2 BGB aufgezählten Beschaffenheiten. Jedoch gehören zur Beschaffenheit gem. § 434 II S. 2 a.E. BGB auch alle sonstigen Merkmale, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben. Zu diesen Merkmalen gehört nach allgemeiner Meinung auch die Höchstgeschwindigkeit des verkauften PKW.<sup>2</sup>

Da die Verkäuferin „die Hand dafür ins Feuer gelegt hat“, dass der Wagen auch die 235 km/h laufe, wurde die Höchstgeschwindigkeit als Beschaffenheit zwischen den Parteien auch rechtsgeschäftlich verbindlich vereinbart.

Da der Wagen aber nur 218 km/h fuhr, weicht die Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit ab, sodass der PKW nicht den subjektiven Anforderungen genügt und damit mangelhaft ist.

**Hinweis:** An eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>3</sup> Aufgrund des breit gefächerten Mangelbegriffs in § 434 I bis V BGB kommt dabei eine Beschaffenheitsvereinbarung nur in eindeutigen Fällen in Betracht.<sup>4</sup>

Zur Zustandsbenotung eines Oldtimers als Beschaffenheitsvereinbarung lesen Sie bitte **BGH, Life&LAW 01/2026, 1 ff.!**

- b) Außerdem genügt der verkaufte PKW auch nicht den objektiven Anforderungen nach § 475b II Var. 2 i.V.m. §§ 475b IV Nr. 1, 434 III S. 1 Nr. 2b) BGB.

Auch die Angaben des Herstellers in dem Verkaufsprospekt als öffentliche Äußerung i.S.d. § 434 III S. 1 Nr. 2b) BGB weisen auf eine Höchstgeschwindigkeit von 235 km/h hin.

Der PKW entsprach daher weder den subjektiven noch den objektiven Anforderungen des § 475b II Var. 1 und Var. 2 BGB und war daher mangelhaft!

- c) Da der Mangel herstellerbedingt war, lag der Sachmangel unstreitig bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, also bei **der Übergabe** vor, § 434 I, 446 BGB.

Auf die Beweiserleichterung des § 477 I S. 1 BGB, wonach **im ersten Jahr<sup>5</sup> nach der Übergabe** vermutet wird, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, kommt es im vorliegenden Fall nicht an.

**Anmerkung:** Würde im Prospekt eine höhere Höchstgeschwindigkeit stehen, als zwischen Verkäuferin und Käufer als Beschaffenheit vereinbart wurde (sog. negative Beschaffenheitsvereinbarung), müsste beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB) die Vorschrift des § 476 I S. 2 BGB beachtet werden.

Für eine von § 434 III BGB abweichende, also negative, Sollbeschaffenheitsvereinbarung ist zunächst gem. **§ 476 I S. 2 Nr. 1 BGB** erforderlich, dass der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung „eigens“ darauf hingewiesen wurde, inwieweit die Sache von objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abweicht. Von dem Verkäufer ist in diesem Zusammenhang ein „Mehr“ im Vergleich zu der Übermittlung der anderen vorvertraglichen Informationen verlangt. Insbesondere genügt es nicht, die Abweichung nur als eine von mehreren Eigenschaften der Kaufsache in der Produktbeschreibung anzuführen. Mit „eigens“ ist daher eine „besondere individuelle“ Information des Verbrauchers erforderlich. Die Abweichung bloß als Teil der Produktbeschreibung anzuführen, genügt daher nicht.<sup>6</sup> Zusätzlich muss nach **§ 476 I S. 2 Nr. 2 BGB** die Abweichung im Vertrag „ausdrücklich und gesondert“ vereinbart worden sein.

Konkludente Vereinbarungen reichen danach nicht aus. Das Merkmal „gesondert“ erfordert, dass die Abweichung hervorgehoben wird, damit der Verbraucher sie bewusst in seine Kaufentscheidung einbezieht. Es reicht daher nicht aus, diese Abweichung neben zahlreichen anderen Vereinbarungen in separate Allgemeine Geschäftsbedingungen einzustellen.

**Tipp:** Kommentieren Sie sich § 476 I S. 2 BGB am Rand von § 434 III BGB, soweit die Prüfungsordnung in Ihrem Bundesland die Kommentierung des Gesetzes zulässt!

<sup>2</sup> Vgl. Grüneberg, § 434, Rn. 10.  
Ausführlich zum Mangelbegriff **Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 87 ff.**

<sup>3</sup> BGH, **Life&LAW 08/2024, 505 ff.** = NJW 2024, 2426 ff.; BGH, NJW 2019, 1937 ff.; BGH, NJW 2018, 150 ff.; BGH, NJW 2017, 2817 ff.; BGH, NJW 2016, 3015 ff.; BGH, NJW 2008, 1517 ff. (alle Entscheidungen bei **jurisbyhemmer**).

<sup>4</sup> BGH, **Life&LAW 11/2021, 719 ff.** = NJW 2021, 2958 ff.; BGH, **Life&LAW 10/2019, 659 ff.** = NJW 2021, 1937 ff.; BGH, NJW 2016, 2874 ff.; BGH, **Life&LAW 06/2013, 407 ff.** = NJW 2013, 2107 f. (alle Entscheidungen bei **jurisbyhemmer**).

<sup>5</sup> Beim Kauf eines lebenden Tieres gilt diese Vermutung für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang, § 477 I S. 2 BGB.

<sup>6</sup> **Tyroller/Hilkenbach**, Umsetzung der Warenkaufrichtlinie durch das „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“, **Life&LAW 11/2021, 768 (781)**.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 5

4. Für einen wirksamen Rücktritt gemäß § 323 I BGB ist wegen des Vorrangs der Nacherfüllung grds. erforderlich, dass eine vom Käufer gesetzte **angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung** erfolglos abgelaufen ist, § 323 I BGB.

a) Ob man in der Erklärung des F gegenüber der A die Setzung einer Nacherfüllungsfrist i.S.d. § 323 I BGB sehen kann, ist fraglich. Darauf käme es letztlich aber nicht an, wenn die Nachfristsetzung ohnehin entbehrlich wäre.

b) Die Fristsetzung könnte im vorliegenden Fall in Abweichung zu §§ 323 II, 440 BGB gem. **§ 475d I BGB** entbehrlich sein, wenn ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB vorliegen würde.

Hier lag ein Verbrauchsgüterkauf vor, weil F als Verbraucher (§ 13 BGB) von der A als Unternehmerin (§ 14 I BGB) ein Auto und damit eine Ware i.S.d. § 241a I BGB (= bewegliche Sache) gekauft hat.

**Anmerkung:** Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des § 13 HS 2 BGB wird deutlich, dass das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind. Zweifel gehen daher nach der negativen Formulierung des Gesetzes in § 13 BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers.<sup>7</sup>

aa) Nach **§ 475d I Nr. 1 BGB** ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn der Unternehmer (A) die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist, ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher (Flick) ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat.

**Anmerkung:** Diese Frist entspricht der Frist in § 475 V BGB, den Sie sich an den Rand von § 475d I Nr. 1 BGB kommentieren können.

F hat A über den Mangel informiert und die A hat die Nacherfüllung daraufhin nicht vorgenommen.

Da F bislang noch nicht den Rücktritt erklärt hat, kann davon ausgegangen werden, dass inzwischen eine angemessene Frist i.S.d. § 475d I Nr. 1 BGB verstrichen ist.

bb) Letztlich kann dies dahinstehen, wenn die Fristsetzung jedenfalls nach **§ 475d I Nr. 4 BGB** entbehrlich war, wenn die A die gemäß § 439 I BGB ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert hätte.

A könnte vorliegend die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 IV BGB verweigert haben.

(1) Zunächst sind die Kosten der gewählten Art der Nacherfüllung mit denen der anderen Art der Nacherfüllung zu vergleichen. Sofern die Kosten der gewählten Art (deutlich) höher sind als die der anderen (Grenze: 10 %<sup>8</sup>), scheidet die gewählte Art der Nacherfüllung schon deswegen als unverhältnismäßig aus (sog. „**relative Unverhältnismäßigkeit**“).

Hier war aber eine Nachlieferung gar nicht möglich. Denn der Mangel im Steuerungschip der Motormanagementsoftware **lag bei der gesamten Serie des nun nicht mehr produzierten Wagens** vor.

**Anmerkung:** Aufgrund des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass der Pkw nicht mehr hergestellt wird. Damit ist eine Nachlieferung unmöglich.

Doch wie wäre die Rechtslage, wenn es lediglich zu einem Modellwechsel gekommen wäre und das Nachfolgemodell eine bessere Motorisierung und Ausstattung hat? Nach Ansicht des BGH liegt in diesem Fall keine Unmöglichkeit der Nachlieferung vor:<sup>9</sup> Die Nachlieferung beschränkt sich nicht auf eine mit dem Kaufgegenstand identische Sache. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung im jeweiligen Einzelfall entscheidend davon ab, ob und wodurch nach dem Parteiwillen (§§ 133, 157 BGB) eine Nachlieferung in Betracht kommen sollte. Eine Ersatzlieferung ist nach der - die beiderseitigen Interessen in den Blick nehmenden - Vorstellung der Parteien daher grundsätzlich bereits dann möglich, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und - funktionell sowie vertragsmäßig - gleichwertige ersetzt werden kann.<sup>10</sup> Entscheidend ist dabei letztlich, ob und in welchem Umfang der Verkäufer - nach dem im jeweiligen Fall zu ermittelnden übereinstimmenden Willen der Parteien - bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat.

<sup>8</sup> Vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 176.

<sup>9</sup> BGH, Life&LAW 11/2021, 719 ff. sowie BGH, Life&LAW 05/2019, 291 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>10</sup> BGH, Life&LAW 11/2016, 725 ff. = NJW 2006, 2839 ff. = jurisbyhemmer zur Nachlieferung bei der Stückschuld.

<sup>7</sup> BGH, Life&LAW 01/2010, 16 ff. = NJW 2009, 3780 ff. = jurisbyhemmer.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 6

Ist lediglich ein Nachfolgemodell der erworbenen Sache (insbesondere eines Fahrzeugs) lieferbar, kann bei der gebotenen, nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung die den Verkäufer eines Verbrauchsguts treffende Beschaffungspflicht im Hinblick darauf, dass der Verbraucher eine Nutzungsentschädigung für die fortlaufend an Wert verlierende mangelhafte Kaufsache nicht zu zahlen hat, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten. Eine Austauschbarkeit ist beim Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines in der Länge an die regelmäßige kaufrechtliche Verjährungsfrist angelehnten Zeitraums ab Vertragsschluss geltend macht.<sup>11</sup>

- (2) Da ein interner Vergleich von Nachlieferung und Nachbesserung nicht möglich ist, muss nun geprüft werden, ob nicht schon die **absolute Grenze der Unverhältnismäßigkeit** für einen Anspruch allein überschritten ist, § 439 IV S. 3 HS 2 BGB.

Dies ist der Fall, wenn die Kosten der Nacherfüllungsalternative und der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand außer Verhältnis stehen (**absolute Unverhältnismäßigkeit**).<sup>12</sup>

Ob absolute Unverhältnismäßigkeit vorliegt, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung aller Einzelfallumstände. Dabei sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels wesentliche Kriterien.<sup>13</sup>

Absolute Unverhältnismäßigkeit kann in der Regel nur angenommen werden, wenn die Kosten der Nacherfüllung den Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand um mehr als 50 % übersteigen bzw. die Kosten der Nacherfüllung den mangelbedingten Minderwert der Kaufsache um mehr als 100 % übersteigen.<sup>14</sup>

**Anmerkung:** Der **BGH** hat in einer Einzelfallentscheidung zum Grundstückskauf den Anspruch auf 100 % des Werts in mangelfreiem Zustand bzw. das Doppelte des mangelbedingten Minderwertes beschränkt.<sup>15</sup>

Gemessen an diesen Grundsätzen liegt hier keine (absolute) Unverhältnismäßigkeit vor, da die Kosten der Nacherfüllung (4.000,- €) den mangelbedingten Minderwert (2.000,- €) nicht um 100 % übersteigen.

- (3) Die A war daher nicht berechtigt, die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern.

Letztlich kann diese Frage hier im Ergebnis dahinstehen, da nach § 475d I Nr. 4 BGB der Grund, weshalb der Unternehmer die Nacherfüllung verweigert, unerheblich ist. Ob der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht nach § 439 IV BGB oder zu Unrecht verweigert hat, spielt für die Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 475d I Nr. 4 BGB für das Recht zum sofortigen Rücktritt keine Rolle.

**Anmerkung:** Wichtig wird diese Unterscheidung aber dann, wenn der Verbraucher weiterhin Nacherfüllung verlangt. Dies kann er bei einer berechtigten Verweigerung nach § 439 IV BGB nicht mehr.

**Ergebnis:** Die Fristsetzung war daher gem. **§ 475d I Nr. 4 BGB** unabhängig von der Frage, ob die Verweigerung der Nacherfüllung seitens der A zu Recht oder zu Unrecht erfolgte, entbehrlich!

**Anmerkung:** Sie schreiben im Examen ein Gutachten. Der Sachverhalt wirft die Frage der unverhältnismäßigen Nacherfüllungskosten auf. Daher müssen Sie in der Klausur auf die Frage auch eingehen, unabhängig davon, ob sie für die Falllösung entscheidend ist. Da mit Wirkung zum 01.01.2022 die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch die Warenkaufrichtlinie abgelöst wurde und deren Art. 13 III nun auch beim Verbrauchsgüterkauf dem Verkäufer die Einrede absoluter Unverhältnismäßigkeit gewährt, wurde § 475 IV, V BGB a.F. gestrichen!

5. Weiterhin dürfte der bezeichnete Mangel, die zu geringe Höchstgeschwindigkeit, **nicht unerheblich** sein (§ 323 V S. 2 BGB).
- a) Bei einer rein objektiven Betrachtung beträgt die Abweichung von der vereinbarten Höchstgeschwindigkeit deutlich unter 10 %. Daher scheint die Pflichtverletzung nicht erheblich zu sein.

**Anmerkung:** Bei einer Abweichung von lediglich 5 % hat das OLG Düsseldorf die Erheblichkeit des Mangels verneint, vgl. NJW 2005, 3504 f. = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Lesen Sie hierzu die wichtige Entscheidung des BGH zum Diesel-Abgasskandal: **BGH, Life&LAW 11/2021, 719 ff.!**

<sup>12</sup> Zur Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung vgl. das Grundsatzurteil des BGH in **Life&LAW 01/2019, 1 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>13</sup> BGH, NJW 2015, 468 (473) = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> BeckOK/Faust, BGB, § 439 Rn. 66.

<sup>15</sup> **BGH, Life&LAW 10/2014, 709 ff.** = jurisbyhemmer.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 7

- b) Bei einem behebbaren Mangel ist nach Ansicht des BGH aber im Rahmen der Interessenabwägung von einer Geringfügigkeit des Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 V S. 2 BGB jedenfalls dann nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von 5 % des Kaufpreises (hier 27.000,- €) übersteigt.<sup>16</sup>

Der Mängelbeseitigungsaufwand liegt mit 4.000,- € im vorliegenden Fall weit über 5 % des Kaufpreises (1.350,- €), sodass nach diesem Rechenansatz des BGH von einer objektiven Erheblichkeit der Pflichtverletzung auszugehen ist.

- c) Im Übrigen ist bei der Frage, ob ein Mangel erheblich ist, nicht nur auf eine objektive Betrachtung abzustellen. Es kommt vielmehr auf eine umfassende Interessenabwägung an.

In die Abwägung mit einzustellen sind einerseits die mangelbedingte Wertminderung für den Käufer und andererseits der zur Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand des Verkäufers.<sup>17</sup>

Diese Frage ist oft sehr schwer zu entscheiden.<sup>18</sup>

Darauf kommt es aber dann nicht an, wenn – wie hier – eine **Beschaffenheitsgarantie** gegeben ist. In diesem Falle ist ein Sachmangel nach der Intention des Gesetzgebers (zumindest subjektiv) *immer* erheblich, da sonst die Bedeutung der Garantie stark entwertet würde.

Dazu müsste die A dem F zu erkennen geben, dass sie für den Bestand einer bestimmten Beschaffenheit und alle Folgen ihres Fehlens *verschuldensunabhängig* eintreten will.<sup>19</sup> Diese Garantieübernahme kann sowohl ausdrücklich wie auch konkludent geschehen.

Hinsichtlich der Annahme einer *stillschweigenden* Zusicherung für ein Neufahrzeug, das nach Verkaufsprospekt und Preisliste beim Händler bestellt und vom Hersteller erst noch ausgeliefert wird, ist grds. große Zurückhaltung angezeigt.

Im Hinblick auf die mögliche Schadensersatzpflicht (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a II S. 1 BGB) ist zu fordern, dass der Verkäufer seinen Garantiewillen durch die Umstände *eindeutig* zum Ausdruck bringt.<sup>20</sup>

Herstellerangaben zur Höchstgeschwindigkeit dienen jedoch in erster Linie lediglich der Beschreibung der Kaufsache und sind in aller Regel auch so vom Kunden zu verstehen, §§ 133, 157 BGB. Derartige Angaben in Prospekten und diesbezügliche Erklärungen des Verkäufers sind daher ohne das Hinzutreten *weiterer* Umstände nicht als Zusicherung in dem zuvor beschriebenen Sinne zu verstehen.

Oft kann ein Händler über die Beschaffenheit eines erst noch zu liefernden Neufahrzeugs aus *eigenem* Wissen noch gar keine Angaben machen.

Hier hatte aber der F bei den Vertragsverhandlungen dem Verkäufer gegenüber eindeutig und unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass er besonderen Wert auf die genaue Höchstgeschwindigkeit lege und anderenfalls nicht kaufen werde.

Indem der Verkäufer daraufhin erklärte, er lege, da dies dem F so wichtig sei, für die Höchstgeschwindigkeit die Hand ins Feuer, hat er den Willen bekundet, verschuldensunabhängig, also mit Garantiewillen dafür einzustehen zu wollen. Gerade aufgrund dieser klaren Sachlage ist in dieser Äußerung des Verkäufers eine Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 276 I BGB zu sehen.

**Anmerkung:** Diese Wertung findet sich auch in § 536 II BGB, der bei Eigenschaftszusicherungen (≈ -garantien) nicht auf das Erheblichkeitserfordernis des § 536 I S. 3 BGB verweist.

Eine um 18 km/h zu niedrige Fahrzeughöchstgeschwindigkeit stellt infolge der Beschaffenheitsgarantie einen erheblichen Sachmangel im Sinne von §§ 434 I, 323 V S. 2 BGB dar, der *den Wert* des verkauften Fahrzeugs *nicht nur unwesentlich mindert*.

6. Fraglich ist, ob die Wirksamkeit einer etwaigen Rücktrittserklärung, die gemäß § 349 BGB ein Gestaltungsrecht, also eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, an einer **Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs** scheitert (§§ 438 IV S. 1, 218 I S. 1 BGB).

<sup>16</sup> BGH, **Life&LAW 09/2014, 629 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Grüneberg, § 281, Rn. 47.

<sup>18</sup> Bei der Frage der Erheblichkeit des Kraftstoffmehrabwands wendet der BGH, um einigermaßen für Rechtssicherheit zu sorgen, beispielsweise eine Grenze von 10 % an (vgl. BGH, NJW 1997, 2590; vgl. auch BGH, **Life&LAW 08/2007, 514 ff.** = jurisbyhemmer).

<sup>19</sup> Grüneberg, § 276, Rn. 29 (m.w.N.). Dies ist teilweise dann sehr schwierig zu manchen Formen der Garantie nach § 443 BGB abzugrenzen.

<sup>20</sup> BGH, NJW 1996, 1337 = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 276, Rn. 29.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 8

**Hinweis:** Geben Sie hier exakt auf die Formulierung acht. Nur Ansprüche können verjähren (vgl. § 194 I BGB), der Rücktritt ist aber kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht, das nach wirksamer Ausübung erst zu einem Anspruch (§ 346 BGB) führt. Deswegen hat der Gesetzgeber in § 218 I BGB diese auf den ersten Blick so umständliche Konstruktion geschaffen.

Die Mängelansprüche des F verjähren gemäß §§ 438 I Nr. 3, II Alt. 2, 476 II BGB grds. erst in zwei Jahren ab Ablieferung (vgl. §§ 187 I, 188 II BGB).

Fraglich ist, ob hier wegen der im Vertrag vorgenommenen Verkürzung etwas anderes gilt. Dies ist nicht der Fall: Hier handelt es sich – wie oben bereits gezeigt – nämlich um einen „Verbrauchsgüterkauf“ (§ 474 I S. 1 BGB).

Nach § 476 II S. 1 BGB ist bei neuen Sachen aber eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre unwirksam. Der Rücktritt ist daher auch nicht wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruches ausgeschlossen.

### 7. Rechtsfolgen des Rücktritts:

- a) Nach § 346 I BGB kann F von der A die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 27.000,- € verlangen.

**Anmerkung:** Dem Sachverhalt lässt sich nichts dafür entnehmen, dass die A aus dem erhaltenen Kaufpreis i.H.v. 27.000,- € konkrete Nutzungen gezogen hat, die nach § 346 I BGB herauszugeben wären (wie z.B. Zinsen) bzw. für die ggfs. nach § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten wäre (z.B. für ersparte Zinszahlungen, wenn der Kaufpreis zur Schuldentilgung verwendet wurde).<sup>21</sup> In der Klausur sollten Sie daher ohne Angaben im Sachverhalt diesbezügliche Spekulationen unterlassen.

- b) Der A steht aber ein aufrechenbarer (§ 387 BGB) Gegenanspruch auf Wertersatz nach § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB zu.
- aa) F hatte Gebrauchsvorteile (Nutzungen, § 100 BGB) an dem Wagen. Da diese naturgemäß nicht nach § 346 I BGB herausgegeben werden können, ist nach § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB grds. **Wertersatz für die Nutzungen** zu leisten.

**Anmerkung:** Die Abnutzung des Kfz, die aus dem bestimmungsgemäßen Gebrauch folgt, ist keine „Verschlechterung“ i.S.d. § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB.

Eine etwaige Werteinbuße ist bereits über den Wertersatzanspruch des § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB abgegolten.

- bb) Die Verschlechterung des Kfz, die aus seiner bestimmungsgemäßen **Ingebrauchnahme** resultiert, muss der Käufer nach § 346 II S. 1 Nr. 3 HS 2 BGB nicht ersetzen.

Diese Ingebrauchnahme i.S.v. § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB umfasst nach allg. Ansicht aber nur die Wertreduzierung infolge der **ersten** Ingebrauchnahme („aus neu wird gebraucht“, hier etwa durch Zulassung des Fahrzeugs<sup>22</sup>), nicht aber die nachfolgenden Gebrauchsakte, die als Gebrauchsvorteile nach § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB zu ersetzen sind.

- c) F muss nach erklärtem Rücktritt den Pkw Zugum-Zug (§§ 348, 320, 322 BGB) gegen Rückzahlung des um den Wertersatz für Nutzungen durch die konkludent erklärte Aufrechnung (§ 388 BGB) gekürzten (§ 389 BGB) Kaufpreisanspruches an die A zurückübereignen.

### II. Anspruch auf teilweise Kaufpreistrückzahlung nach §§ 441 IV S. 1, I, 323 I, 437 Nr. 2 BGB infolge Minderung

F könnte auch die Minderung gemäß § 441 I S. 1 BGB erklären und einen Teil des Kaufpreises nach der Anspruchsgrundlage des § 441 IV S. 1 BGB zurückverlangen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 441 I, 323 I BGB („statt zurückzutreten“) kann grds. nach oben verwiesen werden.

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass es nach § 441 I S. 2 BGB auf die Erheblichkeit des Sachmangels hier gerade nicht ankommt. Diese würde sich nur auf die Höhe auswirken. Der Umfang der Minderung bestimmt sich nach § 441 III S. 1 BGB:

Danach ist der Kaufpreis in einem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der mangelfreien Sache zum wirklichen Wert gestanden haben würde.

Dies bedeutet hier, dass der wirkliche Wert des mangelhaften Kfz (28.000,- €) ins Verhältnis zum objektiven Wert der mangelfreien Sache (30.000,- €) zu setzen ist. Daraus ergibt sich ein Verhältnis von (28/30 =) 14/15.

Die Minderungsquote ist daher  $\frac{1}{15}$  des gezahlten Kaufpreises.  $\frac{1}{15}$  von 27.000,- € ergibt eine Minderung von 1.800,- €.

<sup>21</sup> MüKo/Gaier, BGB, 8. Auflage 2019, § 346, Rn. 38.

<sup>22</sup> Der durch die Zulassung verursachte Wertverlust wird bei einem Pkw mit ca. 20 % angesetzt.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 9

### III. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281, 437 Nr. 3 BGB

F könnte möglicherweise auch einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Bei den von F geltend gemachten Schäden handelt es sich um Schadenspositionen, die durch eine evtl. Nacherfüllung behoben werden könnten.

Es handelt sich daher nicht um einen sog. Schadensersatz neben der Leistung, sondern um einen Schadensersatz statt der Leistung.

**Anmerkung:** Die Kontrollfrage lautet: Können beide Ansprüche (Schadensersatz und Erfüllung) nebeneinander bestehen? Oder: Kann der geltend gemachte Schaden durch eine ordnungsgemäße Nacherfüllung behoben werden?

Da es sich hier, wie oben bereits dargestellt, um einen behebaren Mangel handelt (s.o.), ist die richtige Anspruchsgrundlage hier §§ 280 I, III, 281, 437 Nr. 3 BGB und nicht §§ 437 Nr. 3, 311a bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB.

#### 1. Ein Sachmangel liegt vor (s.o.).

Die Fristsetzung zur Nacherfüllung war gem. § 475d I Nr. 1 bzw. Nr. 4 BGB i.V.m. § 475d II S. 1 BGB entbehrlich (s.o.). § 281 II BGB kommt beim Verbrauchsgüterkauf nicht zur Anwendung, weil dieser von § 475d II S. 2 BGB verdrängt wird.

#### 2. Wegen der weitergehenden Rechtsfolgen des Schadensersatzanspruchs im Vergleich zu Rücktritt und Minderung erfordert ersterer jedoch, dass der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§§ 280 I S. 2, 276 BGB).

#### a) Als Pflichtverletzung kommen hier zum einen die Lieferung einer mangelhaften Sache (vgl. § 433 I S. 2 BGB) und zum anderen die nicht erfolgte Nacherfüllung trotz gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB bestehender Nacherfüllungspflicht in Betracht.

Fraglich ist, worauf (auf welche Pflichtverletzung) sich das Vertretenmüssen beziehen muss, wenn der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangt.<sup>23</sup>

#### aa) Von einer Ansicht wird vertreten, dass das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung der mangelhaften Lieferung nicht ausreicht, sondern sich darauf beziehen muss, dass innerhalb der Nachfrist die Nacherfüllung unterbleibt (zweite Pflichtverletzung).

M.a.W. müsse gefragt werden, ob der V die „Nicht-Nacherfüllung“ zu vertreten hat.<sup>24</sup> Der Bezugspunkt für das Vertretenmüssen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist also nicht die Lieferung einer mangelhaften Sache, sondern die Nicht-Nacherfüllung.

Liegt der Grund der Nichtbehebung in der unterlassenen Nacherfüllung, so ist es demnach völlig irrelevant, ob der Verkäufer den Mangel kannte oder kennen musste oder ob er den Mangel schuldhaft verursacht hat. Entscheidend ist daher, ob der Verkäufer die Gründe, die zur Nichtvornahme der Nacherfüllung geführt haben, zu vertreten hat.

#### bb) Dies wird zwar in der Regel der Fall sein, dennoch sind Fallkonstellationen denkbar, in denen diese Ansicht zu absurden Ergebnissen führt und auch die h.M. zu einer Korrektur zwingt.

Unbillig wird diese Ansicht nämlich dann, wenn der Verkäufer den Mangel u.U. sogar vorsätzlich verursacht hat, die Nichtnacherfüllung aber nicht zu vertreten hat.

Nach richtiger Ansicht muss der Verkäufer daher entweder die mangelhafte Lieferung oder die Nichtnacherfüllung zu vertreten haben.<sup>25</sup>

Diese Ansicht löst das unter bb) geschilderte Problem zufriedenstellend und kommt ansonsten i.d.R. zum selben Ergebnis wie die zuerst genannte Auffassung. Außer dem Gerechtigkeitsargument könnte dafür sprechen, dass die Nacherfüllungschance eben nur eine zweite Chance ist für den Verkäufer, die Folgen seiner ersten zu vertretenden Pflichtverletzung teilweise wieder zu beseitigen.

Nutzt er diese nicht, aus welchen Gründen auch immer, so ist er eben zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet. Zum endgültigen Ausfall der fraglichen Leistung wäre es eben auch nicht gekommen, wenn der Verkäufer gleich mangelfrei geliefert hätte. Nur wenn er beide Pflichtverletzungen nicht zu vertreten hat, könne er sich entlasten.

#### b) Der Streit wirkt sich im vorliegenden Fall aber nicht aus, da der Verkäufer aufgrund seiner Beschaffenheitsgarantie ohnehin beide Pflichtverletzungen zu vertreten hat, vgl. § 276 I S. 1 a.E. BGB.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.; Tyroller, Life&LAW 06/2005, 417 ff.; Tetenberg, JA 2009, 1 ff.

<sup>24</sup> Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 264/314/322 sowie Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Ludes/Lube, ZGS 2009, Heft 6, 259 ff.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rn. 564.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 10

Wer eine Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt, muss bei deren Fehlen ohne weiteres Verschulden für **sämtliche sich daraus ergebenden Folgen** aufkommen.

Eine Exkulpation nach § 280 I S. 2 BGB kommt daher nicht Betracht.

**Mit anderen Worten:** Wer die Mangelfreiheit zum Zeitpunkt der Ablieferung garantiert, der garantiert zugleich auch seine Fähigkeit zur Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist.

Damit hat die A die Pflichtverletzung „Nicht-Nacherfüllung“ zu vertreten, sodass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB erfüllt sind.

3. Für den **Umfang des Anspruchs auf Schadensersatz** statt der Leistung ist zu unterscheiden:

a) Beim „**kleinen**“ **Schadensersatz** (statt der Leistung) behält F den Wagen und kann **als Mindestschaden** die Zahlung der Differenz zwischen dem objektiven Wert der mangelfreien Sache (30.000,- €) und dem objektiven Wert der mangelhaften Sache (28.000,- €), hier also 2.000,- € verlangen.

*In dem hier gegebenen Fall des Kaufs unter Wert ist der „kleine“ Schadensersatz also günstiger für den Käufer als die „ähnliche“ Minderung, die hier nur 1.800,- € bringen würde (s.o.).*

Da hier aber die Reparatur 4.000,- € kostet, kann diese Summe als Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden.<sup>26</sup>

**Anmerkung:** Eine Vornahme der Reparatur ist grds. nicht erforderlich. Bei Abrechnung auf Reparaturkostenbasis wird aber die nicht angefallene Umsatzsteuer abgezogen. Der für das werkvertragliche Mängelrecht zuständige 7. Senat des BGH hat im Jahr 2018 seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten aufgegeben.<sup>27</sup>

**Hintergrund:** Diese Abrechnung liefe auf § 249 II S. 1 BGB hinaus, der beim Schadensersatz statt der Leistung wegen § 281 IV BGB nicht zur Anwendung kommt. In seinem Antwortbeschluss auf die nach § 132 III GVG vom 5. Senat erfolgte Anfrage hält der 7. Senat an der neuen Linie fest und verwehrt dem Besteller aufgrund spezieller werkvertraglicher Erwägungen die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung.<sup>28</sup>

Der 5. Senat hat mit Urteil vom 12.03.2021 für das Kaufrecht seine Rechtsprechung zur Möglichkeit der fiktiven Abrechnung der Kosten für die Mängelbeseitigung beibehalten, weil er die werkvertraglichen Erwägungen des 7. Senats für das Kaufrecht als unpassend ansieht.

Der Schutz des Unternehmers vor einer Überkompensation würde im Kaufrecht durch geringere Anforderungen an die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gewährleistet.<sup>29</sup> Im Übrigen gibt es im Kaufrecht - anders als im Werkvertragsrecht (vgl. § 637 III BGB) - keinen Anspruch auf Vorschuss.

Daher müsse zumindest der Käufer die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung haben.

Damit besteht nun im Kauf- und Werkvertragsrecht eine „gespaltene Rechtslage“, was überhaupt nicht überzeugt.<sup>30</sup>

b) Beim sog. „großen Schadensersatz“, nun im Gesetz als **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** bezeichnet (§ 281 I S. 3 BGB), muss F den Wagen zurückgeben (vgl. § 281 V i.V.m. §§ 346 ff. BGB).

Dafür wird er durch finanziellen Ausgleich so gestellt, wie er stünde, wenn der Verkäufer mangelfrei erfüllt hätte. Da er in diesem Fall einen Wagen im Wert von 30.000,- € bekommen hätte, kann er grds. Zahlung dieser 30.000,- € verlangen.

Gemäß § 281 V i.V.m. § 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB kann die Verkäuferin allerdings auch in diesem Fall Wertersatz für die Nutzungen entsprechend dem oben Ausgeführten verlangen. Dieses Rückgewährschuldverhältnis entsteht mit dem Zugang der Forderung von Schadensersatz durch den Käufer (vgl. §§ 281 IV, 130 I BGB).

<sup>26</sup> Vgl. auch BGH, NJW 2012, 2793 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>27</sup> BGH, **Life&LAW 10/2018, 656 ff.** = NJW 2018, 1463 ff. sowie NJW-RR 2018, 1038 f. = jurisbyhemmer.

<sup>28</sup> BGH, **Life&LAW 01/2021, 16 ff.** = NJW 2021, 53 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> BGH, **Life&LAW 06/2021, 371 ff.** = NJW 2021, 1532 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>30</sup> Kritisch auch Mäsch, JuS 2021, Heft 8, 793 (794 und 795).

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 11

**Anmerkung:** Wenn – anders als hier – der **Rücktritt** vorschleunigt schon erklärt worden ist, ist wegen § 325 BGB trotzdem noch Schadensersatz möglich.

Wenn der Käufer die **Minderung** erklärt hat, so stellt dies eine bindende Gestaltungserklärung dar. Die Gestaltungswirkung tritt unmittelbar mit dem Zugang (§ 130 I BGB) der Erklärung ein.

Diese durch die Ausübung des Gestaltungsrechts eingetretene Änderung des Vertragsverhältnisses kann der Gestaltungsberechtigte einseitig weder zurücknehmen noch widerrufen. Durch die Minderung ist unstreitig das Recht zum Rücktritt vom Vertrag ausgeschlossen. Dies folgt zum einen aus dem Wortlaut des § 437 Nr. 2 BGB (... „oder“ ...) und zum anderen aus dem Wortlaut des § 441 I S. 1 BGB (... „statt“ ...). Wie sich die Minderungserklärung auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auswirkt, ist umstritten.

Nach zutreffender Ansicht des BGH ist es dem Käufer verwehrt, von der wirksam erklärten und nicht mehr einseitig abänderbaren Minderung des Kaufpreises Abstand zu nehmen und stattdessen unter Berufung auf denselben Mangel Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 3 BGB zu verlangen.

Ansonsten käme es über §§ 281 V, 346 ff. BGB zur Rückabwicklung des Kaufvertrags, was das Gesetz wegen des Ausschließlichkeitsverhältnisses von Minderung und Rücktritt gerade nicht vorsieht. Mit der Minderung des Kaufpreises erklärt ein Käufer aber, die Kaufsache trotz des betreffenden Mangels - zu einem herabgesetzten Kaufpreis (§ 441 III BGB) - behalten und insoweit am Kaufvertrag festhalten zu wollen. Hingegen ist es grundsätzlich möglich, **neben der Minderung** des Kaufpreises **zusätzlich** noch den „**kleinen**“ **Schadensersatz statt der Leistung** geltend zu machen.

Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, dass § 437 Nr. 3 BGB, welcher die bei Mängeln in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche des Käufers auflistet, durch das Wort „und“ mit dem vorangestellten § 437 Nr. 2 BGB verbunden ist, der den Rücktritt und die Minderung betrifft. Teilweise wird auch § 325 BGB, wonach sich Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung gegenseitig nicht ausschließen, analog angewendet.<sup>31</sup>

Dagegen sind Minderung und der Anspruch auf den „**kleinen**“ Schadensersatz neben der Leistung miteinander als kleine Rechte, mit denen man am Vertrag festhält, kombinierbar. Das Recht, den „**kleinen**“ Schadensersatz statt der Leistung für die selbst aufgewendete Mängelbeseitigung zu verlangen besteht parallel zur Minderung. Aus diesem Grund ist auch beim Werkvertrag der Anspruch des Bestellers auf Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB neben der bereits erklärten Minderung möglich. In dieser Konsequenz besteht dann auch neben der Minderung ein Anspruch auf Kostenvorschuss nach § 637 III BGB, wenn dieser Betrag höher ist als die Minderung.<sup>32</sup>

Geprüft wurde das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in der Aufgabe 2 des Bayerischen Ersten Staatsexamens im Termin 2020/I.<sup>33</sup>

4. Fraglich ist, ob diese Schadensersatzansprüche **verjährt** sind. Die einschlägige gesetzliche Frist des § 438 I Nr. 3, II Alt. 2 BGB ist – wie oben bereits gezeigt – noch lange nicht abgelaufen.
  - a) Fraglich ist daher nur, ob die Verkürzung im Kaufvertrag wirksam war. Dies scheidet hier nicht schon an § 476 II S. 1 BGB, da diese Regelung gemäß § 476 III BGB nicht für den Schadensersatzanspruch gilt.
  - b) Da die Verjährungsverkürzung eine Beschränkung i.S.d. § 444 BGB darstellt, kann sich der Verkäufer wegen der Übernahme der Beschaffenheitsgarantie hierauf nicht berufen, § 444 Alt. 2 BGB.
  - c) Außerdem stellt diese Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) i.S.v. §§ 305 I, 310 III Nr. 1 BGB dar.

Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen richtet sich bei Formularverträgen nicht nach § 305 II BGB, sondern §§ 145, 147 BGB, da bei einem Formularvertrag das „Klauselwerk“ ja in der Vertragsurkunde selbst enthalten ist. Die erhöhten Anforderungen des § 305 II BGB, die den Kunden vor einer bloßen Verweisung auf die AGB schützen sollen, sind daher nach ihrem Schutzzweck nicht einschlägig.<sup>34</sup>

**Anmerkung:** § 305 II BGB regelt demnach nur die Einbeziehung „externer“ AGB in einen zwischen den Parteien nach §§ 145 ff. BGB geschlossenen Vertrag.

<sup>31</sup> Vgl. dazu ausführlich Tyroller, das Verhältnis der Mängelrechte beim Kauf- und Werkvertrag, **Life&LAW 03/2026, 206 (209 ff.)** sowie BGH, **Life&LAW 08/2018, 516 (519 ff.)** = NJW 2018, 2863 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>32</sup> BGH, **Life&LAW 01/2025, 1 ff.**

<sup>33</sup> Zur Lösung vgl. **Life&LAW 05/2020, 323 (331 ff.)**.

<sup>34</sup> Grüneberg, § 305 Rn. 30.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 12

Allerdings erfasst diese Klausel, da sie pauschal gefasst ist, auch Ansprüche auf Schadensersatz und ist daher gem. § 309 Nr. 7 BGB unwirksam.<sup>35</sup>

Da die Klausel die Verjährungsfrist auf weniger als ein Jahr verkürzt, ist sie auch gem. § 309 Nr. 8b lit. ff Alt. 2 BGB unwirksam.

Insoweit kommt auch eine sog. geltungserhaltende Reduktion nicht in Betracht, die im konkreten Fall aber ohnehin auch nicht zum Ablauf der Verjährungsfrist führen würde.

Auch hinsichtlich der Schadensersatzansprüche ist also keine Verjährung gegeben.

### IV. Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB (c.i.c.)

Der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB (c.i.c.) ist neben den Rechten bzw. Ansprüchen aus § 437 BGB nicht anwendbar, da die Mängelrechte Spezialregelungen darstellen.<sup>36</sup>

### V. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

F könnte des Weiteren einen Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB oder – stellt man hier nicht auf die Rückwirkungsfiktion § 142 I BGB ab (str., hier aber ohnehin unerheblich) – aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB haben.

1. Die A hat hier einen Auszahlungsanspruch gegen die kontoführende Bank. Sie hat mithin also ein „Etwas“ i.S.d. § 812 I BGB erlangt.
2. Dies ist auch aufgrund einer Leistung des F erfolgt, also einer bewussten Mehrung fremden Vermögens zum Zwecke der Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit.
3. Die Leistung müsste ohne Rechtsgrund geschehen sein. Der Rechtsgrund für die Vermögensmehrung war hier der Anspruch aus dem Kaufvertrag.

Dieser Rechtsgrund wäre jedoch im Falle einer erfolgreichen Anfechtung nach § 142 I BGB ex tunc entfallen.

Hierfür müsste ein Anfechtungsgrund vorgelegen haben. Vorliegend käme nur § 119 II BGB in Frage.

- a) Dafür müsste es sich bei der geringeren Höchstgeschwindigkeit um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handeln.

Dies sind wertbildende Faktoren, welche der Kaufsache unmittelbar<sup>37</sup> und dauerhaft anhaften und den Wert der Kaufsache maßgeblich mitbestimmen.

Da hier das Kfz infolge der geringeren Spitzengeschwindigkeit 2.000,- € weniger wert ist, kann von einer verkehrswesentlichen wertbildenden Eigenschaft ausgegangen werden. F hätte das Auto in Kenntnis der merklich geringeren tatsächlichen Höchstgeschwindigkeit sicherlich nicht gekauft.

**Anmerkung:** Eine a.A. war hier mit dem Argument vertretbar, dass ein Gattungskauf vorliegt und die Eigenschaft bei anderen Autos dieser Gattung durchaus vorhanden war.

- b) Fraglich ist aber, ob die Anfechtung und damit auch der Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB dadurch ausgeschlossen ist, dass hier auch Mängelrecht Anwendung findet.

Wegen des Vorranges der Nacherfüllung (der Rücktritt vom Vertrag ist nur möglich, wenn zuvor ausreichend Zeit für Nacherfüllung gegeben worden ist) ist das Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB nach h.M. ausgeschlossen.

Würde man vor diesem Hintergrund neben den Gewährleistungsvorschriften die Anfechtung nach § 119 II BGB zulassen, würde die Vertragsaufhebung sofort möglich und der gesetzgeberisch gewollte Vorrang der Nacherfüllung ausgehöhlt.

Deshalb scheidet hier die Anfechtung des Kaufvertrages neben Gewährleistungsrecht aus.

Mangels wirksamer Anfechtung bleibt der Kaufvertrag als Rechtsgrund für die Leistung bestehen.

**Ergebnis:** F steht kein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB zu.

<sup>35</sup> So absolut überzeugend BGH, Life&LAW 08/2013, 567 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>36</sup> BGH, Life&LAW 07/2009, 433 ff. = NJW 2009, 2120 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>37</sup> Strittig; vgl. dazu nochmals Hauptkurs Schuldrecht-AT, Fall 19.

## SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 13

### I. Wiederholungsfragen:

1. Wie wird die Erheblichkeit der Pflichtverletzung i.R.d. § 323 V S. 2 BGB definiert?
2. Was versteht man unter relativer, was unter absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung?
3. Was ist der Bezugspunkt des Vertretensmüssens, wenn der Käufer einer mangelhaften Sache Schadensersatz statt der Leistung verlangt?
4. Kann Flick den Kaufvertrag wegen des Irrtums über die Mangelhaftigkeit nach § 119 II BGB anfechten?

### II. Vertiefungsfragen:

1. Wie wäre die Rechtslage, wenn Flick den Wagen zur Gründung eines selbständigen Gewerbes gekauft hätte? **Vgl. Hemmer/Wüst, Verbraucherschutzrecht, Rn. 29 ff.!**
2. Arzt A möchte sich ein Laptop kaufen, um im heimischen Wintergarten im Internet zu surfen und seiner Sammelleidenschaft nachzugehen und Überraschungseierfiguren bei eBay ersteigern zu können. Außerdem will er den Laptop zum Schreiben von Artikeln für medizinische Fachzeitschriften verwenden, von denen er in den letzten 7 Jahren bereits 5 Stück veröffentlicht hat. **Ist A Verbraucher?**

**Vgl. Hemmer/Wüst, Verbraucherschutzrecht, Rn. 44 ff.!**

### III. Arbeitsanleitung:

1. Zur **Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung** lesen Sie das Grundsatzurteil des BGH in **BGH, Life&LAW 01/2019, 1 ff. = jurisbyhemmer.**
2. Zum Verbrauchsgüterkauf allgemein lesen Sie **Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 457 ff.**
3. Zum Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs bei einem branchenfremden Verkauf eines Pkw durch eine GmbH lesen Sie **BGH, Life&LAW 10/2011, 695 = jurisbyhemmer!**

4. Zur Verbrauchereigenschaft einer GbR vgl. Schwab, JuS 2017, 287 ff.

5. Der BGH lehnt die Anwendbarkeit von § 344 I HGB auf freiberufliche Unternehmer, die keine Kaufleute sind, ab.

Eine analoge Anwendung des § 344 I HGB wäre mit nicht dem Sinn und Zweck der Regelung der §§ 13, 14 BGB vereinbar, weil diese den Ausgleich vermuteter wirtschaftlicher Ungleichheit bezwecken und damit eine andere Zielsetzung verfolgen als § 344 I HGB. Eine Vermutung dafür, dass alle vorgenommenen Rechtsgeschäfte eines Unternehmers „im Zweifel“ seinem geschäftlichen Bereich zuzuordnen sind, besteht nicht. Ein entsprechender allgemeiner, auf alle selbstständig Erwerbstätigen anzuwendender Rechtsgedanke ist § 344 I HGB nicht zu entnehmen, weil die auf Verbraucherschutz ausgerichteten Bestimmungen in §§ 13, 14 BGB ein anderes Regelungsziel verfolgen als der auf Publizität und Vertrauensschutz gerichtete § 344 HGB.<sup>38</sup>

Lesen Sie dazu auch **BGH, Life&LAW 02/2018, 91 ff.!**

<sup>38</sup> **BGH, Life&LAW 09/2021, 575 ff. = jurisbyhemmer;** Grüneberg, § 14 BGB, Rn. 2 (str.).

### Bezugspunkte für das Vertretenmüssen des Verkäufers einer mangelhaften Sache

#### **Schadensersatz statt der Leistung<sup>39</sup>**

##### **I. Ansicht der M.M.<sup>40</sup>:**

Auf das Vertretenmüssen bzgl. der Lieferung einer mangelhaften Sache (§ 433 I S. 2 BGB) kommt es nie an, d.h. das Vertretenmüssen muss sich immer auf die Pflichtverletzung der Nicht-Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) beziehen.

##### **1. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB**

⇒ (+), wenn V die nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erfolgte NE zu vertreten hat

##### **2. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB**

⇒ (+), wenn V das „Unmöglichwerden“ der Nacherfüllung zu vertreten hat

##### **3. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB**

⇒ (+), wenn V die Unkenntnis von der Unmöglichkeit der Nacherfüllung zu vertreten hat

##### **II. Ansicht der h.L.:**

Es kommt entweder auf die Pflichtverletzung des § 433 I S. 2 BGB oder die Verletzung der Pflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB an!

##### **III. Ansicht von Tiedtke<sup>41</sup>:**

Es muss zwischen §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 und §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB und §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB differenziert werden!

#### **Schadensersatz neben der Leistung**

⇒ alle „Begleitschäden“, die infolge der schuldhaften Lieferung einer mangelhaften Sache oder der Nicht-Nacherfüllung entstanden sind

### **Sonderproblem**

Lieferung einer mangelhaften Sache und sofortige Anmietung einer Ersatzsache durch den Käufer (sog. Nutzungsausfallschäden).

#### **1. Erste Ansicht:**

⇒ Verzugsschaden gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB<sup>42</sup>

#### **2. BGH<sup>43</sup> und h.L.<sup>44</sup>**

⇒ Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB (klassischer Mangel- folgeschaden) für den **Schaden**, der gerade **infolge der Lieferung der mangelhaften Sache** eintritt; evtl. aber § 254 II S. 1 BGB, wenn dem Verkäufer nicht die Möglichkeit der Ersatzlieferung eingeräumt wurde!<sup>45</sup>

⇒ Der **Nutzungsausfall**, der **während des Verzugs** des Verkäufers **mit der Nacherfüllung** entsteht, ist als Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 i.V.m. 437 Nr. 1, 439 I BGB zu ersetzen.

⇒ Der **Nutzungsausfall nach erklärtem Rücktritt** ist hingegen als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB zu ersetzen.<sup>46</sup>

Vgl. zu diesem Problem auch Aufgabe 2 aus dem Bayerischen Esten Staatsexamen im Termin 2024-I. Eine kurze Analyse der Klausur finden Sie in **Life&LAW 07/2024, 494**.

<sup>39</sup> Ausführlich hierzu **Tyroller, Life&LAW 06/2005, 417 f.**

<sup>40</sup> Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.

<sup>41</sup> Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 525 ff.

<sup>42</sup> Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht 2002, 311.

<sup>43</sup> **BGH, Life&LAW 10/2009, 649 ff.**

<sup>44</sup> **Reischl**, „Grundfälle zum neuen Schuldrecht“, JuS 2003, 250 [251]; **Lorenz**, „Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?“, in NJW 2002, 2497 [2503]; **Ebert**, „Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer“, in NJW 2004, 1761 [1762].

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch **BGH, Life&LAW 04/2026, 245 ff.** = NJW 2025, 510 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>46</sup> **BGH, Life&LAW 08/2010, 503 ff.** = NJW 2010, 2426 ff. = **jurisbyhemmer**; vgl. dazu auch **Tyroller/Fürbaß**, Schadensersatz statt der Leistung oder doch neben der Leistung, **Life&LAW 09/2014, 686 ff.**

### Fall 5 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 5

#### Frage 1

#### A) Anspruch auf Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB

##### I. Wirksamer Kaufvertrag (+)

##### II. Anwendbarkeit des Kaufmängelrechts

##### 1. Verbrauchsgüterkaufvertrag über Ware mit digitalen Elementen, § 475b BGB (vgl. auch § 327a III S. 1 BGB)?

##### a) Verbrauchervertrag über Sache mit digitalem Produkt, §§ 310 III, 327 I BGB (+)

##### b) Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB (+)

##### c) Ware mit digitalem Element?

⇒ Abgrenzung zwischen §§ 327a II, 475a II BGB und §§ 327a III 1, 475b BGB nach der Funktionsnotwendigkeit des verbundenen digitalen Produkts

##### aa) Nach e.A. weite Auslegung ⇒ jede verbrauchsmäßige Funktion der Ware erfasst

##### bb) Nach a.A. enge Auslegung ⇒ § 327a III BGB nur, wenn Ware ohne Software „leere Hülle“

##### cc) Nach wohl h.M. ist nur auf Grundfunktion der Ware abzustellen

⇒ erste Ansicht ist abzulehnen; ob zweite oder dritte Ansicht kann dahinstehen, da hier Funktionsnotwendigkeit (-)

##### 2. Ergebnis: Kaufrechtliches Mängelrecht hier für den Kühlschrank mit der Software nicht anwendbar, § 475a II S. 1 Nr. 2 BGB

#### B) Anspruch auf Rückzahlung der 300,- € nur für das Softwarepaket „Smartcool“ infolge erklärter Vertragsbeendigung aus §§ 327o II S. 1, 327i Nr. 2, 327m I, 475a II S. 1 Nr. 2, S. 2 BGB

##### I. Vertragsbeendigung erklärt, § 327o I S. 1 BGB

##### II. Recht zur Vertragsbeendigung, §§ 327i Nr. 2, 327m I BGB

##### 1. Produktmangel im maßgeblichen Zeitpunkt

##### a) Abweichen von subjektiven Anforderungen in Gestalt der vereinbarten Beschaffenheit, § 327e I S. 1 Var. 1, II S. 1 Nr. 1 a), S. 2 BGB

⇒ (-); keine Beschaffenheitsvereinbarung

##### b) Aber: Die Software entsprach nicht den objektiven Anforderungen, § 327e I S. 1 Var. 2, III S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB

##### c) Maßgeblicher Zeitpunkt, § 327e I S. 2 BGB: grundsätzlich Bereitstellung des digitalen Produkts nach § 327b BGB

##### 2. Voraussetzungen des § 327m I BGB

##### a) §§ 327m I Nr. 1, 327i II S. 1 Alt. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung (-)

⇒ hier Leistungshindernis nur vorübergehend, auch keine Gleichstellung mit endgültigem Hindernis

##### b) Aber: objektiv angemessene Frist ab Mängelmitteilung erfolglos abgelaufen, §§ 327m I Nr. 2, 327i I S. 2 BGB (+)

##### 3. Kein Ausschluss, § 327m II S. 1 BGB

⇒ Fehlfunktion ist erheblicher Mangel

##### III. Ergebnis: Anspruch auf Erstattung der 300,- € aus § 327o II S. 1 BGB (+)

#### C) Anspruch auf Rückzahlung der 2.000,- € nur für den Kühlschrank infolge erklärten Rücktritts, § 346 I BGB

##### I. Rücktritt erklärt, § 349 BGB

##### II. Rücktrittsrecht hinsichtlich des Kühlschranks als solchem

##### 1. Aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB (-)

##### 2. Rücktrittsrecht aus § 327m V BGB

##### a) Beendigungsrecht (+), s.o.

##### b) Keine Eignung des smarten Kühlschranks zur gewöhnlichen Verwendung (a.A. vertretbar)

⇒ daher Recht zur Gesamtbeendigung

##### c) § 327m V BGB enthält keine Rechtsfolgen, sondern stellt eine vertragstypenneutrale Rechtsfolgeverweisung dar

⇒ hier Rücktrittsfolgenrecht anwendbar

##### 3. Ergebnis: Anspruch aus § 346 I BGB bzgl. Kühlschrank (+)

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 2

D) Anspruch auf Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB infolge erklärter Anfechtung, § 142 I BGB

I. Anfechtung nach § 119 I BGB (-)

II. § 119 II BGB

(-), da subsidiär zu Mängelrecht

III. § 123 I Alt. 1 BGB

⇒ (-); zwar nicht verdrängt, aber hier nicht einschlägig

Ergebnis: kein Anspruch

E) Zustimmung zur Vertragsaufhebung und Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus §§ 280 I, 311 II, 241 II, 249 I BGB

⇒ (-), da ebenfalls mangels Arglist verdrängt vom Mängelrecht

### Frage 2

A) Schadensersatz neben der Leistung, §§ 280 I, 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB

I. Voraussetzungen des § 327i BGB (+)

II. Zusätzliche Voraussetzungen des § 327m III BGB

⇒ nicht nötig, da hier Schaden „neben der Leistung“

III. Zusätzliche Voraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB

⇒ nicht nötig, da hier „einfacher“ SE wegen Mangels (Mangelfolgeschaden)

IV. Voraussetzungen des § 280 I BGB

1. Schuldverhältnis und Pflichtverletzung (+)

2. Keine Exkulpation, § 280 I S. 2 BGB

⇒ Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen I wird zugerechnet, § 278 S. 1 Alt. 2 BGB

3. Kausaler Schaden

⇒ (+), daher § 249 I bzw. II BGB, keine Kürzung nach § 254 I BGB

Ergebnis: Anspruch (+)

B) Schadensersatz statt der ganzen Leistung für die Mehrkosten des Ersatzkühlschranks bzw. der Ersatzsoftware, §§ 280 I, 327m III S. 1, I BGB i.V.m. §§ 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB

I. Anwendbar gem. §§ 325, 327m III S. 4 BGB

II. Voraussetzungen des § 327i BGB (+), s.o.

III. Voraussetzungen der §§ 280 I, 327m III S. 1 BGB

1. Voraussetzungen des § 280 I BGB (+), s.o.

2. Anknüpfen an zu vertretende ursprüngliche Schlechtleistung möglich, h.M.

3. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, §§ 327m III S. 2, 281 I S. 3 BGB

4. Erstreckung des Schadensersatzes statt der ganzen digitalen Leistung auch auf den Kühlschrank

⇒ möglich unter Voraussetzungen des § 327m V BGB analog, hier (+)  
(a.A. vertretbar)

IV. Rechtsfolge: Ersatz aller zurechenbaren Schäden „statt der Leistung“

1. Vermögensdifferenz (+)

2. Haftungsausfüllende Kausalität

a) *Deckungsgeschäft ist Aufwendung, aber herausgefordert durch Pflichtverletzung*

b) *Deckungsgeschäft auch Schaden „statt der Leistung“*

3. Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht nach § 249 BGB, sondern nach der sog. Differenzhypothese

Ergebnis: Anspruch (+)

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 3

### LÖSUNG FALL 5

**Frage 1: Kann M von der J-AG Rückzahlung der 300,- € für das Softwarepaket bzw. 2.000,- € für den Kühlschrank verlangen?**

**A) Anspruch auf Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB nach erklärtem Rücktritt**

M könnte gegen die gem. § 1 I S. 1 AktG rechtsfähige J-AG einen Anspruch auf Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB haben. Dafür müsste ein wirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien vorliegen, es müsste das Kaufmängelgewährleistungsrecht anwendbar sein und M müsste hieraus wirksam den Rücktritt ausgeübt haben.

**I. Ein wirksamer Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 BGB), zustande.**

Von der wirksamen Vertretung der J-AG durch den Handlungsbevollmächtigten I (§ 54 HGB) nach § 164 I BGB ist auszugehen.

Eine Einigung über den Kühlschrank inklusive Softwarepaket „Smartcool“ zum Preis von insgesamt 2.300,- € lag vor, sodass ein wirksamer Kaufvertrag zwischen M und der J-AG zustande gekommen ist.

**II. Anwendbarkeit des Kaufmängelgewährleistungsrechts**

**1. Fraglich ist, ob bei dem vorliegenden Kaufvertrag über eine Sache und eine zugehörige aufgespielte Software uneingeschränkt das Kaufmängelrecht zur Anwendung kommt.**

**a) Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall deshalb, weil der Kühlschrank mit einer **bereits aufgespielten** Steuerungssoftware ausgerüstet ist, die eine automatische Erkennung der eingelagerten Lebensmittel und automatische Regulierung der Kühltemperatur ermöglicht.**

Bei der Software handelt es sich um Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden und mithin um einen digitalen Inhalt i.S.d. § 327 II S. 1 BGB als Unterbegriff eines digitalen Produkts, § 327 I BGB.

Der Kühlschrank **enthält daher digitale Produkte**.

**Anmerkung:** Wäre die Software noch nicht von Anfang an auf dem Kühlschrank aufgespielt und damit „in ihm enthalten oder mit ihm verbunden“, sondern neben dem Kühlschrank mitverkauft worden, käme ein **Paketvertrag i.S.d. § 327a I S. 1 BGB** in Betracht.

Bei **Verbraucherverträgen**, d.h. bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (vgl. **§ 310 III BGB**), muss daher die Frage geklärt werden, ob für etwaige Mängel eines digitalen Produkts die §§ 327d ff. BGB oder das kaufrechtliche Mängelrecht zur Anwendung kommen.

Hier kaufte M den Kühlschrank für ihren Privathaushalt und damit zu Zwecken, die nicht überwiegend ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind. Sie war also Verbraucherin, § 13 BGB. Für die J-AG ist das Geschäft ihrer gewerblichen Tätigkeit als Elektrohändlerin zuzuordnen, sodass sie Unternehmerin ist, § 14 I BGB. Ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB lag damit vor.

**b) Der Kühlschrank ist eine bewegliche Sache, die nicht im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wurde, und mithin eine Ware i.S.d. § 241a BGB. Damit liegt ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB vor.**

Beim Verbrauchsgüterkauf regeln §§ 327a II, 475a II BGB und §§ 327a III, 475b BGB die Abgrenzung zwischen den §§ 327 ff. BGB und dem kaufrechtlichen Mängelrecht.

**§ 327a II S. 1 BGB** bestimmt in Übereinstimmung mit **§ 475a II BGB**, dass die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB auch auf Verbraucherverträge über Sachen anzuwenden sind, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Dann **wäre das Kaufmängelrecht gemäß § 475a II S. 1 Nr. 2 BGB unanwendbar im Hinblick auf diejenigen Teile des Vertrags, die das digitale Produkt betreffen**, wenn die Ware ihre Funktionen auch ohne das digitale Produkt erfüllen kann.

Die Vorschriften des Kaufrechts würden dann gem. § 475a II S. 2 BGB **ersetzt durch die §§ 327 ff. BGB**. Es käme somit zu einer Rechtsregimetrennung zwischen Kaufmängelrecht für den sächlichen Teil und Digitalproduktrecht für den digitalen Teil des Vertragsgegenstands.

Beim Kauf einer **Ware mit digitalen Elementen** kommen hingegen die Regelungen der §§ 327 ff. BGB wegen § 327a III S. 1 BGB **nicht** zur Anwendung. Stattdessen gilt Kaufrecht, ergänzt um §§ 475b, c BGB.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 4

### c) Ware mit digitalen Elementen?

Fraglich ist, ob es sich bei dem Kühlschrank um eine unqualifizierte Ware mit digitalen Produkten (dann §§ 475a II, 327d ff. BGB) oder um eine Ware mit digitalen Elementen (dann §§ 327a III, 475b BGB) handelt.

Der Kauf einer **Ware mit digitalen Elementen** liegt nur dann vor, wenn der Kühlschrank beim Fehlen der digitalen Inhalte seine Funktion nicht erfüllen kann (**funktionales Kriterium**) und die Bereitstellung der digitalen Inhalte vom Verkäufer geschuldet ist (**vertragliches Kriterium**).

Die Software könnte für den Kühlschrank **funktionsnotwendig** i.S.d. §§ 475b I S. 1, 327a III S. 1 BGB sein.

Von entscheidender Bedeutung ist daher, **wie der Begriff der Funktionsnotwendigkeit auszulegen ist**.

**Anmerkung:** Dies ist dann zu diskutieren, wenn zumindest möglicherweise ein Mangel des verbundenen digitalen Produkts vorliegt. In Fällen, in denen klar erkennbar nur ein Mangel der Ware selbst in Betracht kommt, bietet es sich an, dies vorab kurz klarzustellen – sowohl nach § 475a II BGB als auch nach §§ 475b, c BGB wäre dann nämlich Kaufrecht anzuwenden, eine ausführliche Diskussion würde dann (zumindest an dieser Stelle) am Fall vorbeigehen.

Die folgenden Ausführungen sollen Ihnen einen Überblick über den derzeitigen Meinungsstand geben. Für eine gute Klausur wird eine so ausführliche Darstellung nicht ansatzweise verlangt. Sie müssen sich aber mit der Frage befassen, was unter dem Begriff der „Funktionsnotwendigkeit“ zu verstehen ist!

Der Wortlaut der Norm gibt hier – auch wegen der insoweit unglücklichen Formulierung im Plural – keinen näheren Aufschluss darüber, ob hier *jede* vertragsgemäße Funktion der Ware, *nur einige von mehreren* Funktionen der Ware oder auch nur *die Grundfunktion* der Ware die Funktionsnotwendigkeit bestimmt, oder ob sogar nur maßgeblich sein soll, ob der Ware auch ohne digitale Produkte nur *irgendeine* sinnvolle Restfunktion verbleibt. Dies ist mithin durch Normauslegung nach systematischen und teleologischen Kriterien zu ermitteln.

aa) Nach e.A.<sup>1</sup> soll der Begriff weit auszulegen sein. Erfasst sein soll hier jede vertragsgemäße Funktion der Ware, insbesondere solche

Funktionen, die gerade erst aus der Verbindung der Ware mit digitalen Produkten ermöglicht werden.

**Anmerkung:** Die Anwendung des Kaufrechts über § 475b BGB ist nach diesem Ansatz die Regel.

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht könnte vorliegend der Kühlschrank seine vertragsgemäße Funktion, autonom die Kühltemperatur an eingelagerte Lebensmittel anzupassen, ohne Software nicht erfüllen. Er wäre mithin eine Ware mit digitalem Element.

Für eine solche Auslegung spricht, dass der Verbraucher sich in der Regel gerade wegen des digital erweiterten Funktionsumfangs eines „smarten“ Geräts für ein solches und nicht für ein rein analoges Produkt entscheiden wird. Damit wäre letztlich jede Fehlfunktion einer digital „erweiterten“ Ware einheitlich dem Regime des Kaufrechts unterstellt, wofür ebenfalls die Einfachheit der Handhabung für den Rechtsanwender und den betroffenen Verbraucher und die Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten sprächen.

Fraglich ist aber, ob diese Ansicht auch unter systematischen Gesichtspunkten überzeugen kann. Das Gesetz unterscheidet klar zwischen Waren mit notwendigen digitalen Elementen in §§ 475b, 327a III BGB und solchen, bei denen die verbundenen digitalen Produkte *gerade nicht* funktionsnotwendig sind, §§ 475a II S. 1, 327a II BGB.

Die Norm des § 475a II BGB wäre aber quasi inhaltsleer, wenn auf die Notwendigkeit für *jede* vertragsgemäße Funktion abgestellt werden müsste. Nicht funktionsnotwendige digitale Produkte wären dann nämlich nur solche, denen von vornherein keine Funktion zukommt, was nicht überzeugen kann. Außerdem würden Kaufverträge über digital erweiterte Sachen dann regelmäßig nicht nach §§ 327 ff. BGB behandelt, etwa ein Leasingvertrag über dieselbe Sache aber schon, weil § 327a III BGB ausdrücklich nur für Kaufverträge gilt. Dies widerspräche dem angestrebten Zweck der Vertragstypenneutralität von §§ 327ff. BGB.<sup>2</sup> Diese Auslegung kann mithin nicht überzeugen.

bb) Aus diesem Grund wird **überwiegend eine engere Auslegung** des Begriffs der Funktion in diesem Sinne befürwortet:

<sup>1</sup> Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 333.

<sup>2</sup> Gansmeier/Kochendörfer, Digitales Vertragsrecht Anwendungssystematik, Regelungsprinzipien und schuldrechtliche Integration der §§ 327 ff. BGB, ZfPW 2022, 1 ff.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 5

Nach einer weiteren Ansicht<sup>3</sup> soll daher Funktionsnotwendigkeit nur dann vorliegen, wenn der Ware ohne die Software keine irgendwie sinnvolle eigenständige Restfunktion verbleibt, wenn also die Ware ohne Software gleichsam nur eine „leere Hülle“ wäre. Allerdings hängt es von wertender Betrachtung und der Berücksichtigung des Vertragszwecks ab, ab wann eine verbleibende Restfunktion noch als sinnvoll erachtet werden kann.

- cc) Zu bevorzugen scheint daher mit der wohl h.M.<sup>4</sup> der Auslegungsmaßstab, **ob die Ware ihre Grundfunktion auch „rein analog“ ohne das digitale Produkt erfüllen kann.**

**Anmerkung:** Nach dieser Ansicht kommen in der Regel die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung!

Hierdurch wird dem Prinzip der Rechtsregimetrennung<sup>5</sup>, das in § 475a II BGB, aber auch in vergleichbaren Kollisionsnormen wie § 453 I S. 2 BGB oder § 578b III BGB zum Ausdruck kommt, angemessen Rechnung getragen.

Nach dieser Ansicht müsste der Kühlschrank seine Grundfunktion, nämlich das Kühlhalten von Lebensmitteln, auch ohne die Software erfüllen können. M konnte hier den Kühlschrank auch mit deaktivierter Software rein analog nutzen, sodass eine **Funktionsnotwendigkeit in diesem Sinne nicht** vorliegt.

Auch bei Abstellen auf eine irgendwie sinnvolle Restfunktion wäre keine Funktionsnotwendigkeit gegeben, sodass die Auslegungsfrage in *dieser* Hinsicht im Ergebnis sogar dahinstehen kann.

Es liegt mithin bei der gebotenen engen Auslegung ein Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Ware vor, die ihre Funktionen auch ohne das enthaltene digitale Produkt erfüllen kann.

## 2. Ergebnis:

Hier konnte der Kühlschrank seine Funktionen rein analog erfüllen; allein im Bereich der Softwareerweiterung zeigten sich mögliche Fehlfunktionen.

Daher ist **gemäß § 475a II S. 1 Nr. 2 BGB das Kaufmängelrecht nicht anwendbar**, soweit derjenige Teil des Vertrags betroffen ist, der sich auf das digitale Produkt bezieht.

Ein Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB besteht nicht.

**Anmerkung:** Im Examen wird von Ihnen nicht diese ausführliche Darstellung erwartet. Das Problem als solches muss aber erkannt und mit dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes zumindest kurz diskutiert werden!<sup>6</sup>

- B) **Anspruch auf Rückzahlung der 300,- € nur für das Softwarepaket „Smartcool“ infolge erklärter Vertragsbeendigung aus §§ 327o II S. 1, 327i Nr. 2, 327m I, 475a II S. 1 Nr. 2, S. 2 BGB**

Da vorliegend das Kaufmängelrecht gemäß § 475a II S. 2 BGB durch die §§ 327 ff. BGB ersetzt wird (s.o.), könnte sich ein Anspruch auf (Teil-)Rückzahlung des Kaufpreises aus § 327o II S. 1 BGB ergeben. Dafür müsste der M ein Recht zur Vertragsbeendigung nach diesen Vorschriften zugestanden haben und sie müsste die Vertragsbeendigung wirksam erklärt haben.

- I. Die **Erklärung der Vertragsbeendigung richtet sich nach § 327o I S. 1 BGB**. M müsste durch empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Unternehmer ihren Entschluss zur Beendigung des Vertrags zum Ausdruck gebracht haben.

M erklärte am 09. Mai gegenüber dem I als Handlungsbevollmächtigtem und damit Empfangsvertreter der J-AG, § 54 I HGB i.V.m. §§ 164 III, I, 130 I S. 1 BGB, dass sie „von dem ganzen Kaufvertrag über Kühlschrank und Software zurücktrete.“

Hierin kommt ihr Entschluss, den Vertrag jedenfalls hinsichtlich der Software zu beenden, eindeutig zum Ausdruck. Unschädlich ist, dass M den Begriff „Vertragsbeendigung“ nicht verwendet hat, §§ 133, 157 BGB.<sup>7</sup>

- II. Es müsste ihr auch ein **Recht zur Vertragsbeendigung gem. §§ 327i Nr. 2, 327m I BGB** zugestanden haben.
1. Dafür müsste **im maßgeblichen Zeitpunkt ein Produktmangel vorgelegen haben.**

**Mangelhaft** ist ein digitales Produkt im Umkehrschluss aus **§ 327e I S. 1 BGB**, wenn es zur maßgeblichen Zeit den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration nicht genügt.

<sup>3</sup> Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> MüKo/Metzger, BGB, § 327a Rn. 12; Lorenz, NJW 2021, 2065.

<sup>5</sup> Vgl. Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Bayerisches Erstes Staatsexamen, Termin 2025-I, Aufgabe 1 mit einer Kurzlösung in **Life&LAW 06/2025, 416 ff.**

<sup>7</sup> Grüneberg, BGB, § 327o Rn. 2.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 6

- a) In Betracht kommt hier ein **Abweichen von den subjektiven Anforderungen in Gestalt der vereinbarten Beschaffenheit, § 327e I S. 1 Var. 1, II S. 1 Nr. 1 a), S. 2 BGB.**

Der Beschaffenheitsbegriff ist weit auszulegen und umfasst wie im Kaufrecht unmittelbar anhaftende – freilich nicht *körperliche* – Merkmale des digitalen Produkts, sowie auch solche, die sich aus Beziehungen des Produkts zu seiner Umwelt ergeben.<sup>8</sup>

Fraglich ist aber, ob eine **Vereinbarung** einer Beschaffenheit vorliegt.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH setzt die Vereinbarung einer Beschaffenheit voraus, dass der Verkäufer die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt. Der Verkäufer muss daher aus der nach §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Sicht des Käufers in vertragsgemäß bindender Weise die Bereitschaft zu erkennen geben, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.<sup>9</sup>

An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung sind dabei **strenge Anforderungen** zu stellen. Aufgrund des breit gefächerten Mangelbegriffs in § 327e III bis V BGB kommt dabei eine Beschaffenheitsvereinbarung nur in eindeutigen Fällen in Betracht.<sup>10</sup> Verbleiben nach der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB Zweifel, ist eine Beschaffenheitsvereinbarung abzulehnen.

Im vorliegenden Fall wurde lediglich ein „smarter“ Kühlschrank verkauft, ohne dass eine konkrete Beschaffenheit vereinbart wurde.

Ein Mangel i.S.d. § 327e I S. 1 Var. 1, II BGB kommt daher nicht in Betracht.

- b) Die Software entsprach vorliegend aber nicht den **objektiven Anforderungen i.S.d. § 327e I S. 1 Var. 2, III S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.**

Hier diene das Softwarepaket dazu, über Kameras und Sensoren die eingelagerten Lebensmittel in dem Kühlschrank zu erfassen und die Kühltemperatur für sie automatisch optimal anzupassen, um eine möglichst lange Lagerzeit zu ermöglichen.

Zu dieser gewöhnlichen Verwendung i.S.d. § 327e III S. 1 Nr. 1 BGB eignete sich die Software „Smartcool“ nicht, da es wegen einer Fehlfunktion der Software zum Versagen der Temperaturregulierung kam.

Zudem weist eine Software mit Fehlfunktion nicht die Beschaffenheit auf, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher i.S.d. § 327e III S. 1 Nr. 2 BGB auch erwarten kann.

Die Software „Smartcool“ wies daher einen Produktmangel i.S.d. § 327e I S. 1 Var. 1 i.V.m. § 327e III S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB auf.

- c) Dieser mangelhafte Zustand müsste auch zu der maßgeblichen Zeit vorgelegen haben. Nach **§ 327e I S. 2 BGB ist der maßgebliche Zeitpunkt grundsätzlich die Bereitstellung des digitalen Produkts nach § 327b BGB.**

Bereitgestellt ist ein digitaler Inhalt gem. § 327b III BGB u.a., sobald er oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu ihm dem Verbraucher unmittelbar zur Verfügung gestellt sind. Vorliegend war die Software auf dem Kühlschrank aufgespielt und wurde der M mithin unmittelbar zugänglich gemacht, als ihr der Kühlschrank übergeben wurde. Zu diesem Zeitpunkt war die Fehlfunktion der derzeitigen Software-Version bereits vorhanden, sodass ein Mangel auch im maßgeblichen Zeitpunkt der Bereitstellung vorlag.

Die Voraussetzungen des § 327i BGB sind daher gegeben.

2. **Voraussetzungen des § 327m I BGB für das Recht zur Vertragsbeendigung**

- a) Es könnte ein Beendigungsrecht gem. **§§ 327m I Nr. 1, 327i II S. 1 Alt. 1 BGB** wegen **Unmöglichkeit der Nacherfüllung** vorliegen.

Fraglich ist, ob die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, § 327i I BGB, der J-AG unmöglich ist, § 275 I BGB. Es könnte ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vorliegen.

Hier kann die J-AG nämlich nicht ohne das Software-Update des Kühlschrankherstellers nacherfüllen, das aber zur Zeit des Nacherfüllungsverlangens der M noch nicht verfügbar war. Echte Unmöglichkeit setzt allerdings voraus, dass der Leistungserfolg dauerhaft durch den Schuldner nicht herbeigeführt werden kann; **ein nur vorübergehendes Leistungshindernis genügt grundsätzlich nicht.**<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Grüneberg, § 327e Rn. 2.

<sup>9</sup> BGH, NJW 2019, 1937 ff.; BGH, NJW 2018, 150 ff.; BGH, NJW 2017, 2817 ff.; BGH, NJW 2016, 3015 ff.; BGH, NJW 2008, 1517 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>10</sup> Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 08/2024, 505 (507)**; BGH, **Life&LAW 11/2021, 719 ff.** = NJW 2021, 2958 ff.; BGH, **Life&LAW 10/2019, 659 ff.** = NJW 2021, 1937 ff.; BGH, NJW 2016, 2874 ff.; BGH, **Life&LAW 06/2013, 407 ff.** = NJW 2013, 2107 f. = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Grüneberg, § 275 Rn. 10.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 7

Ob das Hindernis dauerhaft oder vorübergehend ist, muss aus dem Zeitpunkt des Eintritts der Störung heraus beurteilt werden, weil hiervon abhängt, ob der Gläubiger noch mit dem Erhalt der Leistung rechnen kann und der Schuldner noch Anstrengungen zur Leistungserbringung unternehmen muss.<sup>12</sup> Allerdings **kann ein vorübergehendes Hindernis einem endgültigen Leistungshindernis gleichgestellt werden, wenn** es die Erreichung des Vertragszwecks in Frage stellt und dem anderen Teil das Festhalten am Vertrag bis zum Wegfall des Hindernisses unter Berücksichtigung von § 242 BGB nicht zuzumuten ist.<sup>13</sup>

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist danach zu fragen, ob es der M unzumutbar gewesen wäre, bis zur Veröffentlichung des Softwareupdates im August abzuwarten. Mit Rücksicht auf die i.d.R. mehrjährige Nutzungsdauer eines Kühlschranks und die Tatsache, dass der Kühlschrank auch ohne die aktualisierte Steuerungssoftware immerhin noch analog genutzt werden konnte, stellt ein Abwarten von wenigen Monaten bis zur Nacherfüllung keinesfalls die Erreichung des Vertragszwecks in Frage. Die „vorübergehende Unmöglichkeit“ ist daher hier der „echten“ Unmöglichkeit nicht gleichzustellen.

- b) Die Vertragsbeendigung wäre aber möglich, wenn eine **objektiv angemessene Frist ab Mängelmitteilung erfolglos abgelaufen ist, §§ 327m I Nr. 2, 327I I S. 2 BGB.**

Vorliegend hat M am 08. April von der J-AG Nacherfüllung verlangt, was den Voraussetzungen einer bloßen Mitteilung des Mangels i.S.d. § 327I I S. 2 BGB genügt. Bis zu der Vertragsbeendigungserklärung am 09. Mai war daher über ein Monat vergangen, was angesichts der Eigenart der Kühlschrank-Erweiterungssoftware als angemessene Frist für die Nacherfüllung ausreicht. Mithin waren die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung gegeben.

3. Das Beendigungsrecht dürfte **nicht durch § 327m II S. 1 BGB ausgeschlossen** sein. Da kein Fall der §§ 327m II S. 2, 327 III BGB vorliegt, dürfte der Mangel **nicht unerheblich** gewesen sein.

Die Fehlfunktion der automatischen Temperatursteuerung beeinträchtigt hier die Grundfunktion des Kühlschranks; dieser lässt sich nur bei gänzlich deaktiviertem digitalem Produkt überhaupt als solcher benutzen.

Der Mangel des digitalen Produkts ist daher nicht unerheblich.

- III. In der Rechtsfolge ergibt sich aus der berechtigt erklärten Vertragsbeendigung ein Anspruch auf Erstattung der Zahlungen, die die Verbraucherin M zur Erfüllung des Kaufvertrags geleistet hat, § 327o II S. 1 BGB.

**Ergebnis:** M hat einen Anspruch gegen die J-AG auf Rückzahlung der 300,- € für das Softwarepaket „Smartcool“ aus §§ 327o II S. 1, 327i Nr. 2, 327m I Nr. 2, 475a II S. 2 BGB.

- C) **Anspruch auf Rückzahlung der 2000,- € nur für den Kühlschrank infolge erklärten Rücktritts, § 346 I BGB**

Fraglich ist, ob M auch Rückzahlung der 2.000,- € Grundpreis für den Kühlschrank als solchen verlangen kann.

- I. Sie hat am 09. Mai den Rücktritt auch hinsichtlich des Kühlschranks gegenüber I als Vertreter der J-AG **erklärt** (vgl. oben), §§ 349, 164 III, I S. 1, 130 I S. 1 BGB, § 54 I HGB.

- II. Der M müsste auch ein **Recht zum Rücktritt hinsichtlich des Kühlschranks als solchem** zugestanden haben.

1. Wegen der von § 475a II BGB angeordneten Rechtsregimetrennung könnte hinsichtlich des sächlichen Teils des Kaufvertrags über eine Ware, die mit digitalen Produkten verbunden ist, ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB gegeben sein, wenn der Kühlschrank in seiner Sacheigenschaft – also gerade ohne Rücksicht auf das verbundene digitale Produkt – mangelhaft war.

Dafür enthält der Sachverhalt allerdings keine Anzeichen, insbesondere funktioniert der Kühlschrank rein analog beanstandungsfrei; ein Rücktrittsrecht aus Kaufmängelrecht kommt hier nicht in Betracht.

**Anmerkung:** Läge der „umgekehrte“ Fall vor und es wäre i.R.v. § 475a II BGB bei fehlerfreiem verbundenem digitalem Produkt ein „gewöhnlicher“ Sachmangel des Kühlschranks gegeben, so würde sich ein Rücktrittsrecht jedenfalls hinsichtlich des sächlichen Teils nach den Regeln des Kaufrechts richten. In entsprechender Anwendung von § 323 V S. 1 BGB müsste dann diskutiert werden, ob der Rücktritt auf den sächlichen Teil des Kaufvertrags beschränkt bleibt oder auch das verbundene digitale Produkt umfasst. Ein Interessenfortfall wird allerdings oft gegeben sein, da die Sache ja oft gerade den „Träger“ für das Digitalprodukt darstellt.

<sup>12</sup> Grüneberg, § 275 Rn. 12.

<sup>13</sup> Grüneberg, § 275 Rn. 11.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 8

### 2. Rücktrittsrecht aus § 327m V BGB

Es kommt allerdings ein **Rücktrittsrecht aus § 327m V BGB** in Betracht.

- a) Nach dem Wortlaut der Norm kann sich der Verbraucher im Hinblick auf alle Bestandteile eines Vertrags i.S.d. § 327a II BGB von dem Vertrag lösen, sofern er den Vertrag gemäß § 327m I BGB beenden kann.

Hier stand der M ein Recht zur Vertragsbeendigung hinsichtlich des digitalen Produkts zu, §§ 327m I, 475a II S. 2, 327a II BGB, weil die Kühlschrankssoftware eine Fehlfunktion hatte (s.o.)

- b) Bei dem hier vorliegenden Kaufvertrag würde sich daher **aus § 327m V BGB ein Rücktrittsrecht ergeben**, wenn sich der **Kühlschrank** aufgrund des Mangels des digitalen Produkts **nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignen würde**.

Dabei ist im Umkehrschluss zu § 327 IV BGB nicht auf das subjektive Interesse des Verbrauchers, sondern auf eine objektivierte Verwendungseignung abzustellen.<sup>14</sup>

Die „gewöhnliche“ Verwendung in diesem Sinne muss auch weiter auszulegen sein als der Begriff der Funktion in § 327a III BGB.

Wäre nämlich eine fehlende Eignung zur Verwendung erst dann anzunehmen, wenn die Grundfunktion der Sache wegen eines digitalen Mangels nicht mehr gegeben ist, so hätte § 327m V BGB jedenfalls im Kaufrecht keinen sinnvollen Anwendungsbereich, weil dann regelmäßig schon eine Ware mit digitalem Element vorläge und der § 327m V BGB gar nicht zur Anwendung käme (vgl. oben).

Die gewöhnliche Verwendung kann daher nicht in der bloßen Nutzung der Grundfunktion gesehen werden,<sup>15</sup> sondern muss auch einen weiteren Kreis von Verwendungen der Sache umfassen. Gegen einen allzu strengen Maßstab spricht auch der verbraucherschützende Zweck der Neuregelung. Außerdem ist nicht recht ersichtlich, warum bei einer Sache, deren enthaltenes digitales Produkt mangelhaft ist, eine Gesamtlösung deutlich schwerer möglich sein soll als bei einem Paketvertrag nach § 327m IV, bei dem schon der subjektive Interessenfortfall genügt.<sup>16</sup> In die gewöhnliche

Verwendung in diesem Sinne muss daher der digital erweiterte Funktionskreis der Ware mit einbezogen werden.

Dass der Kühlschrank vorliegend unter Einsatz der zusätzlichen Steuerungssoftware keine bessere Kühlleistung erbringen kann als ein rein analoger Kühlschrank, macht ihn mithin für die gewöhnliche Verwendung als „smarter“ Kühlschrank mit erweiterten Funktionen ungeeignet.

Daher ergibt sich aus **§ 327m V BGB auch ein Recht zum Rücktritt** von dem den Kühlschrank betreffenden Vertragsteil.

**Anmerkung:** Hier scheint mit entsprechender Argumentation eine a.A. gut vertretbar, insbesondere wenn man oben zur Abgrenzung der §§ 475 a II, 475b BGB einen anderen Maßstab angelegt hat.

- c) § 327m V BGB regelt **keine Rechtsfolge**.

§ 327m V BGB ist daher – genauso wie §§ 327m IV und 327c VI, VII BGB – als **vertragstypenneutrale Rechtsfolgeverweisung auf das jeweils einschlägige Kündigungs- oder Rücktrittsrecht** zu verstehen.<sup>17</sup>

Da ein Kaufvertrag vorliegt, kommt daher das Rücktrittsfolgenrecht zur Anwendung.

3. In der Rechtsfolge kann M daher aufgrund des wirksam ausgeübten Rücktritts auch hinsichtlich desjenigen Teils des Vertrags, der sich auf den Kühlschrank bezieht, Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, § 346 I BGB.

**Ergebnis:** M kann von der J-AG Rückzahlung von 2.000,- € aus §§ 346 I, 327m V, I, 327i Nr. 2, 475a II S. 2, 327a II BGB verlangen.

- D) **Anspruch auf Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB infolge erklärter Anfechtung, § 142 I BGB**

Ein Anspruch auf Rückzahlung des gesamten durch die J-AG erlangten, von M auf den Vertrag geleisteten Kaufpreises aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB<sup>18</sup> infolge rückwirkender Nichtigkeit des Vertrags wegen Anfechtung, § 142 I BGB, setzt voraus, dass Anfechtungsvorschriften neben dem jeweiligen Gewährleistungsregime überhaupt **anwendbar** sind. Dies hängt u.a. von dem konkreten möglichen Anfechtungsgrund ab.

- I. Ein Anfechtungsgrund aus § 119 I BGB steht hier nicht in Rede.

<sup>14</sup> MüKo/Metzger, BGB, § 327m Rn. 24, § 327c Rn. 17.

<sup>15</sup> Wohl a.A. aber ohne nähere Begründung MüKo/Metzger, BGB, § 327m Rn. 24; § 327c Rn. 17.

<sup>16</sup> Vgl. Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 376; Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 mit fundamentalen teleologischen Zweifeln an der Regelung.

<sup>17</sup> Grüneberg, § 327m Rn. 4, § 327c Rn. 6.

<sup>18</sup> Möglich ist auch das Abstellen auf § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 9

II. Fraglich ist, ob eine Anfechtung wegen **Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Kühlschranks inklusive Softwarepakets** in Betracht kommt, § 119 II BGB. Dabei ist der Begriff der Sache nicht im engeren Sinne des § 90 BGB zu verstehen, sondern meint allgemeiner den Gegenstand des Vertrags,<sup>19</sup> sodass auch ein Irrtum über die Eigenschaften von Software hierunter fallen könnte.

Es entspricht allerdings der h.M., dass eine **Anfechtung wegen Irrtums über die Mangelfreiheit einer Kaufsache ausgeschlossen sein muss**, weil ansonsten der Vorrang der Nacherfüllung, §§ 323 I, 281 I BGB bzw. § 475d BGB, und die bis zu 10 Jahre mögliche Anfechtung (vgl. § 121 II BGB), die grds. kurze und kenntnisunabhängige Verjährung der Mängelansprüche (§ 438 I, II BGB) und daran anknüpfend die Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts (§§ 438 IV S. 1, 218 I BGB) umgangen werden könnten.<sup>20</sup>

Auch das Gewährleistungsrecht bei Mängeln digitaler Produkte kennt in **§ 327m I BGB den Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung**.

Ebenfalls beginnt die **zweijährige Frist für die Verjährung** der in § 327i Nrn. 1 und 3 BGB bezeichneten Ansprüche sowie die Verfristung des Rechts zur Vertragsbeendigung oder Minderung nach §§ 218, 327j V, 327i Nr. 2 BGB nach § 327j I S. 2 BGB grds. **kenntnisunabhängig** mit der Bereitstellung.

Mithin sind die Grundsätze zum Ausschluss der Anfechtung gem. § 119 II BGB neben dem Kaufmängelrecht **auf die §§ 327d ff. BGB zu übertragen**. Das Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB ist daher vom vorrangigen Mängelrecht verdrängt.<sup>21</sup>

III. Fraglich ist, ob das Gleiche für eine Anfechtung wegen **arglistiger Täuschung über einen Mangel nach § 123 I Alt. 1 BGB** gilt.

1. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über einen Mangel ist nach einhelliger Ansicht neben §§ 434 ff. BGB möglich.
2. Fraglich ist erneut, ob dies auf die Vorschriften der §§ 327d ff. BGB zu übertragen ist.

Der **Vorrang der Nacherfüllung greift gem. § 327m I Nr. 4 BGB nicht**, wenn der Mangel derart schwerwiegend ist, dass die sofortige Vertragsbeendigung gerechtfertigt ist. Hier muss wie bei den Parallelnormen der §§ 475d I Nr. 3 bzw. 323 II Nr. 3 BGB durch umfassende Abwägung festgestellt werden, ob das Vertrauen in die Nacherfüllung durch den Unternehmer so stark beeinträchtigt ist, dass dem Verbraucher ein Nacherfüllungsverlangen nicht zuzumuten ist,<sup>22</sup> was im Falle einer arglistigen Täuschung über einen Mangel regelmäßig gegeben sein wird.<sup>23</sup>

Allerdings sieht **§ 327j BGB keine Ausnahme** von der kurzen und kenntnisunabhängig anlaufenden Verjährung für Arglist vor. Dass in den dann konkurrierenden Fristenregelungen für die Lösung des getäuschten Verbrauchers von dem Vertrag gerade eine gesetzgeberische Entscheidung gegen die Anwendbarkeit der Arglistanfechtung liegen sollte, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Vielmehr überwiegen die Wertungsgründe, eine **Anfechtung wegen § 123 I Alt. 1 BGB dennoch neben §§ 327d ff. BGB zuzulassen**.<sup>24</sup>

3. Dies könnte aber **im Ergebnis dahinstehen**, wenn hier ohnehin keine arglistige Täuschung vorläge.

Der Anfechtungsgrund des § 123 I Alt. 1 BGB erfordert eine – zumindest bedingt – **vorsätzliche** Täuschung, die der J-AG zugerechnet werden könnte. Hier hat aber deren Vertreter I auf Frage der M nach der Software **nur versehentlich und daher fahrlässig** falsch über die bekannte Fehlfunktion informiert. Mithin scheidet eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung aus.

**Ergebnis:** Ein Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB besteht nicht.

**Anmerkung:** Es wäre auch der Aufbau vertretbar, die Anfechtung bereits inzident bei den Gewährleistungsansprüchen zu prüfen, weil durch § 142 I BGB gar kein wirksamer Kaufvertrag vorläge. Weil hier aber hauptsächlich Konkurrenzfragen im Mittelpunkt standen, wurde die Anfechtung erst an dieser Stelle thematisiert.

<sup>19</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 41 Rn. 57.

<sup>20</sup> Neuner, a.a.O., § 41 Rn. 69 m.w.N.

<sup>21</sup> So überzeugend *Gansmeier/Kochendörfer*: Konkurrenzen im Kontext der §§ 327 ff. BGB, JuS 2022, 704; a.o. *MüKo/Metzger*, BGB, § 327i Rn. 17.

<sup>22</sup> Grüneberg, § 327m Rn. 3.

<sup>23</sup> A.A. *Gansmeier/Kochendörfer*, JuS 2022, 704.

<sup>24</sup> *Gansmeier/Kochendörfer*, JuS 2022, 704.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 10

E) Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung und Rückzahlung der gesamten 2.300,- € aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB („c.i.c.“) i.V.m. § 249 I BGB

Ein Anspruch der M auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises i.H.v. 2.300,- € könnte sich aber aus §§ 280 I, 311 II, 241 II, 249 I BGB ergeben. Diese können insbesondere bei einer fahrlässigen Falschinformation über den Vertragsgegenstand im Vorfeld des Vertragsschlusses tatbestandlich einschlägig sein.

Fraglich ist aber auch hier die **Anwendbarkeit neben dem Gewährleistungsrecht**. Ähnlich wie bei der Anfechtung würde auch der Anspruch auf Zustimmung zur Aufhebung des Vertrags und Rückabwicklung seiner Folgen aus §§ 280 I, 241 II, 311 II, 249 I BGB mit speziellen Wertungen des Mängelrechts in Konflikt geraten, insb. mit dem Vorrang der Nacherfüllung, der **gleichermaßen im Kaufrecht wie im Digitalproduktrecht** gilt (s.o.).

Daher wird die Loslösung vom Vertrag wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung abgelehnt, soweit die zu vertretende Pflichtverletzung in einer Falschinformation über einen Mangel des Vertragsgegenstands liegt.<sup>25</sup>

Auch hier spricht einiges dafür, eine Ausnahme bei arglistiger Täuschung zuzulassen,<sup>26</sup> die hier aber nicht einschlägig ist (s.o.).

**Ergebnis:** M hat keinen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung und Rückzahlung der 2.300,- € aus §§ 280 I, 241 II, 311 II, 249 I BGB.

**Anmerkung:** Da hier nach überzeugender Ansicht weder Anfechtung noch c.i.c. (gerichtet auf Vertragsaufhebung) eingreifen, musste zu dem Verhältnis der c.i.c. zur Anfechtung nicht Stellung genommen werden. Die Diskussion zum Verhältnis zwischen der c.i.c. und den Mängelrechten sollte hier aber nicht fehlen, weil die Voraussetzungen einer der J-AG zuzurechnenden und von ihr zu vertretenden Pflichtverletzung vorlagen!

**Gesamtergebnis Frage 1:** M kann Rückzahlung von 300,- € für das Softwarepaket „Smartcool“ sowie der 2.000,- € für den Kühlschrank verlangen, §§ 327o II S. 1, 327i Nr. 2, 327m I BGB i.V.m. §§ 346 I, 327m V BGB.

**Frage 2: Hat M gegen die J-AG einen Anspruch auf Ersatz der verdorbenen Lebensmittel und der Anschaffungskosten für den Ersatzkühlschrank samt Softwarepaket?**

A) Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung, §§ 280 I, 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB

M könnte gegen die J-AG einen Anspruch auf Schadensersatz für die verdorbene Guacamole haben.

I. Die **Anwendungsvoraussetzungen der Mängelrechtsbehelfe nach § 327i BGB liegen vor (s.o.)**, sodass sich ein möglicher Schadensersatzanspruch wegen Mangels des mit dem Kühlschrank verbundenen digitalen Produkts nach §§ 327i Nr. 3, 280 BGB richtet.

II. Fraglich ist daher, ob von M vorliegend Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht wird, sodass die **zusätzlichen Voraussetzungen von § 327m III BGB** zu beachten sind, oder ob Schadensersatz neben der Leistung vorliegt, sodass unmittelbar auf § 280 I BGB zurückgegriffen werden kann.

Bei dem Schaden aus der verdorbenen Guacamole handelt es sich um einen Integritätsschaden an einem anderen Gut als dem Kaufgegenstand selbst.

Dieser Schaden könnte daher durch eine hypothetisch hinzugedachte spätere Nacherfüllung nicht mehr behoben werden und tritt auch interessenmäßig kumulativ neben das Interesse an der Nacherfüllung, sodass es sich um einen Schaden **neben der Leistung** handelt (sog. Mangelfolgeschaden). Mithin sind die zusätzlichen Voraussetzungen des § 327m III S. 1, I BGB nicht zu prüfen.

III. Demnach richtet sich der Schadensersatzanspruch **allein nach § 280 I BGB** wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur mangelfreien Bereitstellung des Softwarepakets aus § 327d BGB.

1. Ein Schuldverhältnis und eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB liegen vor (s.o.)
2. Allerdings würde die J-AG nicht auf Schadensersatz haften, wenn sie ihre Pflichtverletzung **nicht zu vertreten hätte, § 280 I S. 2 BGB**.

Dabei hat sie ein Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden, §§ 278 S. 1 Alt. 2, 276 I BGB.

<sup>25</sup> Gansmeier/Kochendörfer, JuS 2022, 704.

<sup>26</sup> Grüneberg/Grüneberg, BGB, § 311 Rn. 14 f.; Gansmeier/Kochendörfer, JuS 2022, 704.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 11

I ist mit Wissen und Wollen der Organe (§ 31 BGB) der J-AG in deren Pflichtenkreis tätig und damit **Erfüllungsgehilfe**.

**Er wusste von dem Funktionsfehler** der Software „Smartcool“ und hat M hierüber fahrlässiger Weise nicht informiert. Eine zu vertretende Pflichtverletzung liegt somit vor.

**Zwischenergebnis:** Die Voraussetzungen der §§ 327i Nr. 3, 280 I BGB liegen vor.

**Anmerkung:** Dies wird bei dem Verkauf neu hergestellter Sachen häufig anders sein.

*Dies gilt erst recht für verkaufte Software, die oftmals direkt vom Hersteller herunterzuladen ist und damit nicht einmal „durch die Hände des Verkäufers geht.“ Die Exkulpation des § 280 I S. 2 BGB wird hinsichtlich des Verstoßes gegen § 327d BGB also häufig gelingen, sodass es im Ergebnis für die Ersatzfähigkeit von Schäden neben der Leistung doch auf den Verzug mit der geschuldeten Nacherfüllung ankommen wird, §§ 280 I, II, 286, 327i Nr. 1, 327I BGB.*

*Es wäre dann in einem Fall wie hier problematisch, ob man mit der h.M. bei vorübergehender Unmöglichkeit die Leistungspflicht analog § 275 I BGB für einstweilen suspendiert hält. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs käme dann nicht in Betracht, wenn der Schuldner sich für das vorübergehende Leistungshindernis exkulpieren kann.<sup>27</sup>*

3. In dem Verderb der Guacamole liegt auch ein in Geld messbarer **Schaden, der kausal** auf der Fehlfunktion der Kühlsteuerungssoftware und damit auf der mangelhaften Leistung beruht.

Diesen Schaden hat die J-AG gem. § 249 I BGB in Natur zu ersetzen bzw. den dafür erforderlichen Geldbetrag i.H.v. 25,- € zu leisten, § 249 II BGB. M konnte auch den Fehler in der Temperaturregulierung ohne nähere Prüfung, zu der aber kein Anlass bestand, nicht erkennen. Ihr Anspruch ist somit nicht wegen Mitverschuldens gem. § 254 I BGB zu kürzen.

**Ergebnis:** M kann von der J-AG Schadensersatz für die verdorbenen Lebensmittel verlangen nach §§ 280 I, 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB.

**Anmerkung:** Daneben konnte ein Anspruch aus §§ 823 I, 31 BGB gegen die J-AG geprüft werden mit dem Argument, dass in weiter Auslegung des § 31 BGB der mit Handlungsvollmacht ausgestattete Geschäftsleiter I der J-AG als ihr Repräsentant zuzurechnen ist.<sup>28</sup>

- B) **Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung für die Mehrkosten des Ersatzkühlschranks bzw. der Ersatzsoftware, §§ 475a II S. 2, 327i Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, 327m III S. 1, I BGB**

Fraglich ist, ob M neben der erklärten Vertragsbeendigung bzw. dem Rücktritt (s.o.) Ersatz der Mehrkosten für den angeschafften Ersatzkühlschrank mit Software i.H.v. jeweils 100,- €, insgesamt also 200,- € verlangen kann.

- I. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung kann gem. **§ 325 BGB i.V.m. § 327m III S. 4 BGB neben der gesamten Vertragsbeendigung** geltend gemacht werden.
- II. Die **Voraussetzungen des § 327i BGB** liegen vor.
- III. **Voraussetzungen der §§ 280 I, 327m III S. 1 BGB**

Gem. § 327m III S. 1 BGB kann der Verbraucher unter den Voraussetzungen des § 280 I Schadensersatz verlangen, wenn ein Fall des § 327m I Nrn. 1 bis 6 BGB vorliegt. Hier ist § 327m I Nr. 2 BGB erfüllt (s.o.), sodass § 280 I BGB zur Anwendung kommt.

**Anmerkung:** Der Schadensersatzanspruch richtet sich hier **nicht** nach §§ 280 I, III, 281 BGB! § 327m III BGB verweist nur punktuell auf Regelungen aus § 281 BGB. In der Sache besteht vor allem der Unterschied, dass die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung hier keiner Fristsetzung bedarf, sondern über §§ 327m I Nr. 2, 327I I S. 2 BGB grds. nur eine angemessene Frist ab Mängelmitteilung abgelaufen sein muss.

1. Die **Voraussetzungen des § 280 I BGB** liegen hinsichtlich der ursprünglich mangelhaften Leistung vor (s.o.).
2. Fraglich ist aber, ob allein die zu vertretende ursprüngliche Schlechtleistung genügt, oder ob der Schadensersatz „statt der Nacherfüllung“ voraussetzt, dass der Schuldner auch oder nur die Nichtnacherfüllung bis Fristablauf zu vertreten hat.

<sup>27</sup> Grüneberg, § 275 Rn. 10 ff. und § 286 Rn. 12.

<sup>28</sup> Vgl. Grüneberg, § 31 Rn. 6, Rn. 9.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 12

Nach der h.M. im Kaufrecht<sup>29</sup> ändert aber das „Umkippen“ des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs in den Nacherfüllungsanspruch nichts daran, dass sowohl die ursprüngliche Schlechtleistung als auch die Nichtnacherfüllung jeweils Pflichtverletzungen sind, für die der Verkäufer gem. §§ 280 ff. BGB haften muss, wenn er sich nicht exkulpieren kann.

**Nötig wäre daher die Exkulpation für beide Pflichtverletzungen**, die hier jedenfalls bezüglich der ursprünglichen Schlechtleistung nicht gelingt. Diese Grundsätze sollten auf die §§ 327m III S. 1, 280 I BGB übertragen werden.<sup>30</sup>

3. Da M hier Schadensersatz statt des ganzen digitalen Produkts verlangt, gelten §§ 327m III S. 2, 281 I S. 3 BGB. Es liegt jedoch **keine nur unerhebliche Pflichtverletzung** vor, s.o.
4. Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass M nicht nur Schadensersatz für den Deckungskauf bezüglich der mangelhaften Software begehrt, sondern **darüber hinaus auch den für sich genommen mangelfreien Kühlschrank** durch teureres Deckungsgeschäft ersetzt hat und dafür Ersatz der Mehrkosten verlangt.

Für diesen Fall der §§ 475a II S. 2, 327a II BGB enthält § 327m III BGB keine eigene Regelung. Würde sich aber der Schadensersatz statt der ganzen Leistung ohne zusätzliche Voraussetzungen auch auf den nicht gestörten sächlichen Teil eines Vertrags über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind, erstrecken, so könnte der § 327m V BGB umgangen werden, indem eine Liquidation des gesamten Vertrags bei Nichtvorliegen des § 327m V BGB dennoch über den Schadensersatz statt der ganzen Leistung erfolgt.

Umgekehrt scheint es unbillig, dem Verbraucher, der an dem sächlichen Vertragsteil in erster Linie als „Träger“ der Softwareerweiterung interessiert ist, keine Möglichkeit einzuräumen, auch statt des für sich genommen nicht gestörten sächlichen Teils Schadensersatz zu verlangen. Es überzeugt daher, den Schadensersatz statt der ganzen Leistung **unter den Voraussetzungen von § 327m V BGB analog** auch auf den Vertragsteil zu erstrecken, der die mit dem Digitalprodukt verbundene Sache betrifft.<sup>31</sup>

Diese Voraussetzungen **liegen hier vor, s.o.**

**IV.** Damit liegen die haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vor. Die J-AG muss daher alle zurechenbaren Schäden „statt der Leistung“ ersetzen.

1. In den Mehrkosten von 100,- € für den Kühlschrank des Herstellers Y sowie weiteren 100,- € für die Zusatzsoftware des Herstellers Y liegt eine in Geld messbare Vermögensdifferenz.
2. Diese Mehrkosten beruhen auch **äquivalent und adäquat kausal** auf der mangelhaften Leistung der J-AG. Fraglich ist, ob diese Kosten auch unter wertenden Gesichtspunkten der Pflichtverletzung durch die J-AG zugerechnet werden können (**Schutzzweck der Norm**).
  - a) Es könnte der Ersatzfähigkeit als Schaden entgegenstehen, dass es sich eigentlich um ein **freiwilliges Vermögensopfer** handelt, da M das Deckungsgeschäft ja nicht tätigen musste.

Die nahezu einhellige Ansicht bejaht aber die Ersatzfähigkeit der Kosten des Deckungsgeschäfts, da sich M wegen der Nichtnacherfüllung binnen Frist dazu **herausgefordert fühlen darf** (Herausforderungsfall).<sup>32</sup>

- b) Außerdem müsste es sich um Schäden handeln, die „**statt der Leistung**“ zu ersetzen sind. Zweck eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung ist Ersatz derjenigen Schäden, die durch das endgültige Ausbleiben der (Nach-)Erfüllung entstanden sind, bei denen also das Interesse am Schadensersatz alternativ an Stelle des ursprünglichen Leistungsinteresses tritt.<sup>33</sup>

Der Gläubiger, der die vertragsgemäße Nacherfüllung durch ein Deckungsgeschäft ersetzen will, kann aber kein redliches Interesse daran haben, neben diesem Kostenersatz zusätzlich noch die ursprünglich vertragsgemäße Leistung zu verlangen.

Auch nach zeitlich-dynamischer Abgrenzung wären die Mehrkosten bei hypothetisch hinzugedachter Nacherfüllung im dafür letzten möglichen Zeitpunkt (hier jedenfalls dem Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs durch Vertragsbeendigungserklärung der M am 09. Mai) noch vermieden worden. **Es liegt mithin ein Schaden „statt der Leistung“ vor**, so dass insgesamt der Schutzzweckzusammenhang besteht.

<sup>29</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 268a.

<sup>30</sup> Vgl. MüKo/Metzger, BGB, § 327m Rn. 19.

<sup>31</sup> Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 487.

<sup>32</sup> Hierzu Grüneberg, Vorb. v. § 249, Rn. 41 und Rn. 44.

<sup>33</sup> BGH, **Life&LAW 10/2013, 723 ff.** = NJW 2013, 2959.

## SchuldR-BT-1

Fall 5 - Lösung - Seite 13

**Anmerkung:** Anders wäre dies nach der letzten Abgrenzungsmethode, wenn M bereits verfrüht – nämlich vor Eintritt der Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung bzw. vor dem Erlöschen der Leistungspflicht – das Deckungsgeschäft vorgenommen hätte.

Über das Ergebnis, dass das verfrühte Deckungsgeschäft grds. nicht ersatzfähig sein darf, besteht weitreichend Einigkeit.

Vertritt man aber, dass Schadensersatz neben der Leistung vorliegt, muss das Ergebnis über den Herausforderungsgedanken korrigiert werden.<sup>34</sup> Die Abgrenzung kann auch an anderer Stelle im Fallaufbau erfolgen.

**Gesamtergebnis zu Frage 2:** M kann Schadensersatz für die verdorbenen Lebensmittel aus §§ 280 I, 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB sowie für die Mehrkosten der Ersatzanschaffung aus §§ 280 I, 327m III S. 1, I BGB i.V.m. §§ 327i Nr. 3, 475a II S. 2 BGB verlangen.

3. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist nach Ansicht des BGH nicht auf Naturalrestitution bzw. Kostenersatz dafür gerichtet, § 249 I, II BGB.<sup>35</sup>

Durch einen Anspruch auf Naturalrestitution gem. § 249 I BGB würde nämlich der in § 281 IV BGB i.V.m. § 327m III S. 2 BGB angeordnete Ausschluss des Anspruchs des Gläubigers auf die primäre Leistung unterlaufen werden. Wenn der Erfüllungsanspruch nach § 281 IV BGB erlischt, kann er auch nicht nach § 249 I BGB „wiederbelebt“ werden.

Daher soll nach teilweise vertretener Ansicht in der Literatur § 251 I BGB (entweder direkt oder analog) zur Anwendung kommen.<sup>36</sup>

Nach Ansicht des BGH<sup>37</sup> bestimmt sich der Schaden nach der **Differenzhypothese**. Dabei ist die Vermögenslage nach der schädigenden Handlung mit derjenigen zu vergleichen, die bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung durch die J-AG bestünde.

M kann daher Ersatz der Mehrkosten verlangen, die ihr dadurch entstanden sind, dass sie einen vergleichbaren „smarten“ Kühlschrank inkl. Softwareerweiterung anderweitig beschaffen musste, hier insgesamt 200,- €.

**Ergebnis:** M hat Anspruch auf Schadensersatz für die Mehrkosten des Deckungskaufs hinsichtlich Kühlschrank und Software.

<sup>34</sup> So Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, § 38 Rn. 10.

<sup>35</sup> BGH, **Life&LAW 03/2023, 158 (162 f.)** = NJW-RR 2023, 1460 ff.; BGH, NJW 2010, 3085 ff.; BGH, **Life&LAW 10/2018, 656 ff.** = NJW 2018, 1463 ff. sowie NJW-RR 2018, 1038 f.; BGH, NJW 2021, 53 ff.

<sup>36</sup> So auch Grüneberg, § 251 BGB, Rn. 3.

<sup>37</sup> So ausdrücklich BGH, NJW-RR 2022, 349 ff. (Rn. 38).

### Fall 5

Winzer Willi Weinstein, der ein Weingut gepachtet hat, will seinen Ertrag durch intensive Bewirtschaftung steigern.

Von Karl Kerner kauft er eine gebrauchte Fräsmaschine. Weinstein und Kerner einigen sich, dass der Kaufpreis von 10 000,- € in acht gleich bleibenden Raten zu zahlen ist. Kerner behält sich das Eigentum an der Fräsmaschine bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor. Die Maschine wird am nächsten Tag, dem 1. Juni, dem Weinstein übergeben.

Darüber hinaus beschließt er weitere Maßnahmen zur Rettung seines Weinberges. Hierzu „leiht“ er sich am 1. November 10.000,- € von seinem finanzkräftigen Nachbarn Stanislaus Silvaner. Weinstein und Silvaner vereinbaren, dass Weinstein dem Silvaner die Fräsmaschine sicherungshalber übereigne. Weinstein dürfe - solange er die Raten ordnungsgemäß zahle - die Maschine weiter benutzen, müsse aber eventuelle Reparaturen auf eigene Kosten vornehmen.

Völlig überraschend bringt das Überangebot an hervorragendem Frankenwein einige Wochen später auch den Silvaner kurzfristig in Zahlungsschwierigkeiten. Daher refinanziert er sich am 20. Dezember bei der B-Bank. Er erklärt gleichzeitig in einem handschriftlichen Vertrag, dieser „bis zur Rückübereignung“ sicherungshalber die Fräsmaschine zu übereignen. Silvaner tritt in diesem Vertrag seine „Rechte aus dem Verhältnis zu Weinstein“ an die B-Bank ab.

Als der Weinverkauf des Silvaner nach einigen Prämierungen ab Jahresanfang wieder besser läuft, zahlt Silvaner seine Schulden bei der B-Bank am 3. März des Folgejahres zurück. Diese erklärt dem Silvaner daraufhin, dass ihr „Eigentum nun wieder zu Gunsten des Silvaner entfallen sei“.

Kerner und Silvaner streiten sich um das Eigentum an der Fräsmaschine.

#### **Vermerk für die Bearbeitung:**

**Wer ist wirklich Eigentümer?**

**Es ist davon auszugehen, dass Weinstein keine seiner Verpflichtungen erfüllt hat.**

### Fall 17

#### *(Vertiefungsfall zur häuslichen Nacharbeit)*

A ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Wirklicher Eigentümer ist aber E, was A nicht weiß.

A lässt sich am 15. März an erster Rangstelle eine Eigentümergrundschild von 10.000,- € eintragen. Am 20. April wird eine von A für B bestellte Briefhypothek von 8.000,- € ins Grundbuch eingetragen. Diese Hypothek dient zur Sicherung eines dem A von B gewährten Darlehens in gleicher Höhe, für welches B im Hinblick darauf, dass es nur durch eine zweitrangige Hypothek gesichert ist, 8 % statt 7 % Zinsen verlangt.

Am 01. Juni verkauft A dem C das Grundstück in notariell beurkundeter Form für 22.000,- € (wobei die vorhandenen Belastungen bestehen bleiben sollen). Für C wird eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Erst danach erwirkt der wahre Eigentümer E einen Widerspruch gegen die Eintragung.

#### **Prüfen Sie folgende Fragen in einem Gutachten:**

1. Wie ist die Rechtslage bezüglich der Eigentümergrundschild und der Hypothek unter besonderer Berücksichtigung der Rangstellen der Belastungen?
2. Kann C seine Eintragung als Eigentümer erreichen? Wie kann er das?
3. Hat E Ausgleichsansprüche gegen A? Welche könnten das sein?

### Fall 18

B gewährt dem A ein Darlehen von 10.000,- €.

Als Sicherheit bestellt ihr A eine Briefhypothek an seinem Grundstück. B wird im Grundbuch als Hypothekengläubigerin eingetragen.

Nach zehn Jahren wird B unerkennbar geschäftsunfähig. Sie tritt „die Hypothek“ in öffentlich beglaubigter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefes an C ab, der sie in gleicher Form an D veräußert. Von der Geschäftsunfähigkeit der B wissen C und D nichts.

D verlangt nun Zahlung von A. Auch der Betreuer der B verlangt Zahlung.

**A möchte wissen, wem er die 10.000,- € zahlen muss!**

### Fall 5 - Lösung

#### Eigentum an der Fräsmaschine

- I. Ursprünglich war K Eigentümer
- II. Verlust des Eigentums an W?  
⇒ (-), da EV des K (§§ 929, 158 I BGB) und noch kein Bedingungseintritt, vgl. auch § 449 I BGB
- III. Eigentumserwerb des S von W?
  1. Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB (+)
  2. Übergabe nach § 929 S. 1 BGB  
⇒ (-), da W unmittelbarer Besitzer blieb
  3. Übergabesurrogat nach § 930 BGB  
⇒ Sicherungsabrede (SA) = konkretes BMV i.S.d. § 868 BGB
  4. Berechtigung des W (-), s.o.
  5. Gutgläubiger Erwerb gem. § 933 BGB?  
⇒ (-), da W Besitzer blieb (keine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB!)
- IV. Eigentumserwerb der B von S?
  1. Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB (+)
  2. Übergabesurrogat gem. § 931 BGB durch Abtretung des Anspruchs aus der SA, §§ 870, 398 BGB
  3. Berechtigung des S  
⇒ (-), da noch K Eigentümer war
  4. Gutgläubiger Erwerb gem. § 934 Alt. 1 BGB?
    - a) *B war z.Ztpkt. der Abtretung gutgläubig*
    - b) Problem: War S zu diesem Ztpkt. noch mittelbarer Besitzer?
      - aa) Nach e.A. ist SA zwischen W und S nichtig  
⇒ Grund: Übereignung von W an S schlug fehl  
⇒ damit ist BMV als Teil der Übereignung gem. § 139 BGB nichtig
      - bb) Nach h.M. ist das BMV (= SA) wirksam
        - (1) W hat S gem. §§ 929, 930 BGB sein Anwr übertragen (vgl. §§ 133, 157 BGB; a.A. § 140 BGB)  
⇒ dafür war aber wirksame SA nötig
        - (2) Dingliche Einigung zwischen W und S außerdem nicht nichtig, sondern lediglich erfolglos ⇒ § 139 BGB greift nicht ein!  
⇒ Damit gilt § 934 Alt. 1 BGB!

- c) § 934 Alt 1 BGB aber (-), wenn B besitzrechtlich nicht besser steht als der Eigentümer, § 936 III BGB analog
- aa) Nach M.M. kein gutgläubiger Erwerb des B, da K und B mittelbare Nebenbesitzer sind  
⇒ B ist nicht „näher dran“ als K
- bb) Nach h.M. gutgläubiger Erwerb des B
  - (1) BGB kennt keinen Nebenbesitz  
⇒ gesetzliche Fälle der Besitzbeteiligung mehrerer sind abschließend geregelt
  - (2) Nebenbesitz ist Widerspruch in sich  
⇒ Besitzmittler kann die Sache nur an einen herausgeben
- d) Evtl. anderes Ergebnis wegen des Wertungswiderspruches zu § 933 BGB  
⇒ (-), da bei §§ 931, 934 BGB der Veräußerer jeglichen Besitz aufgibt, während bei §§ 930, 933 BGB der Besitz beim Veräußerer bleibt

Damit ist B vorerst Eigentümer geworden

- V. Rückübereignung von B an S
  1. Übereignung nach §§ 929, 931 BGB?  
⇒ Vss'en grds. (+) (kein gutgl. Erwerb!)
  2. Ausnahme aus Wertungsgründen?
    - a) *Nach e.A. ist gutgläubiger Erwerber unbeschränkt verfügungsbefugt*  
⇒ Früherer Eigentümer ist auf schuldrechtliche Ansprüche beschränkt
    - b) *Nach h.M. ausnw. automatischer Rückfall des Eigentums an früheren Eigentümer, wenn:*
      - (1) Geplantes Hin- und Her
      - (2) Nur vorläufiger Eigentumserwerb
      - (3) Rückabwicklung des Kausalgeschäfts (v.a. Rücktritt)
  - c) Übertragung auf den Fall  
⇒ Nach h.M. automatischer Rückfall des Eigentums an K, da die Sicherungsübereignung nur vorläufiger Natur ist

Ergebnis: K ist Eigentümer der Fräsmaschine (a.A. sehr gut vertretbar)

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 2

### LÖSUNG FALL 5

#### Eigentumsverhältnisse an der Fräsmaschine

Ursprünglich war K Eigentümer der Fräsmaschine, da nach dem Sachverhalt nichts dafür ersichtlich ist, dass er etwa selbst Unberechtigter gewesen wäre.

K könnte das Eigentum aber durch die bzw. eines der getätigten Rechtsgeschäfte verloren haben. Diese sind daher im Folgenden in chronologischer Reihenfolge zu untersuchen.

#### I. Rechtsgeschäft zwischen K und W (31.05/01.06.)

Zu diesem Zeitpunkt ist ein Eigentumsverlust des K keinesfalls eingetreten. K hat sich im Kaufvertrag das Eigentum an der Maschine bis zur vollständigen Bezahlung vorbehalten. Es liegt also eine Vereinbarung vor, wie sie auch die Auslegungsregel des **§ 449 I BGB** vorsieht.

Die Übereignung ist gemäß §§ 929, 158 I BGB aufschiebend bedingt, und die Bedingung wurde nicht erfüllt.

**Anmerkung:** Bei der Übereignung unter Eigentumsvorbehalt stellt sich ein Problem.

Eine Übergabe nach § 929 S. 1 BGB setzt nämlich voraus, dass der Veräußerer jeglichen Besitz an der Sache verliert.

Dies ist hier problematisch, da W aufgrund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts dem K vor der Kaufpreiszahlung den Besitz mittelt. Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist nach allgemeiner Meinung nämlich ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 868 BGB. K blieb folglich mittelbarer Besitzer. Einer Übergabe nach § 929 S. 1 BGB steht aber nach h.M. nicht entgegen, wenn der **Erwerber** dem Veräußerer den Besitz mittelt.

Der Erwerber W kann dem K nämlich einseitig dessen mittelbaren Besitz dadurch entziehen, dass er den Kaufpreis bezahlt.

Des Weiteren könnte W auch einseitig seinen Besitzmittlungswillen aufgeben und dadurch dem K dessen lediglich „vergeistigte“ Sachherrschaft entziehen. Der mittelbare Besitz des K hängt daher lediglich von der „Gunst“ des W ab und damit sprichwörtlich „am seidenen Faden“. Dies reicht aus, um eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB zu bejahen.<sup>1</sup>

#### II. Rechtsgeschäft zwischen W und S (01.11.)

K könnte das Eigentum aber durch das Rechtsgeschäft des W mit S vom 01. November verloren haben.

1. Ein Eigentumserwerb vom Berechtigten gemäß §§ 929 ff. BGB kommt nicht infrage, da der veräußernde W - wie gezeigt - das Eigentum zu diesem Zeitpunkt noch nicht von K erlangt hatte und auch für § 185 BGB nichts ersichtlich ist.
2. Es könnten aber die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs gemäß §§ 932 ff. BGB eingreifen.
  - a) Gutgläubigkeit i.S.d. § 932 II BGB liegt unproblematisch vor, da der S nach den Umständen des Sachverhalts weder positive Kenntnis, noch eine durch grobe Fahrlässigkeit verursachte Unkenntnis hatte.
  - b) Maßgebende Vorschriften sind nicht §§ 929, 932 BGB, weil eine Verschaffung des unmittelbaren Besitzes gemäß § 854 I BGB nicht vorliegt und auch kein Fall vorliegt, in denen der mittelbare Besitz für § 929 S. 1 BGB genügt. Der mittelbare Besitz des Erwerbers genügt nämlich nur dann, wenn der Veräußerer jeden Besitzrest aufgegeben hat.

Ist der Veräußerer dagegen der Besitzmittler, so liegt kein Fall des § 929 S. 1 BGB vor.

Stattdessen richtet sich die beabsichtigte Übereignung hier nach §§ 929, 930, 933 BGB, weil der unmittelbare Besitz nach der getroffenen Vereinbarung bei W verbleiben sollte.

**Hinweis:** Zur Übergabe vgl. auch **HEM-MER/WÜST, Sachenrecht II, Rn. 97 ff.**

- aa) Voraussetzung einer wirksamen Übereignung nach diesen Vorschriften ist zunächst das Vorliegen eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses (im Folgenden: BMV) i.S.d. § 868 BGB.

Hier liegt keine Leihe gemäß §§ 598 ff. BGB vor, insbesondere weil die §§ 601 II, 602, 605 BGB nach den Interessen der Parteien nicht passen würden. Stattdessen ist auf die Sicherungsabrede selbst abzustellen. Früher war zweifelhaft, ob die Sicherungsabrede als solche für ein konkretes BMV genügt; insbesondere wurde teilweise eine unzulässige Umgehung der Anforderungen der §§ 1205, 1206, 1253 BGB geltend gemacht.

Nach heute h.M. ist dagegen die Sicherungsabrede als konkretes BMV anzuerkennen.

<sup>1</sup> ähnlich Hofmann, JA 2014, 178 (181); a.A. MüKo/Oechsler, BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 19, der einen „Sonderfall“ des § 930 BGB annimmt.

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 3

Da zwischen S und W auch hinsichtlich des Benutzungsrechtes und der Reparaturkosten Vereinbarungen getroffen wurden, lag ein konkretes BMV auf jede Fall vor.

- bb)** Der gutgläubige Eigentumserwerb des S scheidet hier aber an den Voraussetzungen des § 933 BGB: S müsste zu einem Zeitpunkt, als er noch gutgläubig war, die Maschine übergeben bekommen haben. S hat hier aber den unmittelbaren Besitz an der Fräsmaschine überhaupt nicht erlangt.

Zwar kann auch hier - wie bei § 929 S. 1 BGB - der mittelbare Besitz ausreichen, doch hätte dazu wiederum der Veräußerer jeden Besitzrest aufgeben müssen. Das ist eindeutig nicht der Fall.

**Zwischenergebnis:** Ein gutgläubiger Erwerb des S von W gemäß §§ 929, 930, 933 BGB scheidet aus. K hat durch diese Vorgänge sein Eigentum nicht verloren.

### III. Rechtsgeschäft zwischen S und B (20.12.)

K könnte sein Eigentum an der Fräsmaschine aber dann verloren haben, wenn B am 20. Dezember gutgläubig vom Nichteigentümer S erworben hätte.

1. Auch hier ist nach dem Sachverhalt von Gutgläubigkeit der B i.S.d. §§ 932 II i.V.m. § 166 I BGB auszugehen.
2. Ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 BGB scheidet schon deswegen aus, weil B zu diesem Zeitpunkt nicht den unmittelbaren Besitz an der Sache erhalten hat und auch keine Übertragung durch Weisung an den Besitzmittler (W) oder Besitzdiener vorliegt.
3. Infrage kommt aber ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 929, 931, 934 BGB.

Dabei kann ein Erwerb nur stattgefunden haben, wenn die Voraussetzungen von § 934 Alt. 1 BGB vorliegen, weil die Voraussetzungen von § 934 Alt. 2 BGB keinesfalls erfüllt sind: Obwohl auch hierfür der mittelbare Besitz ausreichen **kann**, ist eine weitere Übergabe i.d.S. jedenfalls vorliegend nicht erfolgt.

**Hinweis:** Zu diesem Übergabebegriff vgl. auch Grüneberg, § 934 BGB, Rn. 4.

S müsste also **mittelbarer Besitzer** der Fräsmaschine gewesen sein, und der Anspruch aus dem BMV müsste der B übertragen worden sein.

- a)** S könnte dadurch mittelbarer Besitzer geworden sein, dass bei der - fehlgeschlagenen - Übereignung von W an S eine Sicherungsabrede getroffen wurde. Diese würde hier für ein konkretes BMV i.S.d. § 868 BGB genügen (s.o.).

- aa)** Fraglich ist aber, ob die Tatsache, dass die beabsichtigte Übereignung W an S fehlgeschlagen ist, nicht auch Auswirkungen auf das vereinbarte BMV hat. Man könnte argumentieren, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Übereignung auch das Besitzkonstitut nicht gewollt hätten und dieses daher gemäß § 139 BGB nichtig sei.

- bb)** Anderer Auffassung ist zu Recht die h.M. Die genannte Argumentation scheidet nämlich schon an ihrer Prämisse: Es ist gar nicht richtig, dass die Parteien wegen des Fehlschlagens der Übereignung auch das Besitzkonstitut nicht wollen, weil dessen Gültigkeit für die Parteien durchaus noch Sinn hat.

Das Interesse des S an der Gültigkeit des BMV ergibt sich daraus, dass ein solches hier notwendig war, um wenigstens ein Anwartschaftsrecht (im Folgenden: AnwR) von W an S zu übertragen.

- (1)** Ein AnwR besteht dann, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann. Ein solches AnwR hat der Vorbehaltskäufer, der gemäß §§ 929, 158 I BGB aufschiebend bedingtes Eigentum erworben hat. Seine Rechtsstellung kann der Vorbehaltsverkäufer nämlich wegen § 161 BGB i.d.R. nicht mehr einseitig zerstören.

Es ist anerkannt, dass das AnwR als dem Eigentum gegenüber „wesensgleiches minus“ nach den §§ 929 ff. BGB zu übertragen ist<sup>2</sup>. Andernfalls wäre auf diese Weise gemäß §§ 413, 398 BGB ja eine Eigentumsübertragung durch bloße Einigung **ohne jede Art von Besitzübertragung** möglich, und dies würde klar dem sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz widersprechen<sup>3</sup>.

Hier ging es um die Übertragung des AnwR gemäß §§ 929, 930 BGB. Dabei war die Sicherungsabrede notwendig, um ein konkretes BMV zu begründen. Es ist ganz h.M., dass das AnwR, weil es eben ein dem Eigentum „wesensgleiches minus“ darstellt, auch zur Sicherheit übertragen werden kann.

<sup>2</sup> BGHZ 20, 88 = jurisbyhemmer.

<sup>3</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 473

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 4

Dazu bedarf es auch keiner Zustimmung des Eigentümers, weil dessen Interessen grundsätzlich nicht tangiert sind<sup>4</sup>.

Aus der Tatsache, dass in der vorliegenden Form eine Übertragung des AnwR möglich war, ergibt sich aber noch nicht unmittelbar, dass auch eine diesbezügliche Einigung der Parteien W und S vorliegt. Immerhin war ja ausdrücklich die Eigentumsübertragung beabsichtigt.

- (2) Nach dem BGH ist eine solche Einigung im Wege ergänzender Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der getroffenen Vereinbarungen zu gewinnen. Die Erklärung, eine Sache übereignen zu wollen, enthält i.d.R. die weniger weit reichende Erklärung, das AnwR an dieser Sache zu übertragen.

Eine andere Auffassung wendet stattdessen eine Umdeutung gemäß § 140 BGB an, da es hier nicht um die Erforschung eines tatsächlichen, sondern eines mutmaßlichen Willens gehe.

Dies erscheint jedoch schon aus dem Grund fraglich, da der Grundsatz Auslegung vor Umdeutung nicht beachtet würde. Im Übrigen ist die Einigung nicht nichtig gewesen, sondern lediglich erfolglos, sodass allenfalls eine analoge Anwendung des § 140 BGB in Betracht käme. Hierfür besteht aber wegen §§ 133, 157 BGB keinerlei Bedürfnis.

Im Ergebnis ist jedenfalls davon auszugehen, dass hier eine solche Einigung über die Übertragung des AnwR zwischen W und S vorliegt.

- (3) Da zu dieser Übertragung aber eben die Sicherungsabrede notwendig war, liegen schon insofern die Voraussetzungen des § 139 BGB nicht vor. Zwischen W und S wurde also wirksam ein BMV begründet.

Auf die Streitfrage, ob für die Übereignung auch das Vorliegen eines nur vermeintlichen BMV genügt, kommt es daher nicht an<sup>5</sup>.

- cc) § 139 BGB ist zudem hier gar nicht einschlägig, da keine **Nichtigkeit** der Übereignung vorliegt (wie etwa bei §§ 134, 138 BGB), sondern **bloße Erfolglosigkeit**. Dies aber ist gar kein Fall des § 139 BGB.<sup>6</sup>

- dd) Damit wäre davon auszugehen, dass der S tatsächlich mittelbarer Besitzer der Fräs-

maschine war, für die Übertragung an die B also die Voraussetzungen des § 934 Alt. 1 BGB vorlägen.

- b) Einwände könnten sich allerdings ergeben, wenn man der Konstruktion des mittelbaren Nebenbesitzes folgt.

Der gutgläubige Erwerb nach §§ 932 ff. BGB tritt nämlich grundsätzlich nur dann ein, wenn der Erwerber besitzrechtlich näher an die Sache herankomme als der bisherige Eigentümer. Dies folgt schon aus der **Wertung in § 936 III BGB**.<sup>7</sup>

Wenn also die B nicht näher an die Fräsmaschine herankam als K scheidet ein gutgläubiger Erwerb aus.

**Vor** den betreffenden Rechtsgeschäften lag ein BMV zwischen K und W vor. W, der den Besitz für den K ausübte, war unmittelbarer Fremdbesitzer. K dagegen war mittelbarer Eigenbesitzer.

- aa) Teilweise wird vertreten, dass der ursprüngliche mittelbare Besitzer K seine Position dann nicht endgültig verliere, wenn der unmittelbare Besitzer W eine Art Doppelspiel treibt, wenn er also sowohl den Sicherungsnehmer S als übergeordnet anerkennt, gleichzeitig aber auch noch die Weisungen des Vorbehaltsverkäufers K befolgt.

Es sei willkürlich, dem einen oder dem anderen „Besitzherrn“ alleinigen mittelbaren Besitz zuzusprechen, wenn die tatsächlichen Sachbeziehungen zu beiden gleich seien.

Dann liege nur sog. mittelbarer Nebenbesitz vor. In so einem Fall aber sei kein gutgläubiger Erwerb möglich, weil es nicht genügt, wenn zwei mittelbare Nebenbesitzer praktisch eine gleichwertige besitzrechtliche Stellung hätten.

In solch einem Fall könne man den mittelbaren Besitz des gutgläubigen Erwerbers nicht als vollwertig anerkennen<sup>8</sup>.

- bb) Rechtsprechung und h.L.<sup>9</sup> lehnen die Konstruktion des mittelbaren Nebenbesitzes zu Recht ab.

- (1) Die besitzrechtlichen Vorschriften des BGB gehen davon aus, dass der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft in aller Regel nur einer Person zustehen kann.

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 20, 88 = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1955, 499 = jurisbyhemmer; Baur, § 7 B III 1b dd m.w.N.

<sup>6</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 560.

<sup>7</sup> Ebenso, aber ohne eine Begründung, Fritzsche/Thamm, JURA 2006, 375 [377].

<sup>8</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn. 558 ff.

<sup>9</sup> Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb, 17 f. m.w.N.

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 5

Die Fälle anerkannter besitzrechtlicher Beteiligung mehrerer sind als Ausnahme zu verstehen und im Gesetz abschließend geregelt. Möglich ist hiernach Mitbesitz i.S.d. § 866 BGB, das mehrstufige Besitzgebäude des § 871 BGB (unmittelbarer Fremdbesitzer - mittelbarer Fremdbesitzer 1. Grades – mittelbarer Eigenbesitzer 2. Grades<sup>10</sup>) und der Übergang auf mehrere Erben gemäß § 857 BGB.

- (2) Der Nebenbesitz ist aber vor allem ein Widerspruch in sich.

Denn der unmittelbare Besitzer könne nicht zwei Personen den Besitz vermitteln, wenn diese nicht durch das Band des Mitbesitzes miteinander verbunden sind. Der Besitzmittlungswille des unmittelbaren Besitzers bestehe doch gerade darin, dass er bereit ist, dem mittelbaren Besitzer zu gegebener Zeit die Sache herauszugeben.

Der unmittelbare Besitzer kann aber nicht zwei Personen gleichzeitig die Sache herausgeben, wenn jeder von ihnen den Alleinbesitz für sich beansprucht; also könne er auch einen entsprechenden Willen nicht haben<sup>11</sup>.

Damit bleibt festzuhalten, dass der K mit Abschluss des Sicherungsvertrages zwischen W und S seinen mittelbaren Besitz verloren hat und S hierdurch mittelbarer Besitzer wurde.

S hatte aus diesem BMV also einen - wenn auch noch nicht durchsetzbaren - Herausgabeanspruch, der abtretbar ist.

Den Anspruch, der ihm aus dem BMV mit W zustand, hat S am 20. Dezember gemäß § 398 BGB wirksam an B abgetreten.

- c) **Die Bejahung des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB ist auch kein Wertungswiderspruch zu § 933 BGB.**

Zwar konnte der unmittelbare Besitzer W den S nicht zum Eigentümer machen, der lediglich mittelbare Besitzer S die B-Bank allerdings schon.

Dieser Unterschied ist aber dadurch gerechtfertigt, dass W unmittelbarer Besitzer blieb, S hingegen jeglichen Besitzrest aufgab.

Die B-Bank wurde durch die Abtretung mittelbare Besitzerin, auch wenn W davon nichts weiß (vgl. insoweit die Fiktion des § 870 BGB). S verlor hierdurch den mittelbaren Besitz.

Damit liegen die Voraussetzungen des § 934 Alt. 1 BGB hier vor.

**Anmerkung:** Der Anspruch des S gegen W ist der Anspruch aus der Sicherungsabrede auf Herausgabe der Fräsmaschine zur Verwertung.

Es handelt sich dabei um einen aufschiebend bedingten Anspruch auf Herausgabe für den Fall, dass W nicht die gesicherte Forderung zurückzahlt.

**Beachte:** § 985 BGB ist kein abtretbarer Anspruch i.d.S. Dieser Anspruch kann nicht zur Übertragung des Eigentums verwendet werden. Vielmehr ist er unmittelbar an das Eigentum geknüpft, entsteht also - nach Übertragung - beim jeweiligen Eigentümer neu.

**Zwischenergebnis:** Durch das Rechtsgeschäft des S mit B hat die B das Eigentum gutgläubig gemäß §§ 929, 931, 934 Alt. 1 BGB erworben. K hat damit zunächst seine Eigentümerstellung verloren.

### IV. Rückübertragung von B an S:

Eine erneute Änderung der Eigentumsverhältnisse könnte durch die Zahlung der restlichen Schulden durch S bei B und deren darauf folgende Übertragungserklärung eingetreten sein. S könnte nun Eigentümer geworden sein.

1. Ein automatischer Übergang des Eigentums von B an S gemäß §§ 929, 931, 158 II BGB durch Eintritt der Zahlung als auflösender Bedingung (§ 158 II Hs. 2 BGB) kommt hier nicht infrage.
- a) Zwar wird von einer M.M. angenommen, dass Sicherungsübereignungen im Zweifel als durch den Wegfall des Sicherungszwecks auflösend bedingt anzusehen sind.<sup>12</sup>

Hier liegt ein solcher Zweifelsfall aber nicht vor: S und B hatten vereinbart, dass die Fräsmaschine „bis zur Rückübertragung“ an die B übertragen sei; damit haben sie das Erfordernis einer eigens notwendigen rechtsgeschäftlichen Rückübertragung praktisch ausdrücklich festgelegt und gerade von einer auflösenden Bedingung abgesehen.

- b) Stattdessen liegt hier aber mit der Erklärung der B, dass ihr Eigentum wieder zu Gunsten des S entfallen sei, eine solche Einigung über die Rückübertragung vor. Eine andere Auslegung dieser Erklärung ist nicht denkbar.

<sup>10</sup> Vgl. BGHZ 28, 27 = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Tiedtke, a.a.O.

<sup>12</sup> Anders der BGH, NJW 1991, 353 = JuS 1991, 422 = jurisbyhemmer; Medicus/Petersen, BR, Rn. 498.

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 6

- c) Da kein unmittelbarer Besitz übertragen, S auch nicht zuvor schon unmittelbarer Besitzer war und zwischen B und S auch kein Besitzkonstitut vorliegen soll, scheiden die Übertragungsformen nach §§ 929 S. 1, 929 S. 2 und 929, 930 BGB aus.

Stattdessen wurde aber eine Rückübertragung nach §§ 929, 931 BGB vorgenommen.

Dass nicht ausdrücklich von der Abtretung von Herausgabeansprüchen gesprochen wurde, kann insofern nicht schaden. Die Auslegung gemäß § 133 BGB ergibt, dass diese Übertragung konkludent in der Erklärung der B bezüglich der Eigentumsaufgabe enthalten ist.

Anders würden die Parteien ihr Ziel ja nicht erreichen; und ein Grund, diese Ansprüche nicht wieder abzutreten, ist nicht ersichtlich.

- d) Eine Prüfung der Voraussetzungen der §§ 932 ff. BGB ist keinesfalls vorzunehmen:

Die B hat gutgläubig Eigentum erworben. Bei der Weiterübertragung des Eigentums war sie also **Berechtigte**, weil sie Eigentümerin geworden ist.

Sie kann also - das ist im Ansatz unstreitig - mit dem Eigentum nach Gutdünken verfahren. Wenn teilweise für bestimmte Übertragungen Ausnahmen gemacht werden, so hat das jedenfalls mit dieser Frage nichts zu tun.

Damit scheint eine wirksame Eigentumsübertragung an S gemäß §§ 929, 931 BGB vorzuliegen.

2. Fraglich ist aber, ob man nicht deswegen zu einem anderen Ergebnis gelangen muss, weil es hier um den besonderen Fall der Rückübertragung an den (zuvor) als Nichtberechtigter Verfügungenden geht. Wie der „Rückwerb des Nichtberechtigten“ zu behandeln ist, ist umstritten.<sup>13</sup>

- a) Eine Meinung<sup>14</sup> sieht die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers als unbeschränkt an, sein Rechtserwerb sei vollständig und ungeteilt. Ausnahmen seien nicht zu machen.

Deshalb müsse der gutgläubige Erwerb auch dann voll wirken, wenn der gutgläubige Erwerber sein Eigentum auf den Verkäufer zurück übertrage.

Der frühere Nichtberechtigte - hier also S - werde durch die Rückübertragung stets und ohne Ausnahme Eigentümer.

Gegenüber den als Nichtberechtigten Verfügenden (Weinstein bzw. Silvaner) entstünden lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen auf Rückübertragung aus der Sicherungsabrede, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung.

Dies gelte insbesondere auch für die - hier vorliegende - Sicherungsübereignung durch einen Nichtberechtigten.

Geltend gemacht wird vor allem, dass jede andere Auffassung eine Abweichung vom Gesetz darstelle.

Eine solche Abweichung aber dürfe, wenn überhaupt, nur aus dringenden Gründen vorgenommen werden, und das sei schon aufgrund der andersartigen Ausgleichsansprüche nicht der Fall. Wirkliche Komplikationen könnten sich eigentlich nicht im Sachen-, sondern nur im Vollstreckungsrecht ergeben und seien daher auch dort zu beseitigen.

Weiter wird angeführt, dass sich die Gegenauffassung letztlich gegen das Abstraktionsprinzip selbst richte, weil die Gültigkeit des Eigentumserwerbs an der endgültigen schuldrechtlichen Zuordnung gemessen werden solle. Es handle sich um eine Verwechslung und Vermischung des sachenrechtlich Möglichen mit dem schuldrechtlich Wünschenswerten. Schutzwürdige Interessen des früheren Eigentümers würden nicht zu einem anderen Ergebnis zwingen, da der frühere Eigentümer den Gegenstand immerhin aus freien Stücken aus der Hand gegeben habe.

- b) Anders löst die (wohl) h.M. das Problem des Rückerwerbs des Nichtberechtigten.

Auch sie geht im Grundsatz davon aus, dass der gutgläubig Erwerbende vollwertiges Eigentum erhalte, er dieses also damit grundsätzlich auch wieder wirksam an den vorherigen Geschäftspartner, den ursprünglich Nichtberechtigten, zurückübertragen kann. Allerdings macht die h.M.<sup>15</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz in drei verschiedenen Fällen:

- Zunächst soll das Eigentum dann automatisch an den ursprünglichen Eigentümer zurückfallen, wenn das **Hin und Her geplant** und nur in Szene gesetzt war, damit der Nichtberechtigte das Eigentum erwerben kann.
- Das Gleiche soll gelten, wenn die Eigentumsübertragung nur **vorläufiger Natur** war, wie etwa bei einer Sicherungsübereignung.

<sup>13</sup> Hemmer/Wüst, Sachenrecht II, Rn. 109 ff.

<sup>14</sup> Musielak, JuS 2010, 377, 381; Wiegand, JuS 1971, 62 ff.

<sup>15</sup> Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb, 48 f.; Baur, § 52 IV 2.

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 7

- Schließlich nimmt die h.M. einen automatischen Eigentumsrückfall auch dann an, wenn das dem gutgläubigen Erwerb zu Grunde liegende **schuldrechtliche Kausalgeschäft rückgängig gemacht** wird; dies betrifft vor allem Fälle des vertraglich vereinbarten oder gesetzlichen Rücktritts.

aa) Rein schuldrechtliche Ausgleichsansprüche würden nicht immer ausreichen, weil die Rückabwicklung auf Probleme stoßen könne.

Außerdem stelle sich die Beweislage bei den schuldrechtlichen Ansprüchen für den früheren Eigentümer häufig wesentlich ungünstiger dar. Das Abstraktionsprinzip schließlich, sollte es überhaupt betroffen sein, sei kein unantastbarer Rechtswert. Es müsse dort Einschränkungen erleiden, wo diese sachgerecht und vom Gesetz nicht ausgeschlossen sind.

bb) Problematisch ist es aber dem - zumindest scheinbar - mit den Vorschriften der §§ 929 ff., 932 ff. in Widerspruch stehende Ergebnis der h.M. eine eigene konstruktive Grundlage zu geben.

(1) Zunächst ist festzuhalten, dass der Wortlaut von § 158 II Hs. 2 BGB (Wiedereintritt des früheren Rechtszustandes mit Bedingungseintritt) hier nicht weiterhilft, weil eben keine aufschiebende Bedingung vorliegt (s.o.).

(2) Teilweise wird eine dem „Geschäft für den, den es angeht“ ähnliche Konstruktion entwickelt.

Das Eigentum falle wie bei diesem Rechtsinstitut des Vertretungsrechts an eine ungenannt bleibende Person, den ursprünglichen Eigentümer.

Der entgegenstehende Wille von Nichtberechtigtem und gutgläubigem Erwerber habe außer Betracht zu bleiben, da er widerrechtlich sei (Rechtsmissbrauch gemäß § 242 BGB).

Allerdings wirkt auch dieser Lösungsansatz kaum weniger gekünstelt als andere Lösungsversuche der Literatur. Letztlich gibt es bislang keinen Vorschlag, der dogmatisch wirklich überzeugen könnte. Das wird auch von den meisten Vertretern der h.M. zugegeben. Daher stützt man sich in erster Linie auf das Rechtsgefühl und den Sinn des in den §§ 932 ff. BGB kodifizierten Verkehrsschutzes.

cc) Der Lösung der h.M. ist zuzustimmen, weil sie wertungsmäßig überzeugt.

Im konkreten Fall ist von der Interessenlage her kein Grund ersichtlich, warum sich die Schutzwürdigkeit der Parteien geändert haben sollte, nur weil zwischenzeitlich ein Dritter (die B-Bank) kurzzeitig das Eigentum erlangt hatte.

Ohne den Zwischenerwerb der B-Bank wäre gemäß § 932 II BGB eindeutig von größerer Schutzwürdigkeit des ursprünglichen Eigentümers (K) auszugehen.

Diese Höherbewertung der Schutzwürdigkeit des früheren Eigentümers ist aber in gerade den drei genannten Ausnahmefällen nicht anders zu beurteilen, als sie es ohne diesen „Umweg“ wäre.

Für eine solche Lösung spricht auch der Rechtsgedanke des § 158 II Hs. 2 BGB (Wiedereintritt des früheren Rechtszustandes mit Bedingungseintritt). Zwar liegt keine Bedingung im Rechtssinne vor. Mit dieser Vorschrift zeigt das Gesetz aber, dass bei **Aufhebung eines nur vorübergehenden Zustandes** der automatische Eintritt des Ursprungszustandes die Folge sein soll.

Dieser Gedanke passt auf den Fall einer Sicherungsübereignung mit nur **schuldrechtlicher** Rückübereignungspflicht (oder etwa auch eines Rücktritts) ebenfalls. Es besteht wertungsmäßig kein entscheidender Unterschied zwischen einem Eigentumsrückfall infolge Bedingungseintritts und einer Rückübereignung auf schuldrechtlicher Grundlage, wenn bei Letzterem **nur diese Rückübereignung ihre Wurzel in dem ursprünglichen Vertrag hat**.

**Anmerkung:** Hiergegen ließe sich wiederum einwenden, dass der Schutz desjenigen, der nur schuldrechtliche Ansprüche hat, „naturgemäß“ schlechter ist als bei Schutz durch eine echte Bedingung, und dass dies ein Unterschied sei, der die Übertragbarkeit des Rechtsgedankens hindere.

c) Hier war der gutgläubige Erwerb im Rahmen einer Sicherungsübereignung von S an B erfolgt. Die vertragsgemäße Rückübereignung war also nicht mehr als die Rückabwicklung einer Übereignung von nur vorläufiger Natur.

Mit der h.M. ist im vorliegenden Fall also davon auszugehen, dass durch die Erklärungen der B, dem S das Eigentum zurück zu übertragen, dieses automatisch an den früheren Eigentümer K zurückfiel.

**Anmerkung:** Eine a.A. ist im Hinblick auf das Abstraktionsprinzip bei dieser Problematik vertretbar. Das Ergebnis ist im Examen für die Klausurbewertung nicht entscheidend.

**Gesamtergebnis:** K ist Eigentümer der Fräsmaschine.

## Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 8

### I. Wiederholungsfragen:

1. Warum verliert K sein Eigentum nicht an W und S?
2. Woraus ergibt sich im Rahmen der §§ 929, 931, 934 BGB der mittelbare Besitz des S?
3. Warum könnte dieses Besitzmittlungsverhältnis unwirksam sein und wie wird gleichwohl die Wirksamkeit begründet?
4. Welche Bedeutung kommt der Konstruktion des mittelbaren Nebenbesitzes zu und mit welcher Begründung ist er abzulehnen?
5. Wie wurde die Rückübertragung von B an S vorgenommen?
6. Welches Problemfeld stellt sich beim „Rück-erwerb des Nichtberechtigten“?

### II. Arbeitsanleitung:

1. Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929, 932 ff. BGB ist ein klassisches Examensthema. Lesen Sie im Überblick **HEMMER/WÜST, Sachenrecht II, Rn. 67 ff.**
2. Zum Anwartschaftsrecht lesen Sie bitte **HEMMER/WÜST, Sachenrecht II, Rn. 127 ff.**



### Skript Sachenrecht I

Zu Beginn werden die allgemeinen Lehren des Sachenrechts (Abstraktionsprinzip, Publizität, numerus clausus etc.) behandelt, die für den Einstieg und ein grundlegendes Verständnis der Materie unabdingbar sind. Im Vordergrund stehen dann das Besitzrecht und das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Gerade das EBV ist klausurrelevant. Hier dürfen Sie keinesfalls auf Lücke lernen. Schließlich geht es auch um den immer wichtiger werdenden (verschuldensunabhängigen) Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB.

#### Inhalt:

- Sachenrechtliche Grundprinzipien
- Besitzrecht
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
- Beseitigung und Unterlassung gem. § 1004 BGB

Bestellen Sie bequem auf unserer Homepage: [www.hemmer-shop.de](http://www.hemmer-shop.de)

### Fall 18 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 18

#### I. Anspruch des D gegen A aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

##### 1. Abtretung der Forderung aus § 488 I S. 2 BGB?

P: Nur Abtretung der Hypothek!

##### a) Auslegung als Abtretung der Forderung

⇒ Grund: Isolierte Abtretung der Hypothek wäre nicht möglich (§ 1153 II BGB)

##### b) Form des § 1154 BGB (+)

#### 2. Abtretbarer Anspruch des C?

⇒ C müsste selbst Inhaber der Darlehensforderung gewesen sein

⇒ (-), da Abtretungsvertrag zwischen C und B gem. §§ 398 S. 1, 1154 BGB wegen §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war

**Ergebnis:** Da C nicht Inhaber der Forderung war und kein gutgläubiger Forderungserwerb möglich ist, hat D keinen Anspruch aus § 488 I S. 2 BGB erworben.

#### II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

⇒ Kein Anspruch auf Zahlung, aber evtl. Zahlung des A zur Abwendung der ZVS, vgl. § 1142 BGB

#### 1. Erwerb der Hypothek gem. § 1153 I BGB?

⇒ (-), da Abtretung der Darlehensforderung von C nicht wirksam war (s.o.)

#### 2. Gutgläubiger Erwerb gem. § 1138 BGB?

##### a) § 1138 BGB erklärt § 892 BGB auch bzgl. Forderung für anwendbar

⇒ Im GB ist aber noch die B eingetragen

##### b) Aber: Erweiterung des guten Glaubens durch § 1155 BGB

⇒ Veräußerer C hat von der eingetragenen Vorgängerin B mit öffentlicher Beglaubigung erworben

**Damit hat D für eine logische Sekunde die Forderung erworben (Fiktion), sodass die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf ihn überging ⇒ Anspruch aus § 1147 BGB (+)**

#### III. Wertungsmäßige Bejahung eines Anspruchs aus § 488 I S. 2 BGB?

P: B steht Forderung nach § 488 I S. 2 BGB und D die „forderungsentkleidete“ Hypothek zu ⇒ Gefahr einer Doppelbelastung des A?

#### 1. Ansicht der h.M. (sog. „Mitreißtheorie“)

⇒ Wegen § 1153 II BGB und des Grds. der Akzessorietät soll zum Schutz des Eigentümers A die Forderung mit auf den D übergehen

#### 2. Gegenansicht (sog. „Trennungstheorie“)

⇒ D erwirbt eine forderungsentkleidete Hypothek, da der Eigentümer durch §§ 1144, 1160, 1161 BGB ausreichend geschützt ist und die h.M. gegen den Wortlaut des § 1138 BGB verstößt

**Ergebnis:** Nach h.M. hat D mit der Hypothek auch die Forderung erworben, nach der Gegenansicht nicht.

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 2

### LÖSUNG FALL 18

#### I. Anspruch des D aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

1. C hat zwar nur „die Hypothek“ an D veräußert, eine isolierte Abtretung der Hypothek ohne gleichzeitige Abtretung der Forderung ist aber nicht möglich, § 1153 II BGB. Die Hypothek folgt kraft Gesetzes der Forderung nach, § 1153 I BGB (vgl. auch § 401 BGB).

Die Parteien wollten in Wahrheit die rechtsgeschäftlichen Erklärungen vornehmen, die zur Übertragung der Hypothek erforderlich sind. Die Auslegung der Parteierklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt damit, dass sie sich über den Forderungsübergang geeinigt haben.

Die dazu nötige Form des § 1154 BGB ist eingehalten; dieser geht hier als Sonderregel dem § 398 BGB vor, wonach keine Form erforderlich wäre. C hat dem D eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erteilt (vgl. § 1155 BGB). Die Übergabe des Hypothekenbriefs ist erfolgt.

**Anmerkung:** Beachten Sie die andere Situation bei der Grundschuld. Da für diese § 1153 BGB als Akzessorietätsvorschrift nicht gilt (wohl aber § 1154 BGB, der nur etwas anders gelesen werden muss), werden Grundschuld und Forderung in **zwei verschiedenen Verträgen übertragen** (wobei diese aber natürlich rein tatsächlich - wie so oft - auch in einem Vorgang liegen können); die Form des § 1154 BGB gilt daher bei der GS nur für das Grundpfandrecht selbst, während die Forderung nach § 398 BGB formlos abtretbar ist.

D ist somit Inhaber der Forderung geworden, wenn C als Berechtigter verfügt hat.

2. C seinerseits könnte die Darlehensforderung von B im Wege der Abtretung erworben haben. Voraussetzung dafür wäre eine wirksame Einigung über den Forderungsübergang, §§ 398 S. 1, 1154 BGB.
- a) Gemäß §§ 104 Nr. 2, 105 BGB war jedoch die Abtretungserklärung der B nichtig. C ist damit nicht Inhaber der Forderung geworden.
- b) Ein **gutgläubiger Erwerb der Forderung** seitens des D von C scheidet aus. Die Ausnahme des § 405 BGB liegt nicht vor.

Fraglich ist, ob sich aus § 1138 BGB etwas anderes ergibt.

Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des **§ 1138 BGB** das Fehlen der Forderung überwunden.

Dennoch greift die Vorschrift an *dieser* Stelle nicht ein: Zweck dieser Vorschrift ist es ausschließlich, die Hypothek erwerben zu können, d.h. dass der Hypothekenerwerb nicht aus Akzessorietätsgründen scheitert. **§ 1138 BGB führt damit nicht zum Erwerb der Forderung als solcher.** Vielmehr wird das Bestehen der Forderung nur **fingiert**, um den Hypothekenerwerb nicht schon allein aufgrund der strengen Akzessorietät scheitern zu lassen.

Insoweit liegt kein Erwerb der Forderung vor (vgl. aber nochmals unten).

#### II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

A hat eventuell 10.000,- € an D zu zahlen, um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden, wenn D Inhaber der Hypothek ist und damit nach §§ 1113, 1147 BGB vorgehen kann.

Klarzustellen ist aber wegen § 1147 BGB, dass aus der Hypothek *selbst* für den Berechtigten *kein Anspruch* auf Zahlung gegeben ist, sondern „nur“ auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

Erst nach der Zwangsversteigerung besteht gem. § 1113 BGB ein Zahlungsanspruch „aus dem Grundstück“ (gemeint ist damit aus dem Erlös).

A kann aber zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gem. § 1142 BGB freiwillig zahlen.

1. D könnte die Hypothek durch Abtretung der Darlehensforderung von C erlangt haben, §§ 1153, 1154 BGB.

Da die Forderung aber nicht wirksam abgetreten wurde (s.o.), ist dies grds. nicht der Fall.

2. D könnte aber dennoch die Hypothek nach §§ 1153, 1154 BGB erworben haben, wenn die gem. § 1138 BGB fingierte Möglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbs eingreift.

Bei D kann die Fiktion des § 1138 BGB eingreifen, da er - anders als C - mit einem Geschäftsfähigen kontrahiert hat (Merke: § 1138 BGB überwindet nur das Fehlen der Forderung, nicht sonstige Mängel!).

- a) Um einen Hypothekenerwerb zu ermöglichen, erklärt § 1138 BGB insoweit den § 892 BGB auch bezüglich der Forderung für anwendbar.
- aa) Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des § 1138 BGB also das Fehlen der Forderung überwunden, nämlich durch eine Fiktion.

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 3

Es gilt wegen § 1138 Alt. 1 BGB zu Gunsten des Erwerbers der hypothekarisch gesicherten Forderung das Grundbuch als richtig.

Daher kann für eine juristische Sekunde ein gutgläubiger Forderungserwerb erfolgen, in welcher die Hypothek nach § 1153 I BGB dann übergehen kann.

**bb)** Als Inhaber der Darlehensforderung ist aber nicht der dem D gegenüber verfügende C, sondern immer noch die B im Grundbuch eingetragen.

**cc)** C kann aber als Besitzer des Hypothekenbriefs seine Gläubigerberechtigung durch eine *öffentlich beglaubigte* Abtretungserklärung von der eingetragenen B ableiten.

Gemäß § 1155 BGB gilt daher dem Erwerber D gegenüber der C als Grundbuchlegitimierter. Er muss **als Veräußerer** der Briefhypothek am Ende der Kette stehen. Es ist nicht erforderlich, dass die Abtretung zwischen Veräußerer und Erwerber ihrerseits öffentlich beglaubigt ist. Diese Beglaubigung lag zwar vor, war aber nicht nötig.

**Anmerkung:** § 1155 BGB ist also auch nur notwendig, wenn es um **gutgläubigen** Erwerb geht. Wird vom Berechtigten erworben, reicht die Form des § 1154 BGB unproblematisch aus.

Damit hat D die Forderung für eine logische Sekunde nach §§ 1138 Alt. 1, 1155, 892 I S. 1 BGB gutgläubig erworben. Damit konnte die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf D übergehen.

**Anmerkung:** C hat zwar die Hypothek seinerseits nicht von B erworben, da B geschäftsunfähig war und ihre Willenserklärung damit nach §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war (s.o., und § 1138 BGB nicht geholfen hat). C war somit nicht Inhaber der Hypothek. Einziger Grund hierfür war aber, dass C die Forderung von B nicht erworben hat. Damit liegt hier kein Fall des sog. „Doppelmangels“ vor, sondern lediglich ein Fall des Forderungsmangels. Die zusätzliche Anwendung des § 892 BGB bzgl. der Hypothek ist daher nur in den Fällen nötig, in denen der dingliche Beststellungsakt der Hypothek selbst unwirksam war. Zum Problem des Doppelmangels lesen Sie **Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 195 f.**

**Ergebnis:** A kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur durch Zahlung an D abwenden.

**III.** Damit stellt sich aber nochmals die Frage, ob A aufgrund der Besonderheiten des Falles nicht doch auch gemäß § 488 I S. 2 BGB dem Gläubiger der Darlehensforderung zur Zahlung verpflichtet sein könnte.

**1.** Da die geisteskranke B die Forderung nicht wirksam abtreten konnte und § 1138 BGB den Forderungserwerb nur fingiert, nicht aber tatsächlich ermöglicht, steht die Forderung eigentlich noch der B zu (s.o.).

Dagegen ist der D mittlerweile Berechtigter an der „forderungsentkleideten“ Hypothek.

Daher wäre A zwei Zugriffsarten ausgesetzt, zum einen dem persönlichen Schuldner, zum anderen aus der Hypothek.

Mit der Verdopplung der Gläubigerrechte bestünde für ihn die **Gefahr einer Doppelbelastung**.

**2.** Ob in einem solchen Fall die Hypothek in der Hand des gutgläubigen Erwerbers die Forderung mit sich zieht, ist strittig:

**a)** Die angeblich<sup>1</sup> h.M. bejaht dies, sog. „Mitreiß- bzw. Einheitstheorie“.

Begründung: § 1153 II BGB und der Akzessorietätsgrundsatz des § 1153 I BGB.

Der Eigentümer, Schuldner A, hat weder das Auseinanderfallen von Rechtsschein und Rechtslage veranlasst noch ist er am Abtretungsgeschäft beteiligt gewesen.

**b)** Für die andere Ansicht (sog. „Trennungstheorie“) wird angeführt, dass kein Grund besteht, den D zusätzlich zum Gläubiger einer persönlichen Forderung zu machen.

Die Hypothek ist möglicherweise nicht viel wert, sie kann z.B. eine „schlechte“ Rangstelle haben.

Es ist für den Erwerber dann „ein Geschenk des Himmels“, eine Forderung zu erhalten, mit der er in das gesamte Vermögen des A und nicht nur in das Grundstück vollstrecken kann.

Diese Ansicht ist uneingeschränkt vorzuziehen!<sup>2</sup>

<sup>1</sup> So zumindest Karper in JuS 1989, 33.

<sup>2</sup> Sehr lesenswert dazu ist der Aufsatz von Petersen und Rothenfußer, WM 2000, 657 ff.

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 4

Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, ist nämlich insoweit geschützt, als er auf die Forderung nur zu leisten braucht, wenn ihm auch die Hypothek (-brief) zurückgegeben wird (vgl. hier §§ 1161, 1160 BGB).

Dies ist dem persönlichen Forderungsinhaber im vorliegenden Fall gerade nicht möglich, so dass faktisch gegen die Inanspruchnahme aus der Forderung eine dauernde Einrede besteht.

Die „Mitreißtheorie“ verstößt gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, wie er in § 1137, 1138 BGB (bloße Fiktion des Forderungsübergangs) niedergelegt ist!

Zahlt der unachtsame - und damit nicht besonders schutzwürdige<sup>3</sup> - Schuldner, der die Trennung von Forderung und Hypothek nicht kennt, trotzdem an den persönlichen Gläubiger, so steht er nicht rechtlos.

Wegen seiner (faktisch dauernden) Einrede kann er das Geleistete gemäß § 813 I S. 1 BGB kondizieren.

Sollte der Gläubiger entreichert sein, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner, der auf jeglichen Schutz verzichtet hat, dieses Risiko nicht tragen soll.

**Anmerkung:** Wie Sie sich in der Klausur entscheiden, ist unerheblich, sofern Sie diese Problematik nur sehen.

**Ergebnis:** Nach richtiger Ansicht hat D mit der Hypothek die Darlehensforderung nicht erworben.

### I. Wiederholungsfragen:

1. Warum ist eine isolierte Abtretung der Darlehensforderung nicht möglich?
2. Welche Form muss die Forderungsabtretung einhalten?
3. Warum ist in § 401 BGB die Regelung in Ansehung der Hypothek bei rechtsgeschäftlichem Forderungsübergang eigentlich überflüssig?
4. Findet über § 1138 BGB ein gutgläubiger Forderungserwerb statt?
5. Muss im Rahmen des § 1155 BGB auch die letzte Übertragung der Briefhypothek öffentlich beglaubigt sein?
6. Welche Gefahr will die „Mitreißtheorie“ verhindern; warum ist ihr im Ergebnis aber nicht zu folgen?

### II. Arbeitsanleitung:

Lesen Sie begleitend zum Fall: **HEMMER/WÜST, Kreditsicherungsrecht, Rn. 249 ff.**

### III. Vertiefungsfragen zu den Fällen 18, 19, 20:

1. Ein Hypothekengläubiger ist gegenüber anderen Gläubigern in der Regel privilegiert, da die gepfändete Sache quasi für ihn reserviert ist und die Wertbeständigkeit von Grund und Boden Hypothekengläubiger besonders sichert. Beispielhaft sind auch die §§ 10 I Nr.4 und Nr.5 ZVG.

Welche Vorteile bestehen für den Hypothekengläubiger insbesondere gegenüber dem Bürgen, gegenüber der Sicherungszession, der Verpfändung, der Forderung und der Sicherungsübereignung? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

2. Der Hypothekengläubiger kann gegen den Eigentümer gemäß § 1147 BGB die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er Inhaber eines Grundpfandrechts ist. Warum ist der Eigentümer nicht zur Zahlung verpflichtet? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

<sup>3</sup> Schon im Römischen Recht galt der von Quintus Mucius Scaevola (D. 42, 8, 24) geprägte Satz: „**ius civile scriptum est vigilantibus**“ oder auf Deutsch: Das Recht ist für die Wachsamten geschrieben!

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 5

3. Was sind die Entstehungsvoraussetzungen der Hypothek, stellen Sie die Voraussetzungen des Hypothekenerwerbs klausurmäßig zusammen. (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 166**)
4. Welche Rechtsfolge ergibt sich,
  - a) wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, bzw. nachträglich erlischt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160**)
  - b) wenn Briefübergabe nicht erfolgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)
5. Welche Rechtsfolge ergibt sich, wenn die dingliche Einigung nicht vorliegt? (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 168**)
6. Welche Bedeutung hat vor allem die vorläufige EGS? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)
7. Da viele Banken mit der Valutierung des Darlehens erst abwarten, bis das Bauwerk fertig gestellt wird, bedarf der Eigentümer häufig eines Zwischenkredits, um sein Haus zu errichten. In welcher Form kann dem Zwischenkreditgeber eine dingliche Sicherheit verschafft werden? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)
8. Die Hypothek ist zur Forderung akzessorisch. Konsequenterweise würde eine strenge Akzessorietät dazu führen, dass die Hypothek nicht verkehrsfähig ist.

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs trägt § 1138 BGB Rechnung, § 1138 BGB ermöglicht in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes trotz Nichtbestehens der Forderung den Hypothekenerwerb (so genannte forderungsentkleidete Hypothek).

  - a) Wirkt sich § 1138 BGB auf die in Wirklichkeit nicht bestehende Darlehensforderung aus, wenn diese abgetreten wird? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193**)
  - b) Die Übertragung der Hyp. erfolgt gemäß § 1153 BGB durch Abtretung der Forderung. Bei fehlender Forderung verhilft § 1138 BGB in Ansehung der Hypothek zum für den Hypothekenerwerb fiktiven Forderungserwerb. Der Eigentümer kann redlichen Erwerbem das Nichtbestehen der Forderung nicht entgegenhalten.

- Die Forderung gilt als so bestehend, wie sie eingetragen ist. Über §§ 398, 1154 I, 1138, 892 I BGB wird für den Hypothekenerwerb die Forderung erworben. Wie wird dann die Hypothek erworben, wenn der Abtretende nur eine Buchhypothek hat (z.B. Hypothekenbestellungen waren zusätzlich zur fehlenden Forderung wegen Geisteskrankheit unwirksam)? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 191 und Rn. 195**)
9. Bei der Briefhypothek, ebenso bei der Briefgrundschuld und Briefrentenschuld genügt für die Übertragung: dingliche Einigung, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe (vgl. § 1154 I BGB), eine Eintragung ist nicht erforderlich. Der Erwerber kann sich dann nicht auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen, da er das Grundbuch nicht für den Erwerb benötigt. §§ 892, 1138, 892 BGB können deshalb den Erwerber nicht schützen. Welche Bestimmung führt dazu, dass trotz Fehlens der Legitimation des Grundbuchs der bloße Briefbesitz des Zedenten für den Erwerb der Hypothek genügt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
  10. Welche Erschwernis bedeutet § 1155 gegenüber dem sonstigen Erwerb der Hypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
  11. Warum ist folgendes Beispiel ein Musterbeispiel für § 1155 BGB?

G hat seine Briefhypothek an D, D an X, X an Y abgetreten, und zwar jeweils in öffentlich beglaubigter (oder beurkundeter Form). War D geisteskrank, so war sowohl die Einigung zwischen G und D, wie die zwischen D und X nichtig.

Weder D noch X sind also Hypothekar geworden. Y hat also mit dem Nichtberechtigten kontrahiert. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
  12. Wie ist die Rechtslage, wenn eine der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gefälscht war? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 198**)
  13. Wie Sie gesehen haben, beinhalten §§ 1138, 1155 BGB Durchbrechungen vom Grundsatz der Akzessorietät.
    - a) Welche Hypothek ist vom Schuldner gesehen die sicherste? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160 und Rn. 162**)

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 6

b) Wie unterscheidet sich die Zession des Gläubigers bei der Sicherungshypothek, wenn der Gläubiger die Sicherungshypothek vor Valutierung oder nach Rückzahlung an einen Gutgläubigen abtritt, von der Zession bei der normalen Briefhypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 a.E.**)

14. Wenn der Schuldner auf eine Briefhypothek Teilzahlungen erbringt, muss er Wert darauf legen, dass sie auf dem Brief vermerkt werden, denn es droht wegen § 1138 BGB der Erwerb der forderungsentkleideten Hypothek. Welche Bestimmung schützt dann den Schuldner? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)

15. Forderung und Hypothek können verschiedene Wege gehen. So kann es durchaus sein, dass der Gläubiger mit der einen Klage Erfolg hat, mit der anderen aber nicht. Bedeutsam wird dies neben § 1138 BGB auch bei § 1156 BGB, d.h. bei Rechtsvorgängen, die nach der Abtretung der Hypothek vorliegen. Zeigen sie die unterschiedliche Entwicklung von Forderung und Hypothek, wenn der Eigentümer nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger (Inhaber von Forderung und Hypothek) zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

16. Welchen Fehler macht der Eigentümer, der nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger zahlt, wenn er anschließend vom Zessionar dann wirksam in Anspruch genommen werden kann? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

17. Bei der Übertragung der Hypothek auf einen neuen Hypothekengläubiger (vgl. §§ 1153, 1154 BGB) stellt sich häufig die Frage, welche Einreden und Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können.

Vorab ist in diesen Fällen zu erörtern, welche Einreden und Einwendungen im Verhältnis ursprünglicher Gläubiger und Schuldner in Betracht kommen, und erst dann, ob die Einreden und Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger wirken.

Bestandsverändernde Einwendungen liegen vor, wenn ein anderer Gläubiger Inhaber des Pfandrechts wird.

a) Warum handelt es sich insbesondere bei den §§ 1163 I S.2, 1143, 1150, 1164 BGB um bestandsverändernde Einwendungen?

Erklären Sie die Rechtsfolgen anhand von Beispielen (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 202 ff.**).

b) Lösen Sie folgendes Beispiel: A verkauft B einen Omnibus, zur Sicherheit seiner Forderung lässt sich A eine Hypothek von C bestellen, später stellt sich heraus, dass der Omnibus fehlerhaft war, ein Gewährleistungsausschluss aber nicht eingreift. (vgl. **dazu allgemein HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 187**)

c) § 1137 I S. 1 i.V.m. § 770 BGB kann man bezeichnen als Einrede aus Gestaltungsrechten des Schuldners.

Warum hat diese Bestimmung Ähnlichkeit mit § 128 II HGB?

18. Bei der Forderungszession schützt § 404 BGB den Schuldner und erhält ihm auch gegenüber dem neuen Gläubiger seine Einreden. Die Umlauffähigkeit der Hypothek wäre aber entscheidend beeinträchtigt, wenn sich der Erwerber einer Verkehrshypothek alle Einwendungen und Einreden entgegenhalten lassen muss. Folgende Beispielfälle sind exemplarisch und vom Bearbeiter kurz zu lösen:

a) Nach Hypothekenbestellung von A an B zahlt A. Es entsteht EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB. Wie ist es, wenn B Forderung und Hypothek an C überträgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 f.**)

b) Der vom Schuldner verschiedene Eigentümer E zahlt dem Gläubiger G, trotzdem überträgt G Forderung und Hypothek an D. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 204**)

c) Ein ablösungsberechtigter Dritter, z.B. Mieter, zahlt, dann gehen Forderung (vgl. § 268 III BGB) und Hypothek (vgl. § 1153 BGB) auf den Mieter über. Welche Konsequenz hat dies bei Abtretung von Forderung und Hypothek an einen Dritten? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 206**)

## Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 7

d) Wie ist der Erwerber der Hypothek geschützt, wenn eine Einrede gegen die Forderung besteht? Warum ist er hinsichtlich des Erwerbs der Forderung nicht geschützt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 190 i.V.m. Rn. 194**)

19. Da die Hypothek mit der Übertragung der Forderung übergeht (vgl. § 1153 BGB) geht z.B. beim Bürgen nach Bezahlung die Forderung (vgl. § 774 BGB) und damit die akzessorische Hypothek (vgl. § 1153 BGB) mit über. Dasselbe gilt bei § 426 II BGB bei Gesamtschuldnern. Welche Folge sieht der Gesetzgeber vor, wenn für eine Schuld des S der E eine Hypothek und B eine Bürgschaft übernommen hat, wenn:

a) E zuerst an den Gläubiger zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 204 f.**)

b) B zuerst zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 76 ff.**)

c) In welcher Weise werden die vom Gesetz gewonnenen Ergebnisse am besten korrigiert? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 552**)

20. Der Hypothekar soll das Grundstück in seiner wirtschaftlichen Einheit verwerten können. Die Zugriffsmöglichkeiten sind in §§ 1120 ff. BGB umfassend geregelt. Die Hypothekenhaftung erstreckt sich auf das Grundstück selbst (§ 1113 BGB) die Bestandteile und Erzeugnisse auch nach der Trennung vom Grundstück (§ 1120 BGB), das Zubehör, das im Eigentum (Anwartschaftsrecht genügt) des Grundstückseigentümers steht (§ 1120 BGB), die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 I BGB), Versicherungsforderungen i.S.d. §§ 1127 I, 1128 BGB. Grundsätzlich bleibt der Eigentümer trotz Hypothekenhaftung Herr in seinem Hause, d.h. er kann Erzeugnisse und Zubehör veräußern, seine Mietzinsforderungen abtreten (vgl. §§ 1121, 1123 II BGB). Welche Bedeutung hat dann die Beschlagnahme? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

21. Lösen Sie folgenden Grundfall zu §§ 1120 ff.: Das Grundstück des Bauunternehmers unterliegt der hypothekarischen Haftung des H. Gleichwohl veräußert E einen Bagger nach §§ 929, 930 BGB an D. Kurz danach betreibt H die Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Nach wirksamer Beschlagnahme holt sich D, der von Hypothek und Zwangsvollstreckung nichts erfahren hat den Bagger ab. H meint, er könne den Bagger verwerten. Zu Recht? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

### IV. Zahlung auf Hypothek und Forderung

#### 1. Worauf wird gezahlt?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ S zahlt regelmäßig auf Forderung, welche gem. § 362 I BGB erlischt

b) **SiG, der nicht persönlicher Schuldner ist, zahlt**

⇒ Zahlung auf die Hypothek = Ablösung, § 1142 BGB

⇒ regelmäßig keine Zahlung auf die Forderung, damit § 362 I BGB (-)

#### 2. Was passiert mit Hypothek?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ Es entsteht eine EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB

⇒ Sonderfall: S kann von SG im Innenverhältnis ausnahmsweise Ausgleich verlangen

⇒ dann erfolgt gem. § 1164 BGB ein gesetzlicher Forderungsaustausch

⇒ Hypothek sichert jetzt Ausgleichsforderung S gegen SG!

b) **SiG zahlt**

⇒ Forderung Gl gegen S erlischt zwar nicht, geht aber auf SG über, 1143 I BGB, cessio legis!

⇒ Hypothek wird zur „Eigentümerhypothek“, wie EGS, vgl. 1177 II BGB

⇒ wird Grundstück später veräußert, wird sie wieder zur Fremdhypothek