

Kostenlose Klausurvorbereitung Zwischenprüfung März 2026



UNTERLAGEN ZIVILRECHT

Newsletter 

SMART VORBEREITET

GEZIELT. STRUKTURIERT.
UMFASSEND.

Gemeinsam zum Erfolg

by
hemmer



Wir wollen Deinen Erfolg

Wir holen Dich ab,
damit Du die Prüfung
erfolgreich meisterst

Sicher in die
Zwischenprüfung
Zivilrecht

Kursunterlagen

Einheit I BGB AT

kostenloses Probehören
in der ersten Woche!

[Newsletteranmeldung](#) 



Juristisches Repetitorium
hemmer



FIT12! ***Hauptkurs 26 I***

Dein ONLINE-Jahreskurs

*Dein Jahreskurs
in Präsenz Bochum*

Kursstart April 2026

PRÄSENZ-INFO

20.01.2026 UM 13.15 UHR

**ONLINE-INFOS 12.01.26, 12.02.26 & 16.03.26
UM 19.00 UHR**



Hier kostenlos und unverbindlich registrieren

**Bereite Dich mit den Profis erfolgreich
auf Dein Examen vor!**



Präsenzinfo Kursraum über McPaper im Unicenter, 1. OG

Fragen an: Bochum@hemmer.de

Probeführen jederzeit möglich!

Systematische Prüfung im Zivilrecht:

1. Ansprüche aus Vertrag

a) Primäransprüche

§ 241 I BGB

„Anspruch entstanden...“

b) Sekundäransprüche

s. Übersicht Schuldrecht AT/BT

2. Ansprüche aus Vertrauenshaftung

a) Ohne Verschulden

z.B. § 122 I, § 179 II BGB

b) Mit Verschulden

§§ 280 I; 311 II; III BGB

3. Ansprüche aus GOA §§ 677 f. BGB

a) Berechtigte GOA §§ 677, 683 BGB

**b) Nichtberechtigte GOA
§§ 677, 684 BGB**

c) Angemaßte „GOA“ § 687 II BGB

4. Ansprüche aus dinglichem Recht

vor allem §§ 985 f. BGB

5. Ansprüche aus §§ 812 f. BGB

6. Ansprüche aus unerlaubter Handlung

a) Gefährdungshaftung

z.B. § 7 I StVG

b) §§ 823 f. BGB

Auszug aus:**Rechtsanwalt Michael Sperl
Zivilrecht Grundlagen
10.Auflage 2026****Hinweis:****Soweit nicht anders angegeben,
alle Paragraphen aus dem BGB!**

§ 3 a Sekundäransprüche	§ 3 a Teil 1: Sekundäransprüche/Kaufrecht	151
Schadensersatzansprüche	A. Schadensersatzansprüche, §§ 280 f. BGB	152
Anspruchsgrundlagen	I. Anspruchsgrundlagen	
	Im Rahmen der §§ 280 f. BGB ist zwischen der Verletzung leistungsbezogener und nichtleistungsbezogener Pflichten zu unterscheiden. Daraus ergeben sich vier verschiedene Leistungsstörungstatbestände.	
	1. Verletzung leistungsbezogener Pflichten	153
Leistungsbezogene Pflichten	Leistungsbezogene Pflichten (§ 241 I BGB) können entweder gar nicht (Nichtleistung: Unmöglichkeit oder Verzögerung/Verzug) oder nicht vertragsgemäß erfüllt werden (Schlechtleistung).	
	a) Unmöglichkeit	154
Unmöglichkeit	Aus § 280 III BGB ergibt sich, dass § 280 I BGB nur die sog. Begleitschäden erfasst. Im Falle des § 280 I BGB kann also der Schadensersatzanspruch neben die Primärleistungspflicht treten (im Gegensatz zu Schadensersatz statt der Leistung, vgl. § 281 IV BGB).	
	Beachte: Ein solcher Begleitschaden ist bei Unmöglichkeit der Leistung i. S. d. § 275 BGB nicht denkbar, so dass lediglich Schadensersatz statt der Leistung in Betracht kommt.	
§ 311a II BGB	aa) Anfängliche Unmöglichkeit, § 311a II BGB	155
	Die anfängliche Unmöglichkeit steht der Wirksamkeit eines Vertrages nie entgegen, vgl. § 311a I BGB.	
Eigene AGL	Im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit besteht ein Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB. Hierbei handelt es sich um eine eigene Anspruchsgrundlage und nicht um einen Unterfall der §§ 280 ff. BGB	
Keine Exkulpation, § 311 a II 2 BGB	Der Anspruch auf Schadensersatz ist dagegen ausgeschlossen, wenn sich der Schuldner entlasten kann, § 311a II 2 BGB. Auch hier gilt insoweit eine Beweislastumkehr. Zu beachten wäre dabei insbesondere eine etwaige Garantie (vgl. § 276 BGB) des Schuldners bei	155 a

Vertragsschluss. Dafür muss der Schuldner jedoch ein Garantieverprechen abgegeben haben (Frage des Rechtsbindungswillens, §§ 133, 157 BGB)

§§ 280 I, III, 283 BGB	bb) Nachträgliche Unmöglichkeit, §§ 280 I, III, 283, 275 IV BGB	156
	Im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.	
Schuldverhältnis	(1) Wirksames Schuldverhältnis	157
§ 275 BGB	(2) Nachträgliches Leistungshindernis (§ 275 BGB)	158
Keine Exkulpation, § 280 I 2 BGB	(3) Keine Exkulpation, §§ 280 I 2, 276 BGB	159
	Es gilt auch hier der Maßstab des § 276 BGB . Dabei ist insbesondere auf die Haftungsverschärfung des § 287 S. 2 BGB sowie auf die Haftungsmilderung des § 300 I BGB zu achten.	
Schadensberechnung	(4) Schadensberechnung	160
	Problematisch ist die Schadensermittlung bei gegenseitigen Verträgen.	
Differenztheorie	Nach der Differenztheorie muss der Gläubiger die Gegenleistung nicht mehr erbringen (entspricht § 326 I BGB). Die beiden urspgl. Ansprüche werden zu reinen Rechnungsposten. Der Gläubiger kann als Mindestschaden die Differenz zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung verlangen, zuzüglich etwaiger Folgeschäden (z.B. entgangener Gewinn). Die Differenztheorie entspricht §§ 326 I, IV BGB und ist damit zunächst als gesetzl. Ausgangspunkt anzusehen.	160 a
Surrogationstheorie	Nach der Surrogations- oder Austauschtheorie müsste der Gläubiger seine Gegenleistung erbringen: es wird quasi ausgetauscht. Da der Schuldner seine Leistung nicht erbringen kann (§ 275 BGB), wird die Leistung durch das Leistungsinteresse des Gl. ersetzt (mindestens der obj. Wert der Leistung, aber auch zuzüglich etwaiger Folgeschäden).	160 b
Wahlrecht	Nach h.L. kann der Gläubiger auch entgegen § 326 I BGB die Gegenleistung erbringen (Wahlrecht des Gläubigers), da er Schadensersatz statt der Leistung fordern kann und so gestellt werden soll, als hätte der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt. Das Wahlrecht spielt keine Rolle, wenn die Gegenleistung des Gl. in Geld besteht, da dann ohnehin durch Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) das gleiche Ergebnis erzielt wird. Beim Tauschvertrag können sich die beiden Ansichten aber unterscheiden und vor allem der Gläubiger ein berechtigtes Interesse haben, seine Gegenleistung noch „loszuwerden“.	160 c

§§ 284, 285 BGB	Beachte: §§ 284, 285 BGB	161
	Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger auch nach § 284 BGB Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen (negatives Interesse) oder nach § 285 BGB Herausgabe des Ersatzes /stellvertretendes commodum) verlangenn. Letzteres kann auch in den Schadensersatzanspruch einbezogen werden (vgl. § 285 II BGB).	
Verzögerung / Verzug	b) Ausbleiben der Leistung (Verzögerung) Leistet der Schuldner bei Fälligkeit nicht, obwohl ihm die Leistungserbringung möglich wäre, ist zwischen Begleitschäden und Schadensersatz statt der Leistung zu differenzieren:	162
Schadensersatz neben der Leistung	aa) Schadensersatz neben der Leistung, §§ 280 I, II, 286 BGB Wenn der Gläubiger am Leistungsanspruch weiter festhält (vgl. § 281 IV BGB), kann er lediglich Ersatz seiner Verzögerungsschäden verlangen, die dann neben seinen Leistungsanspruch treten können.	163
Verzug als Pflichtverletzung	Eine Pflichtverletzung i. S. d. § 280 I 1 BGB liegt auch bei einer Verzögerung der Leistung vor. Reine Verzögerungsschäden werden aber nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB (Verzug) ersetzt:	
Nichtleistung trotz Möglichkeit	(1) Nichtleistung trotz Möglichkeit Liegt ein Fall des § 275 I BGB vor, kommt ein Verzug des Schuldners nicht in Betracht. Ein Leistungshindernis i. S. d. § 275 II, III BGB führt aber allein noch nicht zum Ausschluss der Leistungspflicht. Erst wenn die Einrede nach § 275 II, III BGB erhoben wird, entfällt die Primärleistungspflicht, so dass bis zu diesem Zeitpunkt Verzug denkbar ist, vgl. unten. Beachte: Mit Ablauf des Erfüllungszeitraums tritt bei einem absoluten Fixgeschäft Unmöglichkeit ein, mit der Folge, dass Verzug ausscheidet. Bei vorübergehenden Leistungshindernissen entscheidet der Gedanke von Treu und Glauben (§ 242 BGB), ob Unmöglichkeit oder Verzögerung gegeben ist: Ist dem Gläubiger ein Zuwarten zumutbar oder nicht?	164
Fälligkeit u. Einredefreiheit	(2) Fälligkeit und Einredefreiheit der Forderung Einreden müssen spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung erhoben werden. Geschieht dies, wirken die Einreden grundsätzlich bis auf den Zeitpunkt zurück, in dem sie frühestens hätten geltend gemacht werden können. Dies führt dazu, dass das bloße Bestehen einer Einrede grundsätzlich verzugshindernd wirkt. Dies gilt auch für §§ 275 II, III BGB.	165

	<u>Ausnahmen:</u>	166
§§ 273 I, 1000 BGB	- Bei §§ 273 I, 1000 BGB tritt Verzugsbeendigung nur mit Wirkung für die Zukunft ab ausdrücklicher Geltendmachung der Einrede ein, weil der Gläubiger gem. § 273 III die Möglichkeit zur Sicherheitsleistung besitzt bzw. durch Ersatz der Verwendungen die Sache wiedererlangen kann	
§ 320 BGB	- Bei § 320 kommt der Schuldner auch ohne spätere Geltendmachung der Einrede nicht in Verzug, wenn der Gläubiger nicht gleichzeitig seine Gegenleistung ordnungsgemäß anbietet	
Mahnung	(3) Mahnung Die Mahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen (geschäftähnliche Handlung: Rechtsfolge tritt hier kraft Gesetzes ein, unabhängig davon, ob sie gewollt ist!).	167
§ 286 II BGB	Die Mahnung ist in den Fällen des § 286 II BGB entbehrlich. Nach § 286 II Nr. 2 BGB ist die bloße Berechenbarkeit der Leistungszeit ausreichend, z.B. Zahlung zwei Wochen nach Lieferung (Abgrenzung zu Nr. 1: dort muss die Leistungszeit nur anhand des Kalenders bestimmt werden). § 286 II Nr. 4 BGB enthält als weitere Ausnahme einen generalklauselartigen Tatbestand (Interessenabwägung), z.B. Selbstmahnung des Schuldners, keine Mahnung des Eigentümers ggü dem Dieb.	167 a
§ 286 III BGB	Der Schuldner einer Entgeltforderung kann unter den Voraussetzungen des § 286 III BGB (30 Tage nach Rechnungsstellung) ebenfalls ohne Mahnung in Verzug kommen. Die Parteien können auf die Mahnung auch vertraglich verzichten (Privatautonomie). Dabei ist jedoch § 309 Nr. 4 Alt. 1 BGB bei AGB zu berücksichtigen.	167 b
Vertreten müssen/ Keine Exkulpation	(4) Keine Exkulpation, §§ 286 IV, 280 I 2 BGB Gemäß § 286 IV muss der Verzug vom Schuldner zu vertreten sein. Diese Regelung ist bzgl. Des Schadensersatzanspruchs überflüssig, da bereits nach § 280 I 2 BGB „Vertreten müssen“ erforderlich ist.	168
Schaden	(5) Schaden	169
Verzögerungsschaden	Beachten Sie, dass über §§ 280 I, II, 286 BGB allein Verzögerungsschäden ersetzt werden. Das sind solche Schäden, die neben dem fortbestehenden Primäranspruch entstanden sind und auch durch eine erfolgreiche (notfalls hypothetische) Nachlieferung nicht mehr behoben werden können. Der Schaden muss also endgültig eingetreten sein. Bei diesen Schäden ist eine	

	Nachfristsetzung, die § 281 verlangt, von vornherein sinnlos.	
	Die Kosten der Erstmahnung sind nicht ersatzfähig, wenn diese den Verzug erst begründen.	
Schadensersatz statt der Leistung	bb) Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281 I Alt. 1 BGB	170
§ 281 BGB	Schadensersatz statt der Leistung (das sog. positive Interesse) kann der Gläubiger im Fall der Verzögerung nur unter nachfolgenden Voraussetzungen verlangen:	170 a
	Voraussetzungen:	171
Schuldverhältnis	(1) Vorliegen eines Schuldverhältnisses	172
Nichtleistung	(2) Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit als Pflichtverletzung	172 a
	Beachte: Da § 283 BGB die Unmöglichkeit regelt, umfasst § 281 BGB die <i>Verzögerung</i> der Leistung und daneben auch die <i>Schlechtleistung</i> (dazu unten).	
	Bei der Leistungsverzögerung wird auch bei § 281 BGB hineingelesen, dass der Anspruch durchsetzbar sein muss, obwohl § 281 BGB kein Verzug nach § 286 BGB voraussetzt. Dem Schuldner dürfen generell keine Nachteile daraus erwachsen, wenn er eine einredebehaftete Forderung nicht bedient.	
Ablauf einer Nachfrist	(3) Ablauf einer angemessenen Nachfrist	173
	Der Gläubiger muss dem Schuldner gem. § 281 I 1 BGB eine angemessene Frist zur (Nach-) Leistung gesetzt haben.	
Angemessen	„Angemessen“ meint eine Frist, in der der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung <i>beenden</i> – nicht neu beginnen und vollenden – kann. Eine zu kurze, unangemessene, Frist ist nach h.M. automatisch auf ein vertretbares Maß zu verlängern.	173 a
§ 281 II BGB	Die Fristsetzung ist nach § 281 II BGB entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder dies unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (z.B. Interessefortfall oder „just in time“ Verträge).	173 b
Relatives Fixgeschäft	Nicht erfasst wird von § 281 II BGB allein das Vorliegen eines relativen Fixgeschäfts. Dieses berechtigt lediglich zum Rücktritt (§ 323 II Nr. 2 BGB) und nur im Falle eines Fixhandelskaufes auch zum sofortigen Schadensersatz (vgl. § 376 HGB).	173 c
§ 276 Vertreten müssen	(4) Vertreten müssen/ Keine Exkulpation, § 280 I 2 BGB	174
	Gemäß § 280 I 2 BGB ist nach Maßgabe der §§ 276 f.	

	BGB wiederum „Vertreten müssen“ erforderlich.	
	Umstritten ist , worauf sich das „Vertreten müssen“ des Schuldners beziehen muss bzw. welcher Zeitpunkt für die Exkulpation maßgebend ist.	
Bezugspunkt der Pflichtverletzung im Gewährleistungsrecht?	Das Problem stellt sich vor allem im Gewährleistungsrecht : Der Schuldner begeht zum einen eine Pflichtverletzung dadurch, dass er <i>bei Fälligkeit</i> nicht liefert, zum anderen dadurch, dass er im Rahmen der ihm gesetzten Nachfrist nicht nachliefert.	174a
	e.A.: Der Schuldner muss sich für beide Pflichtverletzungen exkulpieren .	174b
	Arg.: Nacherfüllung ist nur zweite Chance, die Folgen der ersten Pflichtverletzung zu beseitigen. Es ist kein Grund ersichtlich, das Verschulden bei Fälligkeit unter den Tisch zu kehren.	
	a.A.: Der Schuldner muss sich (nur) bezüglich der Nichtleistung bei Fristablauf exkulpieren .	175
	Arg.: § 281 BGB stellt auf die Pflichtverletzung der nicht ordnungsgemäßen Nacherfüllung ab.	
§ 281 IV BGB	(5) Geltendmachung des Schadensersatzes Wenn der Gläubiger den Schadensersatz geltend macht, ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, § 281 IV BGB. Umgekehrt ist aber ein Schadensersatzanspruch gerade nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger zunächst an der Leistung festhält und auf Erfüllung pocht.	176
Schadensermittlung	(6) Schadensermittlung Problematisch ist wiederum die Schadensermittlung bei gegenseitigen Verträgen. Wenn der Gläubiger den Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend macht, entfällt der Primäranspruch (vgl. § 281 IV BGB). Deshalb ist es ausgeschlossen, dass der Gläubiger seine Gegenleistung anbietet und auf der anderen Seite „Quasi-Erfüllung“ über die Surrogationstheorie verlangt. Der Gläubiger ist daher auf die Differenztheorie beschränkt. Er kann jedoch nach Fristablauf weiter an dem Primäranspruch festhalten, wenn er ein Interesse hat, auch seine Gegenleistung zu erbringen und daneben den Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB geltend machen.	176a
Differenztheorie		
§ 281 IV BGB	(7) Sonderproblem: Gestaltung des Gläubigers Nach Ablauf der Nachfrist ist der Gläubiger berechtigt, SE statt d. Leistung zu verlangen. Mit dem Verlangen geht der Anspruch auf die Leistung unter, vgl. § 281 IV BGB.	177

	Problem: Angebot des Schuldners nach Fristablauf, aber vor Gestaltung des Gläubigers	177 a
	e.A.: Angebot des Schuldners beseitigt die Gestaltungsrechte des Gläubigers (Gläubiger muss die Leistung annehmen) Arg.: Gläubiger hat nicht rechtzeitig gestaltet a.A.: Gestaltungsrechte des Gl. bestehen weiter (Grenze: Verwirkung, § 242 BGB) Arg.: Kein Recht „zur 3. Andienung“ des Schuldners	
Schlechtleistung	c) Nicht vertragsgemäße Leistung, (Schlechtleistung)	178
	Im Fall der Schlechtleistung ist ebenfalls zwischen reinen Begleitschäden (§§ 280 I, 241 I BGB) und Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) zu unterscheiden: Dazu unten: B. Mängelhaftung / Schlechtleistung.	
Nebenpflichten, § 241 II	2. Verletzung leistungsunabhängiger Pflichten, § 241 II BGB	179
Begleitschaden	a) Ersatz von Begleitschäden, §§ 280 I, 241 II BGB	179 a
	Die Verletzung von leistungsunabhängigen Pflichten i. S. d. § 241 II BGB führt zur Schadensersatzpflicht nach § 280 I BGB. Dabei werden wiederum nur reine Begleitschäden ersetzt (Beispiel: Bei Lieferung der gekauften Sache wird Vase im Eingangsbereich zerstört) Beachte: Schutzpflichten können auch nach Erfüllung der primären Leistungspflichten bestehen. Es kommt demnach auch ein nachvertragliches Schuldverhältnis in Betracht (sog. culpa post contractum finitum).	
Schadensersatz statt der Leistung	b) Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 282 BGB	179 b
	Ist dem Gläubiger aufgrund der Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten die Vertragsdurchführung nicht mehr zumutbar, kann der Gläubiger gem. §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen:	
Voraussetzung § 282 BGB	- Wirksames Schuldverhältnis - Obj. Pflichtverletzung i. S. d. § 241 II - Vertreten müssen / Keine Exkulpation, §§ 280 I 2, 276 - Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsdurchführung Beachte: An die Unzumutbarkeit sind hohe Anforderungen zu stellen. Beispiel: Rechtradikaler Malermeister malt gut, singt dabei aber rechtradikale Lieder.	179 c

Mängelhaftung	B. Mängelhaftung / Schlechtleistung	180
Kaufrecht	I. Kaufrecht	
§ 437 BGB	Voraussetzung § 437 BGB:	180
	- Kaufvertrag - Sache § 90 BGB: körperlicher Gegenstand - Sach- oder Rechtsmangel - Gefahrübergang	a
§ 453 I 1 BGB	Gemäß § 453 I 1 Alt. 1 BGB sind die §§ 433 – 452 BGB auf den Rechtskauf entsprechend anwendbar. Gleiches gilt nach § 453 I 1 Alt. 2 für sonstige Kaufgegenstände (z.B. Strom, Unternehmen).	180
		b
Vorliegen eines Mangels	1. Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang	181
	Gemäß § 433 I 2 BGB hat der Verkäufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen	
Sachmangel	a) <u>Sachmangel</u>, § 434 BGB	182
§ 434 I BGB	aa) § 434 I BGB	
	(1) <u>Mangelbegriff</u> nach § 434 I BGB	183
Änderung 2022	Wichtig: Seit dem 01.01.2022 gilt i.R.d. § 434 nicht mehr der Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs. Vielmehr sind der objektive und subjektive Mangelbegriff gleichgestellt. Danach ist die Sache gem. § 434 I nur noch dann frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen des § 434 entspricht.	
Subjektive Anforderungen § 434 II BGB	(2) <u>Subjektive Anforderungen</u>	183
	§ 434 II BGB definiert das Tatbestandsmerkmal „ subjektive Anforderungen “	a
Vereinbarte Beschaffenheit	§ 434 II S.1 Nr.1 BGB: <u>Vereinbarte Beschaffenheit</u>	183
	Regelbeispiele für den Begriff der Beschaffenheit werden in § 434 Abs. 2 S. 2 BGB genannt.	b
Mittelbare Faktoren als Sachmangel?	Umstritten war früher , ob beim Beschaffenheitsbegriff weiterhin eine Unmittelbarkeitsbeziehung zu der Sache zu fordern ist.	183
		c
FRÜHER	Der BGH forderte vor der Schuldrechtsreform, dass der Mangel der Sache unmittelbar anhaften müsse. Die h.L. lies immer schon einen mittelbaren Zusammenhang ausreichen.	

BGH JETZT Mittelbare Faktoren reichen	Der BGH vertritt nun seit einigen Jahren – zumindest im Verbrauchsgüterkauf – den „ weiten Beschaffenheitsbegriff “, da auch mittelbare Faktoren preisgestaltend sind und auch § 434 II/IV BGB vom weiten Beschaffenheitsbegriff ausgeht. Beispiel: Herstellergarantie beim Auto („Audi TT Fall“)	183 d
Mengenabweichung = Mangel	Gem. § 434 II 2 BGB stellt eine Mengenabweichung einen Mangel dar und wird diesem (im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage) nicht mehr „nur“ gleichgestellt	184
Vertraglich vorausgesetzte Verwendung	§ 434 II S. 1 Nr. 2 BGB Vertraglich vorausgesetzte Verwendung erfordert (wohl) konkludente Zustimmung des Verkäufers. Arg.: Art. 6b WKRL	184 a
Objektive Anforderungen § 434 III BGB	(3) § 434 III BGB: Objektive Anforderungen § 434 III 1-3 BGB regelt, wann die Kaufsache den objektiven Anforderungen entspricht. Dabei müssen die objektiven Kriterien nach neuer Rechtslage kumulativ zu den subjektiven Kriterien vorliegen.	185
Üblich/gewöhnlich	Dabei ist die Sache mangelfrei, wenn sie sich für die gewöhnliche (Nr.1) bzw. die übliche Beschaffenheit (Nr.2) eignet. Nach S.2 wird die übliche Beschaffenheit beschrieben. Nach dem BGH darf ein Käufer eines gebrauchten Pkw üblicherweise erwarten, dass der Pkw in der Vergangenheit keinen Unfall erlitten hat, so dass ein Unfallwagen einen Sachmangel i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2 BGB darstellt.	186
Neg. BeschaffenheitsV	Zwischen den Parteien ist eine negative Beschaffenheitsvereinbarung (also eine Abweichung von den objektiven Anforderungen) möglich. Beispiel: „Das Auto ist ein Bastlerfahrzeug“	186 b
Aber strenge Anforderungen im VGK § 476 I 2 BGB	Für den Verbrauchsgüterkauf enthält § 476 I 2 BGB aber strenge Anforderungen an eine negative Beschaffenheitsvereinbarung (lesen!).	186 c
Probe/ Muster	Nach § 434 III 1 Nr. 3 BGB liegt ebenfalls ein Mangel vor, wenn die Beschaffenheit der Kaufsache von derjenigen einer vom Verkäufer dem Käufer vor Vertragschluss zur Verfügung gestellten Probe abweicht.	186 d
Öffentliche Äußerungen z.B. des Herstellers	§ 434 III 1 Nr. 2b, S.3 BGB: Im Rahmen der objektiven Anforderungen sind öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder eines anderen Glieds in der Lieferkette (vor allem Hersteller) über	187

	Eigenschaften zu beachten= Zurechnungsnorm	187
Eigenschaften!	Nicht relevant sind dagegen bloße Werbeanpreisungen (Tatsachenkern?).	a
Gefahrübergang	(4) Zeitpunkt: Gefahrübergang	188
§ 446,1 BGB	Maßgeblicher Zeitpunkt für den Gefahrübergang ist grundsätzlich die Übergabe (§ 446 S.1 BGB) .	
§ 447 BGB	Ausnahmen sind gem. § 446 S. 3 BGB beim Annahmeverzug des Käufers und gem. § 447 BGB beim Verwendungskauf zu machen. Zu den weiteren Ausnahmen nach § 475b II, IV, und § 475c BGB im Hinblick auf die Aktualisierungspflicht bei digitalen Elementen für einen bestimmten Zeitraum.	189
Verbrauchsgüterkauf	Beachte dabei: Verbrauchsgüterkauf, § 477 BGB	190
	Nach § 477 I BGB wird vermutet, dass die Sache bei Gefahrenübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von 12 Monaten (irgendein) Sachmangel zeigt. Auch der latente Grundmangel wird vom Gesetz berücksichtigt. (S) volle Beweislastumkehr .	
§ 434 IV BGB	bb) Sonderfall § 434 IV BGB: Fehlerhafte Montage	190
	Dabei ist die Montage dann sachgemäß , wenn alle Funktionen der Kaufsache ordnungsgemäß und zweckentsprechend funktionieren.	a
	Kein Mangel liegt vor, wenn die Montageanleitung zwar unzureichend war, der Käufer jedoch die Ware korrekt montiert hat. Eine bloße Wertminderung wegen der mangelhaften Anleitung – z.B. im Falle des Weiterverkaufs – wird daher nicht geschützt.	190
	Ein Mangel ist jedoch anzunehmen , wenn die Ware unsachgemäß durch den Verkäufer montiert wurde oder die Ware vom Käufer unsachgemäß montiert wurde und dies auf der Anleitung des Verkäufers beruht .	b
§ 434 V BGB	cc) Sonderfall § 434 V BGB: „Aliud“	191
	Weiterhin wird dem Sachmangel gem. § 434 V BGB die Lieferung einer anderen Sache (=Aliud) gleichgestellt.	
	Nach h.M. fallen jedoch nur solche Falschliefereien unter § 434 V BGB, wenn die Lieferung aus objektiver Empfängersicht als Erfüllung verstanden werden konnte.	
	Arg.: Nur dann kann man von einem erfolglosen Erfüllungsversuch sprechen, der den Erfüllungsanspruch (§ 433 I BGB) in den Nacherfüllungsanspruch (§ 439 I BGB) verwandeln kann.	

Höherwertiges aliud	(P) „Höherwertiges Aliud“	192
	Nach h.M. fällt auch ein höherwertiges Aliud unter § 434 V BGB, da der Gesetzgeber generell Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einer Falsch- und einer Schlechtleistung vermeiden wollte und ein höherwertiges Aliud nicht zwingend das etwaige geringere Leistungsinteresse des Käufers befriedigt.	
Rückforderung?	Umstritten ist weiter, ob der Verkäufer einen Rückforderungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB hat, wenn er einen wesentlich wertvolleren anderen Gegenstand erkennbar zur Erfüllung geliefert hat.	192 a
§ 119 II BGB	Dabei ist unumstritten, dass der Verkäufer nach § 119 II BGB anfechten kann, wenn er sich bereits bei Vertragsschluss über eine verkehrswesentliche Eigenschaft geirrt hat. Nach Anfechtung des Kaufvertrages kann er gem. § 812 I 1 BGB kondizieren.	
	Ansonsten herrscht über die Kondiktion Streit:	193
	e.A.: Aufgrund von § 439 VI BGB besteht ein Rechtsgrund (Verkäufer hat erkennbar zur Erfüllung geleistet; der Primäranspruch aus § 433 I BGB ist durch die Tilgungsbestimmung des Verkäufers in den Nacherfüllungsanspruch umgewandelt worden)	
	a.A.: §§ 434 ff. sollen den Käufer vor Nachteilen schützen, ihm aber keine ungerechtfertigten Vorteile sichern, § 242 BGB	
	aber: Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273, 439 I	
Rechtsmangel, § 435	b) § 435 BGB: <u>Rechtsmangel</u>	194
	Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn Dritte in Bezug auf die Sache Rechte gegen den Käufer geltend machen können, die laut Kaufvertrag nicht übernommen werden sollten.	
Beispiel	Beispiel: K kauft Sache die mit einem Pfandrecht eines Dritten belastet ist.	195
	Beachte: Der Rechtsmangel muss grds. im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs vorliegen!	
Eigentum eines Dritten	(P) Eigentum eines Dritten?	196
	Lit.: Stärkster Rechtsmangel, wenn der Eigentümer aus § 985 BGB gegen den Käufer vorgeht (dann aber lange Verjährung, die mit §§ 985, 197 Nr. 1 BGB parallel läuft, §§ 433 I 2, 435, 438 I Nr. 1a BGB)	
	BGH: Wenn dem Käufer lediglich der Besitz eingeräumt wird, hat der Verkäufer gar nicht geleistet (§ 433 I 1!). Daher findet das allg. Leistungsstörungenrecht Anwendung.	196 a

Verbraucherverträge über digitale Produkte	c) <u>Wichtiger Exkurs: Verbrauchsgüterkauf über Ware mit digitalen Elementen</u>	197
	aa) Systematik § 327 f. BGB	198
Def. Digitale Produkte § 327 I, II BGB	Verbraucherverträge über digitale Produkte (Legaldefinition in § 327 I, II BGB), bspw. Verträge mit einem Streamingdienst (Sky), fallen ausschließlich in den Anwendungsbereich der §§ 327 f. BGB	199
Körperliche Datenträger	Gleiches gilt für Verbrauchsgüterkaufverträge, die einen körperlichen Datenträger zum Gegenstand haben, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (Erwerb einer Software auf einer DVD), vgl. § 475a und § 327 V BGB.	199 a
§ 327 a II / III BGB	Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren (Legaldefinition in § 241a), welche digitale Produkte enthalten, ist wie folgt zu differenzieren:	200
Trennbarkeit?	Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung ist die Trennbarkeit . Dabei kommt es nach h.M. darauf an, ob die Grundfunktion der Ware nur mit oder auch ohne digitale Elemente genutzt werden kann	200 a
Grundsatz § 327 a II BGB Trennbarkeit	§ 327a II BGB: Die Ware kann ihre Funktion ohne das mangelhafte digitale Produkt erfüllen (Navi beim Auto) -> hier <u>Trennbarkeit</u>:	200 b
Ware	Auf etwaige Mängel an der Ware finden die §§ 434 f. und §§ 474 f. BGB Anwendung.	200 c
§ 475 a II BGB	Soweit es um den Mangel an dem digitalen Produkt geht, werden ein Großteil der kaufrechtlichen Vorschriften (sind in § 475 a II BGB aufgezählt) durch die §§ 327 ff. BGB ersetzt, vgl. § 327 a II BGB Also „Kombinationslösung“ wie beim typengemischten Vertrag.	201
Ausnahme § 327 a III BGB Keine Trennbarkeit	§ 327a III BGB: Verbrauchsgüterkauf und die Ware kann ihre Funktion ohne das mangelhafte digitale Produkt nicht erfüllen (Mangelhaftes Betriebssystem eines Smartphones): ->Hier <u>keine</u> Trennbarkeit!	202
§ 475b BGB	Sowohl Mängel an der Ware selbst als auch an dem digitalen Produkt fallen unter die §§ 434 f. BGB. Es gelten dann §§ 475b BGB, s.u.	202 a
Paketverträge § 327 a I BGB	Sonderfall Paketverträge sind Verbraucherverträge, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch andere Sachen/ Dienstleistungen zum Gegenstand haben, vgl. § 327a I BGB.	202 b

Beispiel: Streaming bei Netflix kombiniert mit Kauf über Fernseher

Dabei werden diejenigen Vorschriften angewandt, die den jeweiligen Teil betreffen =
typengemischter Vertrag.

§ 475b und 475c
bei § 327 a III BGB

**bb) Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen,
§ 475b und § 475c BGB**

203

Wichtig: Sowohl § 475b BGB als auch § 475c BGB dürfen nur angewandt werden, sofern die Ware ihre Funktion ohne das mangelhafte Produkt **nicht erfüllen** kann, vgl. **§ 327a III BGB, s.o und ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.**

Verweis auf § 434 BGB

§ 475b und § 475c BGB ergänzen den Mangelbegriff des § 434 BGB und **verweisen auf § 434 BGB!**

204

Aktualisierung

dd) Pflicht zur Aktualisierung

204

Pflicht des Unternehmers im Hinblick auf die digitalen Elemente ist auch die Bereitstellung von Aktualisierungen, vgl. §§ 475b III Nr. 2, IV Nr. 2 und 475c II BGB.

a

Exkurs § 327 f. BGB Ende

Rechte des Käufers

2. Rechte des Käufers bei Mängeln

205

Anspruch auf Nacherfüllung

a) Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

205

Der **Käufer** hat gem. § 439 I ein **Wahlrecht** zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache:

a

Beachte: Das Wahlrecht darf beim Verbrauchsgüterkauf nicht ausgeschlossen werden, vgl. § 476 I BGB.

Dem Wahlrecht des Käufers kann der Verkäufer über die Einrede des § 439 IV entgegenreten.

§ 475 V beim VGK

Nach **§ 475 V BGB** hat der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb **einer angemessenen Frist** ab Unterrichtung durch den Verbraucher und **ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher durchzuführen.

205
b

Nachlieferung
Stückschuld?

(P) Nachlieferung auch bei der Stückschuld?

205

e.A.: (-), da der modifizierte (Nach-) Erfüllungsanspruch nicht weiter gehen darf als der Erfüllungsanspruch (Käufer hat bestimmte Sache erworben)

c

h.M.: (+) bei gleichwertigen (*ersetzbaren*) Sachen, da die Bedürfnisse des Käufers ebenso befriedigt werden und der Verkäufer unschwer nacherfüllen kann (hypoth.

Parteiwille). Dies ist insbesondere bei gebrauchten Sachen problematisch.

Rücktritt	b) Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 440, 323, 326 V BGB Aufbauschema / Voraussetzungen: - Voraussetzungen § 437 BGB, s.o. - Erfolgloses Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung, § 323 I BGB - Erheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V 2 BGB - Keine Unwirksamkeit nach §§ 438 IV, 218 BGB - Kein Ausschluss nach § 323 VI BGB - Rücktrittserklärung, § 349 BGB	206
§§ 323 II, 440 BGB	Außer in den Fällen des § 323 II BGB ist eine Frist nach § 440 BGB entbehrlich wenn: - der Verkäufer verweigert beide Arten der Nacherfüllung, § 439 IV BGB - die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung ist fehlgeschlagen - die Nacherfüllung ist dem Käufer unzumutbar	207
§ 326 V BGB	Weiterhin ist nach § 326 V BGB eine Fristsetzung entbehrlich, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist.	207 a
§ 445 a II BGB	Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus § 445 a II BGB beim Regress des Verkäufers gegen seinen Lieferanten. Da der Verkäufer die Sache bereits vom Verbraucher zurücknehmen musste, wäre eine erneute Nachfristsetzung sinnlose Förmerei. Beachte: Während § 445 a II BGB lediglich die §§ 437 ff. modifiziert, stellt § 445 a I BGB eine eigene – verschuldensunabhängige – AGL dar.	
VGK: § 475d I BGB	Beim VGK ist die Fristsetzung ferner in den Fällen von § 475d I BGB entbehrlich. Wichtig ist § 475d I Nr. 1 BGB, wobei keine Frist vom Verbraucher gesetzt werden muss, sondern nur eine Frist verstrichen sein muss	207 b
„Erheblichkeit“ § 323 V 2 BGB	Für den Rücktritt muss „Erheblichkeit“ vorliegen. „Erheblichkeit“ nach § 323 V 2 BGB liegt vor bei Arglist, zugesicherter Eigenschaft und 5-10 % Wertabweichung (allerdings Einzelfall)	208
Minderung	c) Minderung gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 440, 323, 441 BGB <i>Statt des Rücktritts</i> kann der Käufer auch lediglich den Kaufpreis mindern, d. h. es müssen die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen.	209

§ 441 I 2 BGB	Ausnahme: Der Mangel muss anders als beim Rücktritt nicht erheblich sein, vgl. § 441 I 2 BGB.	209 a
	Es gelten auch hier die Ausnahmeregelungen der §§ 323 II, 326 V, 440, 475d I BGB.	
§ 441 IV BGB	Der Anspruch auf Rückzahlung des bereits in voller Höhe gezahlten Kaufpreises ergibt sich aus §§ 441 IV 1 BGB Die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach § 441 III BGB.	209 b
Schadensersatz	d) Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3 BGB	210
	Der Gesetzgeber hat die Schadensersatzansprüche im Kaufrecht in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert.	
	Dabei ist auch bei der Schlechtleistung zwischen Begleitschäden (neben der Leistung) und SE statt der Leistung zu differenzieren:	210 a
Mangelbezogene Begleitschaden	aa) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB	211
	Nach § 280 I BGB haftet der Verkäufer für mangelbezogenen Begleitschäden (SE neben der Leistung).	
Wichtig „Kontrollfrage“	Kontrollfrage / Abgrenzung zu § 280 III, 281 BGB : Kann der Verkäufer durch eine erfolgreiche (notfalls hypothetische) Nacherfüllung im letzten Moment der angemessenen Frist den Schadensposten entfallen lassen (dann Schadensersatz statt der Leistung) oder ist der Schaden ohnehin eingetreten (dann Begleitschaden)?	212
	Beispiel Begleitschaden: K kauft mangelhafte Kettensäge und sägt sich deswegen in den Kopf:	212 a
„Weiterfresserschäden“	Bei „ Weiterfresserschäden “ an der Kaufsache selbst (z.B. aufgrund eines Mangels bei Gefahrübergang wird die Sache danach stärker beschädigt) liegt kein (!) Begleitschaden (sondern SE statt d. Leistung) vor, wenn man mit der h.M. annimmt, dass derartige Weiterfresserschäden von der Nacherfüllung des Verkäufers umfasst sind.	
	Voraussetzungen §§ 437 Nr.3, 280 I BGB:	212 b
	- Voraussetzungen § 437 BGB, s.o. - Obj. Pflichtverletzung: Sach-/ Rechtsmangel, § 433 I 2 BGB und Gefahrübergang - Vertreten müssen/ Keine Exkulpation, §§ 276, 280 I 2 BGB - Kausaler Begleitschaden	
Verzögerungsschäden	bb) Anspruch aus §§ 280 I, II, 286, (439 I) BGB	213
	Ein Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB kommt in Betracht, wenn der Verkäufer mit der Nacherfüllung in	

Verzug gerät und dem Käufer daraus ein Verzögerungsschaden entsteht.

Bei Schäden, die unmittelbar durch die Lieferung einer mangelhaften Sache entstehen, ist §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB anwendbar.

Bei verspäteter Lieferung einer mangelhaften Sache sind die §§ 280 I, II, 286 BGB direkt anwendbar, wenn der dadurch entstandene Schaden auch bei verspäteter Lieferung einer mangelfreien Sache entstanden wäre.

213
a

Schadensersatz statt d. L.

cc) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB

214

Nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I, werden die Schäden ersetzt, die der Verkäufer durch eine ordn. Nacherfüllung hätte verhindern können.

Voraussetzungen §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB:

214
a

- Voraussetzungen § 437 BGB, s.o.
- Nicht vertragsgemäße Leistung = obj. Pflichtverletzung (Sach-/ Rechtsmangel)
- Erfolgloses Setzen einer Frist zur Nacherfüllung § 281 I BGB
- Keine Exkulpation, §§ 276, 280 I 2 BGB zum Bezugspunkt des Vertreten müssen vgl. oben bei § 281 I Alt. 1 BGB

§§ 281 II, 440 BGB

Beachte: Die Fristsetzung kann nach § 281 II BGB oder § 440 BGB entbehrlich sein.

214
b

Im VGK: § 475d II BGB

Im VGK ist die Frist nach **§ 475d II BGB** entbehrlich. In diesen Fällen von § 475d II BGB sind die §§ 281 II, 440 BGB nicht anwendbar, § 475d II 2 BGB.

214
c

Kleiner / großer
Schadenersatz

Rechtsfolge: Aus dem Zusammenspiel des § 281 I 1 und § 281 I 3 BGB ergibt sich, dass § 281 I 1 BGB den sog. **kleinen Schadensersatz** ersetzt (der Käufer behält die mangelhafte Sache und verlangt zumindest den Minderwert als Mindestschaden), während § 281 I 3 BGB bei Vorliegen eines erheblichen Mangels den sog. **großen Schadensersatz** ersetzt (der Käufer gibt die mangelhafte Sache zurück und verlangt den ganzen Nichterfüllungsschaden).

214
d

Unmöglichkeit

dd) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB bzw. 280 I, III, 283 BGB

215

Ansprüche aus § 311a II BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB kommen in Betracht, wenn die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs unmöglich ist (§ 275 BGB). Eine Fristsetzung ist entbehrlich, da diese bei Unmöglichkeit keinen Sinn macht.

§ 284 BGB	e) Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB Statt des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Käufer Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen.	215 a
Selbstvornahmerecht	f) <u>Exkurs</u>: Selbstvornahmerecht des Käufers? Beseitigt der Käufer einen Mangel der Kaufsache, ohne dem Verkäufer vorher eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, stehen ihm nach den §§ 437 f. BGB keine Rechte zu, wenn nicht die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich war.	215 b
Zu prüfende AGL	- § 439 II (-) BGB -> kein Recht zur Selbstvornahme - § 439 III (-) BGB -> gilt nur bei den sog. Ein- und Ausbaufällen - §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 (-) BGB -> mangels Frist - §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 (-) BGB -> Vertreten müssen (-) - §§ 683 S.1, 677, 670 (-) BGB -> Mängelrecht ist abschließend - § 637 analog (-) -BGB > Selbstvornahme nicht extra geregelt nach der Reform	215 c
BGH und h.M.: Selbstvornahme (-)	Der BGH hat auch der Ansicht in der Lit. eine Absage erteilt, über § 326 II 2 (analog) BGB einen Anspruch des Käufers (§§ 326 IV, 346 BGB) auf den Betrag zu konstruieren, den der Verkäufer durch die Nichtnacherfüllung erspart hat. Die Systematik des § 437 BGB sieht keinen Anspruch des Käufers auf die Selbstbeseitigungskosten ohne das Erfordernis der Nachfristsetzung vor. Das Recht zur zweiten Andienung wird dadurch unterlaufen. Daher fehle es insbesondere an einer planwidrigen Regelungslücke.	215 d
	<u>Sonderfall</u> gesetzliche Selbstvornahme :	216
Gesetzliche Selbstvornahme § 439 III BGB	§ 439 III BGB regelt die sog. Einbaufälle. Der Käufer kann vom Verkäufer bei Kauf einer mangelhaften Sache, die er einbaut bzw einbauen lässt, im Rahmen der Nacherfüllung Aufwendungsersatz für die erforderlichen Kosten verlangen. Dieser Anspruch steht auch Unternehmern auf Käuferseite zu.	
(P) „Offenbarwerden“ i.S.v. § 439 III BGB	(P) „Offenbarwerden“ auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis? e.A.: „offenbar“ = positive Kenntnis Arg.: Der Wortlaut des § 439 III BGB wurde von dem Gesetzgeber im Rahmen der Reform geändert und § 442 BGB aus der Norm gestrichen. Zudem sieht Art. 14 III WKRL gerade keine Beschränkung der Käuferrechte bei grober Fahrlässigkeit vor (Argument greift nur im VGK).	216 a
		216 b

	a.A. (Lorenz): auch dann anwendbar, wenn sich der Mangel dem objektiven Beobachter förmlich aufdrängt (also grobe Fahrlässigkeit?) haben muss.	216 c
Vorschuss Verbraucher § 475 IV	Hinweis: Der Verbraucher kann gem. § 475 IV vom Unternehmer in den Fällen von § 439 II und III Vorschuss auf Aufwendungsersatz verlangen.	216 d
Exkurs § 439 IV-VI BGB	Exkurs zu §§ 439 IV -VI BGB:	216 e
§ 439 IV	Nach § 439 IV BGB kann der Verkäufer die Nacherfüllung (komplett) verweigern, wenn beide Arten der Nacherfüllung für ihn unzumutbar sind. Ist nur eine Art unverhältnismäßig, ist er zur anderen Art der Nacherfüllung verpflichtet.	
Relative und absolute Unverhältnismäßigkeit	Zu unterscheiden sind die relative und absolute Unzumutbarkeit. Bei der relativen Unverhältnismäßigkeit werden die Kosten der gewählten Art mit denen der anderen Art der Nacherfüllung verglichen. Bei der absoluten Unverhältnismäßigkeit werden die Kosten der gewählten Nacherfüllung mit dem Wert der Sache verglichen.	216 f
§ 439 V	(P) Ist § 439 V eine bloße Obliegenheit des Käufers oder eine Pflicht?	216 g
Überlassung zum Zwecke der Nacherfüllung	e.A.: lediglich eine Obliegenheit (wie bei der alten Rechtslage) -> Bei der Verletzung fehlt es dann an einem ordnungsgemäßen Nacherfüllungsverlangen a.A.: Verpflichtung des Käufers -> Bei Verletzung u.U. SE-Anspruch des Verkäufers gem. § 280 I Beachte: Der Verkäufer kann zudem einredeweise die Nachlieferung von der Rückgabe der mangelhaften Sache abhängig machen, § 273 BGB.	
§ 439 VI 2	Nach § 439 VI 2 BGB ist der Verkäufer im Falle der Nachlieferung verpflichtet, die mangelhafte Kaufsache auf seine Kosten zurückzunehmen.	216 h
	Ende Exkurs zu §§ 439 IV-VI BGB	
Haftungsausschlüsse	3. Haftungsausschlüsse	217
Aus Vertrag	a) Vertraglicher Haftungsausschluss	217 a
§ 444 BGB	§ 444 BGB: Bei Arglist oder einer Garantieübernahme des Verkäufers ist ein vertraglicher Gewährleistungs-	

	ausschluss unzulässig	
„Garantie“	Beachte: Mit der Garantie ist die Zusicherung von Eigenschaften gemeint. Maßgeblich für das Vorliegen einer Garantie ist der Rechtsbindungswille.	218
AGB §§ 309 Nr. 7, 8b BGB	Bei AGBs ist §§ 309 Nr. 7, 8 b, 307 BGB zu beachten. § 309 Nr. 8 b gilt nur für neue Sachen	218 a
VGK § 476 I BGB	<u>Beachte:</u> Verbrauchsgüterkauf § 476 BGB Beim Verbrauchsgüterkauf schließt § 476 I BGB die Beschränkung, die vor Mitteilung eines Mangels getroffen werden und den Ausschluss der Gewährleistung weitgehend aus.	218 b
§ 476 III BGB beachten!	Dies gilt gem. § 476 III BGB jedoch nicht für die Beschränkung oder den Ausschluss des Anspruchs auf Schadensersatz. Dabei ist dann auf § 309 Nr. 7 BGB und § 444 BGB zu achten.	219
Aus Gesetz	b) <u>Gesetzliche</u> Haftungsausschlüsse	220
§ 442	- § 442 BGB WICHTIG: § 442 BGB nach § 475 III 2 BGB nicht mehr im Verbrauchsgüterkauf anwendbar. Folge: Der Verbraucher kann selbst dann seine Rechte geltend machen, wenn er diese bei Vertragsschluss kannte.	221 a
§ 377 HGB	- § 377 HGB - § 475 b BGB	221
§ 438 BGB	4. Verjährung, § 438 BGB	222
	a) Verjährung des Nacherfüllungs- und Schadensersatzanspruchs, § 438 I – III BGB	222 a
§ 437 Nr. 1 und 3 BGB	Die Ansprüche aus § 437 Nr. 1 und 3 verjähren gem. § 438 I Nr. 3 BGB grundsätzlich in zwei Jahren ab Ablieferung bzw. Übergabe, vgl. § 438 II BGB. Zu den besonderen Fristen (insb. bei Bauwerken) vgl. § 438 I Nr. 1 und 2 BGB.	
§ 476 II BGB	Beachte: Verbrauchsgüterkauf Gemäß § 476 II kann auch beim Verbrauchsgüterkauf die Verjährung <i>bei gebrauchten</i> Sachen auf ein Jahr beschränkt werden. Allerdings muss § 476 II 2 beachtet werden.	222 b

Verjährungshemmung beim VGK gem. § 475e BGB	b) Hemmung des Ablaufs der Verjährungsfrist gem. § 475e BGB	223
	aa) Dauerhafte Bereitstellung digitaler Elemente	224
	In den Fällen von § 475c verjähren Ansprüche wegen Mängeln digitaler Elemente nicht vor dem Ablauf von 12 Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums, § 475e I BGB.	
§ 475e II BGB	bb) Ansprüche wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht	225
	Anspruch wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht des Unternehmers gem. § 475b III, IV BGB verjähren nicht vor Ablauf von 12 Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht, § 475 e II BGB.	
§ 475e III BGB	cc) Ablaufhemmung nach erstmaligem Auftreten des Mangels	225 a
	Nach § 475e III BGB tritt die Verjährung der Mängelrechte des Verbrauchers aufgrund eines Mangels, der sich innerhalb der Verjährungsfrist zeigt, nicht vor Ablauf von 4 Monaten, nachdem er sich das erste Mal gezeigt hat ein. Der Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, dass der Verbraucher nicht in die Verjährungsfalle treten soll.	
§ 475e IV BGB	dd) Verjährungshemmung bei Übergabe der Kaufsache zum Zwecke der Nacherfüllung	225 b
	Übergibt der Verbraucher die Ware zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Ansprüchen aus einer Garantie, tritt die Verjährung der Mängelansprüche nicht vor Ablauf von zwei Monaten ein, nachdem die nachgebesserte oder ersetzte Ware an den Verbraucher zurückgegeben wurde, § 475e IV BGB.	
§§ 438 IV 2, V BGB	c) Unwirksamkeit der Gestaltungsrechte, §§ 438 IV, V BGB	225 c
	Der Rücktritt bzw. die Minderung sind gem. §§ 438 IV 1, V, 218 BGB ausgeschlossen, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist oder verjährt sein würde und sich der Verkäufer hierauf beruft (!). Da nur Ansprüche und nicht Gestaltungsrechte verjähren können, ist diese Sonderregelung zum Gleichlauf der Fristen nötig.	
Allg. Mängelerinrede?	d) Leistungsverweigerungsrecht, § 438 IV 2, V BGB	225 d
	Ist der Rücktritt oder die Minderung gem. § 218 BGB ausgeschlossen und hat der Käufer noch nicht (vollständig) gezahlt, kann er gem. § 438 IV 2, V BGB die Zahlung verweigern. Diese Regelung ist sachgerecht, da auch der Verkäufer mindestens zwei Jahre lang (§ 438 I Nr. 3 BGB) den Kaufpreis nicht geltend gemacht hat.	

Auf der anderen Seite hat der Verkäufer ein Rücktrittsrecht über § 438 IV 3 BGB, um die gelieferte Sache zurück zu verlangen.

§ 320 BGB

(P) Mängelreede vor Verjährung, § 320 BGB

225
e

Wenn die Nacherfüllung möglich ist (und gerade der Anspruch noch nicht verjährt ist), ist **§ 320 BGB** anwendbar (so die h.M. und der BGH). Aufgrund von § 433 I 2 BGB hat der Verkäufer seine synallagmatische Leistungspflicht nicht vollständig erfüllt, so dass der modifizierte Erfüllungsanspruch aus § 439 BGB dem Zahlungsverlangen entgegengesetzt werden kann.

BGH: Auch bei
Kleinen Mängeln

Nach **BGH** kann der Käufer über § 320 BGB ggf. auch kleine Mängel dem gesamten Kaufpreis entgegenhalten, um den Verkäufer **unter Druck** zu setzen.

225
f

Die Unterlagen sind urheberrechtlich geschützt.

Eine Verwertung – unter anderem auch die Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung – ist mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle nur mit Einwilligung des Urhebers gestattet.

**Rechtsanwalt Michael Sperl,
Januar 2026**

SchuldR-AT

Sachverhalte - Seite 7

Fall 10

Der Kunsthändler Adler hatte mit dem Kunsthändler Mohr am 16. Februar über den Ankauf eines Aquarells verhandelt.

Mohr hatte es ihm in seinen Verkaufsräumen als einen „Huber“ zum Preis von 3.000,- € angeboten. Dabei ging Adler davon aus, dass das Bild ein Werk des Malers Ernst Huber sei; in Wirklichkeit stammte es jedoch von dessen Zeitgenossen Ludwig Huber. Das wusste Adler aber nicht.

Da Adler sich noch nicht zum Kauf entschließen konnte, obwohl ihm das Bild gefiel, räumte Mohr ihm eine Frist bis zum 22. Februar ein, innerhalb der er sich an sein Angebot gebunden fühle, ansonsten würde er es an anderweitige Interessenten weitergeben.

Adler witterte eine gute Gelegenheit und teilte Mohr am 18. Februar telefonisch Folgendes mit:

„Schicken Sie mir den Huber bis zum 23. Februar zum genannten Preis.“ Mohr akzeptierte.

Als am 25. Februar das Bild bei Adler noch nicht eingetroffen war, schrieb dieser verärgert an Mohr:

„Herr Freund, dem ich das Bild verkaufen wollte, ist heute nach Amerika abgereist. Ich selbst kann den Huber nicht für meine Sammlung brauchen; das Bild ist kein typisches Werk des Künstlers. Behalten Sie ihn.“

Mohr gab das Bild trotzdem in Versand. Es wurde am 19. März von Adlers Haushälterin entgegengenommen. Als Adler am 20. März das Bild entdeckte, äußerte er sich nochmals über die Unverschämtheit des Kunsthändlers.

Dann schaute er sich das Bild noch einmal an, ob er es nicht für seine eigene Sammlung behalten sollte und entdeckte nun, dass das Bild nicht von Ernst Huber, sondern von Ludwig Huber stammte. Das vergrößerte seinen Ärger auf den Kunsthändler, von dem er sich betrogen fühlte; andererseits hatte er keine Lust, seinen Ruf als Kunstkenner aufs Spiel zu setzen und Mohr gegenüber einzugestehen, das Bild falsch eingeordnet zu haben. Er sagte daraufhin zu seiner Haushälterin:

„Ich habe dem Mohr ja schon geschrieben, dass ich das Bild nicht will. Sagen Sie ihm, er solle das Bild wieder abholen.“

Die Haushälterin tat wie ihr geheißen.

Am 18. Mai erhielt Adler eine Aufforderung, den vereinbarten Kaufpreis endlich zu bezahlen. Nachdem Adler darauf antwortete, er sei schon mit dem Schreiben vom 25. Februar vom Vertrag zurückgetreten, weil es sich bei dem Bild gar nicht um ein Gemälde des Ernst Huber gehandelt habe, erhob Mohr Klage auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.

Der Anwalt des Mohr konnte ermitteln, dass Herr Freund dem Adler auf dessen Auskunft über das Bild zunächst unverbindlich 5.000,- € geboten, aber dann aufgrund eines persönlichen Streits mit Adler wieder das Interesse am Bild verloren hatte.

Vermerk für die Bearbeitung:

Muss Herr Adler den „Huber“ bezahlen?

Es ist davon auszugehen, dass der Preis für den „Huber“ dem objektiven Wert des Bildes entsprach.

Fall 10 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 10

Anspruch M gegen A aus § 433 II BGB

I. Kaufpreisanspruch entstanden

1. Vertragsschluss?

- ⇒ Angebot am 16.02.
- ⇒ Annahmeerklärung am 18.02.
- ⇒ aber wegen § 150 II BGB neues Angebot
- ⇒ letztlich Annahme durch M

2. Vertragsinhalt: „Der Huber“

- ⇒ die Bezeichnung als „Huber“ diene nur der Identifizierung (Empfängerhorizont); daher kein Dissens

II. Kaufpreisanspruch könnte entfallen sein

1. Rücktritt nach § 323 I BGB wegen Nichtleistung

Problem: A hat dem M keine Frist zur Erbringung der Leistung i.S.d. § 323 I BGB gesetzt!

a) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 II Nr. 2 BGB wegen relativen Fixgeschäfts?

- ⇒ (-), da Stehen und Fallen des Rechtsgeschäfts mit Einhaltung der Leistungszeit nicht Vertragsinhalt wurde

b) Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 3 BGB?

- ⇒ (-), da nur anwendbar bei der Pflichtverletzung „Schlechtleistung“ (außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs schon jetzt streitig)

2. Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V BGB?

- ⇒ (-), da Bild mangels Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit (§ 434 II S. 1 Nr. 1 BGB) nicht mangelhaft war, § 434 I Var. 1 BGB

3. Rücktritt nach § 324 BGB?

- ⇒ nach h.M. gilt § 324 BGB bei vorvertraglichen Pflichtverletzungen nicht (Wortlaut: „... bei einem gegenseitigen Vertrag...“)

- ⇒ jedenfalls bestand mangels überlegener Sachkenntnis des M keine Aufklärungspflicht, sodass keine vorvertragliche Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II Var. 3 BGB vorlag

4. Vertragsaufhebung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB [c.i.c.] i.V.m. § 249 I BGB

- ⇒ (-), da mangels Aufklärungspflicht keine vorvertragliche Pflichtverletzung (s.o.)

5. Nichtigkeit infolge Anfechtung, § 142 I BGB

a) § 123 I BGB?

- ⇒ (-), da keine arglistige Täuschung (s.o.)

b) § 119 II BGB?

aa) Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 II BGB (+)

- ⇒ Herkunft des Bildes ist verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB

bb) Anwendbarkeit des § 119 II BGB neben den §§ 434 ff. BGB?

- ⇒ Mangel hier (-), da Herkunft nicht Vertragsinhalt wurde (s.o.)

- ⇒ § 119 II BGB nach BGH anwendbar

- ⇒ nach Ansicht in Lit. ist § 119 II BGB ausgeschlossen, da Beschaffenheitsvereinbarung möglich gewesen wäre

cc) Entscheidung kann letztlich dahinstehen, wenn Anfechtung von A nicht fristgerecht (§ 121 BGB) nach § 143 I BGB erklärt worden wäre

(1) Mit Schreiben vom 25.02. bzw. über die Haushälterin war Anfechtung nicht gewollt

(2) Umdeutung der Rücktrittserklärung in Anfechtungserklärung gem. § 140 BGB?

- ⇒ Umdeutung nicht möglich, da es am hypothetischen Parteiwillen fehlt und außerdem die Wirkung der Anfechtung weiter reicht

(3) Im Mai war zwar evtl. Anfechtung erklärt, allerdings nicht mehr unverzüglich, vgl. § 121 BGB

- ⇒ §§ 119 II, 142 I BGB (-)

6. Keine Aufrechnung, da kein aufrechenbarer Gegenanspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 10

Anspruch des M gegen A aus § 433 II BGB

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass ein wirksamer Kaufvertrag zustande kam und der Primäranspruch noch nicht erloschen ist.

I. Entstehung der Forderung

1. Vertragsschluss

Am 16. Februar erfolgte keine Einigung i.S.d. §§ 145 ff. BGB, aber ein bindendes Angebot des Mohr (§ 145 BGB).

Gegenstand war das konkrete Bild, so wie es besichtigt worden war.

- a) Eine Annahmeerklärung des A (§ 147 BGB) könnte am 18. Februar erfolgt sein. Allerdings setzte Adler eine **Frist** für die wegen § 269 I BGB grds. **nicht geschuldete Lieferung (= Wunsch einer Schickschuld)**.

- b) Damit liegt ein Fall des § 150 II BGB (*modifizierende Annahme*) vor.

Es handelt sich daher um eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Angebot. Dieses nahm Mohr aber letztlich an.

2. Vertragsinhalt: „Der Huber“

Es fragt sich, ob die Erklärung des A einen Anhaltspunkt für den tatsächlichen Willen des A enthält, dass er ein Gemälde von E. Huber kaufen will.

Möglicherweise kommt ein **versteckter Dissens**. Läge ein Dissens vor, so beträfe dieser die essentialia negotii (sog. „Totaldissens“). In einem solchen Fall ist der Vertrag nach allgemeiner Meinung schon nicht zustande gekommen, sodass die Auslegungsregel des § 155 BGB, die den versteckten Einigungsmangel regelt, nicht anwendbar ist.

Wenn die Rede von Huber war, bezog sich das immer auf das bestimmte Bild, das man als Gegenstand der Vertragsverhandlungen unmittelbar vor Augen hatte. Die Bezeichnung Huber fungierte nicht als genaue Herkunftsbezeichnung, sondern diente zur Identifizierung des besichtigten Bildes.

Da M das Bild als Huber bezeichnet hatte, konnte er vom verobjektivierten Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) die Annahmeerklärung nur so verstehen, dass A das Bild kaufen wollte, welches Gegenstand der Verhandlung war.

Selbst wenn M gedacht hätte, A könnte ein Bild von E. Huber meinen, bezog sich die Äußerung des A auf das bestimmte Bild.

Zwischenergebnis: Die Annahme deckt sich mit dem Angebot, da die Herkunftsbezeichnung nicht Vertragsinhalt geworden ist.

Ein Anspruch gemäß § 433 II BGB ist insoweit gegeben.

II. Erlöschen des Anspruches:

Die vertragliche Bindung könnte aber entfallen sein.

1. Rücktritt nach § 323 I Alt. 1 BGB wegen Nichtleistung

Könnte A vom Kaufvertrag zurücktreten, würde der Anspruch auf Kaufpreiszahlung erlöschen. Diese Rechtsfolge steht zwar nicht ausdrücklich in § 346 I BGB, folgt aber aus der Tatsache, dass es sich beim Rücktritt um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt. Wäre S zur Zahlung des Kaufpreises nach erklärtem Rücktritt verpflichtet, so könnte er das Geleistete nach § 346 I BGB sofort wieder zurückverlangen.

Anmerkung: Letztlich stünde einem Zahlungsverlangen jedenfalls das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen, § 242 BGB („dolo agit qui petit quod statim redditurus est“).

In Betracht kommt ein Rücktritt gem. § 323 I BGB wegen Nichtleistung.

M hat seine fällige Verpflichtung, dem A Eigentum und Besitz an dem verkauften Bild zu verschaffen (§ 433 I S. 1 BGB), nicht rechtzeitig erfüllt. Aus diesem Grund könnte A von dem Kaufvertrag gemäß § 323 I BGB zurückgetreten sein.

A hat es jedoch versäumt, dem M zur Erfüllung der Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe des Bildes eine angemessene Frist zu setzen. Aus diesem Grund kommt ein Rücktrittsrecht aus § 323 BGB nur in Betracht, wenn ausnahmsweise die erforderliche **Fristsetzung entbehrlich** gewesen wäre.

- a) Da von vornherein ein Fall der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr. 1 BGB) nicht in Betracht kommt, könnte zunächst **§ 323 II Nr. 2 BGB** (bzw. bei Vorliegen eines zumindest einseitigen [§ 345 HGB!] Handelskaufs **§ 376 I HGB**) die Fristsetzung entbehrlich machen, wenn man das Schreiben vom 25. Februar als Rücktrittserklärung auslegt, §§ 133, 157 BGB.¹

¹ § 157 BGB spricht zwar von der Auslegung von Verträgen, wird jedoch nach allgemeiner Meinung im Wege der Analogie bzw. gewohnheitsrechtlich

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 3

Voraussetzung dafür ist jedoch das Vorliegen eines **Fixgeschäfts**. Zwar war ein Liefertermin vereinbart, doch setzt ein relatives Fixgeschäft nach h.M. darüber hinaus voraus, dass der Besteller deutlich zu erkennen gibt, dass er nach Verstreichen des Termins kein Interesse an der Leistung mehr hat („stehen und fallen“, vgl. Wortlaut des Gesetzes)!

Dies hat A bei Vertragsabschluss nicht getan.

Anmerkung: Das „Stehen und Fallen“ des Rechtsgeschäfts mit der termingerechten Leistung (**Fixgeschäft**) kann sich aus einer entsprechenden Mitteilung des Gläubigers vor Vertragsschluss (Fall 1) oder aus den sonstigen Umständen (Fall 2) ergeben. Wesentliche inhaltliche Änderungen bringt die Neuregelung damit nicht!²

- b) Allerdings könnte wegen **§ 323 II Nr. 3 BGB** die Fristsetzung entbehrlich sein.

Diese Ausnahme gilt aber nur für die Pflichtverletzung „Schlechtleistung“. Im vorliegenden Fall der nicht rechtzeitigen Leistung ist § 323 II Nr. 3 BGB gar nicht anwendbar.

Anmerkung: Es ist umstritten, ob dies außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherrichtlinie sinnvoll ist. Die Parallelnorm zum Schadensersatz (§ 281 II Alt. 2 BGB) ist nämlich sowohl auf die Nichtleistung als auch die nicht vertragsgemäße Leistung anwendbar.³ Da sich über das Schadensersatzrecht gem. § 281 I S. 2, 3, V BGB bei der Nichtleistung faktisch die Rechtsfolgen des Rücktritts herleiten lassen, wird vertreten, im Rahmen eines Verbrauchergeschäfts auch § 281 II Alt. 2 BGB nicht anzuwenden. Außerhalb des Verbrauchervertrages soll hingegen der Rücktritt analog § 281 II Alt. 2 BGB weiterhin ohne Fristsetzung möglich sein. Diese Ansicht ist nicht überzeugend. Zum einen ist die Planwidrigkeit der Regelungslücke mehr als zweifelhaft. Zum anderen ist die Interessenlage nicht vergleichbar, weil der Rücktritt – anders als der Anspruch auf Schadensersatz – unabhängig vom Vertretenmüssen ist. Eine Ungleichbehandlung ist daher sachlich gerechtfertigt.

Zwischenergebnis: Mangels Entbehrlichkeit der Fristsetzung konnte A deshalb nicht vom Kaufvertrag mit M gemäß § 323 BGB zurücktreten.

2. Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V BGB

A könnte durch die Erklärung vom 20.03. wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

Zu diesem Zeitpunkt befand sich das Bild bereits im Besitz des A, mithin war der Gefahrübergang bereits erfolgt, § 446 S. 1 BGB. Der Rücktritt richtet sich ab diesem Zeitpunkt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB. Dann müsste aber die Herkunft des Bildes einen Mangel i.S.d. § 434 BGB darstellen.

Nach § 434 I Var. 1 BGB liegt ein Mangel vor, wenn die Sache nicht den subjektiven Anforderungen entspricht. Nach § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB entspricht die Sache den subjektiven Anforderungen, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat.

Zur Sollbeschaffenheit eines Gemäldes gehört unzweifelhaft auch dessen Urheberschaft. Dem steht die Aufzählung in § 434 II S. 2 BGB nicht entgegen, da diese nicht abschließend ist, was sich aus der Formulierung „sonstige Merkmale der Sache“ ergibt. Hier liegt aber keine solche Abweichung von der vertraglich geschuldeten Sollbeschaffenheit vor, weil die *Herkunft des Bildes* gar nicht Vertragsinhalt geworden war. Wie oben gezeigt, war das konkrete Bild, so wie es besichtigt worden war, verkauft worden; der Name des Malers diente nur zur Identifizierung.

Da das Bild somit mangels anderweitiger Umstände mangelfrei war, kommt ein Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB nicht in Betracht.

Anmerkung: Zur Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen vgl. Wertenbruch in NJW 2004, 1977 ff.

3. Rücktritt nach §§ 346 I, 324 BGB

Dem A könnte aber ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB zustehen, wenn dem A wegen einer nicht leistungsbezogenen Schutzpflichtverletzung des M nach § 241 II BGB ein Festhalten am Vertrag unzumutbar wäre.

Da sich A vorliegend dadurch getäuscht fühlte, dass M das Bild als Huber bezeichnete, weil A hier an einen bestimmten Huber dachte, kommt eine Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des A an einer freien Willensbildung in Betracht, § 241 II Var. 3 BGB.

- a) Fraglich ist, ob § 324 BGB bei einer vorvertraglichen Pflichtverletzung überhaupt zur Anwendung kommt.

auch auf einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen angewendet.

² Kritischer Riehm, NJW 2014, 2065, 2067 f.

³ Riehm, NJW 2014, 2065 ff.

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 4

§ 324 BGB setzt nämlich die Verletzung einer Pflicht „bei“ einem gegenseitigen Vertrag voraus.

Dieser **Wortlaut** ist in Bezug auf die zeitliche Anwendbarkeit nicht eindeutig, **spricht** aber eher **dafür, dass der gegenseitige Vertrag im Zeitpunkt der Pflichtverletzung schon geschlossen sein muss**.⁴

Nach a.A. ist § 324 BGB hingegen auch bei vorvertraglichen Pflichtverletzungen anwendbar.⁵

Gegen die Anwendbarkeit des § 324 BGB bei vorvertraglichen Pflichtverletzungen spricht die systematische Stellung der Vorschrift innerhalb der §§ 320 ff. BGB. Sämtliche Vorschriften dieses Titels setzen nämlich unstreitig das Vorliegen eines Vertrages zur Zeit der Pflichtverletzung voraus.

Warum dies gerade bei § 324 BGB anders sein soll, leuchtet nicht ein.

Anmerkung: Ausführlich hierzu Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 518a bis 518c, sowie Tyroller/Nath/Lanzinner, „Die fahrlässige Täuschung – Rücktritt nach § 324 BGB als neue Lösung“, in **Life&LAW 04/2009, 270 ff.**

- b) Letztlich kann die Frage, ob § 324 BGB bei vorvertraglichen Pflichtverletzungen anwendbar ist, im Ergebnis dahinstehen, weil es bereits am Vorliegen einer Pflichtverletzung fehlt.

Eine arglistige bzw. fahrlässige Täuschung des M scheitert bereits daran, dass mangels überlegener Sachkenntnis des M keine diesbezügliche Pflicht zur Aufklärung bestand.

A war als Käufer ein bekannter Kunstsachverständiger, sodass M darauf vertrauen durfte, dass A das Bild selbst richtig einschätzen kann.

Ergebnis: Ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB scheidet daher im vorliegenden Fall aus.

4. Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gem. **§§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II (c.i.c.) i.V.m. § 249 I BGB**.

Mangels vorvertraglicher Pflichtverletzung kommt auch kein Anspruch des A gegen M auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II i.V.m. § 249 I BGB in Betracht.⁶

Exkurs: Wenn eine vorvertragliche Täuschung vorliegt, muss in der Klausur das Konkurrenzverhältnis zum Anfechtungsrecht diskutiert werden.⁷

Nach Ansicht des BGH ist die c.i.c. auf Vertragsaufhebung durch das Anfechtungsrecht nicht gesperrt. Der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II BGB (c.i.c.) und die §§ 119 ff. BGB haben eine unterschiedliche Schutzrichtung. Während es bei § 280 I BGB um den Schutz des Vermögens geht, sollen die §§ 119 ff. BGB die Willensfreiheit schützen.

Gegen die Ansicht des BGH spricht aber, dass die §§ 311 II, 241 II BGB zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils verpflichten. Hierzu gehört auch das Interesse der freien Willensbildung.

Ein weiterer Unterschied besteht auch darin, dass für die c.i.c. einfache Fahrlässigkeit genügt, während die Anfechtung nach § 123 I Alt. 1 BGB zumindest bedingten Vorsatz voraussetzt. Durch die Zulassung der c.i.c. würde man daher diese strenge Voraussetzung des § 123 I Alt. 1 BGB unterlaufen.

Um diesen Widerspruch zum Anfechtungsrecht zu vermeiden, hat der BGH für die Anwendbarkeit der c.i.c. und einen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung (§ 249 I BGB) gefordert, dass der Vertragsschluss zu einem Vermögensschaden geführt haben muss.

Nach a.A. wird der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II BGB vom Anfechtungsrecht verdrängt.

5. Nichtigkeit infolge Anfechtung, § 142 I BGB

Der Kaufpreisanspruch könnte entfallen sein, wenn A wirksam angefochten hätte, § 142 I BGB.

a) Anfechtung gem. § 123 I Alt. 1 BGB:

Mangels Arglist des M (s.o.) scheidet eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung aus.

⁴ So auch Mankowski, ZGS 2003, 91 [93]; Mertens, ZGS 2004, 67 (68); Münch, Jura 2002, 361 (365).

⁵ H. Schmidt in: BeckOK BGB, § 324, Rn. 7; Emmerich JuS 2004, 163 (164).

⁶ Sollte ein solcher Anspruch bestehen, würde dies den „dolo-agit-Einwand“ gem. § 242 BGB begründen.

⁷ Zum Verhältnis c.i.c. ⇔ Anfechtung vgl. auch Tyroller, „Die Konkurrenzen im Zivilrecht“, **Life&LAW 03/2010, 194 ff.**; vgl. auch Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 224 ff.

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 5

b) Anfechtung gem. § 119 II BGB

aa) Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 II BGB

Bei Annahme des Angebots befand sich A auch in einem Irrtum über die verkehrswesentliche Eigenschaft des Bildes.

Die *Herkunft* eines Kunstwerks gilt als verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB, da es sich um einen für den Rechtsverkehr wichtigen *wertbildenden Faktor* handelt.

Anmerkung: Zum beiderseitigen Motivirrtum, bei dem die Anwendbarkeit des § 119 II BGB strittig ist (nach a.A. greift § 313 BGB), vgl. Fall 24, Schuldrecht-BT und Fall 17 Sachenrecht! Lesen Sie dazu auch **Hemmer/Wüst, BGB-AT III, Rn. 423 f.**

bb) Anwendbarkeit des § 119 II BGB neben den §§ 434 ff. BGB?

Die Anfechtung könnte durch die *leges speciales* der §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen sein.

Im Bereich der Sachmängelhaftung ist § 119 II BGB ausgeschlossen.

Grund: Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung, das durch das Erfordernis einer vorherigen Fristsetzung sichergestellt ist (vgl. §§ 281 I, 323 I BGB) würde leerlaufen. Außerdem würden die Vorschriften der §§ 438 I Nr. 3, II, 442 I S. 2 BGB ausgehöhlt werden.⁸

- (1) Wie bereits festgestellt ist das Bild vorliegend mangelfrei. Eine Vereinbarung über die Herkunft des Bildes i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB wurde zwischen den Parteien nicht getroffen. Nach Ansicht des BGH ist § 119 II BGB daher nicht aus Konkurrenzgründen ausgeschlossen.⁹
- (2) Nach der in der Literatur vertretenen Ansicht ist die Anfechtung nach § 119 II BGB aber auch dann auszuschließen, wenn Beschaffenheitsmerkmale i.S.v. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB nicht vereinbart wurden.¹⁰

Ein Käufer, der es versäumt, die für ihn wesentlichen Eigenschaften durch eine Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Verkäufer abzusichern, darf nämlich nicht besser gestellt werden als ein Käufer, der eine solche Vereinbarung trifft.

Anmerkung: Nach dieser Ansicht verbleibt für die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums über eine Sache im Kaufrecht kaum mehr ein Anwendungsbereich.

- cc) Eine Entscheidung dieses Meinungsstreits könnte letztlich dahinstehen, wenn die Anfechtung von A ohnehin nicht fristgerecht (§ 121 BGB) nach § 143 I BGB erklärt worden wäre

- (1) Die Anfechtungserklärung ist aber zunächst nicht ausdrücklich erfolgt. Dies könnte stattdessen aber konkludent geschehen sein.

Die Erklärung muss erkennen lassen, dass die Partei das Rechtsgeschäft wegen eines *Willensmangels* nicht gelten lassen will. Das Wort „anfechten“ braucht dabei nicht benutzt zu werden.

Auch der Anfechtungsgrund braucht nicht angegeben zu werden, es muss dem Anfechtungsgegner aber erkennbar sein, auf welche *tatsächlichen* Gründe die Anfechtung gestützt wird.

Die Haushälterin (als Vertreterin oder Botin) hat die Anfechtung nicht ausdrücklich erklärt, sie hat nur gesagt, M solle das Bild wieder abholen. Das hätte den Erfordernissen einer Anfechtungserklärung nur genügt, wenn sie gleichzeitig zu erkennen gegeben hätte, dass dies wegen Willensmängeln erfolgen soll, §§ 133, 157 BGB (analog).

Dies war aber nicht der Fall.

- (2) Zu prüfen ist aber, ob die Rücktrittserklärung vom 25. Februar als Anfechtungserklärung ausreichend ist.
- (a) Diese könnte möglicherweise als Anfechtungserklärung ausgelegt werden, §§ 133, 157 BGB.¹¹

Hier hat A aber nur darauf hingewiesen, dass er das Bild nicht für einen *typischen* Ernst Huber halte. Vom Empfängerhorizont ist das nicht als Anfechtungserklärung zu verstehen. Auch konnte A seinen Irrtum noch gar nicht zu erkennen geben, weil er ihn ja selbst erst später entdeckt hat.

Eine Auslegung als Anfechtungserklärung scheidet deshalb aus.

⁸ Vgl. ausführlich dazu Fall 4 SchuldR-BT.

⁹ BGH, NJW 1979, 160 (161) = **juris**byhemmer.

¹⁰ Grüneberg, § 119 BGB, Rn. 28; Leyens/Böttcher, JuS 2019, 133 (137); MüKo, § 119, Rn. 29 sowie § 437, Rn. 54 ff.

¹¹ Grundsätzlich geht die Auslegung der Umdeutung vor. Ergibt bereits die Auslegung, dass sich der Erklärende deshalb vom Vertrag lösen will, weil er sich geirrt hat, so bleibt für eine Umdeutung schon kein Raum (Grüneberg, § 140 BGB, Rn. 4).

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 6

Anmerkung: Die Lehre vom fehlenden Erklärungsbewusstsein hilft hier auch nicht weiter. Zum einen fehlte dem A nicht das Bewusstsein, eine Willenserklärung abzugeben. Im Übrigen wäre es mit den Geboten von Treu und Glauben nicht vereinbar, bei einem Handeln ohne aktuelles Erklärungsbewusstsein Rechtsfolgen zu Lasten Dritter (hier § 142 I BGB) abzuleiten.¹²

- (b) Möglicherweise lässt sich die Rücktrittserklärung aber in eine Anfechtungserklärung umdeuten, § 140 BGB.

Die Umdeutung einer Rücktrittserklärung in eine Anfechtung ist aber nicht möglich, da die Wirkung der Anfechtung weiter geht (das Schuldverhältnis entfällt ex tunc, § 142 BGB) als die eines Rücktritts (Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis, ex nunc).

Anmerkung: Die Umdeutung einer unwirksamen Anfechtungserklärung in eine Rücktrittserklärung ist hingegen möglich!¹³

- (3) Die Anfechtungserklärung könnte aber am 18. Mai erfolgt sein.

Zu diesem Zeitpunkt war die Anfechtung aber nicht mehr nachholbar, da A unverzüglich nach der Kenntniserlangung vom Anfechtungsgrund die Anfechtung hätte erklären müssen, vgl. § 121 I BGB.

Anmerkung: Daher kann die Frage, ob es sich bei der Äußerung des A tatsächlich um eine Willens- oder nur um eine Wissenserklärung gehandelt hat, dahinstehen.

Ergebnis: Eine wirksame Anfechtung mit der Folge des § 142 I BGB scheidet damit aus.

III. Einwendungen wegen Mangelhaftigkeit

Einwendungen bzw. Einreden gegenüber der Höhe des Kaufpreises z.B. aus Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB) bestehen nicht, da kein Mangel vorliegt (s.o.).

IV. Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. BGB

Fraglich ist, ob der A diese Forderung aus § 433 II BGB durch Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB zum Erlöschen bringen kann (§ 389 BGB).

Dann müsste die Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB gegeben sein und es dürften keine Aufrechnungshindernisse nach §§ 390 ff. BGB vorliegen.

Als aufrechenbarer Gegenanspruch kommt hier ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I BGB in Betracht.

Anmerkung: Entgangener Gewinn kann sowohl einen Schadensersatz statt der Leistung als auch einen Schadensersatz neben der Leistung darstellen. Solange der Gewinn noch realisierbar ist, handelt es sich um einen Schadensersatz statt der Leistung.

Ab dem Zeitpunkt, in welchem der Gewinn nicht mehr realisierbar ist, weil die Verkaufsmöglichkeit nicht mehr besteht (Saisonartikel bei abgelaufener Saison), ist der Gewinn Bestandteil des Schadensersatzes neben der Leistung (oft in Form des Verzögerungsschadens).¹⁴

Mangels konkreter Angaben im Sachverhalt wäre daher auch ein Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB vertretbar.

Unabhängig davon, dass es im vorliegenden Fall am Fristsetzungserfordernis scheitert, wird A nicht nachweisen können, dass F auch das Bild des Ludwig Huber gekauft hätte.

Vielmehr spricht nach den Umständen alles dafür, insbesondere wegen der Vorgespräche und der konkret vereinbarten Preise, dass dieser nur an einem Bild von Ernst Huber interessiert war. Immerhin war A zuvor ja selbst davon ausgegangen, dass es sich um einen Ernst Huber handelt.

Damit resultiert der entgangene Gewinn nicht auf der Pflichtverletzung des M. Es fehlt daher an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung (Nichtleistung zum Fälligkeitstermin) und Schaden.

Darüber hinaus hatte der Anwalt des M auch ermittelt, dass die Abstandnahme des F vom Kaufvertrag in keinem Zusammenhang mit der Leistungsverzögerung stand, sondern F aus persönlichen Gründen kein Interesse mehr am Kaufvertrag hatte.

¹² BGH, NJW 1995, 953 ff. = jurisbyhemmer.

¹³ Vgl. hierzu BGH, Life&LAW 10/2011, 695, 698 = BB 2011, 1793 ff. = jurisbyhemmer; BGH, BB 1965, 1083 f. = jurisbyhemmer; MüKo, § 140 BGB, Rn. 17; Grüneberg, § 140 BGB, Rn. 6.

¹⁴ Vgl. hierzu Lorenz, NJW 2005, 1889 (1891).

SchuldR-AT

Fall 10 - Lösung - Seite 7

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum ist die Herkunftsbezeichnung nicht Vertragsinhalt geworden?
2. Wann liegt ein Fixgeschäft i.S.d. § 323 II Nr. 2 BGB bzw. des § 376 HGB vor?
3. Warum war im Fall Verzug ohne Mahnung eingetreten?
4. Wann ist bei § 323 BGB die Fristsetzung entbehrlich?
5. Definieren Sie den Begriff der arglistigen Täuschung in § 123 I Alt. 1 BGB!
6. Was gilt für das Verhältnis des § 119 II BGB zu den §§ 434 ff. BGB?
7. Was sind die Voraussetzungen der Umdeutung nach § 140 BGB?

II. Vertiefungsfragen:

1. Bei einem gegenseitigen Vertrag hat der Gläubiger über §§ 280 I, III, 281 BGB hinaus die Rechte aus § 323 BGB. Stellen Sie die Voraussetzungen des § 323 BGB zusammen! **Vgl. dazu HEMMER/WÜST, Schuldrecht AT, Rn. 459 ff.**
2. Welche Voraussetzung des § 323 BGB kann entbehrlich sein? Nennen Sie die wichtigsten Fallkonstellationen! **Vgl. dazu HEMMER/WÜST, Schuldrecht AT, Rn. 480 ff.**
3. Welche Wahlmöglichkeiten hat der vertragstreue Gläubiger, wenn der Schuldner trotz Fristsetzung nicht leistet? **Vgl. dazu HEMMER/WÜST, Schuldrecht AT, Rn. 128; 351 ff.; 466 ff.**
4. Wie ist das Verhältnis zwischen Rücktritt und Schadensersatz? **Vgl. dazu HEMMER/WÜST, Schuldrecht AT, Rn. 541 ff.**

III. Arbeitsanleitung:

1. Bearbeiten Sie zum Verzug auch **HEMMER/WÜST, Schuldrecht AT, Rn. 128 ff.**
2. Zur Anwendbarkeit der §§ 280 I, 311 II BGB (c.i.c.) neben dem Mängelrecht vgl. **BGH, Life&LAW 07/2009, 433 ff. = jurisbyhemmer** sowie **TYROLLER, Die Bedeutung der Anwendbarkeit der c.i.c. neben dem Mängelrecht im Fall der arglistigen Täuschung, Life&LAW 07/2009, 493 ff.**
3. Ein Gläubiger kann nicht gemäß § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn er die Frist zur Leistung vor deren Fälligkeit gesetzt hat. Das gilt auch dann, wenn bereits vor Fälligkeit ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder der Leistungswilligkeit des Schuldners bestehen. Auch das Rücktrittsrecht nach § 323 IV BGB kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn die Leistung inzwischen fällig geworden ist. Die Wirksamkeit eines Rücktritts bestimmt sich ab diesem Zeitpunkt nur noch nach § 323 I und II BGB.

Lesen Sie hierzu **BGH, Life&LAW 10/2012, 699 ff. = ZIP 2012, 1463 ff. = jurisbyhemmer.**

IV. Vertiefungsfall:

Berta Bock verkauft mit notariellem Vertrag vom 04. Januar ihr Hausgrundstück für 210.000,- € an Kaspar Krass.

Nach Fälligkeit des Kaufpreises leistete Krass eine Teilzahlung von 28.000,- €. Den Restbetrag bezahlte er trotz der am 08. Februar erfolgten Mahnung, in welcher er zur umgehenden Zahlung aufgefordert wurde, nicht.

Zwischen den Parteien gab es Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der dinglichen Belastung des Grundstücks. Nach erfolglosen Verhandlungen verkaufte Bock am 28. Februar das Grundstück an den Altmann.

Am 08. März erklärte sie ohne Vorankündigung den Rücktritt von dem mit Krass geschlossenen Kaufvertrag. Dieser klagt daraufhin auf Erfüllung des Vertrages. Danach übereignet Bock das Grundstück an Altmann.

Krass verfolgt seine Klage weiter, verlangt aber nunmehr Schadensersatz statt der Leistung.

Zu Recht?

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 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 Nutzungsersatz 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!¹

§ 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.

Anmerkung: Ein weiteres Beispiel für den Kauf einer Ware mit digitalen Elementen wäre der 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.

¹ 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

Beispiel: Kauf eines „smarten“ Kühlschranks mit einer installierten Software (vgl. dazu den nachfolgenden Fall 5, SchuldR-BT-1). Ist die Software mangelhaft, gelten hierfür die Mängelrechte der §§ 327d ff. BGB (vgl. gem. § 475a II S. 2 BGB). Für Mängel des Kühlschranks, 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.

- 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 zwar 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.²

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.

- 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 Jahr³ 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 aufzuführen, genügt daher nicht.⁴ 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!

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

³ Beim Kauf eines lebenden Tieres gilt diese Vermutung für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang, § 477 I S. 2 BGB.

⁴ 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.⁵

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 %⁶), 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:⁷ 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.⁸ 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.

6 Vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 176.

7 BGH, Life&LAW 11/2021, 719 ff. sowie BGH, Life&LAW 05/2019, 291 ff. = jurisbyhemmer.

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

5 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.⁹

- (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**).¹⁰

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.¹¹

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.¹²

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.¹³

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.

⁹ Lesen Sie hierzu die wichtige Entscheidung des BGH zum Diesel-Abgasskandal: BGH, Life&LAW 11/2021, 719 ff.!

¹⁰ Zur Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung vgl. das Grundsatzurteil des BGH in Life&LAW 01/2019, 1 ff. = jurisbyhemmer.

¹¹ BGH, NJW 2015, 468 (473) = jurisbyhemmer.

¹² BeckOK/Faust, BGB, § 439 Rn. 66.

¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵

Diese Frage ist oft sehr schwer zu entscheiden.¹⁶

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.¹⁷ 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.¹⁸

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 eintreten 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).

¹⁴ BGH, Life&LAW 09/2014, 629 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁵ Vgl. dazu Grüneberg, § 281, Rn. 47.

¹⁶ Bei der Frage der Erheblichkeit des Kraftstoffmehrerbrauchs 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).

¹⁷ Grüneberg, § 276, Rn. 29 (m.w.N.). Dies ist teilweise dann sehr schwierig zu manchen Formen der Garantie nach § 443 BGB abzugrenzen.

¹⁸ 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).¹⁹ 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 Fahrzeugs²⁰), 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 Kaufpreiserückzahlung 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,- €.

¹⁹ MüKo/Gaier, BGB, 8. Auflage 2019, § 346, Rn. 38.

²⁰ 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.²¹

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.²² 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.²³

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.

²¹ Vgl. hierzu Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.; Tyroller, Life&LAW 06/2005, 417 ff.; Tetenberg, JA 2009, 1 ff.

²² Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 264/314/322 sowie Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.

²³ 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.²⁴

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.²⁵

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.²⁶

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.²⁷ 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.²⁸

- 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).

²⁴ Vgl. auch BGH, NJW 2012, 2793 ff. = jurisbyhemmer.

²⁵ BGH, **Life&LAW 10/2018, 656 ff.** = NJW 2018, 1463 ff. sowie NJW-RR 2018, 1038 f. = jurisbyhemmer.

²⁶ BGH, **Life&LAW 01/2021, 16 ff.** = NJW 2021, 53 ff. = jurisbyhemmer.

²⁷ BGH, **Life&LAW 06/2021, 371 ff.** = NJW 2021, 1532 ff. = jurisbyhemmer.

²⁸ 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** vorschleunigend 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 Ausschließungsverhältnisses 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.²⁹

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.³⁰

Geprüft wurde das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in der Aufgabe 2 des Bayerischen Ersten Staatsexamens im Termin 2020/I.³¹

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 scheitert 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.³²

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

²⁹ Vgl. dazu BGH, Life&LAW 08/2018, 516 (519 f.) = NJW 2018, 2863 ff. = jurisbyhemmer.

³⁰ BGH, Life&LAW 01/2025, 1 ff.

³¹ Zur Lösung vgl. Life&LAW 05/2020, 323 (331 ff.).

³² 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.³³

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.³⁴

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 unmittelbar³⁵ 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.

³³ So absolut überzeugend BGH, Life&LAW 08/2013, 567 ff. = jurisbyhemmer.

³⁴ BGH, Life&LAW 07/2009, 433 ff. = NJW 2009, 2120 ff. = jurisbyhemmer.

³⁵ 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 Vertretenmüssens, 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.³⁶

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

6. Fallbesprechungen zu den §§ 327 ff. BGB finden Sie in:

ZJS 04/2022, 544 ff. („Smartes Fertighaus mit Alarmanlagen-APP“)

JuS 10/2022, 932 ff. („Smartes Bewässerungssystem“)

JuS 01/2023, 44 ff. („Social Media ohne Briefkasten“)

JuS 02/2023, 137 ff. („Kauf von Waren mit digitalen Elementen“)

JuS 04/2023, 335 ff. („Ärger mit dem Autopiloten“)

JuS 008/2023, 752 ff. („Eine Frage der Anwaltsehre“)

³⁶ **BGH, Life&LAW 09/2021, 575 ff. = jurisbyhemmer;**
Grüneberg, § 14 BGB, Rn. 2 (str.).

SchuldR-BT-1

Fall 4 - Lösung - Seite 14

Bezugspunkte für das Vertretenmüssen des Verkäufers einer mangelhaften Sache

Schadensersatz statt der Leistung³⁷

I. Ansicht der M.M.³⁸:

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 Tiedtke³⁹:

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 BGB⁴⁰

2. BGH⁴¹ und h.L.⁴²

⇒ 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!⁴³

⇒ 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.⁴⁴

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**.

³⁷ Ausführlich hierzu **Tyroller, Life&LAW 06/2005, 417 f.**

³⁸ Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.

³⁹ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 525 ff.

⁴⁰ Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht 2002, 311.

⁴¹ **BGH, Life&LAW 10/2009, 649 ff.**

⁴² **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].

⁴³ Vgl. dazu auch **OLG Oldenburg, Life&LAW 06/2025, 361 ff.** = NJW 2025, 510 ff. = **jurisbyhemmer**.

⁴⁴ **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 2

(Vertiefungsfall zur selbständigen Bearbeitung)

Abel hat der Bauunternehmerin Bock einen Bus mietweise zur Nutzung in deren Betrieb überlassen. Bock beauftragte den Arbeiter Caspar, die Arbeiterinnen und Arbeiter zu einem Firmenfest zu fahren. Auf der Fahrt prallte der Bus durch Fahrlässigkeit des Caspar mit einem Lkw zusammen. Abel erhielt den Bus in beschädigtem Zustand zurück.

Zwei Jahre später verlangt Abel von Bock und Caspar Schadensersatz.

Die beiden verweigern beharrlich unter Berufung auf Verjährung die Übernahme der Reparatur des Busses.

Wie ist die Rechtslage bezüglich der Ansprüche des A?

Fall 3

Der Eigentümer eines Hausgrundstücks in Würzburg hatte an den M Wohnräume vermietet. M vermietete sodann ein Zimmer der Wohnung unter, ohne nach dem Mietvertrag dazu berechtigt zu sein.

Der Untermieter zahlte an den M eine höhere Miete, als dieser an den Eigentümer zu entrichten hatte. Nach dem Ende der Vertragsbeziehung verlangt der Eigentümer von dem Mieter den bezogenen Untermietzins heraus.

Zu Recht?

Abwandlung zur selbständigen Bearbeitung:

Ist für die dauerhafte Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung die Zustimmung des Vermieters erforderlich?

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 1

Fall 3 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 3

AUSGANGSFALL

- I. Anspruch aus § 535 II BGB
⇒ (-), da keine Vertragsanpassung i.S.d. § 535 II BGB
- II. Anspruch aus § 280 I i.V.m. § 535 BGB
 1. Schuldverhältnis = Mietvertrag
 2. Zu vertretende Pflichtverletzung
⇒ (+) durch unberechtigte Untervermietung an Dritten, vgl. § 540 I S. 1 BGB
 3. Schaden des E
⇒ entgangene (fiktive) Erhöhung des Mietzinses i.S.d. § 535 II BGB ⇒ § 252 BGB?
 - a) *Kausalität fraglich, da entgangene Mietzinserhöhung keine unmittelbare Folge der UnterV ist*
 - b) Aber: Kein entgangener Gewinn, da keine Gewinnwahrscheinlichkeit, vgl. § 252 S. 2 BGB
⇒ nur Gewinnaussicht, da M bei Verweigerung der Erlaubnis kündigen kann, §§ 549 I, 540 I S. 2 BGB
- III. Anspruch aus §§ 687 II, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB
⇒ (-), da Untervermietung kein Geschäft des Vermieters, sondern ein Eigengeschäft des Mieters ist
- IV. Anspruch aus §§ 987, 990 BGB
⇒ Kein EBV z.Zt. der Nutzungsziehung, da RzB aus Mietvertrag
- V. Anspruch aus § 823 I BGB
 1. Anwendbar neben §§ 987 ff. BGB, da EBV (-)
 2. Eigentumsverletzung?
⇒ wohl (-), da dem E nach Vermietung kein Gebrauchsrecht mehr zusteht
 3. Jedenfalls aber kein ersatzfähiger Schaden
⇒ Untervermietung ist nicht kausal für das Ausbleiben der Mieterhöhung (s.o.)

VI. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB [analog]

1. Verfügung (-), da Mietvertrag nur Verpflichtungsgeschäft
2. Analoge Anwendung auf Vermietung?
⇒ der Vermietung kommt zwar über § 566 BGB eine quasidingliche Wirkung zu
⇒ aber die Vermietung wirkt nur relativ (vgl. § 986 I S. 2 BGB) und ist damit nicht gegenüber E wirksam

VII. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

Problem: Liegt ein Eingriff in einen fremden Zuweisungsgehalt vor?

⇒ Nach h.M. liegt Zuweisungsgehalt bei Untervermietung nicht beim Vermieter

- a) *Erteilung der Erlaubnis steht nicht im Belieben des Eigentümers*, vgl. §§ 549 I, 540 I S. 2, 553 I BGB
- b) *Zulässigkeit der Untervermietung ergibt sich aus dem jeweiligen Mietvertrag und nicht aus der Güterzuordnung*
- c) *Möglichkeiten des Vermieters sind abschließend geregelt*
 - Unterlassungsklage, §§ 549 I, 541 BGB
 - Recht zur außerordentlichen Kündigung, §§ 549 I, 543 II S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB

ABWANDLUNG

- ⇒ entscheidend ist, ob der Partner einer nehelLG Dritter i.S.d. §§ 540 I S. 1, 553 BGB ist
- ⇒ wird vom BGH aber bejaht (str.)

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 3

Ausgangsfall¹

I. Anspruch des E gegen M aus § 535 II BGB

Dann müsste der vereinbarte Mietzins auch der Untermietzins sein.

Zu höheren Geldleistungen ist der Mieter auch im Falle der Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums nur dann verpflichtet, wenn eine Vereinbarung i.S.d. **§ 553 II BGB** vorliegt.

Es fehlt aber gerade eine derartige einverständliche Änderung des Mietvertrags.

Anmerkung: Für die Anwendbarkeit des § 553 BGB darf es sich nicht um die Gebrauchsüberlassung des gesamten Wohnraums, sondern nur um einen Teil hiervon handeln.

Soll der gesamte Wohnraum untervermietet werden, gilt lediglich § 540 BGB. Die den § 540 BGB ergänzende Vorschrift des § 553 BGB ist in diesem Fall nicht anwendbar.²

II. Herausgabe des Mietzinses aus §§ 280 I, 535 ff. BGB

1. Das **Schuldverhältnis** i.S.d. § 280 I S. 1 BGB ist der Mietvertrag zwischen E und M.

2. Wenn eine Sache ohne Erlaubnis des Vermieters an einen Dritten untervermietet wird, liegt gegenüber dem Vermieter gem. **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB** eine Pflichtverletzung des Mietvertrags vor, die der Mieter zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB).

3. Fraglich ist der Schaden.

a) Dieser wäre gegeben z.B. bei stärkerer Abnutzung oder Prozesskosten gegen den Untervermieter. Dies ist aber hier nicht der Fall.

b) Hier könnte man insoweit einen Schaden bejahen, als gemäß **§ 553 II BGB** die Erlaubnis zur teilweisen Untervermietung nur gegen Zusage eines höheren Entgelts erteilt wird.

aa) Problematisch ist aber, ob die entgangene Mieterhöhung einen durch die unbefugte Untervermietung entstandenen **kausalen** Schaden darstellt.

(1) Hieran fehlt es bereits, da das Ausbleiben der Mieterhöhung (Vertragsfiktion) zwischen E und M nicht die Folge der unbefugten Untervermietung ist.

(2) Die Kausalität ließe sich bejahen, wenn man in der Nichtanzeige der durchgeführten Untervermietung die relevante Pflichtverletzung des Mieters sieht.

Dass der Mieter es unterließ, die Erlaubnis zur Untervermietung einzuholen, hat nämlich möglicherweise den Abschluss eines Vertrags über eine Erhöhung des Mietzinses vereitelt.

Allerdings besteht keine Rechtspflicht zum Tätigwerden des M in dem Sinn, dass M gemäß **§ 553 II BGB** einen Mietvertrag mit angemessener Erhöhung abschließen muss.

Denn Inhalt der den Mieter gemäß **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB** treffenden Vertragspflicht ist nicht, bei der Untervermietung die Erlaubnis des Vermieters einzuholen, sondern schlechthin die Untervermietung zu unterlassen.

bb) Aber selbst, wenn man entgegen den bisherigen Ausführungen eine Kausalität zwischen der unbefugten Untervermietung und entgangener Mieterhöhung bejaht, fehlt es dennoch an den Voraussetzungen des § 252 BGB.

Anmerkung: § 252 S. 1 BGB geht in § 249 I BGB auf. Wesentlich ist, dass § 252 S. 2 BGB eine erhebliche Beweiserleichterung enthält.

Dem Vermieter ist nämlich dadurch, dass der Mieter es unterließ, um die Erlaubnis der Untervermietung nachzusuchen, lediglich eine Gewinnchance entgangen. Ob die entgangene Chance dem entgangenen Gewinn gleichzustellen ist, hängt gemäß § 252 S. 2 BGB davon ab, ob der Vermieter den Gewinn mit **Wahrscheinlichkeit** hätte erzielen können.

Hier sind **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** zu beachten. Der Mieter kann nämlich bei Verweigerung der Zustimmung außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen. Damit entfällt aber bereits die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung.

Außerdem wäre der Anspruch auf den gezogenen Untermietzins aus §§ 280 I, 535 BGB nicht gerechtfertigt, da als Schaden höchstens die fiktive Erhöhung des Mietzinses verlangt werden könnte.

Ein Anspruch aus §§ 280 I, 535 BGB muss also hauptsächlich wegen der gesetzlichen Wertung der **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** und des **§ 553 II BGB** abgelehnt werden.

¹ Vgl. dazu auch die **Aufgabe 1, 2018-I** im Bayerischen Ersten Staatsexamen. Die Lösung finden Sie in **Life&LAW 05/2018, 325 ff.!**

² Grüneberg, § 553, Rn. 1 und Rn 3.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 3

Außerdem hat der Gesetzgeber mit **§§ 549 I, 541 BGB** (Unterlassungsklage) und **§§ 549 I, 543 II Nr. 2 Alt. 2 BGB (i.V.m. § 569 BGB)** (fristlose Kündigung) zwei Sanktionen bei der unberechtigten Untervermietung geregelt, so dass darüber hinausgehende Ansprüche nach BGH „contra legem“ wären.³

III. Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses gemäß §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch aus §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass M ein fremdes Geschäft geführt hat und sich dieses als eigenes angemaßt hat.

Mit der Untervermietung hat der Mieter aber kein objektiv fremdes Geschäft durchgeführt.

Die Untervermietung ist ein Geschäft des Mieters, nicht des Eigentümers.

Der Eigentümer ist nicht in der Lage, während des Bestehens des Mietvertrags einem Dritten den unmittelbaren Besitz an der Mietsache einzuräumen. Daher ist die vertragswidrige Untervermietung nur **Ausübung des überlassenen Gebrauchs in einer dem Mieter nicht zustehenden Weise**.⁴

§ 687 II BGB setzt immer ein fremdes Ausschließlichkeitsrecht voraus.

Ergebnis: §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB entfällt.

IV. Anspruch aus §§ 987, 990 BGB auf Herausgabe der Nutzungen, die durch die Untervermietung erzielt worden sind.

1. Nutzungen i.S.d. § 100 BGB liegen vor. Es handelt sich beim Untermietzins um eine mittelbare Rechtsfrucht i.S.d. § 99 III BGB.⁵
2. Voraussetzung ist weiter ein EBV im Zeitpunkt der Erlangung der Nutzung. M muss also unrechtmäßiger Besitzer gewesen sein, d.h. auf Herausgabe in Anspruch genommen, kein Recht zum Besitz gehabt haben.
- a) Es kommt eventuell ein Verlust des Rechts zum Besitz aus dem Mietvertrag durch Überschreiten der mietvertraglichen Rechte in Betracht („nicht-so-berechtigter Besitzer“).

In diesem Fall ist die Anwendung der EBV-Regeln nach absolut überzeugender h.M.

ausgeschlossen, da diese Konstellation bereits über die §§ 280, 535 BGB abgedeckt ist. Denn die Pflichtverletzung des Mietvertrags beseitigt nicht das daraus resultierende Besitzrecht.

- b) Jedenfalls ergibt sich bereits aus **§§ 549 I, 540 I S. 1 BGB**, dass die Besitzberechtigung im vorliegenden Fall bestehen bleibt. Der Mieter ist nur nicht berechtigt, die Sache ohne Erlaubnis weiterzuvermieten.

Außerdem folgt aus **§§ 549 I, 543 II S. 1 Nr. 2 BGB**, dass bis zur Kündigung ein wirksamer Mietvertrag besteht.

Ergebnis: Damit scheidet ein Anspruch aus §§ 987, 990 mangels EBV aus.

V. Anspruch auf Herausgabe der Nutzung gemäß § 823 I BGB

1. § 823 BGB ist anwendbar, da ein EBV gerade nicht vorliegt.

Anmerkung: Aber auch wenn man den „nicht-so-berechtigten“ Besitzer als unrechtmäßigen Besitzer i.S.d. §§ 987 ff. BGB ansieht, ist § 823 BGB direkt anwendbar.

Der unrechtmäßige Fremdbesitzer, der zwar hinsichtlich seines Besitzrechts gutgläubig ist, dieses aber überschreitet, haftet nach § 823 BGB direkt, (sogenannter **Fremdbesitzerexzess**), denn es besteht kein Grund mehr für die Haftungsprivilegierung. Dieser Grund ist nur gegeben bei dem Eigenbesitzer, der sich für den Eigentümer hält.

2. Des Weiteren müsste durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung in das Eigentumsrecht des Vermieters eingegriffen worden sein (§ 903 BGB).

Dadurch, dass M die Räume an U untervermietet hat, hindert er aber den E nicht am Gebrauch. Durch die Mietüberlassung an M hat der E nämlich derart über seine Räume disponiert, dass die Nutzung durch die nicht erlaubte Untervermietung keine darüber hinaus gehende Dispositionsbeeinträchtigung ist (a.A. vertretbar).

Eine Eigentumsverletzung liegt damit nicht vor.⁶

3. Jedenfalls fehlt es aber am Vorliegen eines kausalen Schadens („Überdies-Argument“).
- a) Das Ausbleiben der Mieterhöhung ist keineswegs die Folge der unbefugten Untervermietung (s.o.).

³ BGH, NJW 1996, 838 ff. (841) = jurisbyhemmer.

⁴ BGH, NJW 1964, 1853, BGH, NJW 1996, 840 = jurisbyhemmer.

⁵ Vgl. Hemmer/Wüst, Sachenrecht I, Rn. 110.

⁶ Ebenso Wolf/Merz, JuS 1991, 661.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 4

- b) Außerdem fällt der Schaden nicht in den Schutzbereich des § 823 I BGB, denn Sinn und Zweck des § 823 BGB kann es nicht sein, einen Anspruch entgegen §§ 549 I, 553 II BGB zu schaffen, was quasi auf einen geänderten vertraglichen Anspruch hinausläufe.

Ergebnis: Ein Anspruch gem. § 823 I BGB scheidet damit aus.

VI. Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Untermietzins aus § 816 I S. 1 BGB

1. Der Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB setzt eine Verfügung voraus. Fraglich ist, ob die Untervermietung eine Verfügung ist.
- a) Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein Recht eingewirkt wird, in der Weise, dass es in der Regel übertragen, belastet, aufgehoben oder in seinem Inhalt verändert wird. Verfügungen beschränken sich nicht auf dingliche Rechtsänderungen, sondern betreffen auch schuldrechtliche, z.B. Erlass, Abtretung, Aufrechnung.

Daher ist insoweit unerheblich, dass die Miete ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Trotzdem liegt nach der Definition keine Verfügung vor, da die Untervermietung nicht unmittelbar auf das Eigentumsrecht des Vermieters i.S. einer Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung einwirkt.

- b) Möglicherweise kommt aber § 816 I S. 1 BGB analog in Betracht.

Die Analogie setzt eine Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. Für eine vergleichbare Interessenlage spricht, dass der Vermietung über § 566 BGB eine gewisse dingliche Wirkung in den Rechtsfolgen zukommt.

Zusätzlich könnte angeführt werden, dass der unberechtigt Untervermietende sich in Gestalt des Mietzinses den Gebrauchswert der Sache zueignet, welcher dem Eigentümer gebührt. Überdies ist die Vermietung insoweit mit einer Verfügung in Form einer Nießbrauchbestellung (§§ 873 I, 1030 I BGB) vergleichbar, als dadurch ein Nutzungsrecht auf Zeit begründet wird. Andererseits kennt nur das Mietrecht besondere soziale Mieterschutzvorschriften. Diese sind einer Verfügung fremd.

Eine Analogie ist aber abzulehnen, da eine Verfügung einen endgültigen Vermögensübergang voraussetzt, woran es bei der bloß zeitweiligen Vermietung fehlt.

Außerdem liegt noch ein weiterer Unterschied vor. Vermietung und Untervermietung sind zwei verschiedene Fälle.

Nur beim unbefugten Vermieten wird dem Eigentümer die Möglichkeit entzogen, die Sache zu nutzen. Beim Tatbestand der unberechtigten Untervermietung besteht diese Möglichkeit von vornherein nicht. Hier steht dem Vermieter ein Herausgabeanspruch i.S.d. §§ 985, 986 I S. 2 BGB zu.

Anmerkung: Auf der Rechtsfolgenseite ist der Anspruch durch den auch bei § 869 S. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, dass die vorherigen Besitzverhältnisse wieder hergestellt werden sollen, eingeschränkt.

2. Unabhängig von der Vergleichbarkeit scheitert ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB daran, dass die Vermietung durch M nicht gegenüber E wirksam ist.

Die Frage, ob die Untervermietung wirksam oder unwirksam war, kann aber gar nicht gestellt werden, denn die Wirksamkeit des Untermietvertrages hängt überhaupt nicht von der Erlaubnis oder Zustimmung des Eigentümers ab. Ein anderes würde nur dann gelten, wenn § 540 I BGB als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB fungieren würde. Die schuldrechtliche Vereinbarung findet nur zwischen den Parteien Mieter-Untermieter statt. Da aber der Mieter zur Gebrauchsüberlassung an den Untermieter nicht berechtigt war, steht diesem auch kein abgeleitetes Recht zum Besitz zu, so dass der Vermieter jederzeit nach § 986 I S. 2 BGB vorgehen kann.

Damit greift die Untervermietung nicht wirksam in den Rechtskreis des Vermieters ein.

Ergebnis: Ein Anspruch analog § 816 I S. 1 BGB entfällt.

VII. §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB auf Wertersatz

Eine Eingriffskondiktion liegt nur dann vor, wenn das Erlangte nach der Güterzuordnung einem anderen gehört.

M hat als vermögenswerten Vorteil die Möglichkeit der angemessenen Untervermietung erlangt.

Achtung: Hinsichtlich der von U gezahlten Untermiete liegt eine Leistung von U an M vor, die gegenüber der Nichtleistungskondiktion des Vermieters vorrangig ist!

Dies erfolgte nicht durch Leistung des Vermieters, denn dieser hat die Untervermietung gerade nicht gestattet. In Betracht kommt demnach nur eine Bereicherung in sonstiger Weise.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 5

M müsste hierfür den Vorteil auf Kosten des V erlangt haben. Das ist nur dann der Fall, wenn M in eine Rechtsposition eingegriffen hat, die nach der Rechtsordnung dem V zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung **zugewiesen** ist.

1. Die h.M., die auf den **Zuweisungsgehalt** abstellt, begründet ihre Meinung aus den Bestimmungen der §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 951, 812, 816 I S. 1 BGB.

Wenn jemand eine fremde Sache gebraucht oder benutzt, wenn er sie verarbeitet oder in sein Haus einbaut, oder wenn er sie unter dem Schutz des Rechtsscheins wirksam veräußert, dann hat er etwas erlangt, was nach dem Zuweisungsgehalt dem Eigentümer zusteht. Unrechtmäßig ist die Bereicherung in der Regel deshalb, weil sie der in dem Eigentum liegenden Güterzuweisung widerspricht.

2. Die auf den Zuweisungsgehalt abstellende Ansicht grenzt auch das Bereicherungsrecht sachgerecht vom Deliktsrecht ab.

Es ist daher zu fragen, ob die Nutzung der Untervermietung dem Eigentümer zugewiesen ist.

- a) Man könnte eventuell darauf abstellen, dass dem Eigentümer die Befugnis zukommt, die Untervermietung zu erlauben oder zu versagen, und dies wäre Ausfluss des Eigentumsrechts, **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB**.

Dann geht die Eingriffskondiktion aber nicht auf Herausgabe des Mietzinses, sondern nur auf Wertersatz für den Eingriff (§ 818 II BGB). Die Nutzungsentschädigung besteht dann nur in Höhe eines angemessenen Mietzuschlags.

- b) **Diese** (nur zum Teil vertretene) **Ansicht ist abzulehnen**.

- aa) Das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter ist nämlich im Mietvertrag geregelt.

Hiernach ist entweder die Untervermietung ausdrücklich gestattet oder gemäß **§§ 549 I, 540 I S. 2 BGB** von der Erlaubnis des Vermieters abhängig. Die Erteilung der Erlaubnis steht aber nicht im Belieben des Eigentümers (vgl. **§§ 549 I, 540 I S. 2 und § 553 I BGB**) und ergibt sich damit nicht aus der Güterzuordnung.

- bb) Wegen der **§§ 549 I, 540 BGB** ergibt sich daher nicht aus der Güterzuordnung (Zuweisungsgehalt), sondern aus dem jeweiligen Mietvertrag, ob Untervermietung erlaubt ist oder nicht. Bei der unberechtigten Untervermietung hat deshalb der Ausgleich nur nach Vertragsrecht zu erfolgen.

Anmerkung: Ähnlich ist der vom BGH entschiedene Fall, wonach ein Sicherungseigentümer, dem nach der Sicherungsabrede mit dem Sicherungsgeber kein Nutzungsrecht zusteht, die durch Vermietung des Sicherungsgutes gezogenen Nutzungen nicht gemäß § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) herausverlangen kann.⁷

- cc) Im Übrigen widerspräche die Gewährung eines Eingriffskondiktionsanspruchs der Wertung der **§§ 549 I, 541 BGB** und **§§ 549 I, 543 II Nr. 2 i.V.m. § 569 BGB**.

Mit der Unterlassungsklage und dem Recht zur außerordentlichen Kündigung hat der Gesetzgeber abschließend die Möglichkeiten des Vermieters gegen eine unberechtigte Untervermietung geregelt.

- dd) Ferner kann man die Fremdheit des Geschäfts, die Rechtsgutsverletzung bei § 823 BGB und den Eingriff bei § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB nur entweder insgesamt bejahen oder insgesamt verneinen.

Alles andere wäre im Ergebnis inkonsequent. Der **Vermieter** selbst **wäre** nämlich **gar nicht berechtigt**, eine vermietete Wohnung **nochmals zu vermieten**.

Dieses Ergebnis ist zwar nicht unbestritten, entspricht aber den gesetzlichen Wertungen.

Der BGH betont dabei⁸, dass seine Rechtsprechung den Vermieter nicht unbillig benachteiligt. Der Vermieter könne sich nämlich gegen den unbefugten Gebrauch durch einen Dritten mit einer Unterlassungsklage (**§§ 549 I, 541 BGB**) oder durch fristlose Kündigung (**§§ 549 I, 543 II Nr. 2 Alt. 2 i.V.m. § 569 BGB**) ausreichend zur Wehr setzen.

Ergebnis: Damit entfällt mit der ganz h.M. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

⁷ BGH, **Life&LAW 08/2007**, 507 ff. = NJW 2007, 2156 ff. = jurisbyhemmer.

⁸ Vgl. hierzu auch **Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 322 ff.**, insbesondere 330, 330a, sowie BGH, NJW 1996, 840 = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 6

Anmerkung: Anders zu lösen ist der Fall, wenn das Mietverhältnis beendet ist:

I. Zieht der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses, aber vor Rechtshängigkeit der Räumungsklage weiterhin die Untermiete ein, so ist die Rechtslage umstritten.

1. Anspruch aus §§ 987, 990 I BGB strittig

Zieht ein Mieter trotz Beendigung des Mietverhältnisses nicht aus, so liegt bezüglich der Mietsache eine Vindikationslage (ein EBV) vor. Außerdem weiß der Mieter regelmäßig, dass sein Besitzrecht beendet ist; jedenfalls beruht seine Unkenntnis regelmäßig auf grober Fahrlässigkeit, sodass der Mieter in analoger Anwendung des § 932 II BGB bösgläubig ist (analog, weil es bei § 990 I BGB um den guten Glauben an das Recht zum Besitz geht).

Fraglich ist nun, ob der tatbestandlich vorliegende Anspruch **neben § 546a I BGB anwendbar** ist.

a) Nach e.A. entfallen die §§ 987 ff. BGB, da die Vorschriften über die Vertragsabwicklung, z.B. §§ 546a, 571 BGB, vorgehen. § 546a I BGB sei eine abschließende lex specialis gegenüber den Nutzungsersatzansprüchen aus § 987 BGB und § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

Für die Sperrwirkung des § 546a I BGB spräche auch § 546a II BGB, der die Geltendmachung eines **weiteren Schadens** nicht ausschließt. Im Umkehrschluss sei daher die Geltendmachung eines **weiteren Nutzungsersatzanspruchs** ausgeschlossen.

b) Nach Ansicht des BGH stellt § 546a I BGB keine Sonderregelung dar, die den Anspruch aus dem EBV verdrängt.⁹

§ 546a I BGB soll nur eine **Mindestentschädigung** gewähren, sodass konkurrierende Ansprüche nicht ausgeschlossen sind. Nach dieser Ansicht kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die tatsächlichen Nutzungen, d.h. die erhaltene Untermiete herausverlangen.

2. Anspruch aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der erhaltenen Untermiete

Durch die Vorenthaltung der Mietsache erlangt der Mieter auf Kosten des Vermieters den Besitz an derselben.

a) Teilweise wird vertreten, dass der Vermieter mit seinem Rückgabeverlangen deutlich mache, dass er dem Mieter nicht mehr den Besitz zum Zweck der Vertragserfüllung (solvendi causa) überlasse, sodass ein Eingriff seitens des Mieters vorläge, § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.¹⁰

b) Der BGH ging früher davon aus, dass auch nach Beendigung des Mietverhältnisses der Besitz vom Vermieter geleistet wurde, da man die Besitzüberlassung nicht zeitlich aufspalten könne (sog. einheitliche Leistung). Lediglich der Rechtsgrund fällt später weg, sodass § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB einschlägig ist.¹¹

Nach neuerer und überzeugender Ansicht liegt ein Fall der Eingriffskondition vor, da der Vermieter mit seinem Rückgabeverlangen deutlich gemacht hat, dass er dem Mieter nicht mehr den Besitz zum Zwecke der Vertragserfüllung (solvendi causa) überlassen will.¹²

aa) Der Anspruch aus Eingriffskondition ist neben § 546a I BGB anwendbar. Der BGH und die h.L. gehen davon aus, dass § 546a I BGB die Ansprüche aus Bereicherungsrecht nicht verdrängt.¹³ §§ 812 ff. BGB stehen gleichberechtigt neben dem Anspruch aus § 546a I BGB. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass durch § 546a BGB darüberhinausgehende Bereicherungsansprüche verdrängt werden sollen.

bb) Allerdings steht die Sperrwirkung des EBV (§ 993 I HS 2 BGB) einem Anspruch aus Eingriffskondition entgegen.

II. Zieht der Mieter nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage weiterhin die Untermiete ein, so ist die Rechtslage eindeutig.

Auf das Konkurrenzverhältnis zwischen dem nachvertraglichen Entschädigungsanspruch aus § 546a I BGB und den Vorschriften zum EBV kommt es nämlich ab Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs nicht mehr an, weil man in diesem Fall über die Verweisung des § 292 II BGB in das Rechtsfolgenrecht des EBV gelangt.

Hat der Vermieter den Mieter auf Rückgabe der Mietsache verklagt, so schuldet er daher nach §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB unstreitig auch die Herausgabe der erlangten Untermiete.¹⁴

⁹ BGH, NJW-RR 2009, 1522 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁰ So Leenen/Fleischhauer, JuS 2005, 709 (714).

¹¹ Vgl. BGH, NJW 1968, 197 ff. = jurisbyhemmer.

¹² Leenen/Fleischhauer, JuS 2005, 709 (714).

¹³ BGH, NJW 1977, 1335 f. = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 546a BGB, Rn. 19.

¹⁴ BGH, Life&LAW 02/2010, 80 ff. = NJW-RR 2009, 1522 ff. sowie BGH, Life&LAW 07/2014, 499 ff. = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 7

Abwandlung

Strittig ist, ob der Lebensgefährte eines Mieters als „Dritter“ i.S.d. § 540 I S. 1 BGB anzusehen ist, für dessen Aufnahme in die Wohnung die Erlaubnis des Vermieters erforderlich ist.

1. Teilweise wird vertreten, dass der Lebensgefährte nicht „Dritter“ i.S.d. § 540 I S. 1 BGB sei.¹⁵

Die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Wohnung gehöre zur Bildung einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft ähnlich wie beim Ehegatten oder sonstigen nahen Angehörigen. Dieser persönliche Lebensbereich des Mieters sei daher von dem Recht zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung umfasst.

a) Eine Unterscheidung zwischen Ehegatten bzw. Lebenspartner einerseits und Personen, die in einer eheähnlichen Beziehung zusammenlebten, andererseits, sei auch im Hinblick auf die gewandelten sozialen Anschauungen nicht mehr gerechtfertigt.

b) Als weiteres Argument wird § 563 II S. 3 BGB angeführt. Der Gesetzgeber hat durch § 563 II S. 3 BGB (Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft, und zwar homo- wie heterosexuell¹⁶) ein Eintrittsrecht des (nichtehelichen) Lebensgefährten in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vorgesehen. Dadurch wurde die rechtliche Stellung des Lebensgefährten derjenigen des Ehegatten angenähert. Die frühere Differenzierung zwischen Ehegatten und nichtehelichen Lebensgefährten könne deshalb nicht mehr aufrechterhalten werden.

2. Nach Ansicht des BGH und der h.M. ist der Lebensgefährte des Mieters hingegen „Dritter“ i.S.d. §§ 540, 553 BGB.¹⁷

a) Zunächst ist jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist, „Dritter“ im Sinne des § 540 BGB.

Hiervon ausgenommen sind nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehung und - mit Rücksicht auf ihren nur kurzen Aufenthalt - Besucher des Mieters.

Im Übrigen gilt jedoch, dass andere Personen als der Mieter unter den grundsätzlichen Erlaubnisvorbehalt des § 540 I S. 1 BGB fallen.

b) Zwar sieht § 563 BGB ausdrücklich den Eintritt des Partners in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vor, und zwar sowohl für den Partner einer homosexuellen Lebenspartnerschaft (§ 563 I Alt. 2 BGB) als auch für sonstige homo- bzw. heterosexuelle Lebensgefährten (§ 563 II S. 3 BGB).

Die ihr zu Grunde liegende allgemeine **Wertentscheidung** des Mietrechtsreformgesetzes **rechtfertigt es jedoch** entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht (s.o.) **nicht, den Lebensgefährten** im Rahmen der §§ 540, 553 BGB **dem Ehegatten gleichzustellen**.

Hätte der Gesetzgeber eine solche Gleichstellung gewollt, hätte er eine dem § 563 II S. 3 BGB entsprechende Bestimmung zur Klarstellung auch in §§ 540, 553 BGB aufgenommen.

Die Situation bei der Aufnahme eines Lebensgefährten in die gemietete Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Beziehung ist mit der Lage, die sich für einen nichtehelichen Lebensgefährten nach dem Tod des Mieters ergibt, nicht ohne weiteres zu vergleichen.

Es macht nämlich einen Unterschied, ob der gemeinsame Haushalt in einer vom Mieter zunächst allein genutzten Wohnung erst begründet werden soll, oder ob der Partner dort bereits - möglicherweise jahrelang - gemeinsam mit dem Mieter seinen eigenen Lebensmittelpunkt gehabt hat, den er nunmehr aufgeben müsste.

Dass ein Partner in dieser Lage einen stärkeren Schutz verdient als derjenige, der bisher nicht am Gebrauch der Wohnung teilgenommen hat, liegt auf der Hand.

c) Der Mieter - und mittelbar auch sein (künftiger) Lebensgefährte - sind außerdem **durch § 553 I BGB vor willkürlicher Versagung des Erlaubnis** des Vermieters **hinreichend geschützt**.

Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) und das daraus hergeleitete Recht auf ungehinderte Gestaltung des persönlichen Lebensbereiches innerhalb der Wohnung gebieten es nicht, die von der bisherigen herrschenden Meinung entwickelten Grundsätze über den vom Erlaubnisvorbehalt des § 540 BGB ausgenommenen Personenkreis auf den Lebensgefährten auszuweiten.

¹⁵ Vgl. z.B. LG Hamburg, WuM 1980, 255 = jurisbyhemmer.

¹⁶ § 563 II S. 3 BGB ist also geschlechtsneutral, vgl. Grüneberg, § 563, Rn. 15.

¹⁷ BGH, Life&LAW 04/2004, 229 ff. = NJW 2004, 56 ff.; BGH, NJW 1991, 1750; OLG Hamm, NJW 1982, 2876; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1481, 1482; BayObLG, WuM 1984, 13 = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 540, Rn. 5.

SchuldR-BT-2

Fall 3 - Lösung - Seite 8

Nach § 553 I S. 1 BGB steht dem Mieter, der ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme des Dritten in seine Wohnung hat, ein Anspruch auf Erlaubnis gegen den Vermieter zu. Die nachvollziehbare Darlegung vernünftiger Gründe für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer ähnlichen Form des Zusammenlebens genügen hierfür.

Angesichts der gewandelten Moralvorstellungen ist der auf höchstpersönlichen Motiven beruhende **Wunsch** des Mieters, eine solche **Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen**, in aller Regel **für die Darlegung eines berechtigten Interesses** an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung **ausreichend**.

Die Vorschriften der §§ 540, 553 BGB gewährleisten mithin einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Belangen sowohl des Mieters als auch des Vermieters; sie greifen weder in das Persönlichkeitsrecht des Mieters noch in das Eigentumsrecht des Vermieters über Gebühr ein.

Einer - vom Gesetzgeber nicht gewollten - Ausdehnung des privilegierten Personenkreises, der, obwohl nicht Partei des Mietvertrages, von vornherein nicht zu den „Dritten“ im Sinne der §§ 540, 553 BGB zählt, bedarf es nicht.

„Sound“: Stützt der Mieter gegenüber dem Vermieter sein Anliegen auf eine derartige Absicht, hat er einen klagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, die der Vermieter nur dann versagen kann, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann (§ 553 I BGB).

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum entfällt bei der unberechtigten Untervermietung ein Anspruch aus §§ 280, 535 BGB?
2. Warum entfallen Ansprüche aus EBV, insbesondere §§ 987, 990 BGB?
3. Mit welcher Begründung entfällt ein Anspruch aus § 823 I BGB?
4. Warum kommt ein Anspruch aus §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB nicht in Betracht?

5. Die Untervermietung stellt im Verhältnis zur Vermietung einen weiteren Unterfall dar. Welche Bedeutung hat dies im Rahmen der analogen Anwendung des § 816 I BGB? Mit welchem „schlagenden Argument“ ist die analoge Anwendung mit der h.M. abzulehnen?
6. Was versteht man unter der Lehre vom Zuweisungsgehalt und welche Bedeutung hat dies für die unberechtigte Untervermietung?

II. Arbeitsanleitung:

1. Zur Untervermietung lesen Sie zusammenfassend **Tyroller**, „Examensrelevante Fragen rund um den Untermietvertrag“, **Life&LAW 02/2012, 133 ff.**
2. Eine Überlassung eines Teils des Wohnraums an Dritte i.S.d. § 553 I BGB liegt vor, wenn der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgibt. Ein Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Gestattung der Gebrauchsüberlassung an Dritte kann grds. auch bei einer Einzimmerwohnung gegeben sein, **BGH, Life&LAW 03/2024, 152 ff.**
3. Ein Anspruch auf Zustimmung zur teilweisen Untervermietung kann daher auch bei einer beruflich genutzten Nebenwohnung bestehen, **BGH, Life&LAW 03/2024, 169 ff.**
4. Der Wunsch, aus humanitären Gründen eine geflüchtete Frau aus der Ukraine aufzunehmen, begründet ein berechtigtes Interesse an einer Untervermietung, vgl. **BGH, Life&LAW 03/2024, 172 f.**
5. Erteilt der Vermieter dem Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung, so kann dieser ohne besondere Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, dass die Erlaubnis eine tageweise Vermietung an Touristen umfasst, **BGH, Life&LAW 04/2014, 308 = NJW 2014, 622 = jurisbyhemmer.**
6. Verweigert der Vermieter die Zustimmung zu Unrecht, so verletzt er eine mietvertragliche Pflicht und ist damit zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Vgl. hierzu **BGH, Life&LAW 09/2014, 637 ff. = jurisbyhemmer.**

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.

Sachenrecht

Fall 5 - Lösung - Seite 1

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.¹

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.

¹ 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 jeden Fall vor.

- bb)** Der gutgläubige Eigentumserwerb des S scheitert 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 scheitert 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 ist². 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 widersprechen³.

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.

² BGHZ 20, 88 = jurisbyhemmer.

³ 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 sind⁴.

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 wirklich ein BMV begründet.

Auf die Streitfrage, ob für die Übereignung auch das Vorliegen eines nur vermeintlichen BMV genügt, kommt es daher nicht an⁵.

- 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.⁶

- 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**.⁷

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 anerkennen⁸.

- bb) Rechtsprechung und h.L.⁹ 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.

⁴ Vgl. BGHZ 20, 88 = jurisbyhemmer.

⁵ BGH, NJW 1955, 499 = jurisbyhemmer; Baur, § 7 B III 1b dd m.w.N.

⁶ Medicus/Petersen, BR, Rn. 560.

⁷ Ebenso, aber ohne eine Begründung, Fritzsche/Thamm, JURA 2006, 375 [377].

⁸ Medicus/Petersen, BR, Rn. 558 ff.

⁹ 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. Grades¹⁰) 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 haben¹¹.

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.¹²

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.

¹⁰ Vgl. BGHZ 28, 27 = jurisbyhemmer.

¹¹ Tiedtke, a.a.O.

¹² 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 Verfügenden geht. Wie der „Rückwerb des Nichtberechtigten“ zu behandeln ist, ist umstritten.¹³
- a) Eine Meinung¹⁴ 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.¹⁵ 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.

¹³ Hemmer/Wüst, Sachenrecht II, Rn. 109 ff.

¹⁴ Musielak, JuS 2010, 377, 381; Wiegand, JuS 1971, 62 ff.

¹⁵ 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 aufchiebende 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