



DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

HARALD LANGELS

SCHULDRECHT AT 1

ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE

1. TEILBAND

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN ZIVILRECHTS

7. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

SCHULDRECHT AT 1

**ALLGEMEINE LEHREN
DER SCHULDVERHÄLTNISSE**

1. TEILBAND

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Zivilrechts

**7. überarbeitete und
erweiterte Auflage**

© Harald Langels

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.al-online.de

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist Teil einer Schriftenreihe, die auf der Basis meiner langjährigen Tätigkeit als Repetitor in Berlin, Bochum, Bonn, Hamburg, Kiel, Köln, München, Münster und Tübingen entstanden ist. Diese Schriftenreihe löst dabei einen Zielkonflikt, der im Rahmen der juristischen Ausbildung entstanden ist: Einerseits soll die Stoffmenge überschaubar sein, andererseits soll der gesamte examensrelevante Prüfungsstoff transparent dargestellt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, unterscheidet sich die Art der Darstellung von anderen Lehrbüchern und Skripten: Basierend auf der Methodik des strukturellen Lernens bleibt durch konsequente Datenreduktion auf Kosten nicht endend wollender Meinungsstreitigkeiten die Stoffmenge überschaubar, ohne das Detailwissen zu vernachlässigen, das für das Erreichen eines Prädikatsexamens unerlässlich ist. Dabei werden die Strukturen durch Beispiele erläutert, ohne die Sicht auf die examensrelevanten Probleme durch eine Unzahl von Fällen und Fallabwandlungen zu verstellen, da sich nach meiner Erfahrung das ausschließliche „Lernen am Fall“ als Trugschluss erweist: Es provoziert nur die im Examen von Prüfern äußerst negativ bewertete Suche nach einem ähnlich „gelernten“ Fall. Da es aber keinen „numerus clausus“ von Examensklausuren gibt, besteht Ihre Aufgabe und Chance darin, die innere Struktur des Falles zu erkennen und diesen einer angesichts von grundlegenden Wertentscheidungen des Straf- und Zivilrechts vertretbaren Lösung zuzuführen. Sollten Sie darüber hinaus noch in der Lage sein, das so gefundene Ergebnis von einem anderen dogmatischen Fundament aus zu hinterfragen, wird Ihnen ein Prädikatsexamen sicher sein.

Ein besonderer Synergie-Effekt besteht dabei innerhalb der Examensvorbereitungen in der Verknüpfung der Lehrbücher mit der jeweiligen Lerneinheit unserer Kurse, da beide der Methodik des Strukturdenkens folgen. Die Lehrbücher ermöglichen eine optimale Vor- bzw. Nachbereitung der Lerneinheiten; diese wiederholen noch einmal die Strukturelemente, die anschließend zur Verbesserung der Klausurstrategie auf examenstypische Problemstellungen angewandt werden; auch die zahlreichen Tests und Examensklausuren innerhalb unseres Kursangebotes sind auf dieser Methodik aufgebaut. Andererseits habe ich mich bemüht, die Verweise auf die jeweilige Kursmitschrift so gering als möglich zu halten, um auch außerhalb bzw. im Vorfeld der Kursteilnahme eine stringente Examensvorbereitung zu ermöglichen.

Informationen zum didaktischen Konzept unserer Kurse, die jeweils im April bzw. Oktober eines Jahres beginnen, würden hier den Rahmen sprengen, können aber im jeweiligen kursbetreuenden Büro bzw. für die Kursstädte Hamburg, Berlin, Köln, Bonn, Bochum, Bielefeld, Münster und Osnabrück unter folgender Adresse erfragt werden:

ABELS & LANGELS, Basteistraße 28 b, 53173 Bonn, Tel.: 0228 95 63 403 (9 – 13 Uhr).

Konzept und Inhalt unserer Kurse sind auch auf unserer Homepage unter www.al-online.de ausführlich beschrieben. Dort finden Sie ferner als kostenlosen „Download“ Leseproben zu all unseren Skripten sowie Muster von Klausuren und Lerneinheiten unserer Kurse.

Bonn, im August 1993

Harald Langels

Vorwort zur 7. Auflage

Die 7. Auflage bringt mein Lehrbuch auf den Stand von August 2017. Gesetzesänderungen, aktuelle Rechtsprechung, Aufsätze und Neukomentierungen sind bis einschließlich August 2017 in die Neuauflage eingearbeitet.

Sollten wir uns im Rahmen meines Individualunterrichts nicht persönlich kennenlernen, so wünsche ich Ihnen jetzt bereits viel Spaß beim Lesen und viel Erfolg im Staatsexamen.

Bonn, im August 2017

Harald Langels

Inhaltsverzeichnis

Schuldrecht AT – 1. Teilband

1. Teil: Grundbegriffe des Schuldrechts	1
§ 1 Das Schuldverhältnis	1
I. Die Beteiligten	1
1) Der Gläubiger	1
2) Der Schuldner	1
II. Der Inhalt des Schuldverhältnisses: Die Leistung	2
1) Tun / Unterlassen	2
2) Leistungshandlung / Leistungserfolg	2
III. Das Schuldverhältnis als relatives Rechtsverhältnis	4
1) Die relative Wirkung der Schuldverhältnisse	4
2) Die absolute Wirkung dinglicher Rechte	4
3) Training	4
IV. Die Beteiligung Dritter am Schuldverhältnis	5
§ 2 Das Schuldrecht	6
I. Die Struktur des Schuldrechts	6
II. Die Stellung des Schuldrechts im Rahmen des BGB	6
1) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Allgemeinen Teil des BGB	6
2) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Sachenrecht	7
3) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Familienrecht	10
4) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Erbrecht	10
§ 3 Schuld und Haftung	11
I. Unbeschränkte Vermögenshaftung	11
II. Gegenständlich beschränkte Haftung	11
III. Haftung ohne persönliche Verbindlichkeit	11
IV. Unvollkommene Verbindlichkeiten (Naturalobligationen)	11
V. Obliegenheiten	12
VI. Vertraglicher Ausschluss der Klagbarkeit	12
§ 4 Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte	13
I. Kausale Rechtsgeschäfte	13
II. Abstrakte Rechtsgeschäfte	13
2. Teil: Die Entstehung von Schuldverhältnissen	15
§ 5 Die Arten der Schuldverhältnisse	15
I. Rechtsgeschäftlich begründete Schuldverhältnisse	15
1) Das einseitig begründete Schuldverhältnis: Die Auslobung gemäß § 657	15
2) Das zweiseitig begründete Schuldverhältnis: Der Vertrag	15
II. Gesetzliche Schuldverhältnisse	17
1) Die Geschäftsführung ohne Auftrag: §§ 677 – 687	17
2) Die ungerechtfertigte Bereicherung: §§ 812 – 822	17
3) Unerlaubte Handlungen: §§ 823 – 853	17

3. Teil: Der Inhalt von Schuldverhältnissen	18
§ 6 Die vertraglich begründeten Leistungspflichten	18
I. Primärpflichten – Sekundärpflichten.....	18
II. Hauptpflichten – Nebenleistungspflichten – Nebenpflichten.....	18
1) Hauptpflichten	18
2) Nebenleistungspflichten.....	19
3) Nebenpflichten.....	20
§ 7 Die Gattungsschuld: § 243	21
I. Der Begriff der Gattungsschuld.....	21
II. Die Rechtsfolgen der Gattungsschuld	22
III. Die Konkretisierung: § 243 II.....	23
§ 8 Andere Leistungsinhalte	24
I. Der Aufwendungsersatz: §§ 256, 257	24
II. Das Wegnahmerecht: § 258.....	24
III. Auskunft und Rechenschaft: §§ 259 – 261.....	25
IV. Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis: §§ 262 – 265.....	26
1) Die Wahlschuld	26
2) Die Ersetzungsbefugnis	26
V. Ort und Zeit der Leistung: §§ 269 – 271	27
1) Der Leistungsort: § 269	27
2) Der Zahlungsort der Geldschuld: § 270.....	28
3) Die Leistungszeit: § 271	28
§ 9 Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273	30
I. Die Voraussetzungen des § 273 im Detail	30
1) Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Schuldner	30
2) Fälliger und einredefreier Gegenanspruch gegen den Gläubiger.....	31
3) Einheitliches Rechtsverhältnis von Hauptforderung und Gegenforderung (= Konnexität).....	31
4) Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts darf nicht ausgeschlossen sein	32
5) Berufung auf Ausübung des Zurückbehaltungsrechts.....	33
II. Die Rechtsfolgen	33
§ 10 Die Einrede des nichterfüllten Vertrags gemäß § 320	34
I. Die Voraussetzungen des § 320 im Detail	34
1) Der Anspruch.....	34
2) Das Synallagma.	35
3) Die Fälligkeit	35
4) Die Vertragstreue des Schuldners.....	35
5) Die fehlende Erfüllung.....	35
6) Der Vorleistungspflicht.....	35
II. Die Rechtsfolgen des § 320.....	36
§ 11 Die Bestimmung der Leistung durch Dritte: §§ 315 – 319	37
I. Die Leistungsbestimmung durch eine der Vertragsparteien: §§ 315, 316.....	38
II. Die Leistungsbestimmung durch Dritte: §§ 317 – 319.....	39

4. Teil: Die Leistungsstörungen	40
§ 12 Das Vertretenmüssen des Schuldners	40
I. Die Voraussetzungen des Verschuldens	41
1) Die Pflichtverletzung	41
2) Die Verschuldensfähigkeit des Schuldners	41
II. Die Formen des Verschuldens	42
1) Der Vorsatz	42
2) Die Fahrlässigkeit.....	43
III. Die Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278.....	46
1) Die Voraussetzungen des § 278	47
2) Die Rechtsfolgen des § 278.....	52
3) Der Haftungsausschluss	52
§ 13 Die Leistungsgefahr	53
Vorbemerkung	53
1) Die Formen der Unmöglichkeit.....	53
2) Die Problemstellung.....	53
I. Die tatsächliche / rechtliche Unmöglichkeit	55
II. Die praktische Unmöglichkeit	56
III. Die Unzumutbarkeit aus persönlichen Gründen	58
IV. Das AL-Prüfungsschema	58
V. Die Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers	58
1) Schadensersatz statt der Leistung.....	58
2) Das stellvertretende Commodum gemäß § 285	59
3) Rücktritt gemäß den §§ 326 V, 323 I.....	59
VI. Unmöglichkeit durch Zeitablauf: Die Fixgeschäfte.....	59
1) Absolute Fixgeschäfte	538
2) Relative Fixgeschäfte	538
§ 14 Die Gegenleistungsgefahr	61
I. Der Wegfall der Gegenleistungspflicht gemäß § 326 I.....	61
1) Die Voraussetzungen	61
2) Die Rechtsfolgen	62
3) Trainingsfall zu § 326 I.....	62
II. Der vom Gläubiger der Leistung zu vertretende Wegfall der Leistungspflicht:	
§ 326 II, 1. Alt.	63
1) Der Rechtsgedanke des § 326 II, 1. Alt.....	63
2) Das Vertretenmüssen des Gläubigers.....	63
3) Die Anspruchsminderung des § 326 II 2.....	64
III. Der Übergang der Gegenleistungsgefahr (= Preisgefahr) auf den Gläubiger der Leistung	64
1) § 326 II 1, 2. Alt.	64
2) Die Gegenleistungsgefahr im Kaufrecht	65
3) Trainingsfälle.....	73
4) Die Gefahrtragungsregeln im Werkvertragsrecht	73
IV. Die Gegenleistungsgefahr bei Zweckerreichung und Zweckfortfall	75
§ 15 Der anfängliche Ausschluss der Leistungspflicht: § 311 a	77
I. Die Systematik des § 311 a II	77
II. Das AL-Prüfungsschema des § 311 a II.....	77
1) Die Voraussetzungen	77
2) Die Rechtsfolgen	78

§ 16 Der Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung gemäß § 280.....	80
I. Das AL-Prüfungsschema des § 280.....	81
1) Die Voraussetzungen des § 280 I.....	81
2) Die Rechtsfolgen des § 280 I 1	81
II. Details zu § 280 I.....	82
1) Das Schuldverhältnis	82
2) Die Pflichtverletzungen	82
3) Die Beweislastverteilung	83
§ 17 Schadensersatz statt der Leistung bei Verzögerung oder Schlechtleistung.....	85
I. Das AL-Prüfungsschema zu den §§ 280 I, III, 281	86
1) Die Voraussetzungen	86
2) Die Rechtsfolgen.....	86
II. Details zu § 281	86
1) Die Pflichtverletzung	86
2) Die Fristsetzung	91
3) Eigene Vertragstreue des Gläubigers.....	93
4) Das Wahlrecht des Gläubigers.....	93
5) Konkrete und abstrakte Schadensberechnung	94
§ 18 Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung: §§ 280 I, II, 286	96
I. Das AL-Prüfungsschema zum Schuldnerverzug	96
II. Die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs im Detail.....	97
1) Das Schuldverhältnis	97
2) Die Leistung des Schuldners ist noch nicht erbracht, aber nachholbar.	99
3) Es besteht ein fälliger und einredefreier Anspruch auf die geschuldete Leistung	100
4) Die Mahnung: § 286 I 1	102
5) Kein Verzug ohne Verschulden: § 286 IV.....	105
III. Die Beendigung des Verzugs	106
1) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners.....	106
2) Nachträglicher Ausschluss der Leistungspflicht: § 275 I - III	106
3) Die Verjährung des Anspruchs: § 214 I.....	106
IV. Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs	107
1) Ersatz des Verzögerungsschadens: §§ 280 I, II, 286	107
2) Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 I, III, 281	108
3) Die erweiterte Haftung des Schuldners gemäß § 287	108
4) Verzugszinsen: § 288.....	109
§ 19 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht	110
I. Die gesetzliche Systematik.....	110
1) Die Verletzung leistungsbezogener Pflichten: § 280 I bzw. §§ 280 I, III, 281	110
2) Die Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten: §§ 280 I, III, 282.....	110
II. Das AL-Prüfungsschema der §§ 280 I, III, 282.....	111
§ 20 Der Schadensersatz statt der Leistung bei nachträglichem Ausschluss der Leistungspflicht: §§ 275 IV, 280 I, III, 283	112
I. Die Anspruchsvoraussetzungen.....	112
II. Die Rechtsfolgen	112
III. Gläubiger und Schuldner haben den Ausschluss der Leistungspflicht zu vertreten.....	113

§ 21 Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen gemäß § 284	114
I. Die Problemstellung	114
II. Die gesetzliche Struktur des § 284.....	114
1) Das AL-Prüfungsschema zu den §§ 280 I, III, 281, 284	114
2) Das AL-Prüfungsschema zu den §§ 280 I, III, 283, 284	115
III. Der Ausschlussgrund des § 284, 2. HS.....	115
§ 22 Der Anspruch auf Herausgabe der Surrogate gemäß § 285	116
I. Das AL-Prüfungsschema.....	116
II. Die Rechtsfolgen.....	117
§ 23 Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen – Culpa in contrahendo (c.i.c.) – §§ 311 II, III, 241 II, 280 -	118
I. Das vorvertragliche Schuldverhältnis	119
1) Aufnahme von Vertragsverhandlungen: § 311 II Nr. 1.....	119
2) Herstellung eines geschäftlichen Kontakts: § 311 II Nr. 2.....	119
3) Ähnliche geschäftliche Kontakte: § 311 II Nr. 3.....	120
II. Die Pflichtverletzungen	120
1) Die Verletzung von Sorgfaltspflichten.....	120
2) Die Verletzung von Aufklärungspflichten	121
3) Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags	122
4) Der unbegründete Abbruch von Vertragsverhandlungen.....	124
III. Anspruchsteller und Anspruchsgegner	126
1) Der Anspruchsteller der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1	126
2) Der Anspruchsgegner der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1.....	127
§ 24 Der Gläubigerverzug: §§ 293 – 304	131
I. Das AL-Prüfungsschema zum Gläubigerverzug.....	132
1) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners	132
2) Leistungsfähigkeit des Schuldners	133
3) Verweigerung der Annahme oder der erforderlichen Mitwirkungshandlung.	134
II. Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs	134
III. Trainingsfall zu den §§ 300 II, 326 II, 2. Alt.	135
§ 25 Die Vertragsstrafe: §§ 339 – 345.....	137
I. Die Voraussetzungen des Vertragsstrafeversprechens.....	137
1) Die gesicherte Schuld.....	137
2) Das Vertragsstrafeversprechen.....	137
3) Die Höhe der versprochenen Strafe	138
4) Das Verwirken der Vertragsstrafe	138
II. Die Rechtsfolgen.....	138
III. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe durch Urteil.....	139
Index.....	140

Schuldrecht AT – 1. Teilband

1. Teil: Grundbegriffe des Schuldrechts

§ 1 Das Schuldverhältnis

Das Schuldrecht ist das Recht der Schuldverhältnisse. Es ist im 2. Buch des BGB in den §§ 241 - 853 geregelt, wobei § 241 I zunächst eine Definition des Schuldverhältnisses liefert: **Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern.** Dieses Recht nennt man **Anspruch** (§ 194 I), wobei der Anspruch des Schuldrechts die **Forderung** ist, die nach § 398 abgetreten werden kann. Im Verhältnis zwischen Anspruch und Forderung ist der Anspruch der allgemeine Begriff, der im ganzen Zivilrecht gilt.

I. Die Beteiligten

1) Der Gläubiger

Der Gläubiger ist der Inhaber des Anspruchs, also derjenige, der von einem anderen etwas verlangen kann. Die Bezeichnung „Gläubiger“ rührt daher, dass, zumindest bei den vertraglich begründeten Schuldverhältnissen, er seinen Glauben in die Person des Verpflichteten, in dessen Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit, gesetzt hat. Der Gläubiger muss ebenso wie der Schuldner eine bestimmte bzw. bestimmbare Person sein.

Beispiel: Beim **Vertrag zugunsten Dritter** gemäß § 328 hat der begünstigte Dritte einen eigenen Erfüllungsanspruch gegen den versprechenden Schuldner, ist also dessen Gläubiger. Dennoch ist es möglich, dass der Versprechensempfänger als Vertragspartner des Deckungsverhältnisses die Bestimmung der Person des Dritten bei Abschluss des Deckungsverhältnisses zunächst offen lässt und die Bestimmung vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig macht.

2) Der Schuldner

Schuldner ist derjenige, der zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet ist. Dabei bestehen zwei Möglichkeiten:

- a) **Einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis:** Einer der Beteiligten ist nur Gläubiger, also ausschließlich berechtigt, der andere ist nur Schuldner, also ausschließlich verpflichtet.

Beispiele:

- 1) **Schenkungsversprechen:** Der Schenker ist gemäß § 516 verpflichtet, dem Beschenkten unentgeltlich einen Vermögenswert zuzuwenden, ohne dass dieser sich zu einer Gegenleistung verpflichtet hat.
- 2) **Unerlaubte Handlung:** Hat der Schädiger schuldhaft eine Sache des Eigentümers beschädigt, so ist der Schädiger gemäß den §§ 823 I, 249 I verpflichtet, den Schaden wiedergutzumachen, ohne dass der Eigentümer dem Schädiger zu irgend etwas verpflichtet wäre.

- b) **Zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis:** Hier ist jeder der Beteiligten Gläubiger und Schuldner in einer Person. Klassisches Beispiel sind die gegenseitigen Verträge, bei denen sich jede der Vertragsparteien nur verpflichtet, weil sich auch die Gegenseite verpflichtet („do ut des“).

Beispiel: Kaufvertrag: Der Verkäufer verpflichtet sich zur Übereignung der Sache nur, *weil* sich der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen.

Zweiseitig verpflichtende Schuldverhältnisse sind aber nicht von der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung abhängig, sondern sind auch außerhalb von gegenseitigen Verträgen denkbar. So verpflichtet sich der Verleiher gemäß § 598, dem Entleiher unentgeltlich den Gebrauch an einer Sache zu überlassen, während sich der Entleiher gemäß § 604 verpflichtet, die Sache nach Ablauf der Leihzeit zurückzugeben.

Auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen können beide Beteiligten verpflichtet sein.

Beispiel: So ist bei der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag der Geschäftsführer gemäß den §§ 681, 2; 667 verpflichtet, dem Geschäftsherrn das herauszugeben, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat. Auf der anderen Seite muss ihm der Geschäftsherr gemäß den §§ 683, 670 seine Aufwendungen ersetzen.

II. Der Inhalt des Schuldverhältnisses: Die Leistung

Die geschuldete Leistung muss als Inhalt des Schuldverhältnisses so konkret sein, dass Gegenstand und Dauer der geschuldeten Leistung zumindest bestimmbar sind.

1) Tun / Unterlassen

Gemäß § 241 I 2 kann die geschuldete Leistung sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen.

a) Tun

In aller Regel schuldet der Verpflichtete die Vornahme einer bestimmten Handlung. Der Verkäufer muss gemäß § 433 I die Kaufsache übereignen, der Käufer gemäß § 433 II den Kaufpreis zahlen, der Werkunternehmer gemäß § 631 das Werk mit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften herstellen, der Geschäftsführer gemäß den §§ 681, 2; 667 das Erlangte herausgeben, der Schädiger gemäß den §§ 823 I, 249 den verursachten Schaden wiedergutmachen.

b) Unterlassen

In Ausnahmefällen erschöpft sich die Verpflichtung des Schuldners allein darin, eine bestimmte Handlung zu unterlassen.

Beispiel: Der Handelsvertreter verpflichtet sich vertraglich gegenüber dem Hersteller des von ihm vertriebenen Produkts, nach Beendigung der vertraglichen Beziehung zwei Jahre lang keine gleichartigen Produkte in einer bestimmten Region zu vertreiben.

2) Leistungshandlung / Leistungserfolg

Die Leistung ist der Inhalt des Schuldverhältnisses und damit das, was der Gläubiger vom Schuldner verlangen kann. Dabei stellt sich aber oftmals die Frage, was unter der Leistung zu verstehen ist: Vornahme der Leistungshandlung oder Herbeiführung des Leistungserfolgs? Bei der Beantwortung dieser Frage muss man zwischen erfolgsbezogenen und nicht erfolgsbezogenen Tätigkeiten unterscheiden:

Ist die Tätigkeit nicht erfolgsbezogen, so fallen Leistungshandlung und Erbringung des Leistungserfolgs zusammen.

Beispiele:

- 1) Der zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossene Behandlungsvertrag ist ein Dienstvertrag gemäß § 611, bei dem der Arzt nur eine Bemühung schuldet, aber nicht die Gesundheit des Patienten.
- 2) Der Vertrag zwischen einem Anwalt und einem Mandanten ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675, bei dem der Anwalt nur die Rechtsberatung schuldet, aber nicht die Herbeiführung eines Erfolges. Der Mandant muss seinen Anwalt also auch dann bezahlen, wenn der Rechtsstreit verloren wurde. Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ist nach h.M. sittenwidrig.

Ist die Tätigkeit erfolgsbezogen, so genügt die Vornahme der Leistungshandlung allein nicht. Geschuldet ist die Herbeiführung eines bestimmten Leistungserfolgs.

Beispiele: Der Verkäufer muss das Eigentum an der Kaufsache übertragen, der Werkunternehmer das geschuldete Werk herstellen.

AL-Klausurtyp: Die Unterscheidung zwischen erfolgsbezogenen und nicht erfolgsbezogenen Tätigkeiten ist in Ihrer Klausur an folgenden Stellen von Bedeutung:

- **§ 362:** Ist die Tätigkeit erfolgsbezogen, so hat der Schuldner erst erfüllt, wenn der geschuldete Leistungserfolg eingetreten ist; seine bis dahin erfolgten Bemühungen sind irrelevante Erfüllungsversuche. Ist die Tätigkeit nicht erfolgsbezogen, so erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung gemäß § 362 durch Vornahme der geschuldeten Handlung.

Beispiele:

- 1) Der Werkunternehmer hat erst erfüllt, wenn das Werk mit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften hergestellt ist.
 - 2) Der Arzt hat auch dann erfüllt, wenn nach der Behandlung die Beschwerden des Patienten noch anhalten.
 - 3) Die bargeldlose Zahlung führt erst mit der Gutschrift des überwiesenen Betrages zur Erfüllung der Geldschuld.
- **§ 275 I:** Ist die Erreichung des geschuldeten Leistungserfolgs unmöglich geworden, so geht der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gemäß § 275 I unter. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, schuldet er gemäß den §§ 280 I, III; 283, 1 Schadensersatz statt der Leistung in Geld.

Beispiel: Ist die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrags untergegangen, so ist der Erfüllungsanspruch des Käufers aus § 433 I gemäß § 275 I erloschen. Hat der Verkäufer den Untergang der Kaufsache zu vertreten, so schuldet er dem Käufer gemäß den §§ 280 I, III, 283, 1 Schadensersatz statt der Leistung.

- **§ 269:** Andererseits ist der Leistungsort der Ort, wo der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung vornehmen muss, nicht dort, wo der geschuldete Leistungserfolg eintreten wird.

Beispiel: Hatten Verkäufer und Käufer einen Versendungskauf vereinbart, so ist der Leistungsort beim Verkäufer: An seinem Wohnsitz nimmt er durch Übergabe der Kaufsache an die Transportperson die geschuldete Leistungshandlung vor. Der nach § 433 I geschuldete Leistungserfolg, die Übereignung an den Käufer, wird erst beim Käufer eintreten.

- **§§ 280 I, III, 281:** Setzt der Gläubiger dem Schuldner bei verzögerter Leistung eine Nachfrist i.S.d. § 281 I, so genügt es für die Rechtzeitigkeit der Leistung, dass der Schuldner innerhalb der Frist die Leistungshandlung vornimmt. Wann der Leistungserfolg eintritt, ist für § 281 I ohne Bedeutung.

Beispiel: Hatte der Verkäufer bei einem Versendungskauf die Kaufsache innerhalb der ihm vom Verkäufer gesetzten Nachfrist der Transportperson übergeben, so darf der Käufer die Erfüllung nicht gemäß § 281 IV ablehnen, wenn die Transportperson ihm die Ware erst nach Ablauf der Frist aushändigt (BGHZ 12, 267, 269).

III. Das Schuldverhältnis als relatives Rechtsverhältnis

1) Die relative Wirkung der Schuldverhältnisse

Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen fordern zu können. Das Schuldverhältnis wirkt dabei nur *relativ* zwischen den am Schuldverhältnis unmittelbar Beteiligten. Dritte, die an der Entstehung des Schuldverhältnisses nicht beteiligt waren, schulden nichts, können sich aber grundsätzlich auch keine Rechte aus diesem Schuldverhältnis herleiten.

Eine Ausnahme gilt beim Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328, wo der Dritte einen eigenen Erfüllungsanspruch hat, ohne den Vertrag geschlossen zu haben, und beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in analoger Anwendung des § 328, wo der Dritte einen eigenen Sekundäranspruch hat, wenn der Schuldner Sorgfaltspflichten verletzt hat, die auch ihm gegenüber einzuhalten waren (ausführlich dazu Langels, Schuldrecht AT 2 §§ 34, 35).

2) Die absolute Wirkung dinglicher Rechte

Im Gegensatz dazu wirken dingliche Rechte gegen jedermann und gewähren Rechtsschutz gegen jeden, der das Recht beeinträchtigt. So gewährt das Eigentum gemäß § 903 ein umfassendes Nutzungs- und Abwehrrecht, das gegen jeden wirkt, der die Befugnisse des Eigentümers tangiert.

Beispiele: Jeder, der die Sache schuldhaft beschädigt, ist dem Eigentümer zum Schadensersatz gemäß § 823 I verpflichtet. Jeder, der ihm gegenüber unrechtmäßig die Sache besitzt, muss sie ihm gemäß § 985 herausgeben.

3) Training

Lassen Sie uns die Unterschiede zwischen relativen und absoluten Rechten anhand einiger **Beispiele** verdeutlichen.

1) Verkauft der Verkäufer V eine Sache an den Käufer K, so hat K aufgrund des Kaufvertrags einen im Verhältnis zu V relativ wirkenden schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung gemäß § 433 I. Wird die Sache vor der Übereignung durch den Schädiger S schuldhaft zerstört, so ist der Anspruch des K aus § 433 I gemäß § 275 I untergegangen. Dennoch hat K keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen S, da die relativ wirkende Forderung des K gegen V keinen Schutz gegenüber S gewährt (detailliert dazu Langels, Schuldrecht BT 4 § 35 I 5 c).

2) Pfändet ein Gläubiger des V aufgrund eines gegen V gerichteten Vollstreckungstitels die noch dem V gehörende Sache, so gewährt der relativ wirkende Verschaffungsanspruch des K gegen V dem K weder ein Recht auf Erhebung der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO noch auf abgesonderte Befriedigung gemäß § 805 ZPO, da die Sache immer noch dem V zugeordnet wird.

Etwas anderes würde gelten, wenn K bereits gemäß den §§ 929, 930 Eigentümer geworden wäre. In diesem Fall könnte er nach § 771 ZPO Drittwiderspruchsklage erheben, da sein Eigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht wäre.

3) Hatte V die gleiche Sache sowohl an K als auch an D verkauft und die Sache an D übereignet, so wirkt der Anspruch des K aus § 433 I nur gegenüber seinem Vertragspartner V. D schuldet weder Herausgabe des Gerätes noch Schadensersatz, da er auf den bestehenden Kaufvertrag zwischen V und K keine Rücksicht nehmen muss, weil er daran nicht beteiligt ist; K muss sich gemäß den §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283, 1 an V halten.

Eine Ausnahme würde bei kollusivem Zusammenwirken zwischen V und D gemäß § 826 gelten, wenn beide den K vorsätzlich sittenwidrig schädigen wollten. Auch hier hat allerdings der Kaufvertrag zwischen V und K keine *unmittelbare* Auswirkung auf D, doch bringt das kollusive Zusammenwirken von V und D ein *gesetzliches* Schuldverhältnis gemäß § 826 zustande. Das bloße Ausnutzen des Vertragsbruchs genügt hierzu aber noch nicht (BGH NJW 1981, 2184; detailliert dazu Langel, BGB AT 1 § 17 III 3).

IV. Die Beteiligung Dritter am Schuldverhältnis

Trotz der relativen Wirkung der Schuldverhältnisse können am Schuldverhältnis Unbeteiligte auf das Schuldverhältnis einwirken:

- 1) §§ 267, 362: Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten (§§ 613, 664 I, 713), so können auch Dritte die geschuldete Leistung erbringen. Auch durch die Leistung eines Dritten wird der Schuldner im Verhältnis zu seinem Gläubiger von seiner Leistungspflicht frei.
- 2) §§ 407 ff., 808 I, 851: Auch die Leistung an einen Dritten kann befreiende Wirkung haben. Dies ist zum einen der Fall, wenn der Gläubiger gemäß den §§ 362 II, 185 I einen Dritten ermächtigt hat, die geschuldete Leistung im eigenen Namen geltend zu machen; zum anderen gilt dies aus Gründen des Vertrauensschutzes, wenn der Schuldner den Dritten i.S.d. §§ 407, 808 I, 851 für den Inhaber der Forderung halten durfte. In diesen Fällen ist aber der Nichtberechtigte gemäß § 816 II zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
- 3) § 399: Ein zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger vereinbartes Abtretungsverbot wirkt gemäß § 399 auf die Abtretung der Forderung nach § 398 ein. Da das Abtretungsverbot dinglich wirkt, kann der Erwerber die Forderung trotz seiner Gutgläubigkeit nicht erwerben.
- 4) § 566: Veräußert der Eigentümer ein vermietetes Grundstück, so rückt der Erwerber gemäß § 566 in den Mietvertrag ein, den der Eigentümer mit dem Mieter geschlossen hatte.
- 5) § 986 II: Gemäß § 986 II wirkt das Schuldverhältnis, das den Besitzer zum Besitz der Sache berechtigt, auch gegenüber dem Neueigentümer, der das Eigentum gemäß den §§ 929, 931 erworben hat. § 404 ist hier nicht anwendbar, weil der dingliche Anspruch aus § 985 nicht abgetreten wird, sondern in der Person des Neueigentümers neu und originär entsteht.
- 6) § 991 II: Gemäß § 991 II schuldet der unrechtmäßige Besitzer dem wahren Eigentümer Schadensersatz nach den Regeln, die er mit dem mittelbaren Besitzer vereinbart hatte.

§ 2 Das Schuldrecht

I. Die Struktur des Schuldrechts

Das Schuldrecht zerfällt in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil: Der AT des Schuldrechts enthält allgemeine Regeln über den Inhalt der Schuldverhältnisse, deren Erlöschen, die Übertragung von Forderungen, die Übernahme der Schuld sowie die Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern. Der Besondere Teil enthält einzelne Schuldverhältnisse, die so häufig entstehen, dass der Gesetzgeber sie positiv normiert hat.

Beispiele:

- 1) Verkauft der Verkäufer V an den Käufer K eine Sache, so ist der Kaufvertrag in den §§ 433 ff. geregelt. Geht die Kaufsache nach Abschluss des Vertrages unter, so erlischt der Erfüllungsanspruch des Käufers gemäß § 275; wird das Eigentum übertragen, so erlischt der Anspruch gemäß § 362 I. Die Abtretung des Erfüllungsanspruchs folgt den Regeln der §§ 398 ff. Ist die Kaufsache mangelhaft, so kann K gemäß den §§ 437 Nr. 2, 323 I zurücktreten; ist die Rücktrittserklärung zugegangen, so gelten die Regeln über den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt der §§ 346 ff.
- 2) Hat der Schädiger eine dem Eigentümer gehörende Sache beschädigt, so ist er gemäß § 823 I zum Schadensersatz verpflichtet. Die Regeln der §§ 823 ff. enthalten aber nur den *haftungsbegründenden* Tatbestand des Schadensersatzanspruchs. Die Frage, wie und in welchem Umfang er den Schaden ersetzen muss, wird in den §§ 249 ff. beantwortet, die ihrerseits wieder durch Sonderregeln der §§ 842 – 851 überlagert werden.

II. Die Stellung des Schuldrechts im Rahmen des BGB

1) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Allgemeinen Teil des BGB

a) **Der Allgemeine Teil des BGB enthält in den §§ 1 – 240 Begriffe und Regeln, die vor die Klammer besonders geregelter Lebenssachverhalte gezogen werden.** Die im AT enthaltenen Regeln über die Willenserklärung beeinflussen das Schuldrecht in erheblichem Umfang: Ein vertragliches Schuldverhältnis entsteht nur, wenn die Parteien einen wirksamen **Vertrag** nach den Regeln der §§ 145 ff. geschlossen haben. Die Wirksamkeit von **Angebot und Annahme** hängt zum einen von der **Geschäftsfähigkeit** der Vertragsparteien, zum anderen aber auch davon ab, dass keine **Willensmängel** bestehen, die als bewusste Willensmängel (§ 116, 2; 117 I, 118) die Erklärung nichtig machen und als unbewusster Willensmangel (§§ 119 I, II, 120, 123 I) zur Anfechtung der Erklärung berechtigen. Bestimmte Erklärungen müssen in der dafür vorgeschriebenen gesetzlichen **Form** erfolgen. Auch die **Verjährung** schuldrechtlicher Ansprüche folgt den Regeln des AT (§§ 194 ff.), wenn das Schuldrecht keine Sonderregeln im Hinblick auf Dauer und Beginn der Verjährung enthält (z.B. §§ 438, 634 a).

b) Auch der AT des BGB enthält Schuldverhältnisse:

- So haftet der Anfechtende gegenüber dem Anfechtungsgegner gemäß **§ 122 I** auf Ersatz des Vertrauensschadens, den dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung erlitten hat.
- Der Vertreter, der seinen Hintermann ohne die erforderliche Vertretungsmacht nicht wirksam vertreten konnte, haftet dem Geschäftsgegner gemäß **§ 179 I bzw. II**.

Hier sind die Regeln des Schuldrechts anwendbar, so dass z.B. der Schuldner gemäß § 286 in Verzug geraten kann und dem Gläubiger gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Verzögerungsschaden ersetzen muss, z.B. den geschuldeten Geldbetrag verzinsen muss.

2) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Sachenrecht

- a) **Das Sachenrecht regelt die rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer beweglichen oder unbeweglichen Sache.** Das Sachenrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass die dingliche Zuordnung einer Sache zu einer Person absolut ist und damit gegen jedermann wirkt. Die Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht beruht auf dem römischen Recht und der dort geltenden Unterscheidung zwischen dem (relativ wirkenden) *ius in personam* und dem (absolut wirkenden) *ius in rem*. Die Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht darf aber nicht mit der Unterscheidung zwischen *Verpflichtung* und *Verfügung* verwechselt werden, da auch das Schuldrecht in den §§ 387, 397, 398 in Form von Aufrechnung, Erlass und Abtretung Verfügungen über eine Forderung enthält!
- b) Bevor ein dingliches Recht auf einen anderen übertragen wird, hat sich der Rechtsinhaber regelmäßig zuvor zu einer derartigen Verfügung schuldrechtlich verpflichtet. Zwar ist die (regelmäßig) sachenrechtliche Verfügung aufgrund des Abstraktionsprinzips (dazu Langels, Sachenrecht I § 2 IV) in ihrer Wirksamkeit von der Wirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung abgekoppelt. Bei nichtiger Verpflichtung entsteht aber gemäß den §§ 812 ff. ein gesetzliches Schuldverhältnis, wenn der Verfügende dem Empfänger rechtsgrundlos einen Vermögenswert übertragen hat, so dass der Empfänger gemäß § 812 I 1, 1. Alt. schuldrechtlich zur Rückübertragung verpflichtet ist. Die wirksame schuldrechtliche Verpflichtung ist also der Rechtsgrund für das Behaltendürfen i.S.d. § 812.
- c) **Auch das Sachenrecht enthält Schuldverhältnisse**, so das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem unrechtmäßigen Besitzer gemäß den §§ 987 ff., dem Eigentümer und dem Nießbraucher gemäß den §§ 1030 ff., dem Eigentümer des herrschenden und dem des dienenden Grundstücks gemäß den §§ 1020 ff., dem Eigentümer einer verpfändeten Sache und dem Pfandgläubiger gemäß den §§ 1215 ff. und dem Finder und dem Verlierer gemäß den §§ 965 ff..

d) **AL-Klausurtipp: Schuldrechtliche und sachenrechtliche Ansprüche können auch nebeneinander geltend gemacht werden.** So kann in einem Fall, in dem ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund sowohl Verpflichtung als auch Verfügung zunichte macht, nicht nur nach § 985 bzw. § 894, sondern auch gemäß § 812 I 1, 1. Alt. vorgegangen werden.

Beispiele:

- 1) Der Ehegatte, der im gesetzlichen Güterstand durch Übereignung eines Grundstücks über nahezu sein gesamtes Vermögen verfügt hat, kann Grundbuchberichtigung sowohl über § 894 als auch über § 812 I 1, 1. Alt. verlangen, da § 1365 auch den Kaufvertrag zunichte macht (ausführlich zu § 1365 Langels, Familienrecht § 4 III).
- 2) Der Verleiher oder Vermieter kann nach Ablauf der Gebrauchsüberlassungsfrist die Sache sowohl gemäß den §§ 546 bzw. 604 als auch nach § 985 zurückverlangen (h.M.; str., dazu Langels, Sachenrecht I § 15 II 1).

e) **Problem: Sind die Regeln des Schuldrechts auf sachenrechtliche Ansprüche anwendbar?**

- aa) **Ein dinglicher Anspruch lässt noch kein Schuldverhältnis entstehen**, da beim dinglichen Anspruch die jeweilige Sachbeziehung maßgeblich ist: Der Eigentümer kann gemäß § 985 nur solange Herausgabe der Sache verlangen, wie er noch Eigentümer ist; Anspruchsgegner ist der jeweilige Besitzer, so dass der Anspruch des § 985 untergeht, wenn der Anspruchsgegner nicht mehr Besitzer ist. **Der dingliche Anspruch folgt also aus dem dinglichen Recht und hilft, es zu verwirklichen. Der Anspruch kann aber von seinem Stammrecht nicht getrennt werden.**

Beispiel: Der Eigentümer kann den Herausgabeanspruch nicht isoliert abtreten; Der Herausgabeanspruch entsteht vielmehr in der Person des Neueigentümers, wenn diesem das Eigentum gemäß den §§ 929, 931 übertragen wurde.

- bb) **Hat der frühere unrechtmäßige Besitzer den Besitz auf Dritte übertragen, so haftet er nicht gemäß § 285 I auf Herausgabe dessen, was er als Surrogat dafür erlangt hat, dass er nicht mehr zur Herausgabe in der Lage ist.** Die Anwendung des § 285 auf den Herausgabeanspruch des § 985 würde die Rechte des Eigentümers verdoppeln und ihn ungerechtfertigt privilegieren: Der Eigentümer könnte gleichzeitig Herausgabe der Sache vom jetzigen unrechtmäßigen Besitzer und das Surrogat gemäß § 285 vom früheren Besitzer verlangen. Der Veräußerungserlös ist ein *Eigentums*surrogat; der unrechtmäßige Besitzer ist aber nur zur Herausgabe des *Besitzes* verpflichtet. Zudem besteht die Gefahr, dass auch der redliche frühere Besitzer doppelt belastet wird: Er müsste den Erlös herausgeben und haftet darüber hinaus dem Erwerber gemäß den §§ 437 Nr. 3, 311 a II auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn er sich nicht exkulpieren kann.

Beispiel: Hat der Mieter M die Sache an den bösgläubigen Dritten D veräußert, so kann der Eigentümer E von D Herausgabe nach § 985 verlangen; er kann aber nicht gleichzeitig von M Herausgabe des Veräußerungserlöses gemäß § 285 fordern. Wenn er den Veräußerungserlös beanspruchen will, muss er die Verfügung des M gemäß § 185 II genehmigen und den Erlös nach § 816 I 1 fordern. Dadurch verliert er aber gleichzeitig sein Eigentum an D.

- cc) **Im Gegensatz zu den dinglichen Ansprüchen bleibt der Gläubiger eines schuldrechtlichen Anspruchs auch dann noch Inhaber des Anspruchs, wenn die Sache auf Dritte übertragen wurde.**

Beispiel: Hat der unrechtmäßige bösgläubige Besitzer B am 01.04. den Wagen des Eigentümers E beschädigt, so bleibt B auch dann gemäß den §§ 989, 990 I zum Schadensersatz verpflichtet, wenn E den Wagen am 03.04. verkauft und übereignet.

- dd) **Auch der Anspruchsgegner eines schuldrechtlichen Anspruchs bleibt aus dem Schuldverhältnis verpflichtet, wenn er selbst die Sache überträgt.**

Beispiel: Hat der Mieter M die gemietete Sache veräußert, so schuldet er gemäß den §§ 280 I, III, 283, 1 Schadensersatz wegen schuldhaft verursachter Unmöglichkeit der Rückgabe.

- ee) **Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis der §§ 987 ff. enthält im Gegensatz zum dinglichen Anspruch des § 985 jedoch nichtdingliche Folgeansprüche,** die vom Stammrecht Eigentum getrennt werden können und die daher ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehen lassen. Hier sind die Regeln des Schuldrechts anwendbar, soweit sie nicht durch Sonderregeln des Sachenrechts verdrängt werden.

- (1) **So haftet der bösgläubige Besitzer gemäß den §§ 990 II, 286 nach den Regeln des Verzugs, wenn er sich mit der Herausgabe der Sache in Verzug befindet** (dazu Sachenrecht § 18 III 2). Daraus folgt:

- Der unrechtmäßige Besitzer muss daher im Verzug über § 989 hinaus gemäß den §§ 280 I, II, 286 den *Vorenthaltungsschaden* ersetzen, der durch die verspätete Herausgabe der Sache entstanden ist.
- Zudem haftet er im Verzug über § 287, 2, 1. HS auch für den zufälligen Untergang der Sache.

- (2) **Auf der anderen Seite wird die Schadensersatzpflicht der §§ 280 I, III, 283 bei Unmöglichkeit der Herausgabe durch die §§ 989, 990 verdrängt.** Daraus folgt für den Besitzer eine Haftungsverschärfung, weil bei § 989 nach h.M. ein erweiterter Verschuldensbegriff gilt, der über § 276 hinausgeht: Verschulden ist jedes zurechenbare Verhalten, das zur Beschädigung oder Zerstörung der Sache führt (dazu Langel, Sachenrecht I § 18 III 2).

ff) **Ob die Regeln des Verzuges auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 I anwendbar sind, ist umstritten.**

Fall: Veräußerer V verkauft ein Grundstück an den Käufer K und lässt es ihm auf; zudem wird zugunsten des K eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Anschließend veräußert V das Grundstück erneut an D, der auch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. K klagt gegen D auf Zustimmung zur Eintragung des K als Eigentümer im Grundbuch aus § 888 I, wird aber erst nach einem jahrelangen Rechtsstreit als Eigentümer eingetragen. Dadurch ist ihm ein hoher Schaden entstanden, den K von D ersetzt verlangt: K ist der Ansicht, D sei mit der Erteilung seiner Zustimmung in Verzug geraten und müsse ihm daher den Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 ersetzen.

(1) Die Anwendung der Verzugsregeln auf den Anspruch aus § 888 I setzt voraus, dass zwischen K und D ein Schuldverhältnis entstanden ist. Wie wir oben bereits gesehen haben, entsteht ein Schuldverhältnis nicht allein deshalb, weil der eine gegenüber dem anderen zu einer Leistung – hier der Erteilung der erforderlichen Zustimmung – verpflichtet ist. Das Wesen eines Schuldverhältnisses besteht vielmehr darin, dass es *inter partes* wirkt, also nur zwischen den Beteiligten, die an seiner Entstehung beteiligt sind. Im Gegensatz dazu wirkt der Anspruch aus § 888 I aber gegen jedermann, der als Inhaber eines dinglichen Rechts dergestalt im Grundbuch eingetragen wird, dass durch diese Eintragung der Erwerb des vorgemerkten Rechts beeinträchtigt werden könnte. **Der Anspruch des § 888 I lässt also kein Schuldverhältnis entstehen, so dass die Regeln des Verzugs nicht direkt angewendet werden können.**

(2) Ob die Verzugsregeln zumindest entsprechend anwendbar sind, ist umstritten.

(a) Der BGH (NJW 1968, 788) sieht in § 888 I einen formellen Hilfsanspruch mit einer gemäß § 19 GBO ausschließlich verfahrensrechtlichen Bedeutung, auf den die Regeln des Verzugs weder direkt noch entsprechend anwendbar sind. Für eine entsprechende Anwendung der Verzugsregeln ist eine Regelungslücke erforderlich, an der es im vorliegenden Fall fehlt. K hätte nicht D, sondern den V (!) auf Ersatz des Verzögerungsschadens verklagen können, da V mit seiner Verpflichtung zur Eigentumsübertragung in Verzug geraten ist.

Folge: Nach Ansicht des BGH hat K schlicht und ergreifend den Falschen verklagt.

(b) Nach der Gegenansicht (Schwerdtner, Verzug im Sachenrecht, 1973, 196 ff., Reinicke, NJW 1968, 788 m.w.N.) sind die Regeln des Verzugs auf alle Ansprüche anwendbar, die schuldhaft nicht erfüllt werden. Der Umstand, dass § 888 I ein im Hinblick auf die Regeln der GBO verfahrensrechtlicher Hilfsanspruch ist, hat keine Bedeutung. Medicus fügt ergänzend hinzu, dass V allein nach Eintragung des D ohnehin nicht mehr erfüllen kann, sondern die Eintragung des K nur unter Mitwirkung des D erfolgen kann, der für eine Verzögerung seiner Mitwirkung keinen Freibrief erhalten soll.

Folgt man dieser Ansicht, so muss D gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Verzögerungsschaden ersetzen.

gg) Ob bei Beschädigung oder Benutzung der Sache durch den unrechtmäßigen Besitzer die schuldrechtlichen Regeln des Deliktsrechts (§§ 823 ff.) und des Bereicherungsrechts (§§ 812 ff.) gelten oder ob insofern die Regeln der §§ 987 ff. eine abschließende Regelung darstellen, werden wir im Sachenrecht ausführlich besprechen (dazu sehr ausführlich Langel, Sachenrecht I §§ 17 – 19).

3) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Familienrecht

Das Familienrecht regelt die rechtlichen Verhältnisse eines Menschen zu seinem Verlobten, Ehegatten bzw. Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und seinen Verwandten sowie die gesetzliche Vertretung einer Person durch ihre Eltern, den Vormund, Betreuer oder Pfleger.

Auch das Familienrecht enthält schuldrechtliche Verpflichtungen: So schuldet der Ehegatte, der mit seinem Partner im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebte, dem anderen nach erfolgter Scheidung Ausgleich seines während der Ehe erworbenen Zugewinns. Schuldrechtliche Unterhaltsansprüche bestehen sowohl *während* der Ehe (§ 1360) als auch *nach* der Ehe, wenn sich der andere Ehegatte aus den in §§ 1570 ff. genannten Gründen nicht selbst unterhalten kann. Kindern wie auch anderen Verwandten in gerader Linie (z.B. Eltern) schuldet man gemäß den §§ 1601 ff. Unterhalt.

Auch auf familienrechtliche Ansprüche können die Regeln des Schuldrechts angewandt werden, doch muss man die Besonderheiten des jeweiligen familienrechtlichen Anspruchs berücksichtigen.

Beispiel: Der Unterhaltsschuldner kann mit seinen Zahlungen in Verzug geraten und schuldet dem Gläubiger gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Verzögerungsschaden (z.B. Überziehungszinsen), doch kann man dem Herausgabeanspruch bezüglich eines Kindes gemäß § 1632 I kein Zurückbehaltungsrecht i.S.d. § 273 entgegenhalten.

4) Das Verhältnis des Schuldrechts zum Erbrecht

Das Erbrecht regelt die vermögensrechtlichen Konsequenzen, die sich aus dem Tod eines Menschen ergeben. Da der verstorbene Erblasser mit dem Tod seine Rechtsfähigkeit verloren hat und somit nicht mehr Träger von Rechten und Pflichten sein kann, müssen dessen Aktiva unter seine Erben verteilt werden, die allerdings nach dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Erbenhaftung auch für die Nachlassverbindlichkeiten einstehen müssen.

Auch das Erbrecht enthält schuldrechtliche Ansprüche: So hat der Vermächtnisnehmer gemäß § 2174 einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben auf Übereignung des ihm vermachten Gegenstandes; der Erbe hat gegen den Erbschaftsbesitzer Ansprüche auf Schadens- und Nutzungsersatz gemäß den §§ 2021 ff.

Auch hier gelten die Regeln des Schuldrechts: Wird z.B. den Erben die Übereignung des dem Vermächtnisnehmer vermachten Gegenstandes schuldhaft unmöglich, so werden sie gemäß § 275 I zwar von ihrer primären Leistungspflicht frei, doch schulden sie dem Vermächtnisnehmer gemäß den §§ 280 I, III, 283, 1 Schadensersatz statt der Leistung.

§ 3 Schuld und Haftung

Kommt der Schuldner seiner aus dem Schuldverhältnis resultierenden Verpflichtung nicht freiwillig nach, so kann ihn der Gläubiger auf Leistung verklagen und mit dem obsiegenden Urteil als Vollstreckungstitel in das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners vollstrecken. Dadurch erzwingt der Gläubiger die Bewirkung der geschuldeten Leistung mit Hilfe staatlicher Vollstreckungsorgane. Der Begriff „schulden“ bedeutet „leisten müssen“; „haften“ heißt, dass das Schuldnervermögen Zugriffsobjekt in der Zwangsvollstreckung ist, der Schuldner also für diese Schuld eintreten muss. Dabei können wir unter folgenden Typen der Haftung unterscheiden:

I. Unbeschränkte Vermögenshaftung

Grundsätzlich sind die Begriffe „schulden“ und „haften“ identisch, da der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung auf das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners zugreifen kann. Dies gilt auch dann, wenn die Haftung „rechnerisch“ beschränkt ist, wie z.B. die Haftung des Kommanditisten gemäß § 171 I HGB oder die Halterhaftung gemäß § 7 I StVG innerhalb der Haftungshöchstgrenzen des § 12 StVG.

II. Gegenständlich beschränkte Haftung

Der Unterschied zwischen Schuld und Haftung zeigt sich, wenn die Haftung auf bestimmte Vermögenswerte beschränkt ist. So haftet der Erbe beschränkt auf das ererbte Vermögen, wenn er sich auf die beschränkte Erbenhaftung der §§ 1975 ff. beruft. Der volljährig gewordene Schuldner haftet über § 1629 a begrenzt auf das Vermögen, das ihm bei Erreichen der Volljährigkeit zusteht, wenn er sich auf die Einrede der Haftungsbeschränkung gemäß den §§ 1629 a I 2, 1990, 1991 beruft.

III. Haftung ohne persönliche Verbindlichkeit

Räumt jemand einem Gläubiger dingliche Sicherheiten für eine fremde Schuld ein, so *haftet* er für die Erfüllung dieser Schuld mit seiner Sicherheit, ohne persönlich die Befriedigung des Gläubigers zu *schulden*. Der Eigentümer der durch Hypothek, Grundschuld oder Pfand belasteten Sache schuldet nicht die Befriedigung des Gläubigers, sondern nur die Duldung der Zwangsvollstreckung in den haftenden Gegenstand gemäß den §§ 1147 bzw. 1228.

IV. Unvollkommene Verbindlichkeiten (Naturalobligationen)

Hier haben wir es mit einer Schuld ohne Haftung zu tun. Im Gegensatz zu den gewöhnlichen Forderungen können unvollkommene Verbindlichkeiten nicht durch Klage und Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden. Der Schuldner kann zwar erfüllen, aber der Gläubiger kann die Leistung des Schuldners nicht erzwingen.

Beispiele:

- 1) § 762: Durch Spiel und Wette wird eine Forderung nicht begründet.
- 2) § 1297: Aus einem Verlöbnis kann nicht auf Eingehen der Ehe geklagt werden. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung ist unzulässig.

Alle o.g. Fälle haben also gemeinsam, dass der Gläubiger die Erfüllung weder unmittelbar durch Klage noch mittelbar (durch Aufrechnung, Vertragsstrafe oder Schuldanerkenntnis) erzwingen kann. Dass es sich um eine Verbindlichkeit handelt, zeigt sich erst, wenn der Schuldner an den Gläubiger leistet: Das Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, da nunmehr die Verbindlichkeit einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen darstellt.

Beispiel: Hatte der Verlierer einer Wette in Unkenntnis der fehlenden Klagbarkeit geleistet, um einen vermeintlich drohenden Zivilprozess zu verhindern, so kann er das Geld nicht über § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern. § 762 bildet nun einen Rechtsgrund i.S.d. § 812.

V. Obliegenheiten

Der durch eine Obliegenheit Begünstigte kann weder auf Leistung klagen noch vollstrecken, also die entsprechende Leistung nicht erzwingen, doch verliert der Betroffene ihm günstige Rechtspositionen bzw. ihm entstehen Rechtsnachteile. Er wird daher die Obliegenheit im eigenen Interesse erfüllen.

Beispiele:

- 1) Bei einem beiderseitigen Handelskauf verliert der Käufer bei unterlassener Rüge gemäß § 377 II HGB das Recht, sich bei fehlerhafter Ware auf seine Rechte aus § 437 zu berufen.
- 2) Im Annahmeverzug haftet der Schuldner gegenüber dem Gläubiger gemäß § 300 I nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Zudem muss der Gläubiger der Leistung dem Schuldner gemäß § 304 dessen Mehraufwendungen ersetzen und gemäß § 326 II die Gegenleistung auch dann erbringen, wenn die Leistung während des Annahmeverzugs unmöglich wird.

VI. Vertraglicher Ausschluss der Klagbarkeit

Wir haben gerade gesehen, dass bestimmte Forderungen kraft Gesetzes gerichtlich nicht einklagbar sind. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Klagbarkeit einer Forderung auch durch eine vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden kann (= **pactum de non petendo**).

- 1) Nach einer Ansicht (Fikentscher § 16 Rz. 53 m.w.N.) ist eine derartige Vereinbarung zulässig, da der Inhaber der Forderung auch gemäß § 397 durch Vertrag auf die Forderung verzichten kann. Erst recht muss er dann auf die bloße Klagbarkeit verzichten können.
- 2) Nach der Gegenansicht ist ein derartiger Ausschluss der Klagbarkeit nicht zulässig, da bereits die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens gemäß den §§ 1025 ff. ZPO nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist. Der völlige Ausschluss jeglicher Gerichtsbarkeit ist unzulässig.

§ 4 Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte

Niemand wendet einem anderen einen Vermögenswert ohne rechtlichen Grund zu. Dabei ist der rechtlich relevante Grund nicht das persönliche Motiv (Freigebigkeit, Mitleid, Dankbarkeit), sondern der Grund, der die Zuwendung unter *rechtlichen* Aspekten rechtfertigt (= *causa*).

Beispiel: Mü wirft aus Mitleid einem blinden Bettler 2 Euro in den Hut, den dieser vor sich aufgestellt hat. Die rechtlich relevante *causa* für die Übereignung des Geldes i.S.d. § 929, 1 ist nicht der persönliche Beweggrund (Mitleid), sondern die Schenkung gemäß § 516.

In diesem Zusammenhang muss man zwischen kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften unterscheiden:

I. Kausale Rechtsgeschäfte

Die meisten Verpflichtungsgeschäfte sind kausal, tragen also ihre innere Rechtfertigung in sich selbst. **Hier gehört der Rechtsgrund der Zuwendung zum Inhalt des Rechtsgeschäfts;** das Fehlen einer *causa* führt zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Geschäfts über die §§ 812 ff.

So enthält der Kaufvertrag die Vereinbarung, dass jeder der beiden Vertragspartner für seine eigene Leistung eine Gegenleistung erhält; diese Vereinbarung ist Rechtsgrund der beiderseitigen Ansprüche aus § 433 I, II. Die Frage, *warum* der Verkäufer verkauft oder der Käufer die Sache kauft, ist unerheblich.

Beispiel: K hatte bei einem befreundeten Goldschmied ein wertvolles ererbtes Schmuckstück für seine künftige Frau F umarbeiten lassen. Kurz vor der Fertigstellung löst F das Verlöbnis auf. Dieser Umstand hat aber auf die Wirksamkeit des Werkvertrags keine Auswirkung, da die Motivation des K (Hochzeitsgeschenk) rechtlich irrelevant ist.

Gegenbeispiel: Etwas anderes würde gelten, wenn K angesichts der freundschaftlichen Beziehung zum Goldschmied davon ausgegangen war, dieser würde das Schmuckstück unentgeltlich (§ 662) für ihn umarbeiten und nur etwaige Materialkosten gemäß § 670 in Rechnung stellen. Hier haben sich beide Parteien über einen der wesentlichen Vertragsbestandteile (= *essentialia negotii*) nicht geeinigt, nämlich über die Frage nach einer Gegenleistung; dadurch ist weder ein Auftrag gemäß § 662 noch ein Werkvertrag gemäß § 631 zustande gekommen. Hatte der Goldschmied bereits mit der Arbeit angefangen, so muss ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich über § 812 I 1, 1. Alt. erfolgen.

II. Abstrakte Rechtsgeschäfte

1) Abstrakte Rechtsgeschäfte sind vom Rechtsgrund der Zuwendung unabhängig: Der mit der Zuwendung verfolgte Zweck muss sich also aus einem anderen (= kausalen) Rechtsgeschäft ergeben.

Beispiele:

- 1) Die **Übereignung einer Sache** gemäß § 929, 1 lässt nicht erkennen, zu welchem Zweck die Übereignung erfolgt, ob die Sache verschenkt oder verkauft wird.
- 2) Die **Abtretung einer Forderung** gemäß § 398 lässt nicht erkennen, ob die Forderung verkauft oder zu Sicherungszwecken abgetreten wird.

2) **Abstrakte Rechtsgeschäfte sind alle Verfügungen.** Zwar liegt den meisten abstrakten Verfügungen eine *causa* zugrunde (Ausnahme: Dereliktion gemäß § 959), so dass die Verfügung *solvendi causa* erfolgt, doch ist das Rechtsgeschäft auch bei fehlender oder unwirksamer *causa* wirksam.

Beispiel: Die Übereignung der verkauften Ware gemäß § 929, 1 erfolgt beim Kauf aufgrund der schuldrechtlichen Verpflichtung aus § 433 I, das Eigentum zu übertragen. Ist der Kaufvertrag nichtig, so ändert dies aufgrund des Abstraktionsprinzips grundsätzlich nichts an der Wirksamkeit der Übereignung, es sei denn, dass der Nichtigkeitsgrund des Kaufvertrages zugleich auch das Verfügungsgeschäft erfasst (= Fehleridentität, z.B. Geschäftsunfähigkeit von Käufer oder Verkäufer). Es entsteht aber ein gesetzliches Schuldverhältnis gemäß § 812 I 1, 1. Alt., das den Käufer zur Rückübereignung verpflichtet.

Auch Verpflichtungsgeschäfte können abstrakt sein, wenn sich aus dem Verpflichtungsgeschäft der rechtliche Zweck nicht entnehmen lässt, zu dessen Erreichung die Verbindlichkeit eingegangen wurde. **Der Rechtsgrund des Geschäfts liegt im Gegensatz zu den kausalen Geschäften nicht im Geschäft selbst, sondern außerhalb des Geschäfts.** So lässt weder ein abstraktes (!) Schuldversprechen gemäß § 780 noch ein abstraktes (!) Schuldanerkennnis gemäß § 781 erkennen, zu welchem Zweck diese Verbindlichkeit eingegangen wurde. Gleiches gilt für Scheck (Art. 12, 40 ScheckG) und Wechsel (Art. 28, 43, 78 WG).

Durch diese Abstraktion soll die Position des Gläubigers gestärkt werden und die Gefahr vermieden werden, dass aus einer kausalen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner Einwendungen oder Einreden gegen die abstrakte Verpflichtung hergeleitet werden.

Forderungen aus abstrakten Schuldverhältnissen sind zudem einfacher zu veräußern, da auch der Erwerber dieser Forderung mit Einwendungen aus dem Grundverhältnis nicht zu rechnen braucht.

Beispiel: Der Darlehensschuldner, der über die Darlehensschuld einen Wechsel ausgestellt hat, kann gegenüber der wechselrechtlichen Verbindlichkeit nicht einwenden, das Darlehen sei niemals ausgezahlt worden. Die Wechselschuld entsteht gemäß Art. 28 WG auch ohne wirksamen Darlehensvertrag, selbst wenn der Wechsel über die Darlehensschuld ausgestellt wurde.

- 3) Dennoch gilt die Abstraktion nicht ohne jede Einschränkung: **Eine abstrakte Verbindlichkeit, die auf einem nichtigen oder mit einer dauerhaft wirkenden Einrede (§ 813) behafteten Grundgeschäft beruht, stellt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers i.S.d. § 812 II dar.** Der Schuldner kann sich gegen eine Inanspruchnahme aus der abstrakten Verbindlichkeit mit der **Einrede des § 821** verteidigen. Die Abstraktion der Verbindlichkeit stellt also den Schuldner nicht rechtlos, kehrt aber zu seinem Nachteil die Beweislast um: Der Gläubiger braucht im Prozess gegen den Schuldner nur den Wechsel als Beweismittel vorzulegen; den der Wechselverbindlichkeit zugrunde liegenden Vertrag (z.B. Kauf, Darlehen) muss er nicht beweisen, da das Bestehen dieses Vertrages gemäß § 28 WG keine Voraussetzung für die Wechselverbindlichkeit ist. Es ist jetzt Aufgabe des Schuldners, sich auf die Einrede des § 821 BGB zu berufen und nachzuweisen, dass der Gläubiger um die abstrakte Verbindlichkeit zu Unrecht bereichert ist.

Auch dieser Schuldnerschutz geht verloren, wenn der Inhaber des Wechsels oder Schecks die abstrakte Forderung abtritt, da in derartigen Fällen das Gesetz in den §§ 17 WG, 22 ScheckG den guten Glauben des Erwerbers an das Nichtbestehen einer Einrede schützt. Der Erwerber der Forderung soll sich aufgrund der Abstraktheit auf den Inhalt der Wechsel- bzw. Scheckurkunde verlassen dürfen. Da dort weder der Rechtsgrund noch die unrechtmäßige Bereicherung des bisherigen Inhabers vermerkt sind, geht die Bereicherungseinrede des Schuldners aus § 821 zum Schutz des Erwerbers aus Gründen des Verkehrsschutzes unter.

2. Teil: Die Entstehung von Schuldverhältnissen

§ 5 Die Arten der Schuldverhältnisse

Schuldverhältnisse entstehen zum einen rechtsgeschäftlich durch die Abgabe von Willenserklärungen, wenn also die Parteien die Rechtsfolge herbeiführen, die ihrem Willen entspricht. Zum anderen entstehen Schuldverhältnisse unabhängig vom Willen der Beteiligten kraft Gesetzes. Sie müssen also zwischen rechtsgeschäftlich begründeten und gesetzlichen Schuldverhältnissen unterscheiden.

I. Rechtsgeschäftlich begründete Schuldverhältnisse

Die Parteien haben als Ausfluss ihrer Privatautonomie das Recht, durch die Abgabe von Willenserklärungen die Rechtsfolge herbeizuführen, die ihrem Willen entspricht. Regelmäßig entsteht ein rechtsgeschäftlich begründetes Schuldverhältnis durch Vertrag, also gemäß den §§ 145 ff. durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Ausnahmsweise kann aber auch die Abgabe *einer* Willenserklärung genügen, um eine schuldrechtliche Bindung zu erzeugen.

1) Das einseitig begründete Schuldverhältnis: Die Auslobung gemäß § 657

Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges verspricht, muss die Belohnung demjenigen zahlen, der diese Handlung vornimmt; dies gilt auch dann, wenn dieser gar nichts von der Auslobung wusste. Das Rechtsgeschäft liegt also allein in der Auslobung; die Vornahme der ausgelobten Handlung ist ein *Realakt*. Daher kann sich auch ein Geschäftsunfähiger oder, wie gesehen, derjenige die Belohnung verdienen, der die Auslobung nicht kannte und der die Belohnung daher gar nicht erwerben wollte.

Beispiel: Mü hängt an einem Baum einen Zettel auf und bietet demjenigen 100 Euro Belohnung, der ihre entlaufene Katze zurückbringt. Hat der Finder die Katze aufgrund einer Adresse im Halsband zurückgebracht und den Zettel gar nicht gelesen, so hat er dennoch gemäß § 657 einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro.

2) Das zweiseitig begründete Schuldverhältnis: Der Vertrag

Durch ein Verpflichtungsgeschäft entstehen ein oder mehrere Ansprüche, weil durch das Verpflichtungsgeschäft die eine Person gegenüber der anderen eine Verbindlichkeit eingeht. Durch die Begründung dieser Verbindlichkeit entsteht ein Schuldverhältnis, das dem Gläubiger einen einklagbaren Anspruch gegen den Schuldner gewährt.

a) Einseitig verpflichtende Verträge

Ein einseitig verpflichtender Vertrag bewirkt, dass die eine Vertragspartei nur *verpflichtet* ist, während die andere nur *berechtigt* ist. Die eine Partei ist ausschließlich *Schuldner*, die andere Person ausschließlich *Gläubiger*.

Beispiele: Schenkung, Bürgschaft.

b) Gegenseitige Verträge

Bei den gegenseitigen Verträgen sind beide Parteien Gläubiger und Schuldner in einer Person. Hier stehen die wechselseitigen Leistungspflichten in einem **Gegenseitigkeitsverhältnis** (= **Synallagma**). Jede Partei geht die eine Verpflichtung nur ein, weil und damit sich auch die

Gegenseite verpflichtet: „**do ut des**“. Es gelten die §§ 320 ff., die primär das Schicksal der Gegenleistung bei gestörter Leistung regeln.

Beispiele: Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag.

Da sich jede Partei nur wegen der Gegenleistung des anderen verpflichtet hat, wirkt sich die Nicht- oder Schlechterfüllung natürlich auch auf die eigene Leistungspflicht aus:

aa) § 320: Der Gläubiger der (gestörten oder noch nicht erbrachten) Leistung kann die eigene Gegenleistung solange zurückbehalten, bis der Vertragspartner die geschuldete Leistung erbringt. Jeder Vertragspartner eines gegenseitigen Vertrages ist also nur zu einer Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet, es sei denn, dass er ausnahmsweise zur Vorleistung verpflichtet ist.

Beispiel für Vorleistungspflicht: Besucher eines Theaterstücks zahlen *vor*, nicht abschnittsweise *während* der Aufführung.

bb) § 322: Will keiner der Vertragsparteien als erster mit der eigenen Leistung herausrücken, so muss auf Leistung geklagt werden, damit der Vertrag erfüllt wird. Dabei kann nach § 322 nur auf eine Zug-um-Zug-Leistung geklagt werden. Der Beklagte wird also nur verurteilt, die geschuldete Leistung Zug um Zug gegen die ihm geschuldete Gegenleistung zu erbringen.

cc) § 756 ZPO: Dieser Umstand wirkt sich auch in der zwangsweisen Durchsetzung des Leistungsanspruchs im Rahmen der Zwangsvollstreckung aus: Da die Vollstreckung des Urteils von der Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung des Gläubigers an den Vollstreckungsschuldner abhängt, muss der Vollstreckungsgläubiger dem Gerichtsvollzieher die dem Schuldner geschuldete Leistung mitgeben, da der Gerichtsvollzieher ansonsten gemäß § 756 ZPO nicht vollstrecken darf.

dd) § 326 I: Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner der Leistung gemäß § 275 von seiner Leistungspflicht frei geworden, so muss auch die Gegenseite ihre Gegenleistung nicht mehr erbringen. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen die Gegenleistungsfahr bereits auf den Gläubiger der Leistung übergegangen ist, dieser also das Risiko trägt, für eine Leistung auch dann bezahlen zu müssen, obwohl er sie nicht erhält: §§ 326 II, 446, 447 (dazu unten § 14).

c) Unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge

Wiederum sind beide Parteien Gläubiger und Schuldner in einer Person, doch sind beide Leistungspflichten nicht synallagmatisch verknüpft, da die eine Leistung nicht wegen der anderen Leistung erbracht wird (kein „do ut des“).

Beispiel: Der gemäß § 662 Beauftragte ist verpflichtet, unentgeltlich für den anderen tätig zu werden; dieser ist als Auftraggeber gemäß § 670 verpflichtet, dem Beauftragten dessen Aufwendungen zu erstatten. Der Beauftragte übernimmt die Verpflichtung aber nicht, *damit* ihm die Aufwendungen erstattet werden, da es sich dabei nur um seine eigenen Vermögensopfer handelt und er dadurch keinerlei Vorteil erlangt.

Die Regeln der §§ 320 ff. gelten hier selbstverständlich nicht, da dort nur das Schicksal der Gegenleistung geregelt ist, die es hier gar nicht gibt.

II. Gesetzliche Schuldverhältnisse

Sie entstehen unabhängig vom Willen der Beteiligten aufgrund gesetzlich bestimmter Entstehungsvoraussetzungen. Wir wollen uns zunächst auf die wichtigsten gesetzlichen Schuldverhältnisse konzentrieren, die im Besonderen Schuldrecht geregelt sind.

1) Die Geschäftsführung ohne Auftrag: §§ 677 – 687 (dazu Langels, Schuldrecht BT 3)

Führt ein Geschäftsführer ein fremdes Geschäft, so entsteht zwischen ihm und dem Geschäftsherrn ein gesetzliches Schuldverhältnis:

- a) Lag das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn, so kann dieser gemäß den §§ 681, 2; 667 Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten Zug um Zug gegen Ersatz der Aufwendungen (§§ 683, 670) verlangen.
- b) War der Geschäftsherr mit der Übernahme der Geschäftsführung nicht einverstanden, so haftet er nur gemäß den §§ 684, 1; 818 ff. nach Bereicherungsrecht auf Herausgabe dessen, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat.
- c) Hat der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft unbewusst als eigenes Geschäft geführt, so gelten die §§ 677 ff. gemäß § 687 I nicht.
- d) Hat sich der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft in Kenntnis der Fremdheit als eigenes angemaßt, haftet der Geschäftsführer nach Wahl des Geschäftsherrn gemäß § 687 II 1 auf Schadensersatz (§§ 687 II 1, 678) oder Herausgabe des Erlangten (§§ 687 II 2; 681, 2; 667).

2) Die ungerechtfertigte Bereicherung: §§ 812 – 822 (dazu Langels, Schuldrecht BT 3)

Hat der Konditionsschuldner *durch Leistung* des Konditionsgläubigers oder *in sonstiger Weise* auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil erlangt, so entsteht zwischen ihm und dem Gläubiger ein gesetzliches Schuldverhältnis: Die zu Unrecht bestehende Vermögensmehrung wird abgeschöpft.

3) Unerlaubte Handlungen: §§ 823 – 853 (dazu Langels, Schuldrecht BT 4)

Hat der Schädiger dem Geschädigten durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden zugefügt, so ist der Schädiger kraft Gesetzes verpflichtet, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen.

3. Teil: Der Inhalt von Schuldverhältnissen

§ 6 Die vertraglich begründeten Leistungspflichten

§ 241 charakterisiert das Schuldverhältnis durch das Recht des Gläubigers, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen fordern zu können, ohne die Leistungspflicht inhaltlich zu bestimmen. Leistungspflichten lassen sich nach mehreren Kriterien unterscheiden, wobei man wie folgt unterscheiden kann.

I. Primärpflichten – Sekundärpflichten

1) Schließen zwei Personen einen Vertrag, so ist das primäre Ziel der Vertragsparteien, dass der Vertrag erfüllt wird. Werden die geschuldeten Leistungen gar nicht, verspätet oder nicht ordnungsgemäß erbracht, so ist die primär geschuldete Leistung gestört: Aus der Leistungsstörung der Primärpflicht heraus entstehen Sekundäransprüche, die teils *neben*, teils *an die Stelle* der gestörten Primärpflicht treten.

Beispiele:

- 1) Ist dem Verkäufer die Übereignung der geschuldeten Ware **unmöglich** geworden, so ist der Primäranspruch des Käufers auf Erfüllung des Kaufvertrages aus § 433 I gemäß § 275 I untergegangen. An die Stelle des untergegangenen Primäranspruchs tritt ein Sekundäranspruch gemäß den §§ 280 I, III; 283, 1, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit zu vertreten hat.
 - 2) Ist der Verkäufer mit der Übereignung der Kaufsache in **Verzug** geraten, so kann der Käufer sich gemäß § 323 I unter Fristsetzung durch **Rücktritt** vom Vertrag lösen und/oder (§ 325) gemäß den §§ 280 I, III, 281 I **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Hier tritt der Anspruch auf Schadensersatz *an die Stelle* des Primäranspruchs; nach Geltendmachung von Schadensersatz ist der Anspruch auf Erfüllung in Natur gemäß § 281 IV ausgeschlossen.
 - 3) Alternativ kann der Gläubiger an seinem Erfüllungsanspruch aus § 433 I festhalten und Übereignung verlangen. Ist ihm durch den Verzug des Schuldners ein Schaden entstanden, so kann er diesen Schaden als **Verzögerungsschaden** gemäß den §§ 280 I, II, 286 selbstständig geltend machen. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens tritt hier als Sekundäranspruch *neben* den Primäranspruch des § 433 I.
- 2) Primäransprüche sind im Gegensatz zu den Sekundäransprüchen unabhängig von der Frage zu erfüllen, ob der Schuldner einen bestimmten Umstand zu vertreten hat.

Beispiel von Medicus a.a.O.: Der Mieter hat die gemietete Wohnung erheblich abgenutzt. Hatte sich der Mieter innerhalb des Mietvertrags verpflichtet, Schönheitsreparaturen selbst vorzunehmen, so handelt es sich bei der Forderung nach Reparatur um einen Primäranspruch: Der Mieter ist zur Reparatur auch dann verpflichtet, wenn es sich um typische Abnutzungserscheinungen handelt, die er nach § 538 nicht zu vertreten hat.

Wäre eine derartige vertragliche Vereinbarung nicht getroffen worden, so wäre der Mieter zur Reparatur nur gemäß § 280 I (= Sekundäranspruch) verpflichtet, wenn es sich um Schäden handelt, die durch einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache entstanden sind.

II. Hauptpflichten – Nebenleistungspflichten – Nebenpflichten

Eine Unterscheidung kann wie folgt getroffen werden:

1) Hauptpflichten

Hauptpflichten charakterisieren den Vertragstyp. Eine Veränderung der Hauptleistungspflicht würde zugleich eine Veränderung des Vertragstyps nach sich ziehen.

Beispiel: Die Verpflichtung zur *Übereignung* aus § 433 I charakterisiert den Kaufvertrag: Entgeltliche *Gebrauchsüberlassung* wäre Miete oder Leasing. Die Verpflichtung, eine Sache mit den vertraglich geschuldeten Eigenschaften zu liefern, ist keine Hauptpflicht: Ein Gewährleistungsausschluss ändert nichts daran, dass es sich weiterhin um einen Kaufvertrag handelt.

2) Nebenleistungspflichten

- a) **Nebenleistungspflichten sind Pflichten des Schuldners, die – von Fall zu Fall – erbracht werden müssen, um eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung zu gewährleisten.** Wird die Nebenleistungspflicht nicht erfüllt, so ist die Erbringung der Hauptleistung für den Schuldner sinnlos.

Beispiel: Hat der Käufer K eine technisch hochkomplizierte Maschine gekauft, so muss der Verkäufer durch eine verständliche Gebrauchsanweisung – ggf. auch durch eine persönliche Schulung – dem Käufer erklären, wie die Maschine funktioniert. Ein Eigentumserwerb an der Maschine (Hauptleistungspflicht) ist für den Käufer sinnlos, wenn er nicht weiß, wie die Maschine funktioniert.

- b) Enthält das Gesetz keine entsprechende Regelung, so ist von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der beiderseitigen Interessen zu ermitteln, ob und mit welchem Inhalt eine Nebenleistungspflicht des Schuldners besteht. Zwar trägt grundsätzlich der Käufer das Risiko der Verwendbarkeit der Kaufsache, doch ist dies in Ausnahmefällen anders, wenn die Verwendbarkeit nicht uneingeschränkt in den Risikobereich des Gläubigers fällt.

Beispiel: Der Käufer eines Tennisschlägers darf nicht erwarten, dass der Verkäufer ihm das Tennisspielen beibringt. Wer aber für mehrere tausend Euro ein Softwareprogramm nach eigenen Vorgaben herstellen lässt, darf zumindest eine Einführung in das Programm erwarten.

- c) **Eine Nebenleistungspflicht trifft den Schuldner insbesondere unter 2 Voraussetzungen:**

- aa) Der Gläubiger ist auf die Leistung angewiesen, um die Hauptleistung entsprechend verwenden zu können.
- bb) Dem Schuldner ist die Leistungserbringung zumutbar; insbesondere geht er keine weitere über den Vertragsgegenstand hinausreichende Verpflichtung ein.

Beispiel: Hatte der Eigentümer eines 2.000 qm großen Grundstücks das Grundstück parzellieren lassen und dem Käufer eine Hälfte verkauft, so ist er nicht zur Veräußerung der anderen Hälfte verpflichtet, wenn sich das vom Käufer ursprünglich geplante Bauvorhaben mangels der entsprechenden Grundstücksgröße nicht realisieren lässt.

- d) **Hauptpflichten und Nebenleistungspflichten haben beide gemeinsam, dass der Gläubiger auf Vornahme der entsprechenden Handlung klagen kann.** Der für die Klageerhebung erforderliche Anspruch ergibt sich entweder bei ergänzender Vertragsauslegung bereits aus dem Vertrag, hilfsweise gemäß § 242 aus Treu und Glauben. Der Gläubiger kann also durch Klageerhebung und zwangsweise Vollstreckung des obsiegenden Urteils den Schuldner zur Leistung zwingen.

Alternativ zur Klageerhebung kann der Gläubiger nach den Regeln über die Leistungsstörungen vorgehen:

- Ist dem Schuldner die geschuldete Leistung unmöglich, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen.
- Ist der Schuldner mit der Leistungserbringung in Verzug geraten, so kann der Gläubiger den Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 fordern.
- Ist dem Gläubiger ein anderweitiger Schaden entstanden, so muss der Schuldner den Schaden gemäß § 280 I ersetzen.

3) Nebenpflichten

- a) Nebenpflichten sind allgemein gehaltene Sorgfaltspflichten, die den Schuldner dazu anhalten sollen, mit den Rechtsgütern seines Vertragspartners sorgfältig umzugehen und auf die Interessen seines Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, also alles zu unterlassen, was eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung gefährden könnte.
- b) Die Reichweite der entsprechenden Sorgfaltspflichten bestimmt sich wiederum von Fall zu Fall nach der Verkehrssitte. Die Einhaltung von allgemeinen Sorgfaltspflichten ist **grundsätzlich nicht einklagbar**, weil der Kläger gemäß § 253 II ZPO einen derart bezifferten Klageantrag stellen muss, dass die vom Schuldner zu erbringende oder zu unterlassende Handlung genau umschrieben wird. Eine derart präzise Umschreibung der Sorgfaltspflicht ist dem Gläubiger in den meisten Fällen nicht möglich. Oftmals erfährt der Gläubiger ja auch erst im Nachhinein, was der Schuldner getan hat.
- c) Der Gläubiger kann aber ausnahmsweise auf Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt klagen, wenn er die sorgfaltswidrige Handlung des Schuldners i.S.d. § 253 II ZPO präzise benennen kann. Hier kann er bereits vor Eintritt eines messbaren Schadens auf Unterlassung der die Vertragserfüllung gefährdenden Tätigkeit durch den Schuldner klagen, weil er nicht erst warten muss, bevor das Kind in den Brunnen gefallen ist.

Beispiel: Erfährt der Käufer, dass der Verkäufer im Begriff ist, die verkaufte, aber noch nicht übereignete Sache an einen Dritten zu veräußern, so kann er dagegen im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß den §§ 935, 938 II ZPO vorgehen und dem Verkäufer die Veräußerung gerichtlich untersagen lassen.

§ 7 Die Gattungsschuld: § 243

I. Der Begriff der Gattungsschuld

- 1) Das BGB geht in seiner Systematik von der **Stückschuld** aus, bei der der Schuldner von Anfang an einen ganz bestimmten Gegenstand schuldet und auch nur mit diesem Gegenstand seine Schuld erfüllen kann. Geht dieses Stück unter, wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht gemäß § 275 I frei.

Beispiel: Der Verkäufer V hat dem Käufer K seinen schwarzen Porsche mit einem km-Stand von 40.000 km zum Preis von 55.000 Euro verkauft. Einen Tag vor der geplanten Übereignung wird der Wagen bei einem Verkehrsunfall ohne das Verschulden des V zerstört.

Hier ist V von seiner Leistungspflicht aus § 433 I gemäß § 275 I frei geworden; er ist nicht verpflichtet, einen vergleichbaren Porsche zu beschaffen und zu übereignen, da sich seine Leistungspflicht von vornherein nur auf den mittlerweile zerstörten Wagen beschränkte.

- 2) In anderen Fällen haben die Parteien auf eine so konkrete Bestimmung der geschuldeten Leistung verzichtet und den Inhalt der Schuld nur durch Qualitätsmerkmale, Sorte, Typ oder Preisklasse festgelegt. Es ist nicht erforderlich, dass die fraglichen Gegenstände schon vorhanden sind oder sich bereits im Besitz des Schuldners befinden. Der Schuldner kann auch versprechen, künftig entstehende oder schuldnerfremde Sachen zu übereignen.

Beispiel: Der Käufer K bestellt beim Porschedändler V einen schwarzen Porsche 996, 1. Hand, Gesamtfahrleistung nicht über 40.000 km, unfallfrei, Vollleder, Preis nicht über 40.000 Euro.

- a) Hier steht zur Zeit des Vertragsschlusses noch gar nicht fest, mit welcher Sache der Verkäufer seine Leistungspflicht erfüllen wird; der Vertragsinhalt ist nur nach gattungsspezifischen Merkmalen bestimmt. Eine **Gattungsschuld** kann aus zwei Gründen vereinbart werden:
- aa) Der Verkäufer als Schuldner weiß bei Vertragsschluss noch gar nicht, mit welcher Sache er den Vertrag erfüllen will, weil er sich selbst die Sache erst noch beschaffen muss.
- bb) Der Käufer als Gläubiger hat ein neu hergestelltes Serienfabrikat gekauft, so dass ohnehin alle Fabrikate aus der Stücke identisch sind.
- b) **Die Gattung, aus der die geschuldete Leistung erbracht werden muss, bestimmt sich allein nach der Vereinbarung der Parteien.** Wie groß der Kreis der erfüllungstauglichen Stücke ist, richtet sich nach den individualisierenden Merkmalen, die die Gattung festlegen.

Beispiele:

- 1) Hat der Käufer beim VAG-Händler einen Jahreswagen der Marke VW Golf LS, signalrot, Gesamtfahrleistung nicht über 25.000 km bestellt, so gibt es Tausende von erfüllungstauglichen Pkw, mit denen der Verkäufer seine Leistungspflicht erfüllen können.
- 2) Kauft der Käufer K beim Ferrarihändler V einen 1964'er Ferrari 250 GTO, so ist der Kreis der erfüllungstauglichen Stücke auf drei Fahrzeuge beschränkt. Der Verkäufer hat durch den Abschluss des Kaufvertrags versprochen, eines dieser Fahrzeuge zu beschaffen.
- c) **Die Vereinbarung einer Gattungsschuld ist aus der Sicht des Schuldners Fluch und Segen zugleich:** Einerseits kann er den Vertrag auch dann noch erfüllen, wenn die Sache untergegangen ist, mit der er seine ursprüngliche Leistungspflicht erfüllen wollte, indem er sich eine andere erfüllungstaugliche Sache aus der vereinbarten Gattung beschafft. Andererseits ist er zu einer derartigen Beschaffung auch verpflichtet, so dass der Gläubiger auch dann noch Erfüllung verlangen kann, wenn die Sache untergeht, mit der der Schuldner ursprünglich hatte erfüllen wollen.

Beispiele:

- 1) Der Verkäufer hatte dem Käufer einen Golf-Jahreswagen verkauft und ein erfüllungstaugliches Fahrzeug beschafft, das aber in der Nacht vor der Auslieferung an K vom Firmenhof des V gestohlen wurde. Hier kann V sich seine Verdienstspanne am Verkauf des Wagens dadurch erhalten, dass er einen anderen Wagen aus der geschuldeten Gattung beschafft und dem Käufer anbietet. Selbst wenn er es wollte, könnte der Käufer die Annahme dieses Wagens nicht verweigern, da er keinen Anspruch auf ein bestimmtes Fahrzeug hat. Der Verkäufer kann seine Schuld mit jedem Fahrzeug erfüllen, das aus der geschuldeten Gattung stammt und innerhalb der Gattung mittlerer Art und Güte ist.
- 2) Der Verkäufer V hatte dem Käufer K einen 1964'er GTO zum Preis von 4 Millionen Euro verkauft, nachdem er eines dieser Fahrzeuge zuvor telefonisch bei einem Sammler für 3,5 Millionen Euro erworben hatte. Wird der Ferrari auf dem Transport von der Schweiz nach Deutschland zerstört, so ist V verpflichtet, eines der beiden verbleibenden Fahrzeuge zu beschaffen. Dies gilt auch dann, wenn die beiden anderen Sammler jeweils mindestens 5 Millionen Euro fordern und die Erfüllung des Vertrags für V nunmehr zu einem finanziellen Desaster wird; er bleibt zur Leistung verpflichtet. Dies gilt auch, wenn es ihm persönlich aufgrund fehlender finanzieller Mittel unmöglich ist, eines der Fahrzeuge anzukaufen: Geld hat man zu haben, wenn davon die vertraglich zugesagte eigene Leistungsfähigkeit abhängt.

- d) **Die Parteien können aber durch ihre vertragliche Vereinbarung die Gattungsschuld auf einen bestimmten Vorrat beschränken (= Vorratsschuld).** Geht dieser Vorrat an erfüllungstauglicher Ware unter, wird der Schuldner gemäß § 275 von seiner Leistungspflicht frei. Im Gegensatz zur herkömmlichen Gattungsschuld ist der Schuldner einer Vorratsschuld also nicht verpflichtet, sich erfüllungstaugliche Ware anderweitig zu beschaffen (Palandt/Heinrichs § 243 Rz. 3 m.w.N.).

Ob eine herkömmliche unbeschränkte Gattungsschuld oder eine beschränkte Gattungsschuld in Form einer Vorratsschuld vereinbart wurde, bestimmt sich zunächst nach der Parteivereinbarung. Ist darüber nicht ausdrücklich gesprochen worden, so wird es sich regelmäßig um eine Vorratsschuld handeln, wenn ein Händler eine bestimmte Ware liefern soll, die er selbst herstellt und die über besondere Eigenschaften verfügen soll (MünchKomm/Emmerich § 243 Rz. 14; Palandt/Heinrichs § 243 Rz. 3 m.w.N.).

Beispiel: Veräußert ein Selbsterzeuger Erzeugnisse aus eigener Produktion, so beschränkt sich seine Leistungspflicht auf die Produkte, die er selbst hergestellt hat (MünchKomm/Emmerich a.a.O.).

Bei teilweisem Untergang ist er berechtigt, aber auch verpflichtet, mehrere Gläubiger anteilig zu befriedigen. Ansonsten schuldet er den anderen Gläubigern gemäß den §§ 280 I, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung, wenn diese durch die vollständige Befriedigung eines Gläubigers zu kurz kommen (RGZ 84, 125, 128; 100, 134, 136; a.A. MünchKomm/Emmerich § 243 Rz. 23).

II. Die Rechtsfolgen der Gattungsschuld

- 1) Der Schuldner der Gattungsschuld schuldet keinen bestimmten Gegenstand und kann daher frei darüber entscheiden, mit welchem Stück er seine Leistungspflicht erfüllen will. Andererseits hat der Gläubiger gemäß § 243 I einen Anspruch auf Ware, die innerhalb der geschuldeten Gattung mittlerer Art und Güte ist: Der Schuldner muss nicht die beste Ware liefern, kann aber mit unterdurchschnittlicher Ware oder mit Ware aus einer anderen Gattung (= aliud-Lieferung) gegen den Willen des Gläubigers nicht erfüllen. Die Parteien können die Regel des § 243 I jedoch abbedingen und vereinbaren, dass entweder nur durch Spitzenqualität, vielleicht aber auch durch unterdurchschnittliche Ware erfüllt werden kann.
- 2) Bietet der Schuldner dem Gläubiger Ware an, die entweder aus einer anderen Gattung stammt oder innerhalb der geschuldeten Gattung nicht mittlerer Art und Güte ist, so kann der Gläubiger dem Schuldner die Einrede des nichterfüllten Vertrags aus § 320 entgegenhalten. Zugleich steht dem

Gläubiger nach wie vor sein Erfüllungsanspruch zu, da der Schuldner mit dieser Ware den Vertrag nicht erfüllen kann.

- 3) Weist der Gläubiger die Ware als nicht erfüllungstauglich zurück, so trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass die Ware mittlerer Art und Güte war. Hat der Gläubiger die Leistung zunächst als Erfüllung angenommen, so kehrt sich gemäß § 363 die Beweislast um. Etwas anderes gilt gemäß § 476 beim Verbrauchsgüterkauf: Zeigt sich der Mangel innerhalb der ersten 6 Monate, so wird zugunsten des Käufers widerlegbar vermutet, dass die Sache von Anfang an mangelhaft war.

III. Die Konkretisierung: § 243 II

Der Schuldner kann gemäß § 243 II seine Leistungspflicht auf eine konkrete Sache beschränken und dadurch die Gattungsschuld in eine Stückschuld verwandeln. Eine derartige Konkretisierung der Schuld setzt voraus:

- 1) Der Schuldner muss gemäß § 243 I eine **Sache aus der geschuldeten Gattung** leisten, die innerhalb der geschuldeten Gattung **mittlerer Art und Güte** ist. **Mit nicht erfüllungstauglicher Ware kann er nicht konkretisieren, da der Gläubiger diese Ware ohnehin nicht akzeptieren muss.**
- 2) Der Schuldner muss gemäß § 243 II das „**zur Leistung Erforderliche**“ tun. Was zur Konkretisierung erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der Schuld. Der Schuldner muss soweit anleisten, wie es ihm ohne die Mitwirkung des Gläubigers möglich ist. Dabei muss man zwischen Holschuld, Bringschuld und Schickschuld unterscheiden.
 - a) **Holschuld:** Bei einer Holschuld wird vereinbart, dass der Gläubiger die ihm geschuldete Sache beim Schuldner abholt. Der Schuldner konkretisiert hier dadurch, dass er eine erfüllungstaugliche Sache aus der Gattung aussondert und den Gläubiger auffordert, die Ware abzuholen (Palandt/Heinrichs § 243 Rz. 5; MünchKomm/Emmerich § 243 Rz. 28 m.w.N.). Diese Aufforderung kann unterbleiben, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Ware abholen soll, kalendermäßig bestimmt ist.

Umstritten ist, ob die Konkretisierung voraussetzt, dass eine angemessene Frist abgelaufen ist, innerhalb derer der Schuldner die Leistung hätte beim Gläubiger abholen können (so Palandt/Heinrichs § 243 Rz. 5; Soergel/Teichmann § 243 Rz. 10). Da es aber bei der Konkretisierung nur darauf ankommt, was der Schuldner hatte tun müssen, stellt die Gegenansicht (MünchKomm/Emmerich § 243 Rz. 37; Staudinger/Medicus § 243 Rz. 35) nur auf den Zugang der Mitteilung ab, dass der Schuldner die Ware jetzt abholen könne.

- b) **Bringschuld:** Bei der Bringschuld hat der Schuldner versprochen, die geschuldete Leistung am Wohnsitz des Gläubigers vorzunehmen. Der Schuldner muss hier dem Gläubiger eine erfüllungstaugliche Sache an dessen Wohnsitz anbieten (Palandt/Heinrichs § 243 Rz. 5; Soergel/Teichmann § 243 Rz. 8 m.w.N.).
 - c) **Schickschuld:** Der Schuldner konkretisiert, in dem er eine erfüllungstaugliche Ware aussondert und dadurch ordnungsgemäß (= richtig adressiert und freigemacht) an den Gläubiger abschickt, dass er die Ware einer ordentlich ausgesuchten Transportperson übergibt (MünchKomm/Emmerich § 243 Rz. 35 m.w.N.).

§ 8 Andere Leistungsinhalte

I. Der Aufwendungsersatz: §§ 256, 257

Aufwendungen sind alle freiwilligen Vermögensopfer, die einem anderen zugute kommen. Die Verpflichtung des dadurch Begünstigten, die Aufwendungen zu ersetzen, kann sich aus einer vertraglichen Vereinbarung oder aus dem Gesetz ergeben.

Beispiele: 601 II (Entleiher), 670 (Beauftragter), 683, 670 (Geschäftsführer ohne Auftrag), 994 ff. (unrechtmäßiger Besitzer), 1835 (Vormund), 2124 II (Vorerbe).

Ist der Schuldner verpflichtet, den o.g. Personen deren Aufwendungen zu erstatten, so muss er gemäß § 256, 1 den Aufwendungsersatzanspruch bereits ab dem Zeitpunkt der Aufwendung verzinsen, also nicht erst, wenn er durch Mahnung in Verzug gesetzt (§ 288) oder verklagt wurde (§ 291).

Andererseits erhält der Gläubiger gemäß § 256, 2 keine Zinsen für den Zeitraum, in dem er die Nutzungen der Sache hatte behalten dürfen. Das Gesetz geht davon aus, dass die Nutzungen die Zinsen für getroffene Aufwendungen wertmäßig übersteigen und die Zinsen daher abgegolten sind. Dieser Gedanke kehrt auch in § 994 I 2 wieder: Darf der gutgläubige unrechtmäßige Besitzer die Nutzungen behalten, so muss er die laufenden Erhaltungskosten aus eigener Tasche bezahlen, weil er ansonsten besser stünde als der Eigentümer.

Bestanden die Aufwendungen darin, dass der Gläubiger gegenüber einem Dritten eine Verbindlichkeit eingegangen ist, die er noch nicht erfüllt hat, so kann er nicht den Geldbetrag als Aufwendungsersatz fordern, den er selbst noch gar nicht gezahlt hat. Gemäß § 257 kann er lediglich verlangen, dass ihn der Schuldner (z.B. durch befreiende Schuldübernahme gemäß § 414 oder Leistung an den Dritten gemäß § 267) von dieser Schuld befreit.

Beispiel: Der Verwahrer hatte den verwahrten Hund zum Tierarzt gebracht, aber die Rechnung noch nicht beglichen. Zwar steht ihm gemäß § 693 ein Aufwendungsersatzanspruch zu, doch kann er gemäß § 257, 1 vom Eigentümer kein Geld, sondern nur Freistellung von der Verpflichtung gegenüber dem Tierarzt verlangen.

II. Das Wegnahmerecht: § 258

Fall 1: Der Eigentümer E verklagt den unrechtmäßigen Besitzer B auf Herausgabe eines Pkw. Obwohl dem B die Klage bereits zugestellt wurde, baut dieser noch ein Autoradio ein.

Fall 2: Der Mieter M hatte in einen der gemieteten Räume auf eigene Kosten einen neuen Heizkörper einbauen lassen, den er nach erfolgter Kündigung ausbauen und mitnehmen möchte.

- 1) Der Einbau des Autoradios war keine notwendige Verwendung i.S.d. § 994 auf den Pkw, da er nicht erforderlich war, um das Fahrzeug in seinem Bestand zu erhalten. B hat daher keine Aufwendungsersatzansprüche gemäß den §§ 994 II, 683, 670 bzw. 684, 1; 818, so dass ihm auch kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 zusteht. Auf der anderen Seite lässt sich das Autoradio ohne erhebliche Werteinbuße wieder ausbauen, so dass das **Radio durch den Einbau kein wesentlicher Bestandteil des Wagens** geworden ist und daher immer noch dem B gehört. B kann als Eigentümer das Radio ausbauen, bevor er den Wagen herausgibt; hat er den Wagen bereits herausgegeben, kann er gemäß § 985 Herausgabe des Radios verlangen.

- 2) **Im Fall 2 ist die Heizung wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden**, so dass M sein Eigentum an dem Heizkörper gemäß den §§ 946, 94 an den Eigentümer des Hauses verloren hat. Der Einbau des Heizkörpers war auch keine notwendige Verwendung i.S.d. 536 a II, so dass der Vermieter dem M nicht die vollen Einbaukosten ersetzen muss.

Dem M steht aber gemäß § 539 II ein Wegnahmerecht zu, so dass er auf eigene Kosten den Heizkörper wieder ausbauen darf. Will er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so muss er allerdings gemäß § 258, 1 den alten Zustand wiederherstellen, also den alten Heizkörper wieder installieren und die beschädigten Wände verputzen lassen.

Ist M bereits ausgezogen, so darf er nicht gegen den Willen des Eigentümers in die Wohnung eindringen; der Eigentümer hat ihm aber gemäß § 258, 2 die Wegnahme zu gestatten. Zuvor muss der Mieter allerdings Sicherheit für die mit der Wegnahme verbundenen Schäden leisten, die der Mieter ja gemäß § 258, 1 wird beseitigen müssen.

Der Vermieter kann jedoch die Wegnahme des Heizkörpers gemäß § 552 I durch Zahlung eines angemessenen Geldbetrags abwenden, da M kein besonderes Interesse an der Wegnahme des Heizkörpers hat.

III. Auskunft und Rechenschaft: §§ 259 – 261

- 1) In manchen Fällen kann der Gläubiger bestehende Ansprüche nicht ohne weiteres durchsetzen, weil ihm entsprechende Informationen fehlen.

Beispiele:

- 1) Der Erbe kann gemäß § 2018 vom Erbschaftsbesitzer Herausgabe des Nachlasses verlangen, doch weiß er häufig gar nicht, was zum Nachlass zählt.
 - 2) Der Geschäftsherr kann gemäß den §§ 681, 2; 667 vom Geschäftsführer Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten fordern, doch weiß er zunächst nicht, was der Geschäftsführer erlangt hat.
- 2) Das BGB enthält keinen allgemeinen Anspruch auf Information. Der Auskunftsanspruch kann aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung oder durch einzelne gesetzliche Anspruchsgrundlagen entstehen. Im Einzelfall kann ein Auskunftsanspruch auch auf Treu und Glauben gestützt werden.
- 3) Im Rahmen der Auskunftspflicht müssen wir zwischen der Rechenschaftspflicht und der Pflicht zur Erstellung eines Bestandsverzeichnisses unterscheiden:
- a) **Rechenschaftspflichtig sind alle, die fremdes Vermögen verwalten.** Sie müssen gemäß § 259 I Einnahmen und Ausgaben übersichtlich und nachvollziehbar einander gegenüberstellen und Belege vorlegen. Rechenschaftspflichtig sind der Beauftragte (§ 666), der Geschäftsbesorger (§§ 675, 666), der Geschäftsführer ohne Auftrag (§§ 681, 2; 666), der Gesellschafter (§ 713), die Eltern (§ 1698), der Vormund (§ 1890) sowie der Testamentsvollstrecker (§ 2218).
 - b) Ein **Bestandsverzeichnis muss gemäß § 260 derjenige erstellen, der aus einem einheitlichen Rechtsgrund eine Mehrheit von Gegenständen herausgeben muss.** Dies trifft auf den unrechtmäßigen Besitzer (§§ 985, 1007), den Erbschaftsbesitzer (§§ 2018 ff.) sowie den Vorerben (§ 2130) zu.

- 4) Besteht Grund zu der Annahme, dass der Rechenschaftsbericht oder das Bestandsverzeichnis nicht mit der nötigen Sorgfalt erstellt sind, so hat der Auskunftspflichtige gemäß den §§ 259 II, 260 II auf Verlangen des Berechtigten an Eides Statt zu versichern, dass die Angaben richtig und vollständig sind. Die eidesstattliche Versicherung kann entweder freiwillig vor dem AG am Erfüllungsort abgegeben werden oder unter Zwang vor dem AG als Vollstreckungsgericht (§ 889 ZPO). Eine vorsätzliche oder fahrlässige falsche Versicherung an Eides Statt ist gemäß den §§ 156 bzw. 163 StGB strafbar.

IV. Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis: §§ 262 – 265

1) Die Wahlschuld

- a) Bei der Wahlschuld ist der Schuldner aus einem einheitlichen Schuldgrund heraus zu mehreren Leistungen verpflichtet, wobei die Leistungspflichten in einem entweder/oder-Verhältnis stehen. Erfüllt der Schuldner die eine Leistungspflicht, so ist die andere Pflicht erloschen.

Beispiel: Der Gast bestellt in einem Restaurant das Tagesmenu, wobei er zwischen mehreren Speisen wählen kann.

- b) Nach der **Auslegungsregel des § 262** steht die Ausübung des Wahlrechts im Zweifel dem Schuldner zu, doch darf in der Praxis regelmäßig der Gläubiger wählen. So darf im o.g. Beispiel der Gast zwischen den einzelnen Speisen wählen und muss sich nicht überraschen lassen, womit der Wirt erfüllen möchte.

- c) Eng damit verwandt sind die Fälle der **alternativen Konkurrenz**, bei denen der Gläubiger zwischen mehreren Ansprüchen und Gestaltungsrechten derart wählen kann, dass die Ausübung eines Rechts die anderen erlöschen lässt.

Beispiel: Wahlrecht des Käufers oder Bestellers zwischen Rücktritt oder Minderung gemäß den §§ 437 Nr. 2, 634 Nr. 3.

2) Die Ersetzungsbefugnis

Hier wird im Gegensatz zur Wahlschuld von vornherein nur eine bestimmte Leistung geschuldet, doch haben der Schuldner oder der Gläubiger das Recht, durch Ausübung der Ersetzungsbefugnis die eine Leistung durch eine andere Leistung zu ersetzen. Nach Ausübung dieses Wahlrechts wird nur noch die Leistung geschuldet, die an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung treten soll.

Beispiele:

- 1) **§ 249 II:** Hat der Schädiger dem Gläubiger einen Schaden zugefügt, so ist der Schädiger gemäß § 249 I verpflichtet, im Wege der Naturalrestitution den Zustand wiederherzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Oftmals fehlen ihm die dafür erforderlichen Fähigkeiten; selbst wenn er sie haben sollte, will das Gesetz dem Geschädigten ersparen, sich zur Schadenswiedergutmachung in die Hände des Schädigers zu begeben. Der Gläubiger darf daher gemäß § 249 II den zur Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrag verlangen. Die Ersetzungsbefugnis liegt hier beim Gläubiger.
- 2) **§ 251 II:** Ist die vorrangig geschuldete Naturalrestitution einer beschädigten Sache im Verhältnis zum Ersatz des Wiederbeschaffungswertes unverhältnismäßig teuer, so hat der Schädiger gemäß § 251 II das Recht zur Ersetzungsbefugnis: Er darf Naturalrestitution verweigern und Wertersatz leisten.

V. Ort und Zeit der Leistung: §§ 269 – 271

1) Der Leistungsort: § 269

- a) **Der Leistungsort ist der Ort, an dem der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung erbringen muss.** Schuldet der Schuldner eine erfolgsbezogene Tätigkeit, so gibt es auch einen **Erfolgort: Erfolgort ist der Ort, an dem der geschuldete Leistungserfolg eintritt.** Leistungs- und Erfolgort können, müssen aber nicht zusammenfallen und dürfen daher nicht verwechselt werden!

AL-Klausurtyp: Ein weiteres Missverständnis wird durch den Gesetzeswortlaut provoziert: Spricht das Gesetz vom **Erfüllungsort** (§§ 447, 644 II BGB, 29 ZPO), so ist damit nicht der Ort gemeint, an dem Erfüllung i.S.d. § 362 eintritt; **Erfüllungsort ist der Leistungsort**, also der Ort, wo der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung vornehmen muss.

- b) **Der Leistungsort bestimmt sich nach dem Inhalt der Schuld**, wobei wir zwischen Holschuld, Bringschuld und Schickschuld unterscheiden müssen:
- aa) Bei der **Holschuld** nimmt der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung an seinem Wohnsitz vor. Dorthin muss der Gläubiger kommen, um sich die Leistung abzuholen; dort wird auch der Leistungserfolg eintreten.
- bb) Bei der **Bringschuld** muss der Schuldner die Ware am Wohnsitz des Gläubigers anbieten, so dass Leistungs- und Erfolgort beim Gläubiger sind.
- cc) Bei der **Schickschuld** fallen Leistungs- und Erfolgort auseinander: Geschuldete Leistungshandlung ist die Übergabe der Sache an eine ordentlich ausgesuchte Transportperson am Wohnsitz des Schuldners. Der geschuldete Leistungserfolg tritt aber erst ein, wenn die Transportperson die Ware dem Gläubiger an dessen Wohnsitz aushändigt.

- c) **AL-Klausurtyp: Ob es sich im Einzelfall um eine Hol-, Bring-, oder Schickschuld handelt, richtet sich zunächst nach** der Parteivereinbarung, die ausdrücklich oder konkludent getroffen werden kann. Diese Vereinbarung muss den Leistungsort betreffen. Selbst wenn der Schuldner verspricht, die Ware zu verschicken und die Kosten des Transports zu übernehmen, ändert die Übernahme der Versandkosten gemäß § 269 III nichts daran, dass der Leistungsort nach wie vor beim Schuldner liegt. Der Schuldner übernimmt zwar die *Kosten*, aber nicht die *Risiken* des Transports!

- d) Lässt sich der Leistungsort nicht durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung bestimmen, so kann er sich aus der Natur der Sache, der Verkehrssitte oder unter Kaufleuten auch aus dem Handelsbrauch ergeben.

Beispiele:

- 1) Soll der Handwerker die Wohnung des Bestellers streichen oder das Dach decken, ist der Leistungsort selbstverständlich dort, wo sich die Wohnung bzw. das Haus befindet.
- 2) Hat der Käufer bei einem Händler Ware gekauft, die er typischerweise nicht selbst transportieren oder installieren kann, so ist regelmäßig eine Bringschuld vereinbart, z.B. beim Kauf von Heizöl oder beim Kauf von sperrigen Einrichtungsgegenständen. Etwas anderes gilt, wenn die Parteien vertraglich eine Holschuld vereinbart haben. So legt der Preis eines Kleiderschranks als „Abholpreis“ fest, dass es sich um eine Holschuld handelt.

- 3) Bei einem Ladengeschäft ist das Ladenlokal der beiderseitige Leistungsort (Soergel/Wolf § 269 Rz. 27). Hat sich der Verkäufer aber bereit erklärt, die Ware anzuliefern, liegt regelmäßig eine Bringschuld vor (Palandt/Heinrichs § 269 Rz. 11)
 - 4) Gemeinsamer Leistungsort des Rücktritts bei mangelhafter Kaufsache ist dort, wo sich die mangelhafte Kaufsache nach der vertraglichen Vereinbarung befindet. Erklärt der Käufer von mangelhaften Dachziegeln den Rücktritt, so muss der Verkäufer die Ziegel auf seine Kosten vom Dach des Käufers holen lassen (BGHZ 87, 104, 111).
 - 5) Entsprechendes gilt für das gesetzliche Rücktrittsrecht des § 323 sowie für die Rückabwicklung beim großen Schadensersatz, wo der Käufer die Sache zurückgeben will und Schadensersatz statt der Leistung verlangt.
- e) In einigen Fällen ist der Leistungsort gesetzlich festgelegt: §§ 604 I, 697, 700, 1194 BGB, 36 VVG.

Beispiele:

- 1) Die entlehene Sache ist gemäß § 604 I als Bringschuld dem Verleiher zurückzugeben.
 - 2) Die verwahrte Sache ist gemäß § 697 als Holschuld beim Verwahrer abzuholen.
- f) Lässt sich der Leistungsort weder aus der Parteivereinbarung noch aus der Natur der Sache noch aus dem Gesetz entnehmen, so gilt die gesetzliche **Auslegungsregel des § 269: Die Leistung hat am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen**; bei Gewerbetreibenden am Ort der gewerblichen Niederlassung. Die Schuld ist also im Zweifel eine Holschuld.

2) Der Zahlungsort der Geldschuld: § 270

- a) **Geld hat der Schuldner gemäß § 270 I im Zweifel auf seine Gefahr hin und auf seine Kosten an den Gläubiger zu übermitteln.** Bezüglich der entstehenden Kosten und der Gefahr wird die Geldschuld also wie eine Bringschuld behandelt, bei der der Erfolgsort gemäß den §§ 270 I, 362 beim Gläubiger liegt: Kommt das an den Gläubiger abgesandte Geld nicht beim Gläubiger an, so tritt keine Erfüllung ein; der Schuldner muss noch einmal zahlen.

Beispiele:

- 1) Der Darlehensschuldner hatte dem Gläubiger einen 100 Euro-Schein in einem Briefkuvert geschickt. Das Geld geht jedoch auf dem Postweg verloren.
 - 2) Der Schuldner hatte das Geld von seinem Konto aus überwiesen, doch ist infolge eines Buchungsfehlers das Geld zwar beim Käufer abgebucht, aber dem Empfängerkonto nicht gutgeschrieben worden.
- b) Der Leistungsort bleibt davon unberührt: Er befindet sich gemäß den §§ 270 IV, 269 beim Schuldner, so dass Geldschulden Schickschulden sind. Nur bezüglich der Kosten und der Gefahrtragung werden sie wie Bringschulden behandelt.
Da Geldschulden Schickschulden sind, kommt es für die Rechtzeitigkeit der Leistung nur auf die Vornahme der *Leistungshandlung*, nicht auf den Eintritt des *Leistungserfolgs* an. Der Geldschuldner hat also rechtzeitig gezahlt, wenn er das Geld rechtzeitig abgesandt oder überwiesen hat; wann das Geld beim Gläubiger ankommt, spielt keine Rolle.

Auf einen Nenner gebracht: Bei der Geldschuld trägt der Schuldner das *Verlustrisiko*, der Gläubiger das *Verzögerungsrisiko*.

3) Die Leistungszeit: § 271

- a) Die Leistungszeit beantwortet die Frage, wann der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangen und der Schuldner sie erbringen darf. Wir müssen dabei zwischen **Fälligkeit** und **Erfüllbarkeit** eines Anspruchs unterscheiden: **Die Leistung ist fällig, wenn der Gläubiger sie verlangen kann. Der Anspruch ist erfüllbar, wenn der Schuldner leisten darf.**

b) **AL-Klausurtyp: Fälligkeit und Erfüllbarkeit spielen in der Klausur an folgenden Stellen eine Rolle:**

- **Schuldnerverzug:** Vor Fälligkeit der geschuldeten Leistung kann der Schuldner nicht in Verzug geraten.
- **Gläubigerverzug:** Ist der Anspruch noch nicht erfüllbar, so gerät der Gläubiger durch die Nichtannahme der ihm angebotenen Leistung nicht in Annahmeverzug.
- **Fixgeschäft:** Das Nichteinhalten der Leistungszeit führt beim absoluten Fixgeschäft zur Unmöglichkeit der Leistung. Beim relativen Fixgeschäft steht dem Gläubiger gemäß § 323 II Nr. 2 ein Rücktrittsrecht zu.
- **Aufrechnung:** Eine Aufrechnung setzt voraus, dass die Hauptforderung des Gläubigers erfüllbar und die Gegenforderung des Schuldners fällig ist.

c) Die Leistungszeit kann vertraglich festgelegt werden. Darf der Schuldner aufgrund der vertraglichen Vereinbarung den Leistungszeitpunkt selbst bestimmen, so muss er dies gemäß § 315 nach billigem Ermessen tun, dessen Ausübung gerichtlich überprüft werden kann.

d) Die Leistungszeit kann durch **gesetzliche Sonderregeln** bestimmt sein: §§ 556 b I (Miete), 604 (Leihe), 614 (Dienstvertrag), 641 (Werkvertrag), 695 ff. (Verwahrung), 721 (Gesellschaft), 1361 IV, 1585 I 2, 1612 III 1 (Unterhalt).

e) Die Leistungszeit kann sich ebenso wie der Ort der Leistung aus der Natur der Sache, der Verkehrssitte oder den Handelsbräuchen ergeben.

Beispiele:

- 1) Die Geldschuld des Schuldners wird erst mit Erhalt der Rechnung fällig, wenn der Schuldner zuvor die Höhe der Schuld nicht erkennen kann.
- 2) Der Anspruch auf Rückzahlung einer Mietkaution wird fällig, wenn nach Beendigung des Mietverhältnisses die Gegenansprüche des Vermieters der Höhe nach feststehen.

f) Lässt sich die Leistungszeit weder aus der vertraglichen Vereinbarung noch aus gesetzlichen Sonderregeln entnehmen, so gelten die **Auslegungsregeln des § 271:** Der Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen, der Schuldner kann die Leistung sofort bewirken.

g) Ist die Leistung nicht sofort fällig, so wirkt das Hinausschieben der Fälligkeit gemäß § 271 II nur zugunsten des Schuldners: Der Schuldner kann auch vor Fälligkeit bereits erfüllen; der Gläubiger gerät bereits vor Fälligkeit in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Das Gesetz geht davon aus, dass der Gläubiger nichts dagegen haben wird, die Leistung bereits zu einem Zeitpunkt zu erhalten, zu dem er sie eigentlich noch nicht verlangen kann.

Beispiel: Hatte der Gläubiger dem Schuldner am 01.04. ein unverzinsliches Darlehen über 1.000 Euro gewährt, das am 01.05. zurückgezahlt werden sollte, so kann der Gläubiger Rückzahlung vor dem 01.05. nicht verlangen; der Schuldner darf aber am 15.04. Rückzahlung anbieten.

Etwas anderes gilt aber dort, wo die Leistung des Schuldners vor Fälligkeit berechnete Interessen des Gläubigers verletzt (Staudinger/Selb § 271 Rz. 11; Soergel/Wolf § 271 Rz. 25).

Beispiel: Hatte der Gläubiger ein verzinsliches Darlehen gewährt, so darf der Schuldner es vor Fälligkeit nicht zurückzahlen, da der Gläubiger am Erhalt der Zinsen für den vereinbarten Zeitraum interessiert ist. Hier darf der Schuldner gemäß § 490 II 3 nur vorzeitig leisten, wenn er dem Gläubiger eine Vorfalligkeitsentschädigung anbietet.

§ 9 Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273

Vorbemerkung

- 1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine eigene Verpflichtung beruht, einen fälligen Gegenanspruch gegen den Gläubiger, so kann er die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm geschuldete Leistung erbracht wird. Das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners beruht auf dem Gedanken, dass es bei einem einheitlichen Schuldverhältnis treuwidrig wäre, die Leistung zu fordern, ohne die eigene Gegenleistung zu erbringen. Es handelt sich um eines der wesentlichen Schutzrechte des Schuldners und kann daher im nichtkaufmännischen Verkehr nicht durch AGB (§ 309 Nr. 2 b), sondern nur durch individuell ausgehandelte Vereinbarung abbedungen werden.
- 2) Im Gegensatz zur Aufrechnung als Erfüllungssurrogat soll das Zurückbehaltungsrecht den Anspruch des Gläubigers nicht zu Fall bringen, sondern nur den Gegenanspruch des Schuldners sichern und den Gläubiger zur eigenen Leistung zwingen.
Macht der Schuldner im Zivilprozess ein Zurückbehaltungsrecht geltend, wird daher die Klage des Gläubigers nicht abgewiesen, sondern der Schuldner wird zu einer Zug-um-Zug-Leistung an den Gläubiger verurteilt. Aus diesem Urteil kann der Gläubiger gegen den Schuldner vollstrecken, doch ist eine Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 274 II BGB, 756, 765, 894 I 2 ZPO nur möglich, wenn sich der Schuldner bereits in Annahmeverzug der vom Gläubiger angebotenen Gegenleistung befindet oder der Vollstreckungsgläubiger die selbst geschuldete Leistung dem Gerichtsvollzieher mit auf den Weg gibt.

Das -Prüfungsschema des § 273

1. Der Gläubiger macht gegen den Schuldner einen Anspruch geltend.
2. Dem Schuldner steht gegen den Gläubiger ein fälliger und einredefreier Gegenanspruch zu.
3. Hauptanspruch des Gläubigers und Gegenanspruch des Schuldners stammen aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis.
4. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist nicht ausgeschlossen.
5. Der Schuldner hat sich auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen.

I. Die Voraussetzungen des § 273 im Detail

1) Der Gläubiger macht einen Anspruch gegen den Schuldner geltend

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 wirkt nicht nur gegen Ansprüche des Schuldrechts, sondern auch gegen dingliche Ansprüche des Sachenrechts (z.B. §§ 985, 894; BGHZ 64, 122, 124; 75, 288, 293) oder gegen Ansprüche des Erbrechts.

Gegenüber familienrechtlichen Ansprüchen kann sich der Schuldner nur dann auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, wenn dies mit der Eigenart des familienrechtlichen Anspruchs vereinbar ist: Ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber Unterhaltsansprüchen oder dem Herausgabeanspruch bzgl. eines Kindes ist ausgeschlossen.

Auch der Inhalt des geltend gemachten Anspruchs ist ohne Belang. Verweigert werden kann nicht nur die Herausgabe von Sachen, sondern auch die Vornahme einer Handlung oder die Abgabe einer Willenserklärung.

Gegenüber einem Unterlassungsanspruch ist die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht allerdings ausgeschlossen, weil dies darauf hinauslaufen würde, dass der Schuldner die zu unterlassende Handlung weiterhin vornehmen dürfte; der Unterlassungsanspruch würde also nicht nur *gehemmt*, sondern *zerstört*.

2) Der Schuldner hat einen fälligen und einredefreien Gegenanspruch gegen den Gläubiger.

a) Der Gegenanspruch des Schuldners muss zunächst vollwirksam sein. Forderungen aus Spiel und Wette, die gemäß § 762 gerichtlich nicht geltend gemacht werden können, erzeugen ebenso wenig ein Zurückbehaltungsrecht wie ein bedingter oder künftiger Anspruch des Schuldners.

b) Der Anspruch des Schuldners muss frei von Einreden sein. Beruft sich der Schuldner auf ein Zurückbehaltungsrecht, so macht er dadurch seine eigene Forderung geltend; diese Forderung muss dann aber auch durchsetzbar sein (Palandt/Heinrichs § 273 Rz. 7). Dies steht so zwar nicht im Gesetz, kann aber auf eine Analogie zu § 390, 1 gestützt werden, wonach mit einer einredebehafteten Forderung nicht aufgerechnet werden kann.

Eine Ausnahme gilt für die Einrede der Verjährung: Stützt der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht auf eine mittlerweile verjährte Forderung, so ist dies gemäß § 215 zulässig, wenn der Gegenanspruch des Schuldners noch nicht verjährt war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (BGHZ 48, 116). Dies gilt auch, wenn der Schuldner seinen Anspruch vor Eintritt der Verjährung noch gar nicht geltend gemacht hat.

Für die Fälligkeit des Gegenanspruchs genügt es, dass der Gegenanspruch des Schuldners in dem Augenblick entsteht, in dem der Schuldner seine Leistung zurückbehält.

Beispiel: Der Anspruch des Schuldners auf eine Quittung gemäß § 368 entsteht erst mit der Leistung des Gläubigers. Der Schuldner ist dennoch nur gegen Quittung zur Leistung verpflichtet.

c) Hauptforderung des Gläubigers und Gegenforderung des Schuldners dürfen nicht gleichartig sein. Sind beide Forderungen auf die gleiche Leistung gerichtet, so wird nicht zurückbehalten, sondern gemäß § 387 aufgerechnet mit der Folge, dass die beiderseitigen Ansprüche soweit erlöschen, wie sie sich decken.

3) Hauptforderung des Gläubigers und Gegenforderung des Schuldners müssen auf einem einheitlichen Rechtsverhältnis beruhen (= Konnexität).

Der Begriff der Konnexität wird weit ausgelegt: Es ist nicht erforderlich, dass beide Ansprüche auf demselben Vertrag oder sonstigen Schuldverhältnis beruhen. **Konnexität ist immer schon dann gegeben, wenn beiden Ansprüchen ein einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt, so dass der Gläubiger gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er seinen Anspruch ohne Berücksichtigung der eigenen Verpflichtung durchsetzen wollte** (BGH NJW 1991, 2646; MünchKomm/Keller § 273 Rz. 13; Palandt/Heinrichs § 273 Rz. 9). Dazu genügt ein natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen beiden Ansprüchen, der durchaus auf unterschiedlichen Lebenssachverhalten beruhen kann.

Beispiele: Konnexität wurde bejaht zwischen beiderseitigen Ansprüchen bei nicht wirksam zustande gekommenem oder nichtigem Vertrag (BGH NJW -RR- 1990, 848); zwischen Ansprüchen aus ständiger Geschäftsbeziehung, die wegen ihres sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs als Einheit erscheinen (BGHZ 54, 250; NJW 1985, 2417); zwischen dem Anspruch auf Grundbuchberichtigung und dem Anspruch auf Ersatz von aufgewendeten Hypothekenzinsen; zwischen dem Schadensersatzanspruch wegen einer aliud-Lieferung und dem Gegenanspruch wegen der Verwertung der gelieferten Ware; bei beiderseitigen vermögensrechtlichen Ansprüchen nach Auflösung einer Ehe (BGHZ 92, 196) oder einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft; zwischen dem Anspruch auf Herausgabe des abgescleppten Pkw und dem abgetretenen Anspruch auf Erstattung der Abschleppkosten.

Gegenbeispiele: Konnexität wurde verneint zwischen Ansprüchen eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrag und Ansprüchen der Gesellschaft aus einer Verbindlichkeit, die der Gesellschafter als Kunde der Gesellschaft eingegangen ist (RGZ 118, 300); zwischen dem Anspruch auf Zustimmung zur Löschung einer Eigentümergrundschuld und Ersatzansprüchen wegen getroffener Verwendungen auf das Grundstück (BGHZ 41, 33).

4) Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts darf nicht ausgeschlossen sein.

a) **Das Zurückbehaltungsrecht kann durch eine vertragliche Vereinbarung ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen sein.** So enthält die Vereinbarung der Vorleistungspflicht, eines Fixgeschäfts oder der Barzahlung konkludent die Erklärung, die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts sei abbedungen.

Gegenüber Privatleuten kann aber die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 309 Nr. 2 b nicht durch AGB erfolgen, soweit der Gegenanspruch des Schuldners auf demselben Vertragsverhältnis beruht.

b) **Der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts kann sich aus der Natur der Sache ergeben.** So dürfen Gegenstände wie Reisepass, Führerschein, Geschäftspapiere oder Krankenunterlagen nicht zurückgehalten werden. Gegenüber einem Unterhaltsanspruch kann ein Zurückbehaltungsrecht ebenso wenig ausgeübt werden wie gegenüber einem Räumungsanspruch bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (OLG Hamm, NJW 1986, 728); hier würde ein Zurückbehaltungsrecht darauf hinauslaufen, dass die Lebensgemeinschaft zumindest de facto fortgesetzt werden müsste.

c) **Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann nach § 242 gegen Treu und Glauben verstoßen.**

Beispiel: Es ist treuwidrig, gegenüber einer unbestrittenen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung geltend zu machen, deren Bestand so zeitaufwendig geklärt werden muss, dass die Durchsetzung der unstrittigen Forderung damit auf unabsehbare Zeit blockiert ist (BGHZ 91, 83).

Zudem kann sich der Schuldner nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, wenn seine Gegenforderung ausreichend gesichert ist (Arg.: § 273 III) oder wenn er wegen einer verhältnismäßig geringen eigenen Forderung die gesamte Gegenleistung verweigern will (Arg.: § 320 II).

d) Darf gegen die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung nicht aufgerechnet werden, so bedeutet dies nicht unbedingt, dass man dieser Forderung kein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten darf, da das Zurückbehaltungsrecht die Forderung des Gläubigers nur *blockiert*, aber nicht *untergehen* lässt. Auch die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist jedoch in den Fällen ausgeschlossen, in denen das Zurückbehaltungsrecht zum gleichen Ergebnis wie die unzulässige Aufrechnung führen würde, weil der Schuldner weiß, dass seine eigene Forderung wegen der finanziellen Schwierigkeiten der Gegenseite ansonsten nicht durchgesetzt werden kann.

Beispiel: Der Arbeitgeber darf gegenüber dem aus sozialpolitischen Gründen unpfändbaren Teil der Lohnforderung gemäß § 394 nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen, weil er den Arbeitnehmer und dessen Familie dadurch in unzulässige finanzielle Bedrängnis bringen würde; indem er den Arbeitnehmer zum Sozialfall macht, würde er sich für seine Forderung letztlich auf Kosten der Allgemeinheit befriedigen. Da die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts hier den gleichen Effekt hätte, wäre die Berufung auf § 273 unzulässig.

e) **In Ausnahmefällen ergibt sich der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts bereits aus dem Gesetz.** So steht dem Bevollmächtigten gemäß § 175 nach dem Erlöschen der Vollmacht kein Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde zu.

5) Der Schuldner muss sich auf die Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts berufen.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 ist keine rechtsvernichtende Einwendung, die von Amts wegen zu beachten wäre, sondern eine **rechtshemmende** (dilatorisch, also zeitweise wirkende) **Einrede**. Wie wir eingangs bereits gesehen haben, soll das Zurückbehaltungsrecht die Forderung des Gläubigers nicht zunichte machen, sondern die Position des Schuldners sichern. Der Schuldner muss daher die Einrede des § 273 entweder ausdrücklich oder konkludent geltend machen, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners gemäß § 273 III durch entsprechende Sicherheitsleistung abzuwenden.

II. Die Rechtsfolgen

- 1) **Beruft sich der Schuldner auf ein Zurückbehaltungsrecht, so wird der Anspruch des Gläubigers eingeschränkt:** Er kann jetzt gemäß § 274 nur noch eine Leistung Zug um Zug gegen die Erfüllung des gegen ihn gerichteten Anspruchs verlangen.
- 2) **Die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht beseitigt zwar nicht die Fälligkeit des Anspruchs, doch kann der Schuldner jetzt mit der Erbringung seiner Leistung nicht mehr in Verzug geraten.** Ist der Schuldnerverzug bereits eingetreten, so können die bereits eingetretenen Verzugsfolgen nicht einfach dadurch beseitigt werden, dass sich der Schuldner auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft; er muss seine Leistung Zug um Zug gegen die ihm geschuldete Gegenleistung anbieten, um die Verzugsfolgen zu beseitigen.
- 3) **Hat der Schuldner in Unkenntnis seines Zurückbehaltungsrechts bereits geleistet, so kann er seine Leistung nicht gemäß § 813 I 1 zurückfordern,** da § 813 I nur für dauerhaft wirkende (= peremptorische) Einreden gilt; § 273 gewährt aber nur eine zeitweise wirkende (= dilatorische) Einrede.

§ 10 Die Einrede des nichterfüllten Vertrags gemäß § 320

Jede Partei eines gegenseitigen Vertrags kann gemäß § 320 I die eigene Leistung solange verweigern, bis die Gegenseite vollständig und mangelfrei erfüllt. Ebenso wie beim Leistungsverweigerungsrecht des § 273 handelt es sich bei § 320 um eine zeitweise wirkende rechtshemmende Einrede, die den eigenen Anspruch des Schuldners sichern und den Gegner zwingen soll, seiner Leistungspflicht nachzukommen. § 320 geht aber über § 273 noch hinaus: Im Gegensatz zur allgemeinen Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann die Gegenseite die Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht durch Sicherheitsleistung abwenden: Der Gegenanspruch des Schuldners soll nicht *gesichert*, sondern *erfüllt* werden.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags beruht auf der synallagmatischen Verknüpfung der Leistungspflichten: Jede Partei hatte sich zur eigenen Leistung nur verpflichtet, weil auch die Gegenseite dafür eine Gegenleistung versprochen hatte („do ut des“); dann soll der Vertrag auch Zug um Zug erfüllt werden. Wie auch beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 wird die Klage nicht abgewiesen, wenn sich der Beklagte im Prozess auf die Einrede des § 320 beruft. Der Beklagte wird jedoch nur zu einer Zug-um-Zug-Leistung verurteilt, so dass auch die Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 322 III, 274 II BGB, 756, 765, 894 I 2 ZPO nur erfolgen kann, wenn der Vollstreckungsgläubiger den Schuldner zuvor in Annahmeverzug versetzt hat oder dem Gerichtsvollzieher die seinerseits geschuldete Gegenleistung mitgibt.

Das -Prüfungsschema des § 320

1. Der Gläubiger macht einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag geltend.
2. Dem Schuldner steht aus diesem gegenseitigen Vertrag ein Gegenanspruch zu, der mit der Hauptforderung des Gläubigers in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht.
3. Die Gegenforderung des Schuldners ist vollwirksam und fällig.
4. Der Schuldner selbst ist vertragstreu.
5. Der Gegner hat den Vertrag noch nicht erfüllt.
6. Der Schuldner ist nicht zur Vorleistung verpflichtet.

I. Die Voraussetzungen des § 320 im Detail

1) Der Gläubiger macht einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag geltend.

- a) **Ein gegenseitiger Vertrag liegt vor, wenn sich die eine Partei nur zur Leistung verpflichtet, weil die andere Partei eine Gegenleistung erbringt.** Alle entgeltlichen Verträge sind gegenseitige Verträge, bei denen der Schuldner der Leistung sich verpflichtet, weil die Gegenseite für die Leistung Geld bezahlt.

Beispiele: Kaufvertrag, Mietvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag. Auch der Tauschvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

- b) **Die Einrede des § 320 ist auf alle gegenseitigen Verträge anwendbar, setzt aber deren Wirksamkeit voraus.** Hat der Vertrag durch Kündigung oder Zeitablauf sein Ende gefunden oder ist er infolge von Nichtigkeitsgründen oder erfolgter Anfechtung niemals wirksam gewesen, so gilt für die Rückabwicklung die Einrede des § 273, nicht die des § 320. Wird der Vertrag jedoch durch Rücktritt in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandelt, so gilt über § 348 weiterhin die Einrede des § 320.

2) Die Forderung des Schuldners, auf die er sein Leistungsverweigerungsrecht stützt, ist mit der Forderung des Gläubigers synallagmatisch verbunden.

Im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 genügt es nicht, dass der Gegenanspruch des Schuldners auf einem einheitlichen Lebenssachverhalt beruht; der Gegenanspruch muss vielmehr aus dem gegenseitigen Vertrag stammen und mit der Hauptforderung im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. **Diese Gegenseitigkeit besteht zwischen allen Hauptleistungspflichten, die den Vertragstyp bestimmen.** Sie gilt aber auch für Pflichten, deren Erfüllung nach dem Vertragszweck von besonderer Bedeutung sind.

3) Die Gegenforderung des Schuldners muss vollwirksam und fällig sein.

Der Schuldner kann aus einredebehafteten oder gerichtlich nicht durchsetzbaren Ansprüchen keine Einrede herleiten. Ebenso wie bei § 273 gilt in analoger Anwendung des § 215 für die verjährte Forderung eine Ausnahme (BGHZ 53, 122, 125; MünchKomm/Emmerich § 320 Rz. 46).

4) Der Schuldner selbst muss vertragstreu sein, um sich auf die Einrede des § 320 berufen zu dürfen.

Will der Schuldner seinerseits wegen einer Leistungsstörung der Gegenseite den Vertrag nicht mehr erfüllen, so muss er sich über § 323 durch Rücktritt vom Vertrag lösen.

5) Die Gegenseite hat ihre Leistungspflicht noch nicht vollständig und ordnungsgemäß erfüllt.

a) Hat die Gegenseite noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt, so darf der Schuldner seine eigene Leistung zunächst verweigern, es sei denn, dass die Leistungsverweigerung wegen der relativen Geringfügigkeit des noch ausstehenden Teils gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

b) Nicht nur die Nichtleistung, sondern auch die mangelhafte Leistung berechtigen zur Leistungsverweigerung.

6) Der Schuldner kann sich nicht auf die Einrede des § 320 berufen, wenn er zur Vorleistung verpflichtet ist.

a) Eine Vorleistungspflicht des Schuldners kann sich aus gesetzlichen Sonderregeln ergeben. So sind der Mieter (§ 556 b), der Dienstverpflichtete (§ 614), der Werkunternehmer (§ 641) und der Verwahrer (§ 699) gesetzlich zur Vorleistung verpflichtet, können diese Vorleistungspflicht aber vertraglich abbedingen.

b) Die Vorleistungspflicht des Schuldners kann vertraglich, auch konkludent, vereinbart werden. Gegenüber Privatleuten kann aber die Einrede des § 320 gemäß § 309 Nr. 2 a nicht durch AGB abbedungen werden.

Beispiele:

- 1) Kauft der Käufer eine Ware per Nachnahme, so muss er vorleisten, weil er vor der Zahlung des Kaufpreises noch keine Möglichkeit zur Überprüfung der Sache hat.
- 2) Ist ein Versandungskauf vereinbart, so leistet der Verkäufer durch die Übergabe an die Transportperson vor.
- 3) Räumt der Verkäufer dem Käufer ein Zahlungsziel ein, so hat er sich ebenfalls zur Vorleistung verpflichtet.

Die Vorleistungspflicht entfällt gemäß § 321 I, wenn sich nach Vertragsschluss die Vermögensverhältnisse der Gegenseite so erheblich verschlechtern, dass der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung gefährdet ist.

Die Vorleistungspflicht des Schuldners entfällt auch, wenn die Gegenseite von sich aus ausdrücklich und nachhaltig erklärt hatte, dass sie den Vertrag nicht erfüllen werde. Der Schuldner kann in diesem Fall am Vertrag festhalten und die Gegenseite auf Erfüllung verklagen oder sich gemäß § 323 vom Vertrag lösen, ohne dass man ihm die vereinbarte Vorleistungspflicht entgegenhalten kann (BGH NJW 1990, 3009).

II. Die Rechtsfolgen des § 320

- 1) **Beruft sich der Schuldner als Beklagter im Prozess auf die Einrede des § 320, so wird er gemäß § 322 I nur zu einer Zug-um-Zug-Leistung verurteilt.** Auf die Zwangsvollstreckung finden gemäß § 322 III die Regeln des § 274 II Anwendung (s.o.).
- 2) **Bereits das Bestehen der Einrede des § 320 schließt den Schuldnerverzug aus.** Im Gegensatz zur Einrede des § 273 ist es also nicht erforderlich, dass sich der Schuldner auf die Einrede beruft. Anders ist es im Prozess: Hier muss sich der Beklagte auf § 320 berufen und auch beweisen, dass ihm aus dem gegenseitigen Vertrag ein noch nicht erfüllter Anspruch gegen den Kläger zusteht.
- 3) Kann sich der Schuldner auf die Einrede des § 320 berufen, so ist der gegen ihn gerichtete Anspruch **noch nicht fällig**, so dass weder Fälligkeits- noch Prozesszinsen (§ 291) verlangt werden können.
- 4) **Hat der Schuldner in Unkenntnis des § 320 bereits geleistet, kann er seine Leistung nicht nach § 812 I 1, 1. Alt. zurückverlangen.** Ebenso wie § 273 ist die Einrede des § 320 nur dilatorisch, wirkt also nicht auf Dauer, sondern nur zeitweise; die Voraussetzungen des § 813 I 1 liegen daher nicht vor.

§ 11 Die Bestimmung der Leistung durch Dritte: §§ 315 – 319

Vorbemerkung

Bei einem Schuldverhältnis muss die geschuldete Leistung bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, damit der Gläubiger weiß, was er verlangen kann und der Schuldner weiß, was er schuldet. Haben die Parteien wie häufig über Art und Inhalt der geschuldeten Leistung nicht gesprochen, so stellt sich die Frage, ob der Vertrag nun nichtig ist oder ob die geschuldete Leistung auch nach Vertragsschluss noch bestimmt werden kann. Lässt man eine derartige nachträgliche Leistungsbestimmung zu, so schließen sich daran weitere Fragen an: Wer bestimmt die Leistung und welche Kriterien sind dabei maßgebend? Ist der andere Vertragspartner der Willkür des Bestimmenden ausgeliefert oder kann die Bestimmung gerichtlich überprüft werden?

Bevor Sie in der Klausur aber vorschnell eine derartige Leistungsbestimmung i.S.d. §§ 315 ff. in Erwägung ziehen, sollten Sie folgende **Prüfungsreihenfolge** einhalten. Sie werden anschließend feststellen, dass die Fälle der nachträglichen Leistungsbestimmung sehr selten sind.

- 1) **Oftmals haben die Vertragsparteien über einen Punkt bewusst oder unbewusst nicht gesprochen, weil an dieser Stelle dispositives Gesetzesrecht gelten soll.** Dies wird besonders häufig dort der Fall sein, wo die Parteien wie selbstverständlich von bestimmten Umständen ausgehen. Verwendet keine der Vertragsparteien AGB, die auch derartige Eventualitäten regeln, gilt dispositives Gesetzesrecht.

Beispiel: Wer eine Tageszeitung kauft, trifft mit dem Verkäufer keine Vereinbarung, welche Rechtsfolge gelten soll, wenn in dieser Ausgabe der Sportteil fehlt. Der Käufer kann hier gemäß § 437 Nr. 1, 439 I die Lieferung einer mangelfreien (= kompletten) Ausgabe verlangen, ansonsten gemäß § 437 Nr. 2, 1. Alt. nach erfolgloser Fristsetzung gemäß § 323 I zurücktreten oder gemäß § 441 mindern.

- 2) Einige Vertragspunkte können durch das Gesetz jedoch nicht abstrakt geregelt werden, weil sie von derart vielen, variablen Faktoren abhängen, dass man sie nicht gesetzlich verallgemeinern kann. So kann das Gesetz weder den geschuldeten Leistungsgegenstand noch die Höhe der geschuldeten Gegenleistung festlegen.

Beispiel: Die gesetzliche Bestimmung, dass bei einem Kaufpreis von 1 Euro im Zweifel eine Tageszeitung geschuldet sein soll, wäre genauso unsinnig wie die gesetzliche Bestimmung, dass eine Tageszeitung im Zweifel 1 Euro kostet.

An dieser Stelle müssen die Vertragsparteien Leistung und Gegenleistung durch individuelle Abreden vertraglich festlegen. Gerade bei Geschäften des Alltags wird jedoch über den Preis der Ware nicht verhandelt. Haben die Parteien einen Dienst- oder Werkvertrag geschlossen, so wird gemäß den §§ 612 II, 632 II die taxmäßige Vergütung geschuldet.

Beispiel: Wer von Düsseldorf aus mit dem Taxi nach Frankfurt fährt, mag mit dem Taxifahrer bereits bei Antritt der Fahrt den Fahrpreis aushandeln. Tut er dies nicht, muss er den Preis bezahlen, den der Taxameter festsetzt.

Das gleiche gilt auch dort, wo das Gesetz keine taxmäßige Vergütung kennt. Auch hier ist der Kunde nicht bereit, die Höhe der Gegenleistung ins freie Belieben des Gläubigers zu stellen. Er will nur die übliche Gegenleistung erbringen.

Beispiel: Wer in einem Restaurant eine Flasche Wein bestellt, ohne nach dem Preis zu fragen, will die Höhe des Preises nicht der Willkür des Gastwirts überlassen, sondern nur den Preis bezahlen, der aus der Weinkarte hervorgeht.

- 3) Haben die Parteien über einen Punkt noch keine Vereinbarung getroffen, über den nach dem Willen einer Partei noch Übereinstimmung erzielt werden muss, so liegt an dieser Stelle ein offener Dissens vor: Der Vertrag ist nach der Auslegungsregel des § 154 im Zweifel noch nicht geschlossen. Dies gilt auch, wenn es sich nur um eine Nebenabrede handelt oder wenn es zur Klärung dieser Frage dispositive gesetzliche Bestimmungen gäbe. Eine Partei hatte ja ausdrücklich erklärt, dass diese Regelungen nicht gelten sollten.

Beispiel: Verkäufer Gluffke aus Hamburg bietet über eine Kleinanzeige in einem Fachjournal hochwertige, aber ausgesprochen schwergewichtige Lautsprecherboxen zum Kauf an. Wilhelm Brause aus Köln schickt dem Gluffke ein Fax, in dem er erklärt, die Boxen zu kaufen; da er die Boxen bereits mehrfach bei einem Fachhändler gehört habe, verzichte er auch darauf, sie sich bei Gluffke in Hamburg erneut anzuhören. Er selbst sehe sich aber zum Transport von Hamburg nach Köln außerstande; daher müsse über den Leistungsort noch gesprochen werden. Hier ist der Vertrag gemäß § 154 I noch nicht geschlossen, obwohl es für den Leistungsort die dispositive gesetzliche Bestimmung des § 269 gibt. Auf eine Holschuld wollte sich Wilhelm nicht ohne weiteres einlassen.

- 4) Die Möglichkeit, die Leistung nach Vertragsschluss gemäß den §§ 315 ff. zu bestimmen, setzt also voraus, dass die Parteien im (bereits wirksam zustande gekommenen!) Vertrag vereinbart haben, dass die Leistung derart nachträglich bestimmt werden soll.

I. Die Leistungsbestimmung durch eine der Vertragsparteien: §§ 315, 316

- 1) Haben die Parteien vertraglich vereinbart, dass eine Partei die Leistung nachträglich bestimmen soll, so stellt sich zunächst die Frage, welche Partei die Leistung bestimmen soll. Haben die Vertragsparteien darüber keine Vereinbarung getroffen, gilt die **Auslegungsregel des § 316**: Soll die Höhe der geschuldeten Gegenleistung bestimmt werden, so steht das Bestimmungsrecht im Zweifel dem Gläubiger der Gegenleistung zu. Wer bei Vertragsschluss nicht nach dem Preis der Leistung fragt, muss also bezahlen, was der andere verlangt.

Beispiel: Der Eigentümer E hatte den Studenten S vertraglich verpflichtet, einmal wöchentlich den Rasen des E zu mähen, wobei beide Parteien anfangs nicht über die Höhe der Vergütung gesprochen haben. Der Werkvertrag ist wirksam zustande gekommen. Da es an einer taxmäßigen Vergütung i.S.d. § 632 fehlt, hat S das Recht, die Höhe der ihm geschuldeten Gegenleistung festzusetzen.

- a) Der Leistungsvorbehalt kann die Höhe der Leistung völlig offenlassen oder sich auf die spätere Änderung der Leistung beschränken.

Beispiele:

- 1) Tagespreisklausel beim Neuwagenverkauf (BGHZ 92, 205).
- 2) Zinsänderungsklausel im Darlehensvertrag (BGHZ 97, 212).

- b) Behält sich der Gläubiger sein Leistungsbestimmungsrecht durch die Verwendung von AGB vor, so sind die Beschränkungen des AGB-Rechts zu beachten: Scheitern derartige Klauseln nicht bereits an den §§ 308 Nr. 4, 309 Nr. 1, so wird regelmäßig ein Verstoß gegen die Generalklausel des § 307 vorliegen (BGHZ 89, 206; 93, 29; 97, 212).

Beispiele:

- 1) Die Tagespreisklausel eines Autohändlers, die nicht nur Kostensteigerungen auffängt, sondern den Verkäufer pauschal berechtigt, den Listenpreis zu fordern, der bei Lieferung gilt, ist unwirksam (BGH NJW 1983, 1603). Der Käufer hat hier ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass der neue Preis unangemessen hoch ist (BGHZ 90, 69).
- 2) Auch nachträgliche Zinsänderungen durch Kreditinstitute sind nur zulässig, wenn sich der Zins ändert, zu dem sich die Kreditgeber refinanzieren (BGH NJW 1991, 832).

- 2) Die Bestimmung erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Bestimmung kann auch dann formlos erfolgen, wenn das Rechtsgeschäft an sich formbedürftig ist.
- 3) Zudem muss vermieden werden, dass der Schuldner durch das Leistungsbestimmungsrecht des Gläubigers dessen Willkür ausgesetzt ist. Daher sieht § 315 I vor, dass die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Dennoch steht dem Bestimmungsberechtigten ein gewisser Spielraum zu: Was dem billigen Ermessen entspricht, ist unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und dem in Vergleichsfällen Üblichen zu bestimmen. Ist ein Entgelt für eine erbrachte Leistung festzusetzen, kommt es auf den Wert der Leistung sowie auf die wirtschaftliche Bedeutung sowie die aufgewandte Arbeit an.

Eine Leistungsbestimmung, die nicht nach billigem Ermessen erfolgt ist, ist für den Schuldner unverbindlich. Ob der Bestimmungsberechtigte in einem derartigen Fall ein 2. Mal bestimmen darf oder ob das Bestimmungsrecht auf die Gegenseite übergeht, ist Auslegungsfrage; regelmäßig werden sich die Parteien auch beim 2. Mal nicht einigen. In diesem Fall muss die Leistungsbestimmung durch das angerufene Gericht erfolgen: Der Gläubiger der Leistung als Kläger klagt dabei nicht auf Leistungsbestimmung, sondern direkt auf Leistung, wobei das Gericht die geschuldete Leistung gemäß § 315 III 2 im Urteil festlegt. In diesem Zivilprozess trägt der zunächst Bestimmungsberechtigte die Beweislast für die Billigkeit der getroffenen Leistungsbestimmung (BGH NJW 1981, 571).

Das Gericht muss die geschuldete Leistung auch für den Fall bestimmen, dass die Leistung durch beide Parteien übereinstimmend festgelegt werden sollte, die Parteien sich aber über die Bestimmung der Leistung nicht verständigen können.

II. Die Leistungsbestimmung durch Dritte: §§ 317 – 319

- 1) Haben die Parteien vertraglich vereinbart, dass ein unabhängiger Dritter die Leistung bestimmen soll, so muss auch dessen Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen. Da hier ein Dritter entscheidet, der an der Art und Höhe der von ihm festgesetzten Leistung kein unmittelbares Eigeninteresse hat, ist das Gesetz großzügiger: Die Entscheidung des Dritten bindet die Vertragsparteien gemäß § 319 I 1 nur dann nicht, wenn sie offenbar unbillig ist. In diesem Fall muss gemäß § 319 I 2 die Leistungsbestimmung durch Urteil erfolgen.
- 2) Ist der Dritte durch arglistige Täuschung, Drohung oder einen sonstigen Willensmangel in seiner Entscheidung beeinflusst worden, so kann die dadurch benachteiligte Vertragspartei gemäß § 318 II die Leistungsbestimmung des Dritten anfechten. Das Gesetz gestattet hier ebenso wie in Fällen des § 166 I die Anfechtung einer fremden Willenserklärung: In beiden Fällen treffen den Erklärenden die Folgen seiner Erklärung nicht, so dass er möglicherweise nicht anfechten wird; also räumt das Gesetz das Anfechtungsrecht dem von der fremden Willenserklärung Betroffenen ein.

4. Teil: Die Leistungsstörungen

Vorbemerkung

Ein Schuldverhältnis ist eine rechtliche Beziehung zwischen 2 natürlichen oder juristischen Personen, bei der eine Person (= Gläubiger) das Recht hat, von der anderen Person (= Schuldner) eine Leistung zu fordern. Dem Gläubiger steht dabei ein Anspruch zu, der primär darauf gerichtet ist, die geschuldete Leistung zu erhalten. Erfüllt der Schuldner die geschuldete Pflicht, so ist der Anspruch durch Erfüllung gemäß § 362 erloschen.

Kommt der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht freiwillig nach, so kann der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch einklagen und mit dem erstrittenen Leistungsurteil in das Vermögen des Schuldners vollstrecken, den Schuldner also auf diesem Weg zur Erfüllung des Anspruchs zwingen.

Die reine Nichtleistung ist noch keine Leistungsstörung. Von einer Leistungsstörung spricht man erst, wenn sich das Schuldverhältnis inhaltlich verändert. Infolge der Veränderung des Schuldverhältnisses entstehen in der Person des Gläubigers **Sekundäransprüche**, die entweder *neben* den fortbestehenden Primäranspruch auf Erfüllung (= Schadensersatz und Erfüllung, z.B. §§ 280 I 1 / Pflichtverletzung; 280 I 1, 280 II, 286 / Verzögerungsschaden) oder *an dessen Stelle* (= Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I 1, 280 III, 281) treten. Da die Leistungsstörungen aber allesamt gemeinsam haben, dass der Schuldner die jeweilige Leistungsstörung *zu vertreten hat*, wollen wir uns zunächst einmal anschauen, was denn der Schuldner zu vertreten hat.

§ 12 Das Vertretenmüssen des Schuldners

Vorbemerkung

Bestimmte Ereignisse können die Position eines Schuldners verschlechtern. Der Schuldner haftet für den Eintritt dieser Umstände nur dann, wenn er deren Eintritt zu vertreten hat.

Beispiel: Der Mieter M ist mit dem Mietwagen in einen Verkehrsunfall geraten, bei dem der Wagen vollkommen zerstört worden ist. Die vertraglich geschuldete Rückgabe der Mietsache (§ 546 I) ist ihm dadurch nachträglich unmöglich geworden, so dass er von dem Rückgabeanspruch gemäß § 275 I frei geworden ist. Den dadurch eingetretenen Schaden des Vermieters muss der Mieter aber gemäß den §§ 280 I 1, III, 283 nur ersetzen, wenn er den Unfall zu vertreten hat.

Die §§ 276 – 278 bestimmen nun, was der Schuldner zu vertreten hat. Das Zivilrecht geht bei der Frage nach dem Vertretenmüssen in § 276 zwar vom **Verschuldensprinzip** aus, hält aber dieses Prinzip nicht strikt durch: **Verschulden und Vertretenmüssen sind daher nicht deckungsgleich.** Dies wird durch § 276 noch einmal betont: „Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist.“

Beispiel: Normalerweise haftet M auf Schadensersatz wegen der Unmöglichkeit der Rückgabe nur, wenn er den Verkehrsunfall i.S.d. § 276 verschuldet, also zumindest fahrlässig mit verursacht hat, wobei einfache Fahrlässigkeit genügen würde. Das Gesetz macht von diesem Grundsatz Ausnahmen in beide Richtungen:

- Befand sich M zur Zeit des Unfalls mit der Rückgabe des Wagens bereits in Schuldnerverzug, so hat er über Vorsatz und Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 hinaus gemäß **§ 287, 2, 1. HS** auch für Zufall einzustehen. Den zufälligen Unfall hat M zwar nicht verschuldet, aber innerhalb des Schuldnerverzugs zu vertreten!
- Befand sich der Vermieter zur Zeit des Unfalls in Annahmeverzug, so wäre M selbst dann nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er den Unfall leicht fahrlässig verursacht hätte, da der Schuldner im Annahmeverzug des Gläubigers gemäß **§ 300 I** nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. M hätte den Unfall dann zwar verschuldet, aber nicht zu vertreten!

I. Die Voraussetzungen des Verschuldens

Das Strafrecht wird von der Unterteilung in Unrecht und Schuld beherrscht: Ein Verhalten ist Unrecht, wenn es den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht und nicht durch Rechtfertigungsgründe gedeckt ist; Schuld fragt nach der persönlichen Vorwerfbarkeit.

Ähnlich ist es im Zivilrecht: Auch dort kann sich die Frage nach der Schuld erst stellen, wenn man dem Schuldner einen generellen Vorwurf daraus machen kann, bestehende Pflichten nicht erfüllt zu haben. Bevor man sich daher mit dem Verschulden befasst, muss man sich fragen, ob der Schuldner eine ihn treffende Pflicht verletzt hat, pflichtwidrig gehandelt hat.

1) Die Pflichtverletzung

a) Die Feststellung einer Pflichtverletzung fällt im Deliktsrecht relativ leicht: Hat der Schuldner eines der in § 823 I enumerativ aufgezählten Rechte bzw. Rechtsgüter oder ein sonstiges Recht verletzt oder gegen ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II verstoßen, so hat er seine Pflicht verletzt, wenn dies nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war.

b) Im Bereich bereits bestehender Schuldverhältnisse muss die Pflichtverletzung jeweils von Fall zu Fall festgestellt werden, weil die (potentiell verletzte) Pflicht sich jeweils aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis ergibt:

aa) Innerhalb vertraglich begründeter Schuldverhältnisse muss – gegebenenfalls durch Auslegung des Vertrags – ermittelt werden, wozu der Schuldner sich verpflichtet hatte. Hat er eine seiner vertraglichen Pflichten verletzt, so ist dies mit einer objektiven Pflichtwidrigkeit gleichzusetzen.

Beispiel: Leistet der Schuldner trotz einredefrei bestehender Schuld und Mahnung des Gläubigers nicht, so gerät er in Verzug. Liegen die objektiven Voraussetzungen des Verzugs vor, so gibt es keinen „Rechtfertigungsgrund“, die Leistung zu verweigern.

bb) Steht eine vorvertragliche Haftung gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 nach den Regeln der culpa in contrahendo zur Diskussion, so muss anhand des Einzelfalls ermittelt werden, welche Sorgfalts- und Aufklärungspflichten verletzt sein könnten.

Beispiel: Bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen ist jeder Verhandlungspartner verpflichtet, sorgfältig mit den Rechtsgütern des anderen umzugehen. Aufklärungspflichten können aber selbstverständlich nur dann verletzt werden, wenn sie bestehen. Dass der Verhandlungspartner zur Aufklärung über bestimmte Umstände verpflichtet war, ist aber keinesfalls selbstverständlich, sondern muss von Fall zu Fall festgestellt werden.

cc) Besteht zwischen Gläubiger und Schuldner ein gesetzliches Schuldverhältnis, so sind die Pflichten regelmäßig bereits durch das Gesetz vorgegeben.

Beispiel: So ist der Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß den §§ 681, 2; 665 – 667 kraft Gesetzes verpflichtet, über seine Geschäftsführung Auskunft zu geben, Weisungen des Geschäftsherrn zu befolgen und das durch die Geschäftsführung Erlangte an den Geschäftsherrn herauszugeben.

2) Die Verschuldensfähigkeit des Schuldners

Bevor Sie zu der Frage Stellung nehmen, ob der Schuldner im Einzelfall schuldhaft gehandelt hat, müssen Sie zunächst feststellen, ob der Schuldner überhaupt schuldfähig war. Zur Beantwortung dieser Frage verweist § 276 I 2 auf die Regeln der Deliktsfähigkeit.

- a) **§§ 827, 1; 828 I: Bewusstlose und Personen, die sich in einem Zustand befinden, in dem sie ihren Willen nicht frei bestimmen können, sind nicht schuldfähig. Das gleiche gilt für Kinder unter 7 Jahren.**

Eine Ausnahme gilt gemäß § 827, 2 für Personen, die sich durch Alkohol, Rauschgift oder ähnliche Mittel in diesen Zustand versetzt haben: Sie werden so behandelt, als ob sie fahrlässig gehandelt hätten. Es gilt hier der gleiche Gedanke, der der strafrechtlichen „actio libera in causa“ zugrunde liegt: Aufgrund der Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolgseintritt liegt das schädigende Verhalten darin, dass sich der Schädiger fahrlässig in einen Zustand versetzt hat, in dem er für sein weiteres Verhalten nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann.

- b) **§ 828 II: Kinder zwischen 7 und 10 Jahren sind für Schäden bei einem Unfall mit einem fahrenden Kraftfahrzeug oder einer Schienen- bzw. Schwebebahn nicht verantwortlich.**

- c) **§ 828 III:** Außerhalb des Straßen- oder Schienenverkehrs sind Kinder zwischen 7 und 18 Jahren dann verantwortlich, **wenn sie bei der Schadenszufügung über die zur Erkenntnis der eigenen Verantwortlichkeit erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügten.** Es gilt ein **individueller Maßstab**, so dass die Schuldfähigkeit des jugendlichen Schädigers von Fall zu Fall festgestellt werden muss: **Kriterien sind zum einen seine persönliche Einsichtsfähigkeit, zum anderen die Art der schädigenden Handlung.** Der Minderjährige ist einsichtsfähig, wenn er nach seinem Entwicklungsstand die rechtliche Verantwortlichkeit kennt und in der Lage ist, diese Kenntnis auf die schadensstiftende Handlung zu übertragen.

Bestehen über die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen Zweifel, so wird die Verschuldensfähigkeit zunächst vermutet. Dadurch trägt der minderjährige Schädiger (bzw. Geschädigte i.S.d. § 254 I) die Beweislast für fehlendes Verschulden.

Haftet der Minderjährige aufgrund fehlender Schuldfähigkeit selbst nicht, so muss er sich aber im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter über § 278 anrechnen lassen, der über § 254 II 2 auch bei der Anrechnung von Mitverschulden gilt. Ferner können Aufsichtspersonen persönlich gemäß § 832 in Anspruch genommen werden, wenn sie ihre Aufsichtspflicht verletzt haben, was gemäß § 832 zunächst widerlegbar gesetzlich vermutet wird.

- d) Alle übrigen Personen sind schuldfähig.

II. Die Formen des Verschuldens

Die generelle Verschuldensfähigkeit sagt noch nichts darüber aus, ob der Schädiger auch im Einzelfall schuldhaft gehandelt hat. Verschulden kann dabei wie auch im Strafrecht in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit vorliegen.

1) Der Vorsatz

Der Schädiger handelt vorsätzlich, wenn er den rechtswidrigen Erfolg mit Wissen und Wollen herbeiführt. Dies gilt sowohl bei der Verletzung vertraglicher Pflichten als auch bei deliktischer Schädigung.

Verletzt der Vertragspartner vorsätzlich eine vertragliche Pflicht, so muss sich sein Vorsatz nur auf die Pflichtverletzung beziehen, nicht aber auf den Schaden und dessen Verlauf. Gleiches gilt im Deliktsrecht: Auch hier genügt es, wenn der Schädiger vorsätzlich eines der in § 823 I genannten Rechte bzw. Rechtsgüter oder ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II verletzt; Art und

Ausmaß des Schadens muss er nicht vorhersehen. Eine Ausnahme gilt bei der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des § 826, wo sich der Vorsatz auch auf den Schaden erstrecken muss.

Die Vorsatzformen (*dolus directus*, *dolus eventualis*) spielen im Zivilrecht im Gegensatz zum Strafrecht keine Rolle; es genügt, dass der Täter die als möglich erkannte Rechts- oder Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt. An dieser Stelle muss jedoch ebenso wie im Strafrecht eine Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit erfolgen, wenn der Täter bei bloßer Fahrlässigkeit zivilrechtlich nicht haften würde (s.u. 2 a).

Im Strafrecht gilt die Schuldtheorie: Das Bewusstsein des Täters, unrecht zu handeln, ist Teil der Schuld. Fehlendes Unrechtsbewusstsein schließt also nicht den Vorsatz aus, sondern lässt bei Unvermeidbarkeit des Irrtums gemäß § 17, 1 StGB die Schuld des Täters entfallen. Dies ist im Strafrecht weitestgehend unstrittig (vgl. StGB AT § 27). Im Gegensatz dazu gilt im Zivilrecht immer noch die **Vorsatztheorie**: Der Schädiger handelt nur vorsätzlich, wenn er weiß, dass er etwas Rechtswidriges tut. **Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit lässt also den Vorsatz entfallen** (BGH NJW 1985, 134, 135; Palandt/Heinrichs § 276 Rz. 11 m.w.N.). Ist der Täter aber auch bei Fahrlässigkeit für den eingetretenen Schaden verantwortlich, so haftet er dennoch, wenn er den Irrtum über die Rechtswidrigkeit seines Tuns hätte vermeiden können.

2) Die Fahrlässigkeit

Fahrlässigkeit ist gemäß § 276 II die Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Fahrlässigkeit setzt dabei wie auch im Strafrecht Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts voraus.

a) Der Sorgfaltsmaßstab

- aa) Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist persönliche Vorwerfbarkeit, so dass im Strafrecht nur derjenige fahrlässig handelt, der den Erfolgseintritt auch persönlich vorhersehen konnte. Im Gegensatz zum Strafrecht gilt im Zivilrecht ein **objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab: Fahrlässig handelt derjenige, der die objektiv erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten hat; dies gilt auch dann, wenn er zur Einhaltung dieser Sorgfalt persönlich nicht in der Lage war.** Grund dieser objektiven Sichtweise ist der Vertrauensschutz: Jeder muss sich im Rechtsverkehr darauf verlassen dürfen, dass der andere über die Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihn treffender Pflichten erforderlich sind. Wer es nicht kann, muss es lassen und darf es auch nicht versprechen.
- bb) **Der Maßstab der objektiven Fahrlässigkeit wird allerdings in zwei Richtungen relativiert:**
 - (1) **Zum einen bestimmt sich das Maß der objektiv einzuhaltenden Sorgfalt nach dem Verkehrskreis, zu dem der Schädiger gehört.** Entscheidend sind Alter, Bildungsstand und Beruf. Erforderlich ist die Sorgfalt, die nach dem Urteil eines gewissenhaften und besonnenen Angehörigen des betreffenden Verkehrskreises zu beachten ist, wobei der Gesetzgeber die erforderliche Sorgfalt streckenweise bereits typisiert hat. So hat gemäß § 347 HGB der Kaufmann für die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen; gleiches gilt gemäß § 408 HGB für den Spediteur und gemäß § 429 HGB für den Frachtführer.
 - (2) **Zum anderen wird auch der objektive Sorgfaltsmaßstab dem generellen Leistungsvermögen bestimmter Personen angepasst.** Jugendliche (BGH LM § 276 Rz. 2), alte Menschen und Behinderte schulden nur die Sorgfalt, die man von Angehörigen dieser Gruppe in dieser Situation angesichts ihres Alters oder des Grades der Behinderung erwarten durfte.

cc) **AL-Klausurtyp**: Auch wenn der Schädiger in der jeweiligen Situation das Maß an Sorgfalt eingehalten hat, das man in dieser Situation angesichts seines Alters, seiner Ausbildung oder seiner Behinderung hatte erwarten dürfen, ist noch an ein mögliches **Übernahmeverschulden** zu denken: Das Verschulden kann bereits darin liegen, dass der Schädiger eine Pflicht übernimmt, deren sorgfältige Erfüllung ihn wie auch einen vergleichbaren Dritten überfordert. Wer es nicht kann, muss es lassen!

Beispiele:

- 1) Der Arzt für Allgemeinmedizin führt einen schwierigen chirurgischen Eingriff durch.
- 2) Ein 80jähriger Autofahrer reagiert bei einem Unfall aufgrund einer altersbedingt eingeschränkten Reaktionsfähigkeit zu spät.

b) **Die Formen der Fahrlässigkeit**

aa) **Bewusste Fahrlässigkeit**: Der Schädiger hat die Möglichkeit des Erfolgseintritts vorhergesehen, aber pflichtwidrig darauf vertraut, es werde schon gut gehen. An dieser Stelle muss eine Abgrenzung zum Eventualvorsatz erfolgen: Der Schädiger handelt vorsätzlich, wenn er den Eintritt des Erfolgs billigend in Kauf nimmt.

AL-Klausurtyp: Die Abgrenzung zwischen (bedingtem) Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit ist dort von Bedeutung, wo der Schädiger nur für Vorsatz haftet:

§§ 523, 524: Der Schenker haftet für Rechts- und Sachmängel der verschenkten Sache nur, wenn er diese Mängel arglistig verschwiegen hat.

§ 826: Eine deliktische Haftung für den Eintritt primärer Vermögensschäden trifft den Schädiger nur, wenn er den Eintritt des Schadens billigend in Kauf genommen hat.

§§ 138 I, 309 Nr. 7 b: Ferner ist die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit in den Fällen von Bedeutung, in denen der Schädiger in zulässiger Weise seine Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen hat; die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses muss sich bei einer individuellen Vereinbarung am Maßstab des § 138 I BGB, bei einem Haftungsausschluss durch AGB an den § 309 Nr. 7 a, b bzw. bei Kaufleuten an § 307 messen lassen (dazu Langels, BGB AT § 25 II 1, 3). Schließlich kann das Maß an Verschulden bei mehreren Schädigern in analoger Anwendung des § 254 den Verteilungsmaßstab unter Gesamtschuldern i.S.d. § 426 I beeinflussen (dazu Langels, Schuldrecht AT 2 § 41 I 4 a).

bb) **Unbewusste Fahrlässigkeit**: Der Schädiger hat die Möglichkeit des Erfolgseintritts nicht erkannt, hätte diese Möglichkeit aber bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt erkennen können.

c) **Der Grad der Fahrlässigkeit**

aa) **Leichte Fahrlässigkeit** ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

bb) **Grobe Fahrlässigkeit** liegt vor, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maß verletzt hat, wobei grobe Fahrlässigkeit auch eine subjektive Komponente hat: **Grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit weit übersteigt.** Der Schädiger hat das missachtet, was in dieser Situation jedem und daher auch ihm persönlich hätte einleuchten müssen (BGHZ 119, 147, 149; 10, 14, 16).

AL-Klausurtyp: Die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit spielt im Zivilrecht eine große Rolle:

- (1) **Haftungsmilderung:** Der Schuldner haftet in bestimmten Situationen nur für grobe Fahrlässigkeit: §§ 300 I (Annahmeverzug), 521 (Schenker), 599 (Verleiher), 680 (Notgeschäftsführer).
- (2) **Haftungsausschluss:** Gemäß § 309 Nr. 7 b ist ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung für Schäden, die auf grober Fahrlässigkeit des Verwenders der AGB oder eines Erfüllungsgehilfen beruhen, ausgeschlossen. Dieses Freizeichnungsverbot gilt über § 307 regelmäßig auch unter Kaufleuten.

Nach § 61 VVG muss der Versicherer den entstandenen Schaden nicht ersetzen, wenn der Versicherungsnehmer oder sein Repräsentant ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat.

Gemäß § 442 I 2 ist der Gewährleistungsanspruch des Käufers bei mangelhafter Kaufsache nicht entstanden, wenn der Käufer den Mangel grob fahrlässig verkannt hat.

- (3) **Kein gutgläubiger Erwerb:** Gemäß § 932 II ist ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Nichtberechtigung des Verfügenden grob fahrlässig verkannt hat.
 - (4) **Haftungsverschärfung:** Der unrechtmäßige Besitzer (§ 990 I 1) bzw. der Erbschaftsbesitzer (§ 2024) ist bösgläubig, wenn er weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, dass er nicht zum Besitz berechtigt bzw. nicht Erbe ist. Der bösgläubige Besitzer haftet in verschärftem Maß:
 - Er muss über die §§ 990 I 1, 987 I alle gezogenen Nutzungen sowie über die §§ 990 I 1, 987 II auch die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen herausgeben bzw. in Geld ersetzen. Dies gilt auch für den bösgläubigen Erbschaftsbesitzer über die §§ 2024, 1; 2023 II, die auf § 987 verweisen.
 - Der bösgläubige Besitzer haftet gemäß den §§ 990 I 1, 989 auch auf Schadensersatz, wobei hier nach h.M. ein **weiter Verschuldensbegriff** gilt, der über den des § 276 hinausgeht: Verschulden ist jedes zurechenbare freiwillige Verhalten, das nach Eintritt der Vindikationslage zur Beschädigung der Sache führt (dazu Langels, Sachenrecht I § 18 III 2). Gleiches gilt für den bösgläubigen Erbschaftsbesitzer über die §§ 2024, 1; 2023, 989.
- cc) **Eigenübliche Sorgfalt: § 277**

In bestimmten Fällen haftet der Schuldner nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (= *diligentia quam in suis*).

Beispiele: §§ 690 (unentgeltlicher Verwahrer), 708 (Gesellschafter gegenüber Mitgesellschaftern), 1359 (Ehegatten untereinander), 1664 (Eltern bei Verletzung der elterlichen Sorge gegenüber ihren Kindern), 2131 (Vorerbe / Nacherbe).

Abweichend vom objektiven Sorgfaltsmaßstab der einfachen Fahrlässigkeit des § 276 wird hier auf die Person des Schädigers und dessen übliches Verhalten abgestellt. Dabei muss man aber unterscheiden:

- Ist der Schuldner in eigenen Angelegenheiten überdurchschnittlich sorgfältig, so soll ihm diese persönliche Sorgfalt hier nicht zum Nachteil gereichen, da § 277 die Haftung des Schuldners nicht *verschärfen*, sondern *mildern* will. Der Schuldner haftet daher nur für die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt.
- Ist der Schuldner in eigenen Angelegenheiten nachlässig, so haftet er gemäß § 277 auch dann nicht, wenn er bei der Schadenszufügung die objektiv erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten hat. Die Haftung beginnt in derartigen Fällen erst bei grober Fahrlässigkeit.

Der Sinn des § 277 besteht darin, unentgeltliche Verwahrer, Ehegatten und Eltern nicht zu besonderer Sorgfalt zu zwingen, wenn sie mit fremden Rechtsgütern in Berührung gelangen: Der Grund des Haftungsprivilegs liegt bei der unentgeltlichen Verwahrung im Fehlen einer Gegenleistung, in der Beziehung der Ehegatten untereinander und der Eltern zu ihren Kindern in der besonderen persönlichen Verbundenheit sowie der Häufigkeit, in der jeder mit den Rechtsgütern des anderen in Berührung kommt.

Die o.g. Haftungsprivilegien gelten aber in Form einer teleologischen Reduktion nicht bei der Teilnahme am Straßenverkehr, wenn der Schuldner am Steuer eines Pkw sitzt, weil man hier den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab nicht zwischen den anderen Verkehrsteilnehmern einerseits und den Ehegatten und Kindern als Beifahrer andererseits auseinandertrennen kann (vgl. OLG Bamberg, NJW 2012, 1820 sowie Langel, Schuldrecht AT 2 § 41 I 6 b). Vor allem soll verhindert werden, dass von der Haftungsprivilegierung zugunsten des Schuldners dessen Haftpflichtversicherung profitiert, die in Form eines gesetzlichen Schuldbeitritts gemäß § 115 VVG der Schuld des Fahrers beitrifft.

III. Die Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278

Vorbemerkung

Ist der Schuldner im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses zu einer Leistung verpflichtet, so hat er für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen ebenso einzustehen, als wenn er selbst gehandelt hätte. Da ihm das Verschulden der Hilfsperson wie eigenes Verschulden zugerechnet wird, kann er sich – im Gegensatz zur Haftung des Geschäftsherrn für das Verhalten eines Verrichtungsgehilfen, bei dem das Auswahlverschulden des Geschäftsherrn vermutet wird – auch nicht exkulpieren. Diese Zurechnung von Fremdverschulden lässt sich wie folgt rechtfertigen:

Der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Schuldner kann aus eigener Kraft entweder gar keine (§§ 104, 105 I) oder nur die Willenserklärungen abgeben, die für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft sind (§ 107). Ist er also auf die Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters angewiesen, so soll er sich dessen Verhalten auch als eigenes zurechnen lassen. Dieser Gedanke liegt auch der Zurechnungsnorm des § 31 zugrunde: Erlangt die juristische Person ihre Handlungsfähigkeit erst durch ihre Organe, so muss sie sich deren Verhalten als eigenes Verhalten zurechnen lassen, ohne sich in irgendeiner Form entlasten zu können.

Ist der geschäftsfähige Schuldner zur Erbringung einer höchstpersönlichen Leistung verpflichtet, darf er die Erfüllung dieser Pflicht nicht auf Dritte übertragen; tut er es dennoch, so liegt darin bereits eine Pflichtverletzung i.S.d. § 276, so dass es der Anwendung des § 278 nicht mehr bedarf. Hat der Schuldner die geschuldete Leistung nicht persönlich zu erbringen, so hat er das Recht, Dritte in die Erfüllung seiner Pflichten einzuschalten. Den Vorteil der Arbeitsteilung erkaufte er sich aber durch

§ 278: Selbst wenn ihn persönlich weder bei der Auswahl noch bei der Überwachung der Hilfsperson ein Verschulden i.S.d. § 276 trifft, muss er sich das Verschulden seiner Hilfsperson als eigenes zurechnen lassen. Die Zurechnungsnorm des § 278 will verhindern, dass sich der Schuldner in ungerechtfertigter Weise seiner Haftung entzieht:

- Hat er seine Hilfsperson gut ausgewählt und überwacht, so träfe ihn kein persönlicher Vorwurf i.S.d. § 276, so dass er vertraglich nicht haften würde. Einer deliktischen Haftung könnte er durch den Exkulpationsnachweis des § 831 I 2 entgehen.
- Auch die Hilfsperson würde im vertraglichen Bereich nicht haften, da sie nicht Vertragspartner ist; der Gläubiger bliebe also auf deliktische Ansprüche gegen die handelnde Hilfsperson beschränkt. Dadurch würde er zum einen das Insolvenzrisiko der Hilfsperson tragen, also einer Person, die man ihm regelrecht aufgedrängt und die er sich nicht selbst ausgesucht hat. Gleichzeitig würde die Beschränkung auf deliktische Ansprüche Lücken im Bereich primärer Vermögensschäden eröffnen, die durch die Anwendung der §§ 823 ff. entstehen.

1) Die Voraussetzungen des § 278

a) Das Schuldverhältnis

Die Anwendung des § 278 setzt zunächst voraus, dass bereits zur Zeit der schädigenden Handlung ein Schuldverhältnis zwischen dem geschädigten Gläubiger und dem in Anspruch genommenen Schuldner bestand. Dadurch unterscheidet sich § 278 von der Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 I, da es sich bei § 831 I um ein allgemeines Schädigungsverbot handelt, das auch außerhalb bestehender Schuldverhältnisse greift.

Die rechtliche Natur des Schuldverhältnisses spielt keine Rolle. Es kann sich um ein vertragliches, vorvertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis handeln.

Beispiele:

- 1) Kippt der Malergeselle während der Arbeit einen Farbeimer um, so haftet der Werkunternehmer für den entstandenen Schaden gemäß § 280 I 1, weil er sich das Verschulden des Gesellen über § 278 als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss.
- 2) Wird der Kunde beim Betreten eines Kaufhauses von einer herabstürzenden Linoleumrolle verletzt, die ein Angestellter schuldhaft schlecht gesichert hat, so haftet der Unternehmer gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, weil ihm das Verschulden seiner Angestellten über § 278 zugerechnet wird.
- 3) Übergibt der bösgläubige unrechtmäßige Besitzer die Sache seinem Freund, der die Sache beschädigt, so haftet der bösgläubige Besitzer gegenüber dem Eigentümer gemäß den §§ 989, 990 I (278) auf Schadensersatz.

Auf rein tatsächliche Gemeinschaftsverhältnisse ohne bestehende Pflichten der Beteiligten untereinander findet § 278 keine Anwendung.

Beispiele:

- 1) Der Vermieter haftet gegenüber dem einen Mieter nicht für Schäden, die durch das Fehlverhalten eines anderen Mieters entstanden sind.
- 2) Auch auf das nachbarrechtliche Verhältnis zweier Nachbarn zueinander findet § 278 keine Anwendung, so dass der Nachbar nicht nach § 278 für die Personen haftet, die er auf seinem Grundstück beschäftigt. Das nachbarrechtliche Verhältnis weist als Inhaltsbestimmung des Eigentums nur auf die Pflichten hin, die sich aus dem Nebeneinander der Beteiligten ergeben, ohne jedoch gesonderte Pflichten zu begründen (BGH NJW 1977, 375).

b) Der Erfüllungsgehilfe / gesetzliche Vertreter

aa) **Erfüllungsgehilfe ist jeder, der mit Wissen und Wollen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig ist** (BGH NJW 2011, 139; Palandt/Grüneberg § 278 Rz. 7; MünchKomm/Hanau § 278 Rz. 12).

(1) **Die Eigenschaft des Dritten als Erfüllungsgehilfe hängt nicht davon ab, ob zwischen ihm und dem Schuldner ein eigenes Schuldverhältnis besteht.** Es ist auch derjenige Erfüllungsgehilfe eines anderen, der nur gefälligkeitshalber für ihn tätig wird, ohne dazu verpflichtet zu sein. Daher ist es für die Anwendung des § 278 auch ohne Bedeutung, dass sich ein zwischen der Hilfsperson und dem Schuldner vermeintlich bestehendes Schuldverhältnis nachträglich als nichtig erweist.

(2) **Auch die soziale Stellung des Erfüllungsgehilfen spielt keine Rolle.** Im Gegensatz zur Person des Verrichtungsgehilfen ist es nicht erforderlich, dass der Erfüllungsgehilfe den Weisungen des Schuldners unterworfen ist; andererseits gilt § 278 auch dann, wenn der Erfüllungsgehilfe von den Weisungen des Schuldners abgewichen ist. Auch kann derjenige Hilfsperson sein, dessen Tätigkeit der Schuldner mangels eigener Sachkenntnis weder kontrollieren noch dirigieren kann (z.B. Anwalt / Mandant). Auch auf das Bestehen von Vertretungsmacht kommt es nicht an.

(3) **Erfüllungsgehilfe ist aber nur, wer im Pflichtenkreis des Schuldners tätig wird** (BGH NJW 2013, 2015). Die Anwendung des § 278 setzt voraus, dass die Hilfsperson etwas getan hat, was ansonsten der Schuldner hätte selbst tun müssen, juristisch erklärt: Der Erfüllungsgehilfe muss im Rahmen der den Schuldner treffenden Leistungs- und Sorgfaltspflichten tätig geworden sein. Wer nur seine *eigene* Pflicht verletzt, ist kein Erfüllungsgehilfe.

(a) Erfüllungsgehilfe ist auf jeden Fall, wer in die geschuldete **Leistungshandlung** eingeschaltet ist.

Beispiel: Der Malergeselle, der für den Werkunternehmer die Wände streicht, ist dessen Erfüllungsgehilfe.

(b) Schwieriger wird es bei der Verletzung von **Sorgfalts- und Schutzpflichten**. So ist der Mieter zwar verpflichtet, sorgfältig mit der Mietwohnung umzugehen; bedeutet dies aber gleichzeitig, dass er auch für das Verhalten seiner Besucher haftet?

Die h.M. (MünchKomm/Hanau § 276 Rz. 17 m.w.N.) bejaht diese Frage. **Erfüllungsgehilfe ist jeder, der im Einverständnis des Mieters mit der Sache in Berührung kommt:** Familienangehörige und Gäste, Kunden, Lieferanten und Handwerker. Ebenso genügt es für die Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer, dass der Besitzer die Sache einem Dritten überlässt. Für das Verhalten seines Untermieters muss der Hauptmieter ohnehin gemäß § 540 II eintreten.

AL-Klausurtyp: Daraus lässt sich folgende **Regel** ableiten: **Der Schuldner haftet im Rahmen bestehender Sorgfaltspflichten für das Verhalten eines jeden, dem er die Möglichkeit gibt, auf die Rechtsgüter des Gläubigers einzuwirken.**

(c) Ebenso schwierig zu beantworten ist die Frage, ob der Schuldner auch für die Personen über § 278 soll eintreten müssen, die **im Vorfeld der vom Schuldner geschuldeten Leistung** tätig werden. Muss z.B. der Verkäufer für das schuldhaftes Verhalten seines Lieferanten gegenüber dem Käufer eintreten?

Hier lehnt die h.M. (BGH NJW 2009, 2674 m.w.N.) die Anwendung des § 278 ab. Der Hersteller ist kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, sondern erfüllt ausschließlich seine eigene Lieferpflicht. Hier fehlt es zudem am Schutzzweck der Norm des § 278, der auf dem Gedanken der Arbeitsteilung beruht: § 278 setzt voraus, dass der Erfüllungsgehilfe etwas tut, was ansonsten der Schuldner tun müsste; der Schuldner ist aber zur Herstellung der Kaufsache weder verpflichtet noch kann er den Herstellungsvorgang beeinflussen. Der Käufer bleibt daher bei schuldhaftem Verhalten des Herstellers darauf angewiesen, gegen den Hersteller selbst nach den Regeln der Produkthaftung (§ 1 I 1 ProdHaftG) und der Produzentenhaftung (§ 823 I) vorzugehen.

Dies ändert sich jedoch, wenn er auf Weisung des Verkäufers die Ware als dessen Geheißperson an den Käufer ausliefert: Für Pflichtverletzungen des Herstellers in diesem Zusammenhang muss der Verkäufer über § 278 einstehen (BGHZ 13, 111; WM 1987, 1121).

Weitere Beispiele:

- 1) Beim **Versendungskauf** gemäß § 447 ist der Spediteur nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, da der Verkäufer nur die *Besorgung*, nicht aber die *Durchführung* des Transports schuldet.
- 2) Der **Leasingnehmer** ist Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers im Hinblick auf dessen Abnahmepflicht, wenn die Abnahme dem Leasingnehmer übertragen wurde (BGH DB 1984, 1341). Der Lieferant ist Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, wenn er an dessen Stelle mit dem Leasingnehmer über den Abschluss eines Leasingvertrags verhandelt (BGHZ 95, 170).
- 3) Da der **Werkunternehmer** die mangelfreie Herstellung eines Werks schuldet, haftet der Werkunternehmer für Lieferanten und Subunternehmer nach § 278 (BGH NJW 1973, 2439, 2440; 1978, 1157). Der Werkunternehmer haftet aber nicht für Fehler an hinzugekauftem Material (BGH NJW 1978, 1157).
- 4) Der **Architekt** haftet gegenüber dem Bauherrn für Fehler der von ihm beauftragten Handwerker nur, soweit er durch das Versprechen von schlüsselfertiger Herstellung des Bauwerks eine entsprechende Verpflichtung übernommen hat.

Problem 1: Der Gehilfe des Erfüllungsgehilfen ist Erfüllungsgehilfe des Schuldners.

Zieht der Erfüllungsgehilfe des Schuldners seinerseits eine Hilfsperson hinzu, so haftet der Schuldner auch für diese Hilfsperson über § 278, wenn er mit der Einschaltung eines weiteren Gehilfen einverstanden war (BGH NJW 1983, 448), was auch konkludent geschehen kann.

Beispiel: Schuldet der Mieter dem Vermieter die Renovierung der Mietwohnung bei Auszug, so ist er diesbezüglich Schuldner. Lässt er die Wohnung durch einen Malermeister streichen, der seinerseits einen Gesellen einschaltet, so ist der Geselle im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ein Erfüllungsgehilfe des Mieters, obwohl der Mieter den Gesellen nicht persönlich eingeschaltet hat.

War der Schuldner damit nicht einverstanden, so muss er für das Verhalten dieser Hilfsperson nicht über § 278 einstehen. Er haftet aber dennoch, wenn sich das Hinzuziehen der Hilfsperson als schuldhaftes Verhalten des Erfüllungsgehilfen gegenüber dem Gläubiger erweist (Palandt/Heinrichs § 276 Rz. 9).

Problem 2: Die Substitution: §§ 664 I 2, 691, 713, 2218

Anders liegen die Dinge, wenn es dem Schuldner gestattet ist, seine eigene Leistungspflicht derart auf Dritte zu übertragen, dass er im Anschluss nur noch in Form einer culpa in eligendo für die sorgfältige Auswahl des Substituten haftet; für das Verschulden des Substituten muss er nicht nach § 278 einstehen (BGH NJW 1993, 1704, 1705).

Da § 675 nicht auf § 664 I 2 verweist, ist eine vollständige Substitution bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung nicht möglich. Hier haftet der Schuldner für das Verhalten von ihm eingeschalteter Hilfspersonen über § 278.

bb) **Der gesetzliche Vertreter**

- (1) **Gesetzlicher Vertreter ist, wer kraft Gesetzes befugt ist, andere rechtsgeschäftlich zu verpflichten.** Darunter fallen die Eltern (§§ 1626 ff.), der Vormund (§§ 1793 ff.), der Betreuer (§§ 1902 ff.), der Pfleger (§ 1909) sowie der Ehegatte, der über § 1357 oder als Verwalter des Gesamtguts gemäß § 1422 mit Wirkung für und gegen den anderen Ehegatten handeln kann. Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger und Insolvenzverwalter sind zwar keine Vertreter der Erben bzw. des Gemeinschuldners, weil sie nicht in deren Namen, sondern im eigenen Namen handeln, doch gilt hier § 278 entsprechend, soweit sie das ihnen anvertraute Sondervermögen verwalten.
- (2) **Organe** juristischer und quasijuristischer Personen (GbR, OHG, KG, Partnerschaft) sind keine gesetzlichen Vertreter der juristischen Person, sondern deren Organe; für sie gilt nicht § 278, sondern § 31: **Sowohl im vertraglichen als auch im deliktischen Bereich muss sich die jeweilige juristische Person über § 31 das Verschulden des Organs als eigenes Verhalten zurechnen lassen.** Der Unterschied zwischen einer Zurechnung über § 31 und einer Zurechnung über § 278 besteht nur darin, dass die juristische Person die Haftung für vorsätzliches Verhalten des Organs gemäß § 276 II – im Gegensatz zu § 278, 2 – nicht ausschließen kann.

c) **Der Erfüllungsgehilfe muss die Pflichtverletzung in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben begangen haben** (BGH NJW 2001, 3190; BGHZ 114, 263, 270; MünchKomm/Hanau § 278 Rz. 31; Palandt/Grüneberg § 278 Rz. 18 m.w.N.).

- aa) Der Schuldner soll über § 278 für die Verletzung einer Pflicht verantwortlich gemacht werden, die er selbst hätte erfüllen müssen, deren Erfüllung er jedoch in fremde Hände gelegt hat. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Erfüllungsgehilfe die Pflicht in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben verletzt hat, ist daher auf die Person des Schuldners abzustellen: **Das Verhalten des Erfüllungsgehilfen müsste sich als Pflichtverletzung des Schuldners darstellen, wenn dieser anstelle des Gehilfen dasselbe getan hätte.**
- bb) Dies allein genügt aber für eine Zurechnung über § 278 noch nicht. Wie bereits das Merkmal „*in Erfüllung* der ihm übertragenen Verbindlichkeit“ zeigt, muss es einen **inneren Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und der Tätigkeit** geben, die der Schuldner der Hilfsperson übertragen hat (BGH NJW 1985, 914, 915). Der innere Zusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass der Erfüllungsgehilfe vorsätzlich handelt, eine Straftat begeht (BGH WM 2012, 837) oder von einer Weisung des Schuldners abweicht. Es genügt aber nicht, dass der Erfüllungsgehilfe nur *bei Gelegenheit* der ihm übertragenen Aufgabe eine Pflicht verletzt hat.

Der BGH führt dazu aus: „Der Schuldner muss für das Verhalten seiner Hilfsperson nicht mehr einstehen, wenn sich deren Pflichtverletzung so weit von der ihr übertragenen Aufgabe entfernt, dass aus Sicht eines objektiven Beobachters kein innerer Zusammenhang mehr mit der ihr übertragenen Aufgabe zu erkennen ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Gehilfe rein zufällig mit den Rechtsgütern des Gläubigers in einer Weise in Berührung kommt, die ihm lediglich die Gelegenheit gibt, wie ein unbeteiligter Dritter eine unerlaubte Handlung zu begehen, die von der ihr übertragenen Aufgabe völlig losgelöst ist.“

Medicus (§ 30 III 1 d) will die durch den inneren Zusammenhang erfolgte Einschränkung des § 278 relativieren. Nach seiner Ansicht soll § 278 für alle Pflichtverletzungen des Erfüllungsgehilfen gelten, die dem Gehilfen durch die übertragene Tätigkeit erheblich erleichtert worden sind. Dies soll etwa für den Diebstahl von Gegenständen in der Wohnung des Gläubigers gelten, wenn der Erfüllungsgehilfe nur durch die ihm übertragene Tätigkeit einen Zugang zu dieser Wohnung erlangt hat.

Legt man den Begriff „in Erfüllung der ihm übertragenen Verbindlichkeit“ allerdings so weit aus, so bleibt von der dadurch beabsichtigten Einschränkung kaum noch etwas übrig. So soll es auch nach dem OLG Hamburg (MDR 1977, 752) an einem inneren Zusammenhang fehlen, wenn der mit einer Reparatur beauftragte Arbeitnehmer während der Arbeit stiehlt. Für einen Diebstahl des Erfüllungsgehilfen muss der Geschäftsherr nur dann über § 278 einstehen, wenn er den Gehilfen mit der Bewachung oder Verwahrung des Gegenstandes beauftragt hat, also nicht, wenn er dem Erfüllungsgehilfen nur die rein tatsächliche Möglichkeit zur Begehung einer Straftat verschafft hat.

d) **Die Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen muss schuldhaft sein.**

aa) **Die Schuldfähigkeit**

Der Vorwurf, schuldhaft gehandelt haben, setzt zunächst Schuldfähigkeit voraus. Handelt der gesetzliche Vertreter, so kommt es für die Frage der Schuldfähigkeit nur auf die Person des gesetzlichen Vertreters an. Handelt ein Erfüllungsgehilfe, so ist umstritten, ob bei der Frage nach der Schuldfähigkeit auf die Person des Erfüllungsgehilfen oder auf die des Schuldners abzustellen ist.

- (1) Nach einer Ansicht (MünchKomm/Hanau § 278 Rz. 35; Palandt/Grüneberg § 278 Rz. 27; Staudinger/Löwisch § 278 Rz. 28 m.w.N.) muss die Hilfsperson schuldfähig sein. Ist der Erfüllungsgehilfe nicht schuldfähig, kommt eine Zurechnung über § 278 nicht in Betracht, doch kann in der Einschaltung eines nicht Schuldfähigen ein Auswahlverschulden des Schuldners persönlich liegen, wenn die fehlende Schuldfähigkeit der Hilfsperson erkennbar war.
- (2) Nach anderer Auffassung (Larenz I § 20 VIII; Kupisch JuS 1983, 817, 821; Esser/Schmidt § 27 I 3 c m.w.N.) muss bei der Frage der Schuldfähigkeit ebenso wie beim Verschuldensgrad und beim Sorgfaltsmaßstab auf die Person des Schuldners abgestellt werden.

bb) **Der Grad des Verschuldens**

Obwohl § 278 vom Verschulden der Hilfsperson spricht, bestimmt sich der Grad des Verschuldens nach der Person des Schuldners: Der Schuldner haftet bei der Zurechnung von Fremdverschulden über § 278 für den Grad des Verschuldens, für den er selbst einzustehen hätte. Haftet der Schuldner – wie regelmäßig nach § 276 – für Vorsatz und jede Form von Fahrlässigkeit, so gilt dies auch für die Hilfsperson. Andererseits gelten vertraglich vereinbarte oder gesetzliche Haftungsmilderungen auch dann, wenn der Schuldner eine Hilfsperson einschaltet.

Beispiel: Der in eigenen Angelegenheiten sorglose unentgeltliche Verwahrer V händigt die verwahrte Sache seiner Frau aus, die die Sache aufgrund leichter Fahrlässigkeit fallen lässt. V haftet für das Verschulden seiner Frau nicht, da auch er selbst gemäß § 690 nur für grobe Fahrlässigkeit und eigenübliche Sorgfalt einstehen muss.

cc) **Der Sorgfaltsmaßstab**

Auch bei der Frage nach dem anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab ist auf die Person des Schuldners abzustellen (BGHZ 31, 367). Dies gilt auch dann, wenn die Hilfsperson zur Einhaltung einer derartigen Sorgfalt mangels entsprechender Kenntnisse oder Erfahrung persönlich nicht in der Lage ist. Wenn der Schuldner nicht über entsprechend qualifiziertes Personal verfügt, muss er komplizierte Aufgaben eben selbst erledigen oder von derartigen Verpflichtungen Abstand nehmen. Nimmt aber der Erfüllungsgehilfe als Fachmann in

besonderer Weise Vertrauen für sich in Anspruch, so gilt der für ihn als Fachmann maßgebliche höhere Sorgfaltsstandard (BGH BB 1991, 1372).

2) Die Rechtsfolgen des § 278

Das Verschulden des Erfüllungsgehilfen bzw. des gesetzlichen Vertreters wird dem Schuldner wie eigenes Verschulden zugerechnet. Er haftet also in gleicher Weise, als ob er die schädigende Handlung selbst vorgenommen hätte.

Die Haftung besteht auch bei Anwendung des § 278 nur gegenüber demjenigen, der Partner des Schuldverhältnisses ist, sowie gegenüber denjenigen, die in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses miteinbezogen sind. Dritten gegenüber haftet der Schuldner für eine schädigende Handlung seiner Hilfsperson nur gemäß § 831 I 1, kann sich hier aber – im Gegensatz zu § 278 – dadurch exkulpieren, dass er entweder nachweist, den Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgesucht und überwacht zu haben oder durch den Nachweis, dass auch bei sorgfältiger Auswahl bzw. Überwachung derselbe Schaden eingetreten wäre.

Die Hilfsperson selbst haftet dem geschädigten Gläubiger grundsätzlich nur nach deliktischen Regeln der §§ 823 ff., da sie selbst nicht Vertragspartei ist.

Eine **Ausnahme** werden wir im Rahmen der „culpa in contrahendo“ gemäß den §§ 311 II, III, 280 I 1 bei der Eigenhaftung des Vertreters kennenlernen: Hier haftet gemäß **§ 311 III** auch der Sachwalter, der nicht Vertragspartei werden wird, wenn er ein überdurchschnittlich großes Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat, das dem Interesse des eigentlichen Vertragspartners, für den er verhandelt, mindestens gleichwertig ist. Die Hilfsperson haftet ebenfalls, wenn sie für sich selbst ein übermäßiges persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt, das weit über das normale Vertrauen hinausgeht, das man jedem Verhandlungspartner entgegenbringt.

3) Der Haftungsausschluss

Der Schuldner kann die Haftung für vorsätzliches Verhalten des Erfüllungsgehilfen vertraglich ausschließen. Soll die Haftung für ein Verhalten der Hilfsperson durch AGB beschränkt oder ausgeschlossen werden, so ist an **§ 309 Nr. 7 b** zu denken: Der formularmäßige Ausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Hilfsperson ist unzulässig. Ein derartiger Haftungsausschluss kann also nur durch individuelle Vereinbarung erfolgen, muss sich dann aber am Maßstab der Sittenwidrigkeit des **§ 138 I** messen lassen. Sittenwidrig ist ein derartiger Haftungsausschluss insbesondere dann, wenn der Gläubiger aufgrund des Wesens der geschuldeten Leistung auf eine besondere Sorgfalt des Schuldners und dessen Hilfspersonen angewiesen ist (vgl. dazu Langels, BGB AT 2 § 25 II 1 g).

§ 13 Die Leistungsgefahr: § 275

Vorbemerkung

1) Die Formen der Unmöglichkeit

Wir hatten den Begriff des Schuldverhältnisses so definiert, dass der Gläubiger das Recht hat, von einem Schuldner eine Leistung zu fordern. In vielen Fällen ist aber der Schuldner nicht in der Lage, die Leistung zu erbringen.

Beispiel: Verkäufer V verkauft an Käufer K eine Taucheruhr im Wert von 5.000 Euro für 4.000 Euro. Zwischen Abschluss des Kaufvertrages und der Übereignung an K passiert folgendes:

- a) **Tatsächliche Unmöglichkeit:** Die Uhr wird bei einem von V unverschuldeten Motorradunfall vollkommen zerstört. Hier spricht man von einer tatsächlichen Unmöglichkeit, da die geschuldete Leistung aus rein tatsächlichen Gründen nicht mehr erbracht werden kann.
- b) **Rechtliche Unmöglichkeit:** V hatte die Uhr als ein durch Testament eingesetzter Scheinerbe an seinen Bruder K verkauft. Nach Abschluss des Kaufvertrags findet sich ein jüngeres Testament (§ 2258), das ausgerechnet den K zum Alleinerben einsetzt. Der Verkäufer müsste daher aufgrund des Kaufvertrags dem Käufer das Eigentum an einer Sache verschaffen, die dem Käufer bereits seit dem Erbfall gehörte.
- c) **Praktische Unmöglichkeit:** Der Verkäufer hat die bereits verkaufte, aber noch nicht übergebene Taucheruhr beim Surfen auf dem Bodensee verloren. Zwar könnte die Uhr durch Taucher gesucht und geborgen werden, doch wäre dies mit Kosten verbunden, die kein vernünftiger Mensch auf sich nehmen würde.
Die Leistung ist hier also im Gegensatz zur tatsächlichen und rechtlichen Unmöglichkeit zwar theoretisch noch möglich, aber mit einem wirtschaftlichen Aufwand verbunden, den niemand betreiben würde und den auch der Schuldner der Leistung nicht schuldet, weil dem Schuldner eine derartige finanzielle Anstrengung nicht zugemutet werden kann. Die Leistung ist nur *theoretisch* möglich, *praktisch* jedoch unmöglich.

2) Die Problemstellung

In all diesen Fällen stellen sich folgende Fragen:

- a) **Ist der auf die Leistung gerichtete Vertrag überhaupt wirksam, wenn bereits bei Vertragsabschluss feststand, dass die Leistung entweder i.S.d. § 275 I rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder i.S.d. § 275 II mit unzumutbarem Aufwand verbunden sein würde?**

Diese Frage beantwortet uns § 311 a I: Der Vertrag ist in jedem Fall wirksam. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag auf eine von Anfang an objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist. Der Schuldner wird also durch § 275 I, II nur von seiner Erfüllungspflicht frei.

- b) **Was passiert mit dem Erfüllungsanspruch: Geht der Anspruch automatisch unter oder gibt man dem Schuldner nur eine Einrede, also ein Leistungsverweigerungsrecht, das er aber erst noch geltend machen muss?**

Diese Frage beantwortet uns **§ 275**:

aa) In Fällen der tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit ist der Erfüllungsanspruch gemäß **§ 275 I** bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen. § 275 I ist also eine **Einwendung**, keine Einrede.

Ausführlich dazu unten § 15 I.

bb) Ist die Leistung theoretisch noch möglich, aber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, gilt **§ 275 II**: Der Schuldner kann die Leistung verweigern, muss sich dann aber auf die **Einrede** des § 275 II berufen.

Ausführlich dazu unten § 15 II.

c) **Welche Ansprüche stehen dem Gläubiger zu, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit entweder bereits bei Vertragschluss kannte/hätte kennen können oder die Unmöglichkeit nachträglich verschuldet hat?**

Hier müssen wir zwischen einer anfänglichen und einer nachträglichen Unmöglichkeit unterscheiden:

aa) **Anfängliche Unmöglichkeit / § 311 a II 1: Wenn der Schuldner die anfängliche Unmöglichkeit seiner Leistung kannte oder hätte erkennen können, gilt § 311 a II 1: Der Schuldner muss nach Wahl des Gläubigers entweder gemäß § 311 a II 1 Schadensersatz in Geld statt der Leistung erbringen oder dem Gläubiger gemäß § 284 dessen nutzlose Aufwendungen ersetzen. Unabhängig davon muss er dem Gläubiger gemäß § 285 I das stellvertretende commodum herausgeben, das er als Ersatz für die Unmöglichkeit der Leistung erlangt hat.**

bb) **Nachträgliche Unmöglichkeit: §§ 280 I 1, III; 283: Hat der Schuldner die Unmöglichkeit nach Vertragsschluss verschuldet, so gelten die §§ 280 I 1, III, 283: Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung in Geld oder gemäß § 284 Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen verlangen.**

d) **Übrig bleiben die Fälle, in denen der Gläubiger nicht weiß, warum der Schuldner nicht leistet. Kann hier der Gläubiger von sich aus für Klarheit sorgen und von seinem Erfüllungsanspruch auf einen Schadensersatzanspruch umsteigen?**

Diese Frage klären die §§ 280 I 1, III, 281: Der Gläubiger kann dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung setzen und nach erfolglosem Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Kommen wir nun zum Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275: Wie oben bereits erwähnt, müssen wir zwischen der tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I und der praktischen Unmöglichkeit des § 275 II unterscheiden:

I. Die tatsächliche / rechtliche Unmöglichkeit gemäß § 275 I

Gemäß § 275 I ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, soweit die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. § 275 I ist eine **Einwendung**: Der Erfüllungsanspruch ist auch dann ausgeschlossen, wenn sich der Schuldner nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft.

1) Beachten Sie bei der Prüfung des § 275 I die folgenden Regeln:

- a) **Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers ist auch dann gemäß § 275 I ausgeschlossen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.**

Beispiel: Der Verkäufer V hat die verkaufte Uhr vor der Übereignung schuldhaft zerstört.

Was der Schuldner nicht leisten kann, das schuldet er auch nicht. Es wäre ja auch sinnlos, dem Gläubiger einen Anspruch zu geben, den der Gläubiger nicht einmal theoretisch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen könnte. Die Frage, warum der Schuldner nicht leisten kann, entscheidet nur darüber, ob er gemäß den §§ 280 I 1, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung leisten muss.

Ob dem Schuldner die Leistung unmöglich ist, ist ein Beweislastproblem: Der Gläubiger kann auf Erfüllung klagen und abwarten, ob dem Schuldner der Nachweis der Unmöglichkeit gelingt, hilfsweise auf Schadensersatz klagen oder auch die vom Schuldner behauptete Unmöglichkeit akzeptieren und sofort Schadensersatz verlangen.

- b) **§ 275 stellt die objektive Unmöglichkeit der subjektiven Unmöglichkeit gleich.**

Beispiel: Die verkaufte Uhr gehört nicht dem V, sondern dem D, dem sie vor einigen Monaten gestohlen worden ist. V hatte die Uhr auf einer Uhrenmesse gekauft und von alledem nichts gewusst.

Wenn D nicht bereit ist, die Uhr an V zu veräußern, wird V dem K kein Eigentum verschaffen können, da K auch bei Gutgläubigkeit an gestohlenen Sachen kein Eigentum erwerben kann (§ 935 I 1!). Der Erfüllungsanspruch des K aus § 433 I wäre in diesem Fall gemäß § 275 I ausgeschlossen.

-Klausurtyp:

Wäre D grundsätzlich bereit, die Uhr an V zu veräußern, so liegt kein Fall der Unmöglichkeit gemäß § 275 I vor, so dass der Erfüllungsanspruch nach wie vor besteht. Jetzt lautet die Frage, ob der geforderte Kaufpreis so hoch ist, dass man von V nicht mehr erwarten kann, dass er diesen Preis bezahlt, nur um anschließend die Uhr an K übereignen zu können. Das aber ist eine Frage des § 275 II, auf den sich V gegenüber K berufen müsste!

- c) **§ 275 I gilt auch bei teilweiser Unmöglichkeit.**

- aa) Ist dem Schuldner bei einer teilbaren Leistung ein Teil der Leistung unmöglich geworden, so gelten die Unmöglichkeitsregeln nur bezüglich des Teils der Leistung, den der Schuldner jetzt nicht mehr erbringen kann. Den restlichen Teil der Leistung kann und muss der Schuldner erbringen, wobei sich selbstverständlich auch der Anspruch auf die Gegenleistung gemäß den §§ 326 I 1, 2 HS, 441 III entsprechend reduziert.

- bb) Ist der Gläubiger an einer Teilleistung nicht interessiert, gelten die Regeln über die Gesamtunmöglichkeit.

Beispiel: Der Verkäufer hatte Hard- und Software als Komplettpaket verkauft, kann aber nur die Hardware liefern.

2) Daraus ergibt sich für § 275 I folgendes -Prüfungsschema

a) Die Voraussetzungen des § 275 I

aa) Schuldverhältnis

- (1) Vertragliches Schuldverhältnis
- (2) Gesetzliches Schuldverhältnis

bb) Leistungspflicht (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)

cc) Unmöglichkeit

- (1) Der Schuldner hat noch nicht geleistet (sonst hätte er bereits erfüllt!)
- (2) Der Schuldner kann auch nicht mehr leisten, wobei die Unmöglichkeit folgende Ursachen haben kann:
 - (a) Anfängliche / nachträgliche Unmöglichkeit
 - (b) Objektive / subjektive Unmöglichkeit
 - (c) Teilweise Unmöglichkeit

b) Die Rechtsfolgen des § 275 I

Der Schuldner wird – je nach Lage des Falles – ganz oder teilweise von seiner Erfüllungspflicht frei.

II. Die praktische Unmöglichkeit gemäß § 275 II

- 1) **Der Schuldner kann gemäß § 275 II 1 die Leistung verweigern, soweit die Leistung einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Interesse steht, das der Gläubiger an der Leistung hat.** Mit dem Begriff Aufwand meint das Gesetz zum einen die finanziellen Aufwendungen, aber auch den persönlichen Aufwand des Schuldners.

-Klausurtyp:

Dieser Aufwand wird nur am Interesse des Gläubigers an der Leistung gemessen und nicht an den Interessen des Schuldners an der Erfüllung des Vertrags. Konkreter: Das Verhältnis zwischen dem Aufwand des Schuldners und der ihm versprochenen Gegenleistung spielt für § 275 II keine Rolle!

- 2) **§ 275 II erfasst also nicht die Fälle einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit**, in denen die Leistung zwar ebenfalls nur unter hohem finanziellen Aufwand erbracht werden kann, der Aufwand aber nicht so illusorisch hoch wie bei der praktischen Unmöglichkeit ist.

Beispiel: Aufgrund politischer Unruhen im Nahen Osten sind die vorgesehenen Transportwege nicht mehr nutzbar. Die geschuldete Ware müsste daher mit erheblichem Mehraufwand anderweitig, z.B. auf dem Luftweg, transportiert werden.

Kürzer formuliert: **§ 275 II stellt auf das Interesse des Gläubigers ab, die wirtschaftliche Unmöglichkeit dagegen nur auf den Aufwand des Schuldners!**

AL-Klausurtyp:

Handelt es sich bei der Leistungerschwerung um einen äußeren Umstand, der nicht einseitig in den Risikobereich einer Partei fällt, so gelten gemäß **§ 313** die Regeln über die **Störung der Geschäftsgrundlage**, so dass vorrangig versucht werden muss, den Vertrag, z.B. durch eine erhöhte Gegenleistung, den veränderten Umständen anzupassen (dazu Langel, Schuldrecht AT 2 § 28).

- 3) **Da der Gläubiger gemäß § 275 II seinen Erfüllungsanspruch ohne Vertretenmüssen des Schuldners ersatzlos verliert, muss das Missverhältnis zwischen dem erforderlichen Aufwand und dem Gläubigerinteresse besonders krass sein.** Es muss also nach Treu und Glauben untragbar sein, vom Schuldner zu unveränderten Bedingungen Erfüllung zu verlangen. Ob dies der Fall ist, muss durch eine **Auslegung des Schuldnersversprechens** ermittelt werden.

Beispiel: Wer eine Maschine verkauft, die mit dem Schiff transportiert wird, muss nicht das gesunkene Schiff bergen, um die Maschine übereignen zu können. Wer aber versprochen hat, das gesunkene Schiff zu bergen, kann sich nicht ohne weiteres auf durch technische Schwierigkeiten bedingte Mehrkosten herausreden.

- 4) **Auch die Art der Schuld spielt eine Rolle.** Ist dem Verkäufer einer Stückschuld die Sache gestohlen worden, so wird man von ihm keine allzu großen Anstrengungen verlangen können, die Sache zurückzuerlangen, weil dies ohnehin nahezu aussichtslos erscheint. Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, muss im Falle eines Diebstahls eben eine Ersatzsache aus der geschuldeten Gattung beschaffen.

- 5) **Bei der Frage nach der Unzumutbarkeit der Aufwendungen muss man gemäß § 275 II 2 auch berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.**

Beispiel: Hat der Schuldner fahrlässig verkannt, dass die verkaufte Sache in Wahrheit dem D gehört, so muss er dem D mehr Geld bieten, als er von seinem Käufer bekommt.

- 6) Dies bedeutet im Umkehrschluss aber nicht, dass der Schuldner sich überhaupt nicht bemühen muss, wenn er für sein Unvermögen nichts kann. Auch wenn der Verkäufer nicht wissen konnte, dass die verkaufte Sache einem Dritten gehörte, muss er dem Dritten zumindest den Marktpreis, unter Umständen sogar noch mehr bieten, um seinen Kaufvertrag erfüllen zu können. Unabhängig von einer persönlichen Vorwerfbarkeit stammt das Leistungshindernis aus seiner Sphäre, doch wird man ohne Verschulden eher bereit sein, eine Unzumutbarkeit anzunehmen.

III. Die Unzumutbarkeit aus persönlichen Gründen: § 275 III

Der Schuldner kann die Leistung gemäß § 275 III verweigern, wenn er sie persönlich erbringen muss und ihm dies unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann.

§ 275 III ist eine Sonderregel für Leistungen, die der Schuldner persönlich erbringen muss, wie z.B. bei Dienst- und Arbeitsverträgen, aber auch bei bestimmten Geschäftsbesorgungs- und Werkverträgen. Eben weil der Schuldner die Leistung persönlich erbringen muss, werden hier – im Gegensatz zu § 275 II – auch die persönlichen Umstände des Schuldners berücksichtigt, die zum Leistungshindernis führen.

Beispiel: Altes Lehrbuchbeispiel ist der Fall einer Sängerin, die wegen der Erkrankung ihres Kindes nicht auftreten möchte. Hier liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage, sondern Unmöglichkeit vor. Der Gesetzgeber gestaltet diesen Fall bewusst als Einrede, um den Schuldner selbst entscheiden zu lassen, ob er trotz der erschwerenden Umstände leisten will.

Als weitere Beispielfälle der Unmöglichkeit werden notwendige Arzt- oder Gerichtstermine oder die Ladung zu sonstigen Behörden genannt.

IV. Daraus ergibt sich für § 275 II, III folgendes -Prüfungsschema

1) Schuldverhältnis

- a) Vertragliches Schuldverhältnis
- b) Gesetzliches Schuldverhältnis

2) Leistungspflicht (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)

3) Unzumutbarkeit der Leistung

- a) **§ 275 II 1:** krasses Missverhältnis zwischen dem Gläubigerinteresse und dem erforderlichen Aufwand des Schuldners
- b) **§ 275 III:** Unzumutbarkeit bei Abwägung von Gläubigerinteresse und den persönlichen Belangen des Schuldners

4) Geltendmachung der Einrede durch den Schuldner

V. Die Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers: § 275 IV

1) Der Gläubiger verlangt Schadensersatz statt der Leistung

a) § 311 a II 1 / Anfängliche Unmöglichkeit

In Fällen anfänglicher Unmöglichkeit kann der Gläubiger gemäß § 311 a II 1 Schadensersatz statt der Leistung oder alternativ gemäß § 284 Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen verlangen, wenn der Schuldner die anfängliche Unmöglichkeit kannte oder hätte kennen können. Dies wird gemäß § 311 a II 2 widerlegbar vermutet.

b) §§ 280 I 1, III, 283: Nachträgliche Unmöglichkeit

Der Gläubiger kann gemäß den §§ 280 I 1, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen, wenn der Schuldner die nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten hat. Auch hier wird das Vertretenmüssen des Schuldners gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet.

2) Der Gläubiger verlangt gemäß § 285 I das stellvertretende commodum

Unabhängig vom Vertretenmüssen des Schuldners kann der Gläubiger gemäß § 285 I Herausgabe des Ersatzgegenstandes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen, den der Schuldner für die Unmöglichkeit seiner Leistung erlangt hat.

3) Der Gläubiger tritt gemäß den §§ 326 V, 323 I zurück

Der Gläubiger kann gemäß den §§ 326 V, 323 I zurücktreten und eine bereits erbrachte Gegenleistung gemäß den §§ 326 IV, 346 I zurückfordern. Daneben (§ 325!) kann er gemäß den §§ 280 I 1, III, 283 noch den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Unmöglichkeit der Leistung entstanden ist.

VI. Unmöglichkeit durch Zeitablauf: Die Fixgeschäfte

Bei den meisten Geschäften hat die Vereinbarung eines bestimmten Termins nur die Funktion, die Durchführung des Vertrags zu erleichtern und die Fälligkeit der geschuldeten Leistung zu bestimmen.

Beispiel: Bestellt der Käufer beim Händler H eine Waschmaschine, die am Donnerstag gegen 11.00 Uhr geliefert werden soll, so ist der Käufer auch um 13.00 Uhr noch an der Erfüllung des Vertrags interessiert.

Anders ist es bei Fixgeschäften: Hier hat der Gläubiger mit dem Schuldner vertraglich vereinbart, dass die geschuldete Leistung zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt erbracht werden muss, weil die Leistung entweder nach diesem Zeitpunkt nicht mehr erbracht werden kann oder weil der Gläubiger nach diesem Zeitpunkt an der Leistung nicht mehr interessiert ist.

1) Absolute Fixgeschäfte

Überschreitet der Schuldner den vertraglich vereinbarten Termin, so wird die geschuldete Leistung unmöglich, weil die ursprünglich geschuldete Leistung jetzt nicht mehr erbracht werden kann.

Beispiel: Der Künstler, der am 01.10. in der Westfalenhalle auftreten sollte und dies vergessen hat, kann die geschuldete Leistung auch dann nicht mehr nachholen, wenn er anbietet, eine Woche später aufzutreten.

Auch die meisten Dauerschuldverhältnisse sind absolute Fixgeschäfte.

Beispiele:

- 1) Hatte eine Konzertagentur die Westfalenhalle für die Woche vom 01.10. bis 07.10. gemietet und stand die Halle am 01.10. noch nicht zur Verfügung, so tritt für diesen Tag Unmöglichkeit ein.
- 2) Ist bei einem Dienstvertrag das Nachholen der Arbeit zu einem späteren Termin nicht möglich, so tritt Unmöglichkeit für den Zeitraum ein, in dem der Arbeitnehmer nicht gearbeitet hat.

Es gelten die Regeln über die Unmöglichkeit ohne Besonderheiten:**a) § 326 I 1: Wegfall der Verpflichtung zur Gegenleistung**

Der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung muss die seinerseits geschuldete Gegenleistung gemäß § 326 I 1 nicht mehr erbringen.

b) Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 I 1, III, 283

Hat der Schuldner die Fristüberschreitung und die damit verbundene Unmöglichkeit zu vertreten, so kann der Gläubiger Schadensersatz in Geld statt der Leistung verlangen.

2) Relative Fixgeschäfte

Fall: Wilhelm Brause bestellt bei einer Kölner Brauerei drei 50-Liter-Fässer Bier, die an seinem Geburtstag am 15.07. abends gegen 20.00 Uhr gekühlt geliefert werden sollen. Der Lieferant gerät jedoch unverschuldet in einen Verkehrsunfall, so dass ein Ersatzwagen bestellt werden muss. Das Bier trifft erst gegen 22.00 Uhr bei Wilhelm ein.

Hier ist die Leistung zwar auch nach Ablauf des vereinbarten Zeitpunktes möglich, so dass der Erfüllungsanspruch des Gläubigers zunächst erhalten bleibt, doch soll der Gläubiger entscheiden dürfen, ob er trotz Fristüberschreitung an der Leistung noch interessiert ist. Der Gläubiger kann daher zwischen folgenden Ansprüchen wählen:

a) Rücktrittsrecht / § 323 II Nr. 2

Das Gesetz räumt dem Gläubiger in § 323 II Nr. 2 ein gesetzliches Rücktrittsrecht ohne Nachfristsetzung ein, wobei die für § 323 erforderliche Pflichtverletzung des Schuldners in der Terminüberschreitung liegt. Denken Sie daran, dass es für das Rücktrittsrecht des § 323 nicht darauf ankommt, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat! Voraussetzung ist aber immer, dass der Vertrag aufgrund der Terminvereinbarung mit der Einhaltung des Termins stehen und fallen sollte.

b) Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 I 1, III, 281 I 1, II

Hat der Schuldner die Fristüberschreitung zu vertreten, was nach § 280 I 2 zunächst vermutet wird, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Aufgrund des Fixcharakters kann gemäß § 281 II auf eine Nachfristsetzung verzichtet werden.

§ 14 Die Gegenleistungsgefahr

Vorbemerkung

1) Das Wesen der gegenseitigen Verträge besteht darin, dass der Gläubiger der Leistung für die ihm geschuldete Leistung eine Gegenleistung erbringen muss. Beide Vertragspartner sind Gläubiger und Schuldner in einer Person: Beide haben sich nur verpflichtet, weil auch die Gegenseite sich zu einer Leistung verpflichtet hat: „do ut des“. Leistung und Gegenleistung sind dabei inhaltlich voneinander abhängig, synallagmatisch miteinander verknüpft. Wird nun dem einen die geschuldete Leistung unmöglich, muss sich dieser Umstand aufgrund dieser synallagmatischen Verknüpfung auch auf das Schicksal der Gegenleistung auswirken. Dabei bestehen nach der Systematik des Gesetzes drei verschiedene Möglichkeiten:

a) **§ 326 I**

Wenn der Schuldner gemäß § 275 I – III nicht zu leisten braucht, so entfällt gemäß § 326 I 1 sein Anspruch auf die Gegenleistung (dazu unten I.).

b) **§ 326 II**

Obwohl der Gläubiger die Leistung nicht erhält, muss er die Gegenleistung in 2 Fällen erbringen:

aa) Der Gläubiger ist für den Umstand, der zum Wegfall der Leistungspflicht führt, ganz oder überwiegend verantwortlich.

bb) Die Leistungspflicht ist zu einem Zeitpunkt weggefallen, in dem der Gläubiger mit der Annahme der Leistung in Verzug war.

c) **§§ 446, 447, 644 I 2; II; 645 I, II**

Trotz der Unmöglichkeit der Leistung muss der Gläubiger seine Gegenleistung erbringen, wenn die Gegenleistungsgefahr bereits auf ihn übergegangen ist: Er muss dann etwas bezahlen, was er nicht bekommt.

2) **Wie auch im Rahmen der §§ 275 – 283 übernimmt die Unmöglichkeit auch bei den gegenseitigen Verträgen zwei Funktionen:**

a) **Rechtsvernichtende Einwendung:** Der Anspruch des Schuldners der Leistung auf die ihm geschuldete Gegenleistung geht unter den Voraussetzungen des **§ 326 I** kraft Gesetzes unter.

b) **Anspruchsgrundlage:** Hat der Schuldner die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten, so kann der Gläubiger gemäß den **§§ 280 I, III, 283** Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

I. Der Wegfall der Gegenleistungspflicht gemäß § 326 I

1) Die Voraussetzungen des § 326 I

a) Wirksamer gegenseitiger Vertrag

b) Leistungspflicht des Schuldners (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)

c) Wegfall der Leistungspflicht: § 275 I - III

aa) § 275 I: Unmöglichkeit

bb) § 275 II, III: Unzumutbare Leistungserschwerung, auf die sich der Schuldner berufen hat (Einrede!)

2) Die Rechtsfolgen des § 326 I

a) Der Anspruch auf die Gegenleistung erlischt gemäß § 326 I 1 kraft Gesetzes. Eine bereits erbrachte Gegenleistung kann der Gläubiger gemäß den §§ 326 IV, 346 I zurückfordern.

b) Ist nur ein Teil der Leistung unmöglich, so erlischt die Verpflichtung zur Gegenleistung gemäß § 326 I 1, 2. HS nur anteilig nach den Regeln der Minderung gemäß § 441 III.

c) Ist der Gläubiger an dem noch möglichen Teil der Leistung nicht interessiert, so kann er ohne Nachfristsetzung gemäß den §§ 326 V, 323 I vom Vertrag zurücktreten und sich anderweitig eindecken. § 323 gilt hier nicht, weil § 323 eine Fristsetzung voraussetzt, die ja bei einer Teilunmöglichkeit überflüssig ist.

3) Trainingsfall zu § 326 I

Fall: V verkauft an K am 10.04. einen Pkw, der am 15.04. übergeben und übereignet werden soll. In der Nacht vom 14. zum 15.04. wird der Wagen vor der Tür des V von Unbekannten gestohlen, obwohl er ordnungsgemäß verschlossen war. V und K fragen nach der Rechtslage.

a) Ansprüche des K gegen V

aa) Der Primäranspruch des K auf Übereignung des Wagens gemäß § 433 I ist gemäß § 275 I untergegangen, da V die Kaufsache nicht mehr i.S.d. § 929, 1 übergeben kann.

bb) Ein Sekundäranspruch des K auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß den §§ 280 I, III, 283 scheidet daran, dass V den Diebstahl nicht zu vertreten hat.

cc) K kann aber von V gemäß § 285 I Abtretung seines Ersatzanspruchs gegen die Versicherung verlangen, wenn der Wagen gegen Diebstahl versichert ist. Der Anspruch aus § 285 I besteht unabhängig davon, ob V sein Unvermögen zu vertreten hat. Andererseits bleibt K in diesem Fall gemäß § 326 III 1 zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet. Ein Vorgehen nach § 285 I bietet sich daher für K nur an, wenn er den Wagen zu einem Preis gekauft hat, der unterhalb des Wiederbeschaffungswertes liegt, den die Versicherung zahlen muss.

b) Ansprüche des V gegen K

V könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II haben.

aa) Der Anspruch des V aus § 433 II ist mit Abschluss des wirksamen Kaufvertrags entstanden.

bb) Der Anspruch des V könnte gemäß § 326 I 1 untergegangen sein.

(1) Der zwischen V und K geschlossene Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

(2) V ist gemäß § 433 I verpflichtet, das Eigentum an der Kaufsache auf K zu übertragen.

- (3) Die Übereignung der Kaufsache ist dem V unmöglich geworden.

Folge: K ist von der gegen ihn gerichteten Verpflichtung aus § 433 II, den Kaufpreis zu zahlen, gemäß § 326 I 1 frei geworden.

AL-Klausurtyp: Wir müssen bei einem gegenseitigen Vertrag zwischen der Leistungsgefahr und der Gegenleistungsgefahr (= Preisgefahr) unterscheiden:

- Die **Leistungsgefahr** ist die Gefahr, die Leistung aus den in § 275 genannten Gründen nicht mehr zu erhalten. Die Leistungsgefahr trägt daher der Gläubiger der Leistung, der seinen auf diese Leistung gerichteten Primäranspruch gemäß § 275 verliert, wenn die Leistungspflicht entfällt.
- Die **Gegenleistungsgefahr** beantwortet die Frage, was bei unmöglich gewordener Leistung innerhalb von gegenseitigen Verträgen mit der Gegenleistung geschieht. Die Gegenleistungsgefahr trägt der Gläubiger der Gegenleistung (= Schuldner der Leistung), da er seinen Anspruch auf die Gegenleistung gemäß § 326 I verliert, wenn der Gläubiger den Wegfall der Leistungspflicht nicht i.S.d. § 326 II zu vertreten hat: **Ohne Leistung keine Gegenleistung.**

II. Der vom Gläubiger der Leistung zu vertretende Wegfall der Leistungspflicht: § 326 II, 1. Alt.

1) Der Rechtsgedanke des § 326 II, 1. Alt.

Nach § 326 II 1, 1. Alt. muss der Gläubiger der Leistung die eigene Gegenleistung erbringen, wenn er für den Wegfall der Leistungspflicht des Schuldners allein oder überwiegend verantwortlich ist. Die Beweislast für das Vertretenmüssen des Gläubigers trägt der Schuldner (BGHZ 116, 278).

2) Das Vertretenmüssen des Gläubigers

Das Gesetz beantwortet allerdings nicht die Frage, was der Gläubiger der Leistung zu vertreten hat: Die §§ 276 ff. können nicht direkt angewandt werden, da sie das Vertretenmüssen des *Schuldners* regeln. Es haben sich aber verschiedene Fallgruppen des jeweiligen Vertretenmüssens herausgebildet:

- a) **Der Gläubiger haftet in analoger Anwendung der §§ 276, 278 für eigenes Verschulden und für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, wenn er vertragliche Pflichten verletzt.** Hier ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Vertretenmüssen des Schuldners unproblematisch, da auch der Gläubiger die Einhaltung der vertraglichen Pflichten schuldet.
- b) **§ 326 II ist auch bei Verstößen gegen Mitwirkungspflichten oder Obliegenheiten des Gläubigers anwendbar, alles zu unterlassen, was die Vertragserfüllung gefährden könnte** (MünchKomm/Emmerich § 324 Rz. 9; Larenz I § 25 III). Der Schuldner würde sich in sich widersprüchlich verhalten, wenn er die nachteiligen Folgen seines eigenen schuldhaften Verhaltens auf den vertragstreuen Schuldner abwälzen wollte.

Beispiel: Eigentümer E hatte seinen Wagen beim Werkunternehmer W zu einer großen Inspektion angemeldet, doch ist der Wagen auf dem Weg zur Werkstatt des W bei einem Unfall total zerstört worden, den E durch überhöhte Geschwindigkeit verursacht hat.

Der Anspruch des W auf Zahlung des Werklohns gemäß § 631 ist mit Vertragsschluss entstanden.

Dem Werkunternehmer ist die Reparatur und damit die Herstellung des geschuldeten Werks unmöglich geworden, doch ist dadurch der Anspruch aus § 631 nicht untergegangen. Der Vergütungsanspruch des W entsteht zwar grundsätzlich erst ab Annahme des Werks, doch stellt § 645 II klar, dass eine über eine Teilvergütung nach § 645 I hinausgehende weitergehende Haftung des Bestellers gemäß § 326 II 1, 1. Alt., hier auf Zahlung des gesamten Werklohns, eintritt, wenn der Besteller die Unmöglichkeit, das Werk herzustellen, verschuldet hat. W muss sich allerdings gemäß § 326 II 2 seine ersparten Aufwendungen abziehen lassen sowie, wenn möglich, seine Arbeitskraft anderweitig einsetzen.

- c) Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit der Leistung auch dann gemäß § 326 II 1, 1. Alt. zu vertreten, wenn die Unmöglichkeit Folge einer unerlaubten Handlung des Gläubigers ist.

Beispiel: Der Käufer K hat in einem HiFi-Geschäft einen CD-Player gekauft, der als Vorführgerät im Regal stand. Als der Verkäufer ins Lager geht, um die Originalverpackung zu holen, nimmt K den CD-Player aus dem Regal und lässt ihn auf dem Weg zur Kasse fahrlässig fallen; dabei wird das Gerät zerstört. K muss den Kaufpreis gemäß § 433 II zahlen, obwohl V ihm das Eigentum nicht mehr übertragen kann.

- d) § 326 II 1, 1. Alt. ist auch dann anwendbar, wenn der Gläubiger aufgrund der vertraglichen Vereinbarung mit dem Schuldner der Leistung die Verantwortung dafür übernommen hat, dass sich die vom Schuldner geschuldete Leistung realisieren lässt (BGH NJW 1980, 700).

3) Die Anspruchsminderung des § 326 II 2

Der Gläubiger der Gegenleistung muss sich aber bei Wegfall seiner eigenen Leistungspflicht gemäß § 326 II 2 die Aufwendungen anspruchsmindernd abziehen lassen, die ihm bei der Erfüllung des Vertrags entstanden wären (z.B. Fahrtkosten zum Leistungsort). Auch darf der Gläubiger nicht einfach dasitzen und Däumchen drehen: Er muss den eigenen Schaden dadurch möglichst gering halten, dass er seine Arbeitskraft anderweitig einsetzt und sich das anspruchsmindernd abziehen lassen, was er dabei verdient hat oder hätte verdienen können, wenn er dieser Obliegenheit nachgekommen wäre.

III. Der Übergang der Gegenleistungsgefahr (= Preisgefahr) auf den Gläubiger der Leistung

Der Gläubiger der Leistung muss die eigene Gegenleistung trotz eines Wegfalls der Leistungspflicht erbringen, wenn die Preisgefahr bereits auf ihn übergegangen ist. Im Klartext: Er muss etwas bezahlen, was er nicht mehr bekommt.

1) § 326 II 1, 2. Alt.

Fall: V hatte dem K einen Pkw verkauft, wobei vereinbart war, dass K den Wagen am 01.04. bei V abholen würde. In der Nacht vom 01.04. zum 02.04. wird der Wagen vor der Tür des V gestohlen, ohne dass den V diesbezüglich ein Verschulden trifft. V verlangt Zahlung des Kaufpreises.

Der Gläubiger der Leistung muss gemäß § 326 II 1, 2. Alt. die eigene Gegenleistung erbringen, wenn die ihm geschuldete Leistung zu einem Zeitpunkt untergegangen ist, zu dem sich der Gläubiger in Verzug mit der Annahme befand.

Das ist nur folgerichtig: Hätte der Gläubiger die Leistung rechtzeitig angenommen, so wäre sie in aller Regel nicht zerstört worden. Wäre ausnahmsweise die Sache auch beim Käufer untergegangen, so wäre dies nach erfolgter Übereignung auf den Käufer ohnehin dessen Problem. Der nachträgliche Untergang ändert nichts daran, dass der Käufer den Kaufpreis bezahlen muss, wenn er dies nicht ohnehin schon getan hat.

Zum Fall: Der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II ist mit Abschluss des wirksamen Kaufvertrags entstanden.

Der Anspruch könnte gemäß § 326 I untergegangen sein. Der Kaufvertrag war ein gegenseitiger Vertrag. Dem Verkäufer ist die Leistung, das Eigentum an der Kaufsache nach § 929, 1 zu übertragen, nach Vertragsschluss unmöglich geworden. Scheinbar hat V seinen Anspruch auf den Kaufpreis gemäß § 326 I verloren.

Der Kaufpreisanspruch ist aber gemäß § 326 II, 2. Alt. erhalten geblieben, wenn K zur Zeit des Diebstahls in Annahmeverzug war. V hatte die Leistung am 01.04. zur rechten Zeit am vereinbarten Ort in der rechten Art und Weise, d.h. vollständig und mangelfrei, angeboten. Da es sich um eine Holschuld handelte, war ein tatsächliches Angebot gemäß § 295 entbehrlich. Auch auf das bei der Holschuld erforderliche wörtliche Angebot konnte gemäß § 296 verzichtet werden, da der Zeitpunkt der vom Gläubiger K zu erbringenden Mitwirkungshandlung, also das Abholen des Wagens, kalendermäßig bestimmt war.

V war am 01.04. auch noch in der Lage, die Kaufsache zu übereignen, so dass sich K zur Zeit des Diebstahls in Annahmeverzug befand.

Ergebnis: K muss den Wagen gemäß § 433 II bezahlen, obwohl er ihn nicht bekommt. Dies wird in § 446, 3 noch einmal klargestellt.

Sollte der Wagen gegen Diebstahl versichert sein, kann K aber gemäß § 285 I Abtretung der Forderung gegen die Versicherung verlangen.

2) Die Gegenleistungsgefahr im Kaufrecht

a) Der Gefahrübergang durch Übergabe gemäß § 446, 1

Fall: V verkauft dem K einen Pkw unter Eigentumsvorbehalt. Noch bevor K die letzten Kaufpreisraten gezahlt hat, wird der Wagen bei einem von D verschuldeten Unfall vollkommen zerstört, so dass der Eigentumserwerb unmöglich wird. V verlangt Zahlung der ausstehenden Kaufpreisraten.

Hat der Verkäufer dem Käufer die verkaufte Sache bereits *übergeben*, aber noch nicht *übereignet*, so geht die Gegenleistungsgefahr mit der Übergabe auf den Käufer über. Die Sache befindet sich jetzt in seinem Herrschaftsbereich; er kann und muss darauf aufpassen und den vereinbarten Kaufpreis auch dann bezahlen, wenn die Sache bei ihm untergeht.

Folge: K muss die restlichen Kaufpreisraten an V zahlen, weil er nach § 446, 1 bereits die Preisgefahr trägt. Andererseits steht dem K ein Ersatzanspruch gegen D gemäß § 823 I zu, weil durch das Verschulden des D das bei K bereits entstandene Anwartschaftsrecht durch die Unmöglichkeit des Bedingungseintritts untergegangen ist.

b) Der Gefahrübergang durch Übergabe der Sache an eine Transportperson gemäß § 447

Bei der **Bringschuld** muss der Verkäufer dem Käufer die Sache an dessen Wohn- oder Geschäftssitz übergeben; bei der **Holschuld** muss der Käufer die Sache beim Verkäufer abholen. In beiden Fällen gilt § 446, 1: Die Gegenleistungsgefahr geht erst mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer über.

Im Gegensatz dazu wird bei der **Schickschuld** der Übergang der Gegenleistungsgefahr gemäß § 447 nach vorne verlagert: Hatte der Käufer den Verkäufer darum gebeten, die Kaufsache zu versenden, so geht die Gegenleistungsgefahr bereits in dem Augenblick auf den Käufer über, in dem der Verkäufer die Sache einer ordnungsgemäß ausgewählten Transportperson aushändigt. Der Käufer muss also den Kaufpreis auch dann bezahlen, wenn die Kaufsache auf dem Weg zu ihm untergeht, beschädigt oder gestohlen wird. Der Käufer trägt nicht nur gemäß § 448 I die **Kosten** des Transports, sondern auch gemäß § 447 I das **Risiko**, weil der Transport auf seinen Wunsch hin erfolgt.

aa) Die Voraussetzungen des § 447

- (1) **Die Gefahrtragungsregel des § 447 I muss anwendbar sein.** Dies ist sie gemäß § 474 IV **nicht**, wenn es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I** handelt, bei dem ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Hier bleibt es bei der Regel des § 326 I, so dass der Verkäufer seinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung verliert, wenn die Ware während des Transports schwer beschädigt wird oder untergeht. V muss sich dann an die Transportperson halten. Etwas anderes gilt gemäß § 474 IV nur, wenn der Käufer den Spediteur oder Frachtführer selbst beauftragt hat und ihm der Verkäufer diese Transportperson zuvor nicht genannt hat.

Folge: § 447 I gilt nur

- **wenn der Käufer kein Verbraucher ist oder**
- **wenn der Verkäufer kein Unternehmer ist oder**
- **wenn der Käufer zwar Verbraucher ist, aber die Transportperson aus eigenem Entschluss heraus beauftragt hat.**

Konkreter: § 447 gilt nur in folgenden Fällen:

- Der Privatmann verkauft an einen Privatmann oder an einen Unternehmer
- Der Unternehmer verkauft an einen anderen Unternehmer.

- (2) **Es muss sich um einen Versendungskauf handeln**, d.h. der Verkäufer muss die Kaufsache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versandt haben (= **Schickschuld**). Dabei dürfen Sie den „Erfüllungsort“ nicht mit dem Ort gleichsetzen, an dem „Erfüllung“ gemäß § 362 eintritt! Da der Verkäufer die Übereignung der Kaufsache schuldet, tritt der geschuldete *Leistungserfolg* dort ein, wo der Käufer das Eigentum erwirbt: Der *Erfolgort* befindet sich also am Wohnsitz des Käufers. Im Gegensatz zum Erfolgort ist *Erfüllungsort* i.S.d. § 447 I der *Leistungsort*, also der Ort, an dem der Verkäufer die geschuldete *Leistungshandlung* erbringen muss. Wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben und sich auch aus der Natur der geschuldeten Leistung nichts anderes ergibt, ist der Erfüllungsort gemäß § 269 der Wohn- bzw. Geschäftssitz des Schuldners zur Zeit des Vertragschlusses. Daraus folgt:

- (a) **Auch eine Versendung innerhalb desselben Ortes (= Platzkauf) geht gemäß § 447 auf das Risiko des Käufers**, weil der Erfüllungsort gemäß § 269 nur die Wohnung bzw. die gewerbliche Niederlassung des Verkäufers ist (Palandt/Weidenkaff § 447 Rz. 8; Staudinger/Köhler § 447 Rz. 4). Im Zweifel muss durch eine Auslegung des Vertrags ermittelt werden, ob es sich um eine Schick- oder Bringschuld handelt, wer also das Transportrisiko tragen sollte. Gerade bei den Zuschickungskäufen des täglichen Lebens wird es sich oftmals um eine Bringschuld handeln (Soergel/Huber § 447 Rz. 9).
- (b) **Der Transport der Ware vom Herstellungsort zur gewerblichen Niederlassung des Verkäufers erfolgt auf das Risiko des Verkäufers**. Geht die Ware auf dem Weg zum Verkäufer unter, gilt § 447 I nicht (BGH LM § 447 Nr. 4).
- (c) **Hatten die Parteien jedoch vereinbart, dass die Ware direkt vom Hersteller zum Käufer geschickt werden sollte (= Streckengeschäft), so trägt der Käufer gemäß § 447 I das Transportrisiko** (Soergel/Huber § 447 Rz. 20), wobei dies auch konkludent vereinbart werden kann (BGH NJW 1991, 915). Dabei kann auch die Vertragsklausel „ab Werk“ eine derart vereinbarte Gefahrtragungsregelung sein, wenn dies entweder eindeutig so vereinbart war (BGH WM 1978, 987) oder sich dies aus einer früheren Abwicklung gleichartiger Verträge ergibt (MünchKomm/Westermann § 446 Rz. 5 m.w.N.). Der bloße Vermerk auf der Auftragsbestätigung genügt ebenso wenig wie der bloße Wunsch des Käufers, man möge ihm die Ware schicken, weil dieser Wunsch dem Käufer nicht ohne sein Wissen das Risiko eines gegebenenfalls wesentlich längeren Transportwegs aufbürden kann.
- (3) **Die Versendung muss auf Wunsch des Käufers hin erfolgt sein**. Durch diese Voraussetzung des § 447 soll verhindert werden, dass der Verkäufer dem Käufer die Gegenleistungsgefahr durch eine eigenmächtige Versendung der Ware aufbürdet. Auf der anderen Seite ist der Verkäufer ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht verpflichtet, die Kaufsache zu verschicken; ansonsten wäre er verpflichtet, durch Übergabe an die Transportperson vorzuleisten. Im Handelsverkehr besteht jedoch gerade bei Distanzkäufen vielfach der Handelsbrauch, dass der Verkäufer auch vor Erhalt des Kaufpreises verpflichtet ist, die Ware zu verschicken (Palandt/Weidenkaff § 447 Rz. 5 a; Hüffer JuS 1988, 123, 128).
- (4) **Im Verlust oder in der Beschädigung der Sache muss sich das typische Risiko des Transports realisiert haben**. Dazu zählt, dass die Ware beim Transport beschädigt wird, einem Nichtberechtigten ausgehändigt wird oder abhanden kommt, wobei auch ein Verschulden der Transportperson nichts daran ändert, dass der Käufer den Kaufpreis zunächst bezahlen muss (BGH NJW 1965, 1324).

Auf der anderen Seite geht die Gegenleistungsgefahr erst mit der Übergabe an die Transportperson über. Fehler bei der Verpackung der Ware oder bei der Auslieferung an die Transportperson hat der Verkäufer gemäß den §§ 276, 278 zu verantworten, so dass der Käufer den Kaufpreis gemäß § 326 I nicht bezahlen muss, wenn die Ware aufgrund mangelhafter Verpackung beschädigt wird (BGHZ 50, 37; 66, 211; 87, 88; LM § 447 Nr. 3). Geht die Ware infolge eines bereits bei Übergabe an die Transportperson bestehenden Sachmangels unter, kann der Käufer gemäß den §§ 437 Nr. 2, 1. Alt.; 323 vom Kaufvertrag zurücktreten (BGH LM § 447 Nr. 3).

bb) **Achten Sie beim Versendungskauf darauf, ob der Transportierende ein Privatmann oder ein Kaufmann ist und ob § 447 überhaupt anwendbar ist:**

(1) Früher war die Gefahrtragung des Versendungskaufs der klassische Fall der **Drittschadensliquidation**:

Der Verkäufer behält trotz des Untergangs der Leistung entgegen § 326 I gemäß § 447 I seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Selbst wenn die Transportperson den Untergang der Sache verschuldet haben sollte, hat der Verkäufer zwar einen haftungsbegründenden Tatbestand (z.B. §§ 280 I; 823 I), aber keinen Schaden.

Andererseits hat der Käufer zwar wegen § 447 I einen Schaden, aber keinen haftungsbegründenden Tatbestand, weil er nicht Vertragspartner der Transportperson ist und auch keines der in § 823 I enumerativ aufgezählten Rechte des Käufers verletzt ist (der Käufer ist vor der Übergabe weder Eigentümer noch Inhaber eines Anwartschaftsrechts geworden!).

Um zu verhindern, dass die Transportperson durch das zufällige Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden privilegiert wird, greift man zu einer Drittschadensliquidation: Der Käufer kann die Zahlung des Kaufpreises einredeweise verweigern und den Verkäufer darauf verweisen, der Verkäufer möge den Schaden des K im eigenen Namen bei der Transportperson geltend machen und dabei Leistung an sich selbst verlangen (§§ 362 II; 185 I), also „sich sein Geld von der Transportperson holen.“

(Die Darstellungsweise der Drittschadensliquidation in Ihrer Klausur erarbeiten wir anhand des anschließenden Trainingsfalles / 3. Variante!)

(2) **Die Drittschadensliquidation hat aber beim Versendungskauf durch zwei Faktoren einen Teil ihrer Bedeutung verloren:**

(a) **Ist die Transportperson ein gewerblich handelnder Frachtführer, so wird die Drittschadensliquidation durch § 421 I 2, 1. HS HGB überflüssig:** Der Empfänger des Transports (also der Käufer) kann die Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch dann gegen die Transportperson geltend machen, wenn er nicht deren Vertragspartner ist. Da also der Käufer einen eigenen Anspruch hat, fallen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Tatbestand nicht mehr auseinander, so dass das Bedürfnis nach einer Drittschadensliquidation entfällt.

(Zur Darstellungsweise in Ihrer Klausur lesen Sie bitte den folgenden Trainingsfall).

(b) **Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache, so liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, bei dem gemäß § 474 IV die Norm des § 447 keine Anwendung findet.** Im Klartext: Der Verkäufer verliert beim Untergang der Sache seinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 326 I und muss sich an die Transportperson halten. Da der Käufer wegen § 326 I keinen Schaden hat, stehen ihm gegen die Transportperson auch keinerlei Ansprüche zu.

(c) **AL-Klausurtyp: Eine Drittschadensliquidation gibt es beim Versendungskauf nur noch unter den folgenden Voraussetzungen:**

(aa) **Die Transportperson ist kein gewerblich handelnder Frachtführer** (so dass § 421 I 2 HGB nicht gilt!) und

(bb) **es liegt kein Verbrauchsgüterkauf vor**, weil entweder
– der Käufer ein Unternehmer ist oder
– der Verkäufer kein Unternehmer ist.

3) Trainingsfälle

Sehen wir uns die Struktur des § 447 anhand einer typischen Examensklausur an.

Fall: Der Einzelhändler K aus Hamburg kauft beim Großhändler V aus München 300 CD-Player. Um sich den Weg nach München zu ersparen, bittet K den V, dieser möge doch bitte einen Frachtführer mit dem Transport nach Hamburg beauftragen. V sagt dies zu und erklärt sich wegen der Größe der bestellten Menge auch bereit, die Kosten des Transports zu übernehmen. V schließt einen Frachtführervertrag (§§ 407 ff. HGB) mit F und übergibt ihm die Ware. Durch einen Fahrfehler des angestellten Kraftfahrers S geht die Ware während des Transports unter. V verlangt von K Zahlung des vereinbarten Kaufpreises; K wendet ein, dass er nichts bezahlen werde, was er doch gar nicht bekommen habe.

Variante 1: V hatte den Transport durch eigene Leute ausführen lassen. Ohne Verschulden des Fahrers geht die Ware auf dem Transport unter.

Variante 2: Der Fahrer des V hatte den Unfall verschuldet.

Variante 3: Der Privatmann V aus München verkauft dem Privatmann K aus Hamburg einen Fernseher, den er auf Wunsch des K seinem Freund F mitgibt, der ohnehin am Wochenende Freunde in Hamburg besuchen wollte. Durch einen von F verschuldeten Verkehrsunfall wird der Fernseher auf der Fahrt nach Hamburg zerstört.

V könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II haben.

1. Zwischen V und K ist ein **wirksamer Kaufvertrag** über 300 CD-Player geschlossen worden, so dass der Zahlungsanspruch aus § 433 II entstanden ist.
2. Der Anspruch könnte aber gemäß § 326 I untergegangen sein.
 - a) Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.
 - b) Dem V als dem Schuldner der Leistung müsste die geschuldete Leistung, dem K 300 CD-Player zu liefern, unmöglich geworden sein. Dies setzt voraus, dass er die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat und auch nicht mehr erbringen kann.
 - aa) V hat sich weder mit dem K über den Eigentumswechsel geeinigt noch dem K Besitz an den CD-Playern verschafft, so dass er dem K noch kein Eigentum an den Geräten verschafft hat.
 - bb) Es erscheint jedoch fraglich, ob V dem K nicht noch das Eigentum verschaffen kann. Bei Abschluss des Kaufvertrags handelte es sich um eine Gattungsschuld, so dass der Schuldner solange zur Leistung verpflichtet bleibt, wie Geräte der geschuldeten Gattung noch vorhanden sind; dies gilt auch dann, wenn die Ware untergeht, mit der der Schuldner seine Leistungspflicht ursprünglich hatte erfüllen wollen. Unmöglichkeit wäre aber dann eingetreten, wenn V diese Gattungsschuld gemäß § 243 im Wege der **Konkretisierung** bereits in eine Stückschuld verwandelt hätte; in diesem Fall würde sich die Leistungspflicht des V auf die Geräte beschränken, die sich im Lkw befunden haben. Eine derartige Konkretisierung i.S.d. § 243 setzt zweierlei voraus:
 - **§ 243 I:** Zum einen muss es sich bei der Ware, die sich im Lkw befand, um **Ware aus der geschuldeten Gattung** gehandelt haben, die innerhalb der Gattung **mittlerer Art und Güte** war. Davon ist hier mangels abweichender Angaben des Sachverhalts auszugehen.
 - **§ 243 II:** **Des Weiteren müsste der Schuldner V alles getan haben, was nach seiner Vereinbarung mit K erforderlich war, um seine Leistungspflicht auf die Ware im Lkw zu beschränken.** Was der Schuldner einer Gattungsschuld tun muss,

um seine Leistungspflicht zu beschränken, hängt davon ab, ob er mit dem Käufer eine Holschuld, Bringschuld oder Schickschuld vereinbart hatte.

- War eine **Holschuld** vereinbart, so konkretisiert der Schuldner bereits dadurch, dass er die Ware aussondert und den Gläubiger auffordert, sich die Ware abzuholen. Eine Holschuld bedeutet aber, dass der Schuldner zum Gläubiger kommen muss; in unserem Fall war vereinbart, dass die Ware nach Hamburg geliefert werden würde.
- Bei einer **Bringschuld** konkretisiert der Schuldner erst dadurch, dass er dem Gläubiger die geschuldete Ware an dessen Wohnsitz anbietet. Dies hat zur Folge, dass eine Beschädigung oder ein Untergang der Sache auf dem Transport in den Risikobereich des Verkäufers fällt, der dann mit dieser Ware nicht mehr erfüllen kann und als Schuldner einer Gattungsschuld verpflichtet ist, mit anderer Ware seine Leistungsanstrengungen zu wiederholen. Auf den ersten Blick scheint eine Bringschuld vorzuliegen, da der V von sich aus erklärt hatte, er werde den Transport organisieren und auch die Kosten des Transports übernehmen. Ob es sich um eine Bringschuld oder um eine **Schickschuld** handelt, muss durch **Auslegung des Vertrags** ermittelt werden. Wie wir aber gerade gesehen haben, wird durch eine Bringschuld der Risikobereich des Verkäufers erheblich erweitert. Wie § 269 III zeigt, bedeutet der Umstand, dass der Schuldner die *Kosten* des Transports übernehmen will, noch lange nicht, dass er auch die *Risiken* des Transports übernehmen will. Es bleibt also dabei, dass der Erfüllungsort der Ort ist, an dem der Schuldner seinen Wohn- oder Geschäftssitz hat.

Folge: Es war keine Bringschuld, sondern eine Schickschuld vereinbart. Bei einer Schickschuld konkretisiert der Schuldner dadurch, dass er die Ware an seinem Wohn- bzw. Geschäftssitz einer ordnungsgemäß ausgewählten Transportperson übergibt. Die Beschädigung der Ware auf dem Transport ist jetzt nicht mehr das Problem des Verkäufers, weil es sich bereits um eine Stückschuld handelt und der Verkäufer bei einem etwaigen Untergang der Ware gemäß § 275 I von seiner Leistungspflicht frei wird.

Zwischenergebnis: Durch den Untergang der Ware ist es dem V unmöglich geworden, dem K das Eigentum an der Ware zu verschaffen.

Da die Voraussetzungen des § 326 I vorliegen, scheint der Käufer den Kaufpreis nicht mehr bezahlen zu müssen.

- c) Etwas anderes könnte sich aus der **anspruchserhaltenden Ergänzungsnorm** des § 447 I ergeben. Handelte es sich um einen Versandkauf, so wäre die Gegenleistungsgefahr bereits mit der Übergabe der Sache an die Transportperson auf den Käufer übergegangen, so dass K den Kaufpreis auch dann bezahlen muss, wenn die Ware während des Transports untergeht. § 447 I setzt zweierlei voraus:
- aa) **Der Verkäufer müsste die Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versandt haben.** Erfüllungsort ist der Leistungsort, also der Ort, an dem der Verkäufer die geschuldete *Leistungshandlung* vornehmen muss. Geschuldete Leistungshandlung war die Übergabe an die Transportperson, so dass der Erfüllungsort in München lag. Der geschuldete *Leistungserfolg* sollte aber in Hamburg eintreten.
 - bb) Die **Versendung müsste auf Wunsch des Käufers** hin erfolgt sein, was hier der Fall war.

Zwischenergebnis zu 2): Da die Voraussetzungen des § 447 I vorliegen, war die Gegenleistungsgefahr bereits auf den Käufer übergegangen, so dass der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung gemäß § 447 I erhalten geblieben ist.

3. **Der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung ist aber nicht durchsetzbar, wenn K dem Anspruch ein Zurückbehaltungsrecht i.S.d. § 273 als rechtshemmende Einrede entgegenhalten kann.** Dies setzt jedoch voraus, dass dem K ein Anspruch gegen V zusteht. Bei der Suche nach der Anspruchsgrundlage müssen Sie von § 421 HGB ausgehen und dabei zwischen zwei Situationen unterscheiden:

Nach § 421 I 2, 1. HS HGB kann auch der Empfänger der Ware – obwohl er nicht Vertragspartner des Frachtführers ist – die Ansprüche aus dem Frachtvertrag im eigenen Namen geltend machen und daher gemäß § 425 I HGB Schadensersatz verlangen. Andererseits bleibt nach § 421 I 2, 2. HS HGB auch der Absender als Vertragspartner des Frachtführers zur Geltendmachung dieses Anspruchs berechtigt, so dass V und K gegenüber F **Gesamtgläubiger i.S.d. §§ 428 ff. BGB** sind. Dies bedeutet aber, dass F gemäß den §§ 429 III, 422 I 1 sowohl an V als auch an K mit jeweils befreiender Wirkung leisten kann. Daraus folgt:

- a) **Hat der Frachtführer bereits an V gezahlt, weil V seinen Anspruch bereits bei F geltend gemacht hat, so kann K als Gesamtgläubiger von V gemäß § 430 BGB Ausgleich verlangen und mit diesem Ausgleichsanspruch gegen den Kaufpreisanspruch aufrechnen.**
- b) **Hat F noch nicht an V bezahlt, so kann K von V gemäß § 285 I verlangen, dass ihm V seinen Anspruch aus § 425 HGB gegen den Frachtführer abtritt.** Dadurch verhindert K, dass V nach Erhalt des Kaufpreises gegen F aus § 425 HGB vorgehen kann. In diesem Fall wird K Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs den Kaufpreis zahlen und sofort F informieren, damit dieser nicht in Unkenntnis der Abtretung gemäß § 407 mit befreiender Wirkung an den Nichtberechtigten V leistet.

Zur 1. Variante: Nach dem Wortlaut des § 447 I geht die Gegenleistungsgefahr nur dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Ware einem Spediteur, Frachtführer oder einer anderen selbständigen Person übergibt.

Nach h.M. (MünchKomm/Westermann § 447 Rz. 14 ff. m.w.N.; a.A. Palandt/Weidenkaff § 447 Rz. 12) **gilt die Gefahrtragungsregel des § 447 I aber auch beim Einsatz eigener Leute des Verkäufers**, weil auch hier der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und sich daher sein Pflichtenkreis nicht vergrößern soll. **Dies kann aber nur solange gelten, wie der Verkäufer gegen derartige Transportschäden versichert ist oder der Einsatz eigener Leute mit dem Käufer vereinbart war**, weil sich ansonsten das Risiko des Käufers vergrößert.

Zur 2. Variante: Hatte der Fahrer des V den Unfall verschuldet, so muss der Verkäufer für dieses Verschulden über § 278 eintreten. Er schuldet zwar nicht den Transport an sich, aber eine pflegliche Behandlung der Kaufsache, solange diese sich in seiner Obhut befindet. K kann daher von V gemäß § 280 I Schadensersatz verlangen und mit diesem Anspruch gegen den Kaufpreisanspruch aufrechnen.

Zur 3. Variante: Der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung ist nicht durchsetzbar, wenn K diesem Anspruch eine Einrede entgegenhalten kann. Möglicherweise kann K von V nach Treu und Glauben verlangen, dass V den Schaden des K beim Schädiger F im Wege der **Dritt-schadensliquidation** geltend macht und den von F erlangten Geldbetrag gemäß § 285 I als stellvertretendes commodum an K herausgibt. Bis zur Durchführung der Drittschadens-

liquidation könnte K dem V die Einrede des § 273 (str.; a.A. § 320) entgegenhalten; nach erfolgter Drittschadensliquidation könnte er mit seinem Herausgabeanspruch aus § 285 I gegen den Kaufpreisanspruch des V aufrechnen.

Die Regeln der Drittschadensliquidation sind entwickelt worden, um zu verhindern, dass der Schädiger durch eine zufällige Schadensverlagerung ungerechtfertigt privilegiert wird, weil sein eigentlicher Gläubiger infolge der Schadensverlagerung keinen Schaden, der eigentlich Geschädigte keinen eigenen Anspruch gegen den Schädiger hat. **Die Anwendung der Regeln über die Drittschadensliquidation setzt voraus:**

a) **Der Inhaber des Anspruchs hat durch die Pflichtverletzung des Schädigers keinen eigenen Schaden erlitten.** F haftet gemäß § 823 I für die schuldhafte Eigentumsverletzung. V hat zwar einen haftungsbegründenden Tatbestand, aber in eigener Person keinen Schaden, weil K gemäß § 447 I nach wie vor verpflichtet ist, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen.

b) **K ist geschädigt**, weil er aufgrund der Gefahrtragungsregel des § 447 I etwas bezahlen muss, was er nicht erhält, **doch fehlt es in seiner Person an einem haftungsbegründenden Tatbestand:**

aa) **Vertragliche Ansprüche** wegen einer Pflichtverletzung des Auftrags gemäß § 280 I stehen ihm nicht zu, weil er nicht Auftraggeber war.

bb) **Deliktische Ansprüche** des K aus § 823 I scheitern daran, dass auf Seiten des K kein Recht i.S.d. § 823 I verletzt worden ist:

- Eine **Eigentumsverletzung** scheitert daran, dass K noch kein Eigentümer war.
- Ein **Anwartschaftsrecht** ist zwar als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I anerkannt, war aber auf Seiten des K noch nicht entstanden, weil sich V und K nicht bedingt geeinigt hatten und die Sache dem K auch noch nicht übergeben worden war.

Zwischenergebnis: K hat zwar infolge der nach wie vor bestehenden Zahlungspflicht einen Schaden erlitten, aber keinen haftungsbegründenden Tatbestand, auf den er einen eigenen Ersatzanspruch gegen F stützen könnte.

c) **Die Verlagerung des Schadens auf K müsste aus Sicht des Schädigers F zufällig sein.** Die Drittschadensliquidation beruht auf dem Gedanken, dass der Schädiger durch das Auseinanderfallen von haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Tatbestand nicht begünstigt werden soll. Der Schädiger muss bei einer schuldhaften Pflichtverletzung ohnehin damit rechnen, den angerichteten Schaden ersetzen zu müssen, so dass sich das Haftungsrisiko des Schädigers nicht vergrößert. Der Umstand, dass sein Auftraggeber V durch die Vereinbarung eines Versandkaufs und die damit verbundene Gefahrtragungsregel des § 447 I keinen Schaden erleiden würde, beruhte aus Sicht des F auf Zufall. Hätten V und K eine Bringschuld vereinbart, so wäre der Kaufpreisanspruch des V gemäß § 326 I erloschen, so dass V durch den Untergang des Fernsehers einen eigenen Schaden erlitten hätte.

Gesamtergebnis: Die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation liegen vor, so dass V aus einer vertraglichen Nebenpflicht gemäß § 242 verpflichtet ist, den Schaden des K bei F geltend zu machen. Dabei kann K den V zugleich i.S.d. §§ 362 II, 185 I ermächtigen, Leistung an sich selbst zu verlangen und dann gegen die Kaufpreisforderung des K aus § 433 II mit seinem Herausgabeanspruch aus § 285 I aufrechnen und dadurch letztlich die Kaufpreisforderung zum Erlöschen bringen.

4) Die Gefahrtragungsregeln im Werkvertragsrecht

a) Die Leistungsgefahr

Der Besteller hat beim Werkvertrag gemäß § 631 einen Erfüllungsanspruch auf die Herstellung eines mangelfreien Werks. Da der Werkunternehmer mit einem mangelhaften Werk nicht erfüllen kann, sind alle Maßnahmen des Werkunternehmers bis zur Herstellung des mangelfreien Werks nur *Erfüllungsversuche*, die auf Kosten des Unternehmers gehen. Der Besteller kann gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 Nacherfüllung verlangen, wobei beim Werkvertrag der Unternehmer (im Kaufrecht: der Käufer!) darüber entscheiden kann, ob die Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels am vorhandenen Werk oder durch Neuherstellung erfolgen soll. **Da der Unternehmer mit einem mangelhaften Werk noch nicht erfüllt hat, trägt er die Leistungsgefahr, also das Risiko, seine Leistungsanstrengungen wiederholen zu müssen, bis das Werk fehlerfrei hergestellt ist.** Von dieser Leistungsgefahr wird er jedoch in folgenden Fällen befreit:

- aa) § 275 I: Der Anspruch auf Nacherfüllung besteht nicht, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist.
- bb) § 635 III: Eine Nacherfüllung kann nicht verlangt werden, wenn dies mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.
- cc) § 644 I 2: Die Leistungsgefahr geht bereits vor der Abnahme auf den Besteller über, wenn sich der Besteller in Annahmeverzug befindet.
- dd) §§ 644 II, 447: Die Leistungsgefahr geht auch schon vor der Abnahme auf den Besteller über, wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet.

b) Die Gegenleistungsgefahr

- aa) Da der Unternehmer die mangelfreie Herstellung des Werks schuldet, hat er so lange noch nicht erfüllt, bis das Werk vertragsgemäß hergestellt ist. **Der Unternehmer trägt daher gemäß § 644 I 1 bis zur Abnahme (§ 640) durch den Besteller bzw. bis zur Vollendung des Werks (§ 646) auch die Gegenleistungsgefahr, also die Gefahr, den Werklohn nicht zu erhalten, bevor der Besteller das Werk als vertragsgemäß gebilligt hat.** Der Unternehmer erhält also weder eine Vergütung für seine Aufwendungen bezüglich des verwendeten Materials noch für seine Arbeitsleistung, wenn das Werk bis zur Abnahme verschlechtert wird oder untergeht. Aus diesem Grund handelt es sich bei der Abnahme des Werks durch den Besteller um eine seiner Hauptpflichten aus dem Werkvertrag.
- bb) **Die Gegenleistungsgefahr geht aber in folgenden Fällen bereits vor der Abnahme auf den Besteller über:**
 - (1) § 644 I 2: Die Gegenleistungsgefahr geht auf den Besteller über, wenn sich der Besteller in Annahmeverzug befindet.

Beispiel: Besteller B bestellt für einen Betriebsausflug 40 Mittagessen im Lokal des W. Infolge eines unverschuldeten Unfalls wird der Bus mit den Betriebsangehörigen mehrere Stunden aufgehalten; das bereitgestellte Essen verdirbt.

B ist, wenn auch unverschuldet, in Annahmeverzug geraten, als er die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht angenommen hat. Der Annahmeverzug des Bestellers hat 2 Konsequenzen:

- Zum einen trägt B gemäß § 644 I 2 die *Leistungsgefahr*, so dass W kein neues Essen mehr bereitstellen muss.
- Zum anderen trägt B gemäß § 644 I 2 auch die *Gegenleistungsgefahr*, muss also das bestellte Essen bezahlen, obwohl er bzw. die Betriebsangehörigen es gar nicht gegessen haben.

(2) **§ 644 I 3:** Der Besteller muss den Werklohn auch dann bezahlen, wenn der von ihm zur Verfügung gestellte Stoff zufällig untergeht oder verschlechtert wird. Der Besteller kann also das Risiko, dass die ihm gehörende Sache zufällig untergeht, nicht auf den Werkunternehmer abwälzen: *casum sentit dominus* („den zufälligen Untergang bekommt der Eigentümer der Sache zu spüren.“). Wie wir aber gleich sehen werden, hat der Unternehmer in derartigen Fällen gemäß § 645 I nur einen Anspruch auf Teilvergütung.

(3) **§ 644 II:** Die Gegenleistungsgefahr geht auf den Besteller über, wenn der Unternehmer das Werk auf Wunsch des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. Hier gilt also über § 644 II die Regel des § 447.

c) Der Anspruch auf Teilvergütung gemäß § 645 I

Fall: Der Werkunternehmer W soll die Fassade eines Mehrfamilienhauses streichen. Nachdem er bereits eine Woche gearbeitet hat, brennt das Haus ab, so dass W das Werk nicht mehr vollenden kann. W fragt nach seinen Rechten.

Variante: Der Besteller hatte den Brand leicht fahrlässig verursacht.

Da das Haus abgebrannt ist, das W hätte streichen sollen, scheint der Anspruch des Werkunternehmers auf die Gegenleistung gemäß § 326 I untergegangen zu sein, da W das geschuldete Werk nicht mehr herstellen kann; wie wir gerade gesehen haben, trägt ja der Unternehmer bis zur Abnahme bzw. Vollendung die Gegenleistungsgefahr. Unter den **Voraussetzungen des § 645 I** hat der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung der bisher erbrachten Leistungen:

- aa) Das Werk ist vor der Abnahme (§ 640) bzw. vor Vollendung (§ 646) verschlechtert, untergegangen oder unausführbar geworden.
- bb) Der Unternehmer hat die Verschlechterung, den Untergang oder die Unausführbarkeit nicht zu vertreten.
- cc) Verschlechterung oder Untergang beruhen entweder auf einer fehlerhaften Anweisung des Bestellers oder auf einem Mangel des Stoffs, den der Besteller für die Herstellung des Werks zur Verfügung gestellt hat. Dabei umfasst der Begriff „Stoff“ alle Gegenstände, aus denen oder an denen das Werk hätte hergestellt werden sollen (BGHZ 60, 14, 20).

Da die Voraussetzungen des § 645 I in unserem Fall vorliegen, hat W einen Anspruch aus § 645 I auf Teilvergütung, also auf vollen Ersatz der getroffenen Aufwendungen und auf anteilige Zahlung des Werklohns für die eine Woche.

Zur Variante: Hatte der Besteller den Brand fahrlässig verursacht, gilt über § 645 II die weitergehende Regel des § 326 II: Jetzt hat der Unternehmer einen Anspruch auf volle Vergütung und muss sich gemäß § 326 II 2 nur anspruchsmindernd abziehen lassen, was er

an Aufwendungen erspart und was er durch Einsatz seiner Arbeitskraft anderweitig verdient hat.

§ 645 I gilt analog in Fällen, in denen das Werk durch ein freiwilliges Verhalten des Bestellers untergeht.

Beispiel nach BGHZ 40, 71: B lässt vom Werkunternehmer W eine Scheune errichten, die er bereits vor Fertigstellung zu Lagerung von Heu benutzt. Als sich das Heu selbst entzündet, brennt die Scheune vor Fertigstellung ab. W fragt nach seinen Rechten.

Wie wir oben gesehen haben, trägt der Unternehmer gemäß § 644 I 1 aufgrund der Erfolgsbezogenheit seiner Tätigkeit die Preisgefahr bis zur Abnahme des Werks. Der Gesetzgeber hatte aber bei der Schaffung des § 644 I 1 den Normalfall im Auge, dass sich das Werk bis zur Fertigstellung in der Sphäre des Unternehmers (z.B. Werkstatt, Atelier) befindet. § 644 I 1 findet aber keine Anwendung, wenn sich die Sache in der Sphäre des Bestellers befindet und dort aufgrund eines Umstandes untergeht, der dem Besteller und dessen Risikosphäre zuzuordnen ist. § 645 I sieht einen Teilvergütungsanspruch des Unternehmers in den Fällen vor, in denen das Werk aufgrund einer fehlerhaften Anweisung des Bestellers oder durch dessen Stoff untergeht. Dem wird über die analoge Anwendung des § 645 I ein gefährliches Verhalten des Bestellers gleichgestellt.

B muss daher über § 645 I analog dem Unternehmer anteilig dessen Werklohn und in vollem Umfang das Verbrauchsmaterial bezahlen.

IV. Die Gegenleistungsgefahr bei Zweckerreichung und Zweckfortfall

Fall 1: Mü ist mit ihrem DAF-Marathon bei strömendem Regen auf der Autobahn liegengeblieben und verständigt einen Pannenhelfer. Als dieser eintrifft, ist der Wagen wieder angesprungen, weil ein freundlicher Autofahrer mit einem Überbrückungskabel „Starthilfe“ geleistet hat. Muss Mü den Pannenhelfer bezahlen?

Fall 2: Mü ruft einen Tierarzt, weil ihr Hund krank ist. Als der Arzt eintrifft, ist der Hund tot.

Zweckerreichung liegt vor, wenn der vertraglich geschuldete Erfolg auf eine andere Weise als durch Vornahme der geschuldeten Leistung eintritt. Die geschuldete Leistung ist dadurch unmöglich geworden (Palandt/Heinrichs § 275 Rz. 9; MünchKomm/Emmerich Rz. 37 ff. vor § 275). So liegt es in Fall 1, da der Wagen auch ohne Eingreifen des Pannenhelfers wieder angesprungen ist.

Zweckfortfall liegt vor, wenn der Eintritt des Leistungserfolgs durch äußere Faktoren verhindert wird. Zweckfortfall liegt in Fall 2 vor, da die Behandlung des Hundes mittlerweile nicht mehr möglich ist.

Beide Fälle haben gemeinsam, dass der Schuldner die vertraglich geschuldete Handlung nicht mehr vornehmen bzw. den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht mehr herbeiführen kann. Der Schuldner ist daher gemäß § 275 infolge nachträglicher Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei geworden.

Die Frage ist aber, welche Auswirkungen Zweckerreichung und Zweckfortfall auf das Schicksal der Gegenleistung haben. Streng genommen liegen die Voraussetzungen des § 326 I vor, da dem Schuldner die Leistung nachträglich unmöglich geworden ist und dies aufgrund eines Umstandes geschah, den der Gläubiger der Leistung nicht i.S.d. § 326 II, 1. Alt. zu vertreten hat. Die Anwendung des § 326 I würde bedeuten, dass der Schuldner der Leistung das Risiko der Zweckerreichung bzw. des Zweckfortfalls trägt, obwohl er dieses Risiko in keiner Form beherrschen kann. Das ist nicht nur unbillig, sondern kann auch aus praktischen Erwägungen nicht wünschenswert sein: Würde der Schuldner der Leistung dieses Risiko uneingeschränkt tragen,

würde er eine derartige Leistung einfach gar nicht mehr anbieten. Weder ein Pannenhelfer fährt nachts 30 km zu einer Unfallstelle noch ein Arzt fährt 30 km bis zum Patienten, wenn er das Risiko trägt, dass es dem Patienten entweder schon viel besser (oder viel schlechter...) geht. Die Gegenleistungsgefahr muss daher in derartigen Fällen abweichend von § 326 I angemessen verteilt werden. Dabei lassen sich 2 Fallgruppen unterscheiden:

- 1) **Der Gläubiger der Leistung muss die eigene Gegenleistung gemäß § 326 II 1 vollständig erbringen (abzüglich ersparter Aufwendungen des Schuldners), wenn er durch sein eigenes Verhalten treuwidrig den Zweck hat eintreten lassen oder den Zweckfortfall zu vertreten hat.**

Beispiel 1: Nachdem Mü den Pannendienst angerufen hatte, war sie zu einer nahegelegenen Tankstelle gelaufen und hatte den Tankwart um Hilfe gebeten.

Beispiel 2: Weil Mü ihrem Hund weitere Quälereien ersparen wollte, hatte sie ihn mit der Wehrmachtspistole ihres verstorbenen Mannes vor Eintreffen des Tierarztes erschossen.

Der Gläubiger bleibt also zur Gegenleistung verpflichtet, wenn er durch eine Handlung, die seiner freien Entscheidung entsprang, dem Schuldner dessen Leistung unmöglich gemacht hat. Auf ein Verschulden des Gläubigers kommt es nicht an: Es geht nicht um die Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern um eine Risikozurechnung, die vom Verschulden unabhängig ist. Auch braucht der Gläubiger selbst die entsprechende Handlung nicht vorgenommen zu haben; es genügt das Handeln einer Person aus der Sphäre des Gläubigers.

Beispiel: In Beispiel 1 hat einer der Beifahrer den Motor wieder in Gang gesetzt.

- 2) **Der Gläubiger der Leistung schuldet dem Schuldner in analoger Anwendung des § 645 I eine Teilvergütung und Ersatz der Aufwendungen, wenn der Leistungsgegenstand aus anderen Gründen wegfällt oder der geschuldete Erfolg ohne jedes Zutun des Gläubigers eintritt.** Leistungshindernisse aus der Sphäre des Gläubigers, die dem Schuldner dessen Leistung unmöglich werden lassen, gehen also zu Lasten des Gläubigers, so dass der Schuldner trotz Unmöglichkeit zumindest eine Teilvergütung fordern kann.

Beispiele: Der zu fallende Baum ist bei einem Sturm umgestürzt; das auf Grund gelaufene Schiff ist vor Eintritt des Bergungsschiffes wieder frei geworden.

Der BGH begründet in BGH NJW 1982, 1459 die analoge Anwendung des § 645 I wie folgt: „Der Vorschrift des § 645 liegt die Erwägung zugrunde, dass der Besteller, der die Gegenstände liefert, aus denen, an denen oder mit denen das Werk herzustellen ist, auch für deren Tauglichkeit verantwortlich sein muss. Auf ein Verschulden des Bestellers kommt es dabei nicht an. Der Besteller steht der Gefahr, die sich aus der Beschaffenheit des Stoffes ergibt, näher als der Unternehmer. Entsprechendes gilt für die Weisung des Bestellers, die die Ausführung des Werks beeinflusst. Auch sie beruht auf dem Willensentschluss des Bestellers und ist zumindest mitursächlich für die Unmöglichkeit der Leistung (BGHZ 77, 320, 325). § 645 gilt daher analog in Fällen, in denen die Leistung des Unternehmers aus Umständen unmöglich wird oder untergeht, die in der Person des Bestellers liegen (BGHZ 60, 14) oder auf Handlungen des Bestellers zurückgehen (BGHZ 40, 71: Eine vom Unternehmer zu errichtende Scheune entzündet sich vor Fertigstellung durch Heu, das der Besteller bereits vor Fertigstellung einlagert.). Auch hier kommt es auf ein Verschulden des Bestellers nicht an. Maßgeblicher Grund für die analoge Anwendung des § 645 ist jeweils, dass ein für beide Parteien des Werkvertrags gerechter Interessenausgleich herbeigeführt werden kann.“

- 3) Handelt es sich um einen Dienstvertrag, bei dem der Schuldner Dienste höherer Art schuldet (z.B. Arzt), so kann der Dienstberechtigte gemäß § 627 sofort kündigen. Der Anspruch auf Teilvergütung folgt dann aus § 628.

§ 15 Der anfängliche Ausschluss der Leistungspflicht: § 311 a

Fall 1: Der Galerist G verkauft um 17.00 Uhr auf der Art Cologne ein Bild aus seiner Galerie im Wert von 10.000 Euro für 8.000 Euro an den Käufer K. Das Bild ist jedoch bereits um 16.00 Uhr bei einem Brand in der Galerie vollständig zerstört worden.

Fall 2: V hatte dem K das Bild übergeben. 2 Wochen später stellt sich heraus, dass das Bild Jahre zuvor gestohlen wurde, so dass G dem K wegen § 935 I 1 kein Eigentum verschaffen konnte. Als der Eigentümer das Bild von K herausverlangt, fragt dieser nach seinen Ansprüchen gegen den Galeristen.

I. Die Systematik des § 311 a II

- 1) **Gemäß § 311 a I ist auch der Vertrag wirksam, der auf eine Leistung gerichtet ist, die der Schuldner entweder von Anfang an nicht erbringen kann (= Unmöglichkeit, § 275 I) oder nicht erbringen muss (= Unzumutbarkeit, § 275 II, III).** Es kommt nicht darauf an, ob die Leistung von Anfang an objektiv unmöglich oder nur dem Schuldner persönlich unmöglich war, weil der Schuldner in beiden Fällen gemäß § 275 I von seiner Erfüllungspflicht frei wird. Andererseits schließt § 311 a I nicht aus, dass der Vertrag nicht aus einem anderen Grund wie z.B. gemäß § 138 I nichtig ist.
- 2) Da der Schuldner gemäß § 275 I, II nicht erfüllen muss, drängt sich natürlich die Frage auf, warum der Gesetzgeber einen Vertrag wirksam sein lässt, den der Schuldner von vornherein nicht erfüllen kann und daher auch nicht erfüllen muss.

Die Antwort ist einfach: Die Wirksamkeit des Vertrags sorgt dafür, dass der Gläubiger gemäß § 311 a II 1 Schadensersatz statt der Leistung (also sein positives Interesse!) ersetzt verlangen kann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder hätte erkennen können, was nach § 311 a II 2 widerlegbar vermutet wird. Um dem Gläubiger das Erfüllungsinteresse zu gewähren, muss der Vertrag natürlich wirksam sein!

- 3) **AL-Klausurtyp: Der Vertrag ist nur wirksam, um Ersatzansprüche erzeugen zu können!** Dies bedeutet aber auch, dass der Vertrag trotz seiner Wirksamkeit auf gar nichts gerichtet ist, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht erkennen konnte!

II. Das AL-Prüfungsschema des § 311 a II 1

1) Die Voraussetzungen des § 311 a II 1

- a) **Wirksamer Vertrag** (beachte, dass § 311 a I den Vertrag nur vor den Folgen der anfänglichen Unmöglichkeit, aber nicht vor allen anderen Nichtigkeitsgründen (z.B. §§ 104 ff.) retten kann!)
- b) **Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 I, II**
 - aa) § 275 I: Tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit
 - bb) § 275 II: Schuldner beruft sich auf praktische Unmöglichkeit durch unzumutbare Leistungerschwerung
 - cc) § 275 III: Unzumutbarkeit bei persönlich zu erbringender Leistung
- c) **Das Leistungshindernis bestand bereits bei Vertragsschluss** (sonst gelten die § 280 I 1, III, 283!)

d) **Vertretenmüssen des Schuldners i.S.d. § 276** (was nach § 311 a II 2 widerlegbar vermutet wird)

Was der Schuldner i.S.d. § 311 a II 2 zu vertreten hat, ergibt sich aus § 276 (Palandt/Grüneberg § 311 a Rz. 9). Der Schuldner haftet also, wenn er die anfängliche Unmöglichkeit kannte, fahrlässig verkannt hat oder für die Möglichkeit der Vertragserfüllung eine verschuldensunabhängige Garantie übernommen hat.

aa) **Eine verschuldensunabhängige Garantiehafung würde voraussetzen, dass der Schuldner in einer für den Gläubiger erkennbaren Weise erklärt hatte, er werde ohne Rücksicht auf sein persönliches Verschulden sämtliche Schäden ersetzen, die sich aus der anfänglichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ergeben.** Dabei müssen Sie in Ihrer Klausur jedoch sorgfältig prüfen, ob der Gläubiger das Verhalten des Schuldners wirklich dahingehend verstehen durfte. Eine generelle Aussage, jeder Schuldner übernehme durch sein Versprechen ein Beschaffungsrisiko i.S.d. § 276 I 1 2. HS, aufgrund dessen er die Unmöglichkeit auf jeden Fall zu vertreten hätte, lässt sich der gesetzlichen Regelung nicht entnehmen.

bb) Der Schuldner handelt fahrlässig, wenn er bei seinem Versprechen die ihm gebotene und zumutbare Nachforschungspflicht missachtet hat. Der Umfang der Nachforschungspflicht und die daraus resultierenden Sorgfaltsanforderungen hängen von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Allgemein lässt sich aber feststellen, dass bei Sachen, die besonders häufig gestohlen werden (z.B. Pkw), eine Pflicht zu bejahen ist, jedenfalls unmittelbar vor Vertragsschluss Erkundigungen einzuziehen (Palandt/Grüneberg § 311 a Rz. 9; Bamberger/Roth § 311 a R. 8 m.w.N.).

Beispiel: So muss z.B. ein Kfz-Händler beim Verkauf eines Pkw Erkundigungen über die Herkunft des Pkw einholen und darf sich nicht uneingeschränkt auf die Angaben in dem ihm überreichten Kfz-Brief verlassen, wenn er aufgrund besonderer Umstände misstrauisch sein müsste, weil z.B. die im Kfz-Brief eingetragene Fahrzeugidentifikationsnummer nicht mit der im Fahrzeug eingeschlagenen Nummer identisch ist.

2) **Die Rechtsfolgen des § 311 a II 1**

a) Der Gläubiger kann **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Der Schuldner muss den Gläubiger also in Geld so stellen, wie dieser bei einer Erfüllung des Vertrags in Natur stehen würde.

b) Ist nur ein Teil der versprochenen Leistung anfänglich unmöglich, so kann der Gläubiger auch nur Schadensersatz für den unmöglichen Teil verlangen. Schadensersatz statt der Gesamtleistung kann der Gläubiger gemäß den §§ **311 a II 3, 281 I 2** nur dann verlangen, wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert, er also mit dem erhaltenen Teil nichts anfangen kann.

c) Anstelle von Schadensersatz kann der Gläubiger auch gemäß § **284** verlangen, dass ihm der Schuldner die **Aufwendungen** ersetzt, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat.

d) **Beachte: § 311 a II 1 gilt gemäß § 437 Nr. 3 auch im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht:** Stand bereits bei Vertragsschluss fest, dass der Verkäufer keine mangelfreie Sache liefern konnte, so schuldet er dem Käufer gemäß den §§ 437 Nr. 3, 311 a II Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Verkäufer dies hätte erkennen können. Es handelt sich um einen Fall der anfänglichen Teilunmöglichkeit.

3) **Im Rahmen des § 311 a II 1 sind 2 Fragen sehr umstritten:**

a) **Unter welchen Voraussetzungen hätte der Verkäufer den Mangel erkennen können?**

Den Verkäufer trifft keine generelle Untersuchungspflicht (Gröschler NJW 2005, 1601 m.w.N.). Eine derartige Untersuchungspflicht kann sich jedoch aus den Umständen des Einzelfalles ergeben, etwa aufgrund einer besonderen Sachkunde oder weil sich bestimmte Verdachtsmomente aufdrängen (Staudinger/Beckmann § 433 Rz. 102 m.w.N.).

b) **Ist der Verkäufer verpflichtet, auf alle ihm bekannten Mängel hinzuweisen?**

Eine Ansicht (Staudinger/Beckmann a.a.O. m.w.N.) verpflichtet den Verkäufer, den Käufer auch auf geringfügige Mängel hinzuweisen: Auch bei geringfügigen Mängeln könne der Käufer mindern oder den kleinen Schadensersatz verlangen. Dies zeige, dass die Gewährleistungsrechte des Käufers (und damit auch die Aufklärungspflicht des Verkäufers!) unabhängig von der Erheblichkeit des Mangels seien.

Die Gegenansicht (Gröschler, NJW 2005, 1604 m.w.N.) verpflichtet den Verkäufer nur, auf erhebliche Mängel hinzuweisen, weil der Käufer die Kaufsache regelmäßig auch in Kenntnis eines unerheblichen Mangels gekauft hätte. Dabei darf es sich aber nur um Bagatellmängel handeln, bei denen der Käufer weder zurücktreten (§ 323 V 2) noch den großen Schadensersatz verlangen (§ 281 II 3) darf.

§ 16 Der Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung gemäß § 280 I

Vorbemerkung

- 1) **§ 280 I ist eine einheitliche Anspruchsgrundlage für alle erdenklichen Formen der Pflichtverletzung** mit Ausnahme der anfänglichen Unmöglichkeit, die in § 311 a speziell geregelt ist. Daraus folgt:
§ 280 I gilt für jede denkbare Pflichtverletzung: Die Unterscheidung zwischen Hauptpflichten und Nebenpflichten entfällt. Die Pflichtverletzung des Schuldners kann darin bestehen, dass er
 - nicht leistet
 - verspätet leistet
 - schlecht leistet
 - vertragliche Nebenpflichten nicht erfüllt oder
 - vorvertragliche Pflichten nicht erfüllt (§ 311 II 1, 241 II).
- 2) **Diese Vereinheitlichung der Leistungsstörungen durch § 280 I bietet 3 wesentliche Vorteile:**
 - **Einheitliche Voraussetzungen:** Konkurrenzprobleme gehören der Vergangenheit an.
 - **Einheitliche Verjährungsregelung**
 - **Einheitliche Beweislastverteilung: § 280 I 2**

- 3) **▲-Klausurtyp:** **§ 280 I bleibt auch dann alleinige Anspruchsgrundlage, wenn er über § 280 III durch die §§ 281 – 283 für 2 besondere Formen des Schadensersatzes ergänzt wird.** Daraus ergibt sich für Ihre Schadensersatzansprüche die folgende **Struktur:**
 - a) **§ 280 I / einfacher Schadensersatz:** § 280 gilt unmittelbar, wenn der Schuldner einfachen Schadensersatz verlangt, wie z.B. bei Verletzung von Sorgfalts- oder Aufklärungspflichten.
 - b) **§§ 280 I, II, 286 / Verzögerungsschaden:** Macht der Gläubiger seinen Verzögerungsschaden geltend, so bleibt § 280 I Anspruchsgrundlage, wird aber gemäß § 280 II durch § 286 ergänzt: Zwar ist auch die verspätete Leistung an sich bereits eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I, doch soll der Schuldner den Verzögerungsschaden nur dann ersetzen müssen, wenn er in Verzug ist.
 - c) **§§ 280 I, III, 281 – 283 / Schadensersatz statt der Leistung:** Verlangt der Gläubiger Schadensersatz in Geld statt der Leistung, so belastet dies den Schuldner wesentlich stärker, als wenn der Gläubiger an Erfüllung in Natur festhält und nur den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden ersetzt verlangt: Der Schuldner hat oftmals bereits Zeit und Geld in seine Erfüllungsversuche gesteckt und will den Anspruch auf seine Gegenleistung nicht ohne weiteres verlieren. **Deshalb stellen die §§ 281 – 283 für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung zusätzliche Voraussetzungen auf:**
 - aa) **§§ 280 I, III, 281 / Verzug oder Schlechtleistung:** Hat der Schuldner die Leistung nicht oder nicht so wie geschuldet erbracht, so kann der Gläubiger grundsätzlich erst Schadensersatz statt der Leistung verlangen, nachdem er dem Schuldner eine Nachfrist zur ordnungsgemäßen Erfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist.
 - bb) **§§ 280 I, III, 282: Verletzung einer sonstigen Pflicht:** Verletzt der Schuldner eine Pflicht, die nichts mit der geschuldeten Leistung zu tun hat, so kann der Gläubiger die weitere Erfüllung ablehnen und Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung so gravierend war, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuge-
mutet werden kann. Eine Fristsetzung ist hier überflüssig, weil ohnehin kein Leistungs-
anspruch besteht.

- cc) **§§ 280 I, III, 283 / Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht:** Ist dem Schuldner die Leistung i.S.d. § 275 I unmöglich geworden oder hat er sich auf die Einrede des § 275 II bzw. III berufen, so kann der Gläubiger Schadensersatz in Geld verlangen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist hier überflüssig: in Fällen der Unmöglichkeit gemäß § 275 I ohnehin, aber auch bei § 275 II, III, da der Schuldner durch das Geltendmachen der Einrede ja bereits von sich aus erklärt hat, dass er nicht leisten werde.

I. Das -Prüfungsschema des § 280 I

1) Die Voraussetzungen des § 280 I

a) Schuldverhältnis

- aa) Vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 II)
- bb) Vertragliches Schuldverhältnis
- cc) Gesetzliches Schuldverhältnis

b) Pflichtverletzung

- aa) Verletzung von Sorgfalts-, Schutz- und Obhutspflichten (vgl. § 241 II)
- bb) Verletzung von Aufklärungs- oder Beratungspflichten
- cc) Verletzung sonstiger Nebenpflichten: Unterlassung bestimmter Handlungen, Verschwiegenheit, Mitwirkung zur Erreichung des Vertragszwecks

c) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

- aa) Grundsatz: Der Schuldner haftet gemäß den **§§ 276, 278** für Vorsatz und Fahrlässigkeit in eigener Person sowie bei Erfüllungsgehilfen.
- bb) Ausnahmen gibt es in beide Richtungen:
 - (1) Der Schuldner haftet auch ohne Verschulden, wenn er eine Garantie i.S.d. § 276 übernimmt oder wenn er sich in Schuldnerverzug befindet (§ 287, 2, 1. HS).
 - (2) Der Schuldner haftet trotz leichter Fahrlässigkeit nicht, wenn er dies mit dem Gläubiger wirksam (§§ 309 Nr. 7; 307!) vertraglich vereinbart hat oder wenn bereits das Gesetz den Haftungsmaßstab mildert (z.B.: §§ 300 I, 521, 599).

d) Schaden

e) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

2) Die Rechtsfolgen des § 280 I 1

Der Gläubiger kann über die §§ 280 I 1, 249 ff. den Schaden ersetzt verlangen, der ihm adäquat kausal durch die Pflichtverletzung des Schuldners entstanden ist. Schadensersatz statt der Leistung kann er aber gemäß § 280 III nur unter den Voraussetzungen der §§ 281 – 283 fordern.

II. Details zu § 280 I

1) Das Schuldverhältnis

- a) **§ 280 I setzt zunächst einmal voraus, dass zwischen dem Anspruchsteller und dem Anspruchsgegner bereits vor der Pflichtverletzung ein Schuldverhältnis bestand.** Dabei kann es sich um ein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II oder um ein vertraglich begründetes Schuldverhältnis handeln, das erst durch den Abschluss des Vertrags entsteht, aber auch um ein gesetzliches Schuldverhältnis, das unabhängig vom Willen der Beteiligten kraft Gesetzes entsteht.

Beispiel: Hatte der Nachbar für den Adressaten in dessen Abwesenheit ein Paket angenommen und es schuldhaft fallenlassen, so haftet der Nachbar gemäß § 280 I für die dadurch eingetretene Beschädigung, weil durch die Annahme des Pakets gemäß den §§ 677 ff. ein gesetzliches Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zustande gekommen ist.

- b) Die Rechtsprechung zeigt sich bei der Annahme eines Schuldverhältnisses recht erfinderisch: „Wo sie ein Schuldverhältnis sucht, da findet sie es auch“ (Schellhammer Rz. 1673).

Beispiele:

- 1) Durch die Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen entsteht ein Schuldverhältnis zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Dritten i.S.d. § 771 ZPO, dem die Pfandsache gehört (BGHZ 58, 207).
- 2) Zwischen dem Inhaber einer Dienstbarkeit und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks besteht ein Schuldverhältnis, da der Inhaber der Dienstbarkeit nicht nur dinglich *berechtigt* ist, die Sache umfassend zu nutzen, sondern gemäß § 1020 auch schuldrechtlich *verpflichtet* ist, dabei auf die Interessen des Eigentümers Rücksicht zu nehmen (BGHZ 95, 144).
- 3) Das bedingte Vertragsverhältnis verpflichtet schon während des Schwebezustandes vor Bedingungseintritt zur Vertragstreue (BGHZ 90, 308) und ggf. auch noch nach Ausfall der Bedingung (BGH NJW 1990, 507).
- 4) Andererseits bringt das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis kein Schuldverhältnis zustande, sondern begrenzt nur nach Treu und Glauben gemäß § 242 die dingliche Rechtsausübung des Eigentümers im Hinblick auf die Befugnisse auf seinem Grundstück (BGHZ 42, 374).

2) Die Pflichtverletzungen

Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I ist jedes Verhalten, das objektiv nicht dem Schuldverhältnis entspricht, so dass Sie die Frage nach einer Pflichtverletzung nur von Fall zu Fall beantworten können. Typische Pflichtverletzungen sind die folgenden:

a) Die Verletzung von Sorgfaltspflichten

- aa) Jede Partei des Schuldverhältnisses ist verpflichtet, mit den Rechten und Rechtsgütern der anderen Partei sorgfältig umzugehen, so dass der Schuldner gemäß § 280 I haftet, wenn er seine diesbezügliche Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt (Soergel/Wiedemann Rz. 484 vor § 275).

Beispiele:

- 1) Der Werkunternehmer beschädigt die zu reparierende Sache während der Reparatur.
- 2) Der Kellner schüttet dem Gast eine Suppenterrine über den Anzug.

- bb) Dabei tritt der Anspruch aus § 280 I neben die deliktischen Ansprüche der §§ 823 I bzw. 831 I 1. § 280 I bietet dem Gläubiger zwei Vorteile:

- (1) Der Schuldner muss sich das Verschulden von Hilfspersonen über § 278 wie eigenes Verschulden zurechnen lassen, ohne sich wie bei § 831 I 2 exkulpieren zu können.
- (2) Das erforderliche Verschulden des Schuldners wird gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet.

b) Die Verletzung von Beratungs- oder sonstigen Nebenpflichten

Je nach konkreter Fallgestaltung muss eine Partei bestimmte Nebenpflichten erfüllen. Dabei bestimmen sich Art und Umfang der Nebenpflicht nach Treu und Glauben gemäß § 242: Von Fall zu Fall ist eine Vertragspartei zur Anzeige, Beratung, Unterlassung bestimmter Handlungen, Verschwiegenheit und Mitwirkung zur Erreichung des Vertragszwecks verpflichtet.

Beispiele:

- 1) Der Käufer hatte von der Gemeinde billiges Industriegelände gekauft, um dort Industrie anzusiedeln und Arbeitsplätze zu schaffen. Stattdessen spekuliert er mit dem Grund und Boden (BGH WM 1976, 1111).
- 2) Der Verkäufer teilt der Bank, die den Kauf finanziert, Tatsachen mit, die für den Käufer schädlich sind.

c) Die Verletzung von Aufklärungspflichten

Grundsätzlich trägt der Gläubiger das Risiko, die Leistung entsprechend verwenden zu können. Dennoch darf er nach Treu und Glauben vom Schuldner Aufklärung über die Umstände erwarten, die für die vertragsgemäße Verwendung der Sache von entscheidender Bedeutung sind und die er aus eigener Sachkunde heraus nicht beurteilen kann. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner eine entsprechende Beratungspflicht zusätzlich übernommen hat.

Beispiele aus der Rspr. zum Kaufrecht: Der Verkäufer muss den Käufer über die Aufstellungsmöglichkeiten einer Maschine, über die Verwendungsmöglichkeit eines Klebemittels, über die Gefahr von hochgiftigen Pflanzenschutzmitteln oder bei laufender Geschäftsbeziehung über eine inzwischen vorgenommene Veränderung des Produkts aufklären (BGH NJW 1989, 2532).

d) Die Verletzung von nachvertraglichen Pflichten

§ 280 erfasst auch die Fälle, in denen der Schuldner eine Pflicht verletzt, nachdem der Vertrag an sich bereits ordnungsgemäß erfüllt worden ist. Auch nach der Erfüllung des Vertrags muss der Schuldner alles unterlassen, was dem Gläubiger die durch den Vertragsschluss gewährten Vorteile entziehen könnte (Palandt/Grüneberg § 280 Rz. 7 m.w.N.).

Beispiel: V verkauft an K eine Forderung, nimmt aber dennoch nach erfolgter Abtretung die Leistung seines ursprünglichen Schuldners entgegen mit der Folge, dass dieser an ihn mit gemäß § 407 befreiender Wirkung leistet.

3) Die Beweislastverteilung

Grundsätzlich trägt der Kläger in einem Zivilprozess die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, wenn nicht durch das Gesetz oder durch Richterrecht die Beweislast umgekehrt wird. Der Gläubiger des § 280 I müsste daher die Pflichtverletzung durch den Schuldner ebenso beweisen wie die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden, doch variiert die Beweislast je nach Vertragstyp, Parteiabrede, Art der Pflichtverletzung und Schutzbedürftigkeit des Gläubigers (ausführlich dazu Palandt/Grüneberg § 280 Rz. 34 ff. m.w.N.).

a) Der Beweis der Pflichtverletzung

Der Gläubiger muss zunächst beweisen, dass der Schuldner eine der o.g. Pflichten objektiv verletzt hat. Bereits bei der Frage nach der Pflichtverletzung wird die Beweislast umgekehrt, wenn die Umstände, die den Vorwurf der Pflichtverletzung begründen, im Gefahrenbereich des Schuldners liegen.

Beispiele:

- 1) Der Verkäufer verkauft verdorbene Lebensmittel.
- 2) Der Käufer rutscht im Geschäft des Verkäufers auf einer Bananenschale aus.

b) Der Kausalitätsnachweis

Steht die objektive Pflichtverletzung fest, so muss der Gläubiger die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden beweisen. Dabei kehrt der BGH (WM 1991, 1993) jedoch die Beweislast um, wenn der Schuldner Aufklärungs- oder Beratungspflichten verletzt hat: Es ist jetzt Sache des Schuldners, zu beweisen, dass der geltend gemachte Schaden auch bei sorgfältiger und vollständiger Beratung eingetreten wäre, weil z.B. der Gläubiger entsprechende Ratschläge nicht beachtet hätte.

c) Die Vermutung des Vertretenmüssens: § 280 I 2

Kann der Gläubiger dem Schuldner dessen Pflichtverletzung sowie die Kausalität der Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden beweisen, dann hat er gute Karten, denn das jetzt noch erforderliche Vertretenmüssen des Schuldners oder das seines Erfüllungsgehilfen i.S.d. §§ 276, 278 wird gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet.

§ 17 Schadensersatz statt der Leistung bei Verzögerung oder Schlechtleistung gemäß den §§ 280 I, III, 281

Vorbemerkung

- 1) **§ 281 regelt den Übergang von der Erfüllung in Natur zum Schadensersatz statt der Leistung in Geld.** Anspruchsgrundlage ist jedoch nicht § 281, sondern **§ 280 I**; § 281 enthält nur die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger von einem Anspruch auf Erfüllung in Natur plus Schadensersatz gemäß § 280 I auf einen Schadensersatzanspruch *statt der Leistung* umsteigen darf.
- 2) Bei diesem Übergang müssen aber die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.
 - a) Der Gläubiger will Klarheit darüber schaffen, ob er die geschuldete Leistung vom Schuldner bekommt oder sich anderweitig eindecken muss. Für diesen Fall will er sicherstellen, anschließend nicht zweimal beliefert zu werden und die mit der Ersatzbeschaffung erforderlichen Mehrkosten ersetzt haben.
 - b) Der Schuldner seinerseits hat möglicherweise bereits erhebliche persönliche und/oder finanzielle Anstrengungen unternommen, um die Leistung zu erbringen und will nicht ohne weiteres seinen Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung verlieren und zu allem Überfluss noch den Schaden des Gläubigers ersetzen zu müssen.
 - c) Der Gesetzgeber hat sich daher für eine differenzierte Lösung entschieden: Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger gemäß § 281 I unter den Voraussetzungen des § 280 I Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur ordnungsgemäßen Erfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist.

3) **▲-Klausurtyp:** § 281 soll dem Gläubiger Klarheit darüber verschaffen, ob er die Leistung noch verlangen kann (§ 275) oder ob er stattdessen Schadensersatz gemäß den §§ 280 I, III, 283 (bei Unmöglichkeit) oder gemäß den §§ 280 I, III, 281 (bei Verzögerung oder Schlechtleistung) verlangen soll. Die für § 281 erforderliche Fristsetzung setzt den Schuldner auch bei noch möglicher Leistung in Verzug.

4) Die Systematik der §§ 281 – 283

Sehen wir uns zunächst einmal das Verhältnis der §§ 281 – 283 zueinander an:

- a) **§ 281 regelt nicht jede Form der Leistungsstörung, sondern nur die Verzögerung und die Schlechtleistung.**
- b) **Die Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Pflicht ist in § 282 und die Unmöglichkeit der Leistung ist in § 283 geregelt.** Bei näherem Hinsehen ist der Grund dafür klar: Gemäß § 281 kann der Gläubiger nur dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen, nachdem er dem Schuldner eine angemessene Nachfrist gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist. Eine derartige Fristsetzung macht bei Verzögerung oder Schlechtleistung Sinn, nicht aber im Fall der Unmöglichkeit des § 283 oder im Fall des § 282, in dem der Gläubiger ohnehin keinen Anspruch hat.

I. Das -Prüfungsschema zu den §§ 280 I, III, 281

1) Die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281

a) Schuldverhältnis

- aa) Vertragliches Schuldverhältnis
- bb) Gesetzliches Schuldverhältnis

b) Leistungspflicht (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)

c) Die Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar (ansonsten gelten die Regeln der Unmöglichkeit gemäß § 283)

d) Der Gläubiger hat einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Leistung

e) Der Schuldner hat die Leistung noch nicht oder nicht wie geschuldet erbracht

f) Ablauf einer angemessenen Nachfrist

Ausnahmen: Eine Nachfristsetzung ist gemäß § 281 II in 2 Fällen entbehrlich:

- Der Schuldner hat die Leistung ausdrücklich und endgültig verweigert
- besondere Umstände rechtfertigen einen Schadensersatzanspruch ohne Nachfristsetzung (z.B. „just in time“-Lieferung)

g) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

2) Die Rechtsfolgen der §§ 280 I, III, 281

Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung *soweit* verlangen, wie der Schuldner die Leistung nicht erbracht hat. Hat der Schuldner nur einen Teil geleistet, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der gesamten Leistung gemäß § 281 I 2 nur dann verlangen, wenn ihm die Teilleistung nichts nützt. In diesem Fall muss er die bereits erhaltene Teilleistung gemäß den §§ 281 V, 346 I zurückgeben und etwaige Nutzungen vergüten.

-Klausurtipp:

Der Gläubiger kann also bei einer Teilunmöglichkeit nicht frei zwischen dem kleinen und dem großen Schadensersatz wählen, sondern ist an die Wertung des § 283 I 2 gebunden!

II. Details zu § 281

1) Die Pflichtverletzung

Wie wir gerade gesehen haben, müssen wir bei der Pflichtverletzung zwischen der Verzögerung der Leistung und der Schlechtleistung unterscheiden:

a) Die Leistungsverzögerung

- aa) **Der Schuldner muss zum Zeitpunkt der Nachfristsetzung nicht in Verzug sein.**
Begründung: Der Gläubiger kann zur Zeit der Nachfristsetzung nicht erkennen, warum der Schuldner nicht leistet und soll durch die Nachfristsetzung Klarheit schaffen können.
- bb) **Der Gläubiger muss dem Schuldner zwar eine angemessene Nachfrist setzen, muss sich aber noch nicht entscheiden, was er nach erfolgloser Frist tun wird.** Der Schuldner soll die gesetzte Nachfrist ernst nehmen: Dies wird er insbesondere tun, wenn er weiß, dass er nach Fristablauf möglicherweise seinen Anspruch auf die Gegenleistung verlieren und zu allem Überfluss auch noch Schadensersatz statt der Leistung schulden wird.

b) Die Schlechtleistung

§ 280 erfasst auch die Fälle der Schlechtleistung. Schlechterfüllung bedeutet, dass der Schuldner seine Leistungspflicht zwar erfüllt, aber so schlecht, dass dadurch dem Gläubiger ein Schaden entsteht. **Dabei kommt es nicht darauf an, worin die Schlechtleistung besteht, ob also der Schuldner eine mangelhafte Sache liefert oder eine Nebenpflicht verletzt.** Das bedeutet gleichzeitig, dass sich die Frage nach dem Verhältnis der c.i.c. oder des § 280 zum Gewährleistungsrecht nicht stellt! **§ 280 ist die alleinige Anspruchsgrundlage, die für alle Fälle der Schlechtleistung gilt.** Auch dort, wo das Gesetz Gewährleistungsansprüche regelt, wird bei der Frage nach Schadensersatz auf § 280 verwiesen (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4). Daraus folgt:

- aa) **§ 280 gilt bei allen Vertragstypen, bei denen das Gesetz die Frage der Schlechtleistung gar nicht anspricht.**
- § 611: Dienstvertrag
 - § 652: Maklervertrag
 - § 662: Auftrag
 - § 675: Geschäftsbesorgungsvertrag
 - § 705: Gesellschaftsvertrag

Hier haftet der Schuldner, wenn er schlecht leistet und dies i.S.d. § 276 zu vertreten hat. Der Gläubiger kann dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur ordnungsgemäßen Erfüllung setzen und nach erfolglosem Ablauf der Frist wie folgt reagieren:

- (1) **§ 280 I / Schadensersatz wegen Pflichtverletzung:** Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten, notfalls auf Erfüllung klagen und daneben gemäß § 280 I den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Schlechtleistung entstanden ist.
- (2) **§§ 280 I, III, 281 / Schadensersatz statt der Leistung:** Der Gläubiger kann gemäß den §§ 280 I, III, 281 (in Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit: § 283) Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Stammt der vom Gläubiger geltend gemachte Anspruch aus einem Vertrag, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nur dann verlangen, wenn er sich selbst vertragsgetreu verhalten hat.
- (3) **§ 323 I / Rücktritt:** Der Gläubiger kann gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten. Während jedoch für den Schadensersatzanspruch des Gläubigers die eigene Vertragstreue Anspruchsvoraussetzung war, kann auch der selbst vertragsuntreue Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn sich der Schuldner um die Vertragsuntreue des Gläubigers selbst gar nicht gekümmert hat, sondern von sich aus unberechtigt die Leistung selbst für den Fall verweigert hat, dass sich der Gläubiger wieder vertragsgetreu verhält.

(4) **§ 314 I, II / Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen:** Verletzt der Schuldner die Pflicht aus einem Dauerschuldverhältnis, so wird der Rücktritt durch eine Kündigung ersetzt: Hat z.B. eine Gesellschaft bereits Gesellschaftsvermögen gebildet oder Verträge geschlossen oder sind bei einem anderen Dauerschuldverhältnis über die Jahre hinweg bereits zahlreiche Leistungen ausgetauscht worden, so kommt eine Rückabwicklung des Dauerschuldverhältnisses im Wege des Rücktritts nicht in Betracht. An die Stelle des Rücktritts tritt hier die Kündigung, die *ex nunc* wirkt und das Schuldverhältnis für die Zukunft auflöst. Auch hier muss der Gläubiger dem Schuldner gemäß § 314 II durch eine Nachfristsetzung eine letzte Chance geben, das Schuldverhältnis ordnungsgemäß zu erfüllen, wenn diese Frist nicht gemäß § 323 II entbehrlich ist.

bb) **§ 280 gilt aber auch im Kaufrecht und im Werkvertragsrecht, also dort, wo das Gesetz die Gewährleistungsansprüche des Gläubigers ausdrücklich gesetzlich regelt.** Auch hier ist § 280 (neben § 311 a II 1 bei für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit) die alleinige Anspruchsgrundlage, auf die in den §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 verwiesen wird. Daraus folgt:

(1) **Schadensersatz im Kaufrecht**

Der Verkäufer ist gemäß § 433 I 2 verpflichtet, die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verkäufer eine ganz konkrete Sache verkauft hat (Stückkauf) oder ob die verkaufte Sache aus einer bestimmten Gattung stammt. Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so wandelt sich mit der Übergabe der Erfüllungsanspruch aus § 433 I 2 in einen Anspruch auf Nacherfüllung gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439 um. **Der Käufer kann bei mangelhafter Kaufsache wie folgt reagieren:**

(a) **Der Käufer kann gemäß § 439 I Nacherfüllung verlangen,** also nach freier Wahl Mangelbeseitigung oder die Lieferung einer mangelfreien Kaufsache fordern. Der Verkäufer kann aber die Nacherfüllung in den in § 439 III genannten Fällen aber verweigern.

(aa) Ist dem Käufer bereits ein Schaden entstanden, so kann er neben der Nacherfüllung des § 439 gemäß **§ 280 I** Ersatz für diesen Schaden verlangen. Ersatzfähig ist jeder Schaden, der adäquat kausal durch die Pflichtverletzung entstanden ist. So zählen z.B. auch die Kosten der notwendig gewordenen Rechtsverfolgung des Schuldners inklusive der Anwaltskosten des Gläubigers zum ersatzfähigen Schaden (BGH NJW 1986, 1162).

Beachte: Der Schadensersatzanspruch entsteht bereits mit dem durch die Pflichtverletzung verursachten Schaden und setzt daher keine Fristsetzung voraus!

(bb) **Der Umfang des ersatzfähigen Schadens bestimmt sich nach den §§ 249 – 252:** Der Schadensersatzanspruch des § 280 ist grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichtet, doch wird häufig Wertersatz in Geld gemäß § 251 I oder Ersatz des entgangenen Gewinns gemäß § 252 geschuldet sein. Gegebenenfalls kann der Geschädigte über die §§ 280, 253 II auch Schmerzensgeld verlangen.

(cc) Das **Mitverschulden** des Geschädigten bei der Schadensentstehung oder bei der Schadensbegrenzung wird über **§ 254 I, II** anspruchsmindernd berücksichtigt.

- (b) **Der Käufer kann dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung setzen.** Ist die Frist erfolglos verstrichen, so kann er entweder
- (aa) gemäß den §§ 437 Nr. 1; 439 I auf **Nacherfüllung** klagen oder
- (bb) gemäß den §§ 437 Nr. 2, 1. Alt.; 323 I vom Kaufvertrag **zurücktreten** oder
- (cc) gemäß den §§ 437 Nr. 2, 2. Alt.; 441 **mindern** oder
- (dd) gemäß den §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I (bei Unmöglichkeit: § 283) **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Dies kann er gemäß § 440 auch ohne Nachfristsetzung tun, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nach § 439 III verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist oder dem Käufer nicht zugemutet werden kann.

Der Verkäufer haftet aber gemäß den §§ 437 Nr. 3, 280, 281, 283 nur dann auf Schadensersatz, wenn er die Pflichtverletzung i.S.d. § 276 zu vertreten hat (was aber nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet wird). Dabei müssen wir zwischen **drei Fallgruppen** unterscheiden:

(aaa) **Der Kaufsache fehlt eine ihr vom Verkäufer i.S.d. § 443 I zugesicherte Eigenschaft.** Dieses Fehlen hat der Verkäufer zwar nicht unbedingt i.S.d. § 276 *verschuldet*, aber dennoch i.S.d. § 276 *zu vertreten*, weil ihn eine verschuldens-unabhängige Garantiehafung trifft.

(bbb) Der Verkäufer hat den **Mangel arglistig verschwiegen.**

(ccc) **Der Verkäufer hat den Mangel fahrlässig verkannt oder verursacht.**

Ob der Verkäufer die Ware überhaupt untersuchen muss und welchen Aufwand er dabei treiben muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei können folgende Kriterien eine Rolle spielen:

- Ist der Verkäufer Kaufmann oder Privatmann, der oftmals einen Fehler auch dann nicht entdeckt hätte, wenn er danach gesucht hätte?
- Ist der Verkäufer ein geschulter Fachhändler, der gegenüber dem Kunden ein besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt?
- Handelt es sich um industriell hergestellte Massenprodukte, die der Verkäufer nicht mit vertretbarem Aufwand untersuchen kann?
- Ist der Verkäufer in einer für den Käufer erkennbaren Weise überhaupt in der Lage, die Ware zu untersuchen?
- Durfte der Kunde angesichts des Preises überhaupt davon ausgehen, der Verkäufer würde die Ware – und sei es auch nur oberflächlich – untersuchen oder würde er sie einfach ungeprüft aus dem Regal nehmen?

(2) Die Schlechtleistung im Werkvertragsrecht

Hat der Werkunternehmer ein mangelhaftes Werk erstellt, so kann der Besteller gemäß § 634 Nr. 4 ähnlich wie der Verkäufer vorgehen (vgl. dazu die Angleichung der Struktur: §§ 437 / 634!), wobei die Verjährungsfrage in § 634 a einheitlich geregelt ist:

- (a) **§§ 634 Nr. 1, 635 / Nacherfüllung:** Der Besteller kann gemäß § 635 Nacherfüllung verlangen. Dabei kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel am vorhandenen Werk beseitigen oder ein neues mangelfreies Werk herstellen. Der Unternehmer trägt gemäß **§ 635 II** die mit der Nacherfüllung verbundenen Kosten, kann aber gemäß **§ 635 III** die Nacherfüllung verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.
- (b) **Der Besteller kann dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung setzen.** Ist die Frist erfolglos verstrichen, so kann der Besteller gemäß **§ 634** wie folgt reagieren:
 - (aa) **§§ 634 Nr. 2, 637 / Ersatzvornahme:** Der Besteller kann gemäß § 637 den Mangel selbst beseitigen (lassen) und die damit verbundenen Aufwendungen ersetzt verlangen. Dies gilt aber nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten gemäß § 635 III berechtigterweise verweigert hat: Man will verhindern, dass der Unternehmer eine Nacherfüllung durch Dritte bezahlen muss, die er selbst gemäß § 635 III nicht schuldet.
 - (bb) **§§ 634 Nr. 3, 1. Alt., 323 I / Rücktritt:** Der Besteller kann gemäß § 323 I vom Werkvertrag zurücktreten.
 - (cc) **§§ 634 Nr. 3, 2. Alt., 638 / Minderung:** Der Besteller kann gemäß § 638 den Vergütungsanspruch mindern.
 - (dd) **§§ 634 Nr. 4; 280 I, III, 281:** Der Besteller kann gemäß den §§ 280, 281 Schadensersatz statt der Leistung verlangen und dabei zwischen dem **kleinen** und dem **großen Schadensersatz** wählen: Er kann also das mangelhaft hergestellte Werk behalten und die Differenz zu seinem Erfüllungsinteresse in Geld verlangen oder das mangelhafte Werk nach den Regeln der §§ 346 ff. zurückgeben und vom Unternehmer verlangen, dass ihn dieser in Geld so stellt, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde.

AL-Klausurtyp: Auch beim Werkvertragsrecht schließen sich Rücktritt und Schadensersatz gemäß § 325 nicht aus! Selbst wenn der Besteller vom Werkvertrag zurücktritt oder den Werklohn mindert, kann er gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280, 281 Schadensersatz verlangen!

(3) Die nach § 281 I an sich geforderte Nachfristsetzung zur Nacherfüllung ist gemäß § 636 in den folgenden Fällen entbehrlich:

- (a) **§ 636, 1. Alt.:** der Unternehmer hat die Nacherfüllung wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes gemäß § 635 III verweigert oder
- (b) **§ 636, 2. Alt.:** die Nacherfüllung ist fehlgeschlagen oder dem Besteller nicht zumutbar oder

- (c) **§§ 636, 281 II, 1. Alt.:** der Unternehmer hat die Nacherfüllung aus sonstigen Gründen endgültig und ausdrücklich verweigert oder
- (d) **§§ 636, 281 II, 2. Alt.:** der Besteller hat nach Abwägung der beiderseitigen Interessen ein legitimes Interesse an sofortigem Schadensersatz statt der Leistung.

2) Die Fristsetzung

- a) **Die Fristsetzung ist eine empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung**, durch die der Gläubiger dem Schuldner aus Gründen der Fairness die Chance geben muss, trotz der Verzögerung bzw. Schlechtleistung noch zu erfüllen (BGH NJW 2016, 3634; NJW -RR- 2013, 1105). Die Nachfristsetzung belastet den Gläubiger auch nicht unangemessen, da er ohnehin gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Verzögerungsschaden ersetzt verlangen kann, wenn sich der Schuldner in Verzug befindet. Es geht ja bei der Nachfristsetzung nur darum, ob er die Erfüllung ablehnen und Schadensersatz statt der Leistung verlangen darf!
- b) Wie oben bereits gesehen, muss der Gläubiger sich bei der Fristsetzung noch nicht erklären, was er nach Ablauf der Frist tun wird; insbesondere eine Ablehnungsandrohung ist nicht erforderlich.
- c) Die dem Schuldner gesetzte Frist muss **angemessen** sein. Die Beurteilung, welche Frist angemessen ist, orientiert sich am Einzelfall und an der beiderseitigen Interessenlage. Dabei ist in erster Linie die Parteivereinbarung maßgebend, so dass eine vom Verkäufer angegebene oder akzeptierte Frist auch dann gilt, wenn sie objektiv zu kurz bemessen ist (BGH NJW 2016, 3654). Ohne abweichende Parteivereinbarung gilt folgendes:
 - aa) Die Frist muss einerseits so lang bemessen sein, dass der Schuldner die Chance hat, etwas fertig zu stellen, was bereits nahezu vollendet ist (BGH NJW 1982, 1280).
 - bb) Auf der anderen Seite muss der Gläubiger dem Schuldner nicht so viel Zeit geben, dass der Schuldner jetzt erst anfangen kann, die geschuldete Leistung zu erbringen, wenn dies längere Zeit in Anspruch nehmen würde (BGH NJW 2016, 3654; NJW 1995, 323; 1985, 323).
 - cc) Wird ein Geldbetrag geschuldet, so darf die gesetzte Nachfrist kurz sein, weil finanzielle Schwierigkeiten den Schuldner nicht entlasten können: Geld hat man zu haben (BGH NJW 1985, 2640).
 - dd) Um dem Gläubiger das Risiko abzunehmen, sich in der Einschätzung der Angemessenheit zu irren, ist eine zu kurz bemessene Frist nicht wirkungslos, sondern setzt eine angemessen lange Frist in Gang (BGH NJW 2016, 3654; 1985, 2640). Die zu kurz bemessene Frist ist nur dann wirkungslos, wenn der Gläubiger unmissverständlich erklärt, er werde die Leistung nach Ablauf der zu kurz bemessenen Frist auch für den Fall nicht mehr annehmen, dass sie in einer objektiv angemessenen Frist erfolgen würde
 - ee) Der Gläubiger muss keinen bestimmten Zeitraum oder Termin angeben, zu dem die Frist abläuft. Die damit verbundene Ungewissheit des Schuldners, welcher Zeitraum ihm zur Verfügung steht, ist unschädlich, denn diese Unsicherheit besteht auch bei einer zu kurz bemessenen Frist, die ja eine angemessene Frist in Gang setzt (BGH NJW 2016, 3654; kritisch Höpfner; NJW 2016, 3634 mwN).

- d) **Der Gläubiger darf die Erfüllung des Vertrags nur ablehnen, wenn der Schuldner zur Zeit des Fristablaufs noch nicht geleistet hat.** Bietet der Schuldner dem Gläubiger die Leistung noch innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist ordnungsgemäß an, so muss der Gläubiger die ihm angebotene Leistung annehmen, um nicht in Annahmeverzug zu geraten.
- e) **Für die Rechtzeitigkeit der Leistung kommt es auf die Vornahme der Leistungshandlung, nicht auf den Eintritt des Leistungserfolges an** (BGHZ 12, 269; Palandt/Grüneberg § 281 Rz. 12). Beim Versandkauf genügt daher die rechtzeitige Übergabe an die Transportperson, bei der Geldüberweisung die rechtzeitige Erteilung des Überweisungsauftrags.
- f) **Die Fristsetzung ist aber gemäß § 281 II in zwei Fällen überflüssig:**
- aa) **Der Schuldner hat von sich aus die Erfüllung ausdrücklich und endgültig verweigert.**
- (1) Hatte der Schuldner von sich aus unmissverständlich erklärt, er werde die geschuldete Leistung auf keinen Fall erbringen, ist eine Fristsetzung überflüssig (BGH NJW 2012, 3714; 2011, 3435). Dabei stellt man an die Erfüllungsverweigerung des Schuldners strenge Anforderungen: Die Nachfristsetzung ist nur überflüssig, wenn der Gläubiger die Weigerung des Schuldners als ein letztes Wort verstehen durfte (BGH NJW 2013, 1431). Rechtliche Zweifel oder Streit über den Vertragsinhalt oder die Ordnungsmäßigkeit der eigenen Leistung machen daher die Nachfristsetzung nicht entbehrlich (BGH NJW 2011, 3435). Verbleiben an der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners Zweifel, muss der Gläubiger diese Zweifel durch eine Fristsetzung beseitigen (BGH NJW 2011, 2872; 1987, 251, 253).
- (2) Der Erfüllungsverweigerung des Schuldners steht es gleich, wenn der Schuldner die Leistung für einen Zeitpunkt ankündigt, der erst nach dem Ablauf einer angemessenen Frist läge.
- bb) **Es liegen besondere Umstände vor, die bei Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Schadensersatzanspruch rechtfertigen.**

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gläubiger infolge der Verzögerung nicht mehr an der Erfüllung des Vertrags interessiert ist. Dabei muss aber die Verzögerung kausal für den Interessewegfall sein. Ist der Gläubiger aus sonstigen Gründen nicht mehr an der Leistung interessiert, kann er sich nur unter Fristsetzung vom Vertrag lösen.

Beispiel: Der Gesetzgeber denkt insbesondere an „**just in time**“-Verträge: Bleibt dabei die geschuldete Leistung ganz oder teilweise aus, so darf sich der Gläubiger sofort Ersatz beschaffen (und den damit verbundenen Schaden wie z.B. den Mehraufwand oder den Produktionsausfall gemäß den §§ 280 I, III, 281 dem Schuldner in Rechnung stellen!), weil sein Schaden ansonsten noch viel größer wäre. Durch diesen **Deckungskauf** kommt also der Gläubiger nur seiner Schadensminderungspflicht gemäß § 254 II nach.

Weitere Beispiele wären die Bestellung von Saisonwaren oder die Fälle, in denen sich infolge der Verzögerung aus anderen Gründen das Absatzrisiko der bestellten Ware unzumutbar erhöht hat (OLG Köln MDR 1993, 317).

Auf der anderen Seite ist es nicht erforderlich, dass der Schuldner den Interessewegfall des Gläubigers vorhersehen konnte. Konnte der Schuldner den Interessewegfall nicht erkennen, so kann in der fehlenden Aufklärung diesbezüglich aber eine Obliegenheitsverletzung des Gläubigers i.S.d. § 254 II 1 liegen, die seinen Schadensersatzanspruch mindert.

Die Nachfrist ist auch gemäß § 281 II entbehrlich, wenn der Schuldner arglistig handelt (BGH NJW 2007, 835) oder wenn sich der Mangel durch Nacherfüllung ohnehin nicht beseitigen lässt (BGH NJW -RR- 2012, 268).

3) Eigene Vertragstreue des Gläubigers

Der Gläubiger kann bei einer Leistungsverzögerung aber nur dann gemäß den §§ 280, 281 gegen den Schuldner vorgehen, wenn er sich selbst vertragsgetreu verhält (BGHZ 116, 244; Palandt/Grüneberg § 281 Rz. 35; MünchKomm/Emmerich § 326 Rz. 42 m.w.N.). Dabei muss man aber unterscheiden:

- a) Der Schuldner haftet nicht, wenn der vorleistungspflichtige Gläubiger seine eigene Gegenleistung nicht einmal anbietet.
- b) Die Rechte der §§ 280, 281 stehen dem Gläubiger auch dann nicht zu, wenn er zwar erst nach dem Schuldner leisten soll, dies aber von vornherein nicht kann oder nicht will. Die Vertragstreue des Gläubigers spielt jedoch keine Rolle, wenn der Schuldner auf dessen Vertragstreue keinen Wert legt, sondern sich auf jeden Fall vom Vertrag lossagt.

4) Das Wahlrecht des Gläubigers

Ist die dem Schuldner gesetzte angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen, so kann der Gläubiger jetzt wie folgt vorgehen:

- a) **Der Gläubiger kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und notfalls auf Erfüllung klagen.**
 - aa) **Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers erlischt noch nicht durch den Fristablauf, sondern gemäß § 281 IV erst, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt** (OLG Stuttgart, NJW 2013, 699). Der Gläubiger kann also durch die Nachfristsetzung Druck erzeugen und eine Reaktion des Schuldners erzwingen. Sollte der Gläubiger also trotz der Verzögerung noch an Erfüllung interessiert sein, so kann er Erfüllung verlangen und notfalls auf Erfüllung klagen. Zudem wäre gerade in der Insolvenz des Schuldners ein – ggf. noch möglicher Erfüllungsanspruch – mehr wert als ein auf Geld gerichteter Schadensersatzanspruch gegen einen insolventen Schuldner.
 - bb) Die Regelung des § 281 IV provoziert natürlich Auslegungsschwierigkeiten bei der Frage, ob man das Verhalten des Gläubigers als Geltendmachung von Schadensersatz verlangen kann. Hier gelten die Regeln über die **Auslegung** gemäß den §§ 133, 157: Die allgemeine Erklärung, „alle Ansprüche bis hin zum Schadensersatz“ geltend machen zu wollen, genügt z.B. nicht.
 - cc) Beachten Sie aber: Der Erfüllungsanspruch erlischt bereits dann, wenn der Gläubiger Erfüllung *verlangt*. Der Erfüllungsanspruch erlischt also auch dann, wenn der Gläubiger (z.B. bei Insolvenz des Schuldners) keinen Schadensersatz *erhält*.
- b) **Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen.**

Der Schuldner muss den Gläubiger in Geld so stellen, wie dieser bei rechtzeitiger, vollständiger und mangelfreier Leistung stünde. **Beachten Sie dabei, dass § 281 I 2, 3 das Wahlrecht des Gläubigers zwischen dem kleinen und dem großen Schadensersatz beseitigt:** Hat der Schuldner teilweise oder nicht wie geschuldet geleistet, so kann der Gläubiger Schadensersatz

statt der ganzen Leistung (= großer Schadensersatz) nur verlangen, wenn er an dem möglichen Teil (§ 281 I 2) nicht interessiert bzw. der Mangel erheblich ist (§ 281 I 3). Dabei kommt es nur darauf an, ob die erbrachte Leistung und der für die Teilleistung/Slechtleistung zu zahlende Geldbetrag insgesamt das Interesse des Gläubigers an ordnungsgemäßer Erfüllung befriedigen kann oder eben nicht (BGH NJW 2013, 1431).

Zu berücksichtigen sind insbesondere die Intensität des Mangels und der für die Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand. Dabei hat sich die Rspr. bisher noch nicht auf verbindliche Zahlen festgelegt, doch gilt folgende Faustformel: Die Pflichtverletzung ist unerheblich, wenn die Minderung der Gebrauchstauglichkeit weniger als 5 % beträgt (z.B. der verkaufte Pkw fährt nicht wie vereinbart 200 km/h, sondern „nur“ 195 km/h; OLG Düsseldorf, NJW 2005, 3504) oder wenn der zur Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand geringer als 10 % des vereinbarten Preises beträgt (str.; vgl. Palandt/Grüneberg § 281 Rz. 47). Hat der Schuldner den Mangel jedoch arglistig verschwiegen, so liegt eine erhebliche Pflichtverletzung vor, so dass der Gläubiger den großen Schadensersatz wählen kann.

Beispiel: Erweist sich der Boden des gekauften Grundstücks bis zu 1 m Tiefe als verseucht, so kann der Käufer grundsätzlich gemäß § 281 I nur verlangen, dass der Verkäufer den Schaden ersetzt, der durch den Austausch des Bodens sowie einen eventuellen Minderwert des Grundstücks entsteht. Der Käufer muss also das Grundstück trotz des Mangels behalten, kann also nicht das Grundstück zurückübertragen und Wertersatz für ein mangelfreies Grundstück in Geld verlangen.

Etwas anderes gilt, wenn das Grundstück den vertraglich vereinbarten Seezugang nicht hat (oder wenn der gekaufte Rembrandt eine Kopie ist). Hier kann der Käufer wählen, ob er die Sache trotz des Mangels behält (kleiner Schadensersatz) oder zurückgibt und Wertersatz in Geld für eine mangelfreie Sache fordert (großer Schadensersatz).

Analyse: Der Käufer ist also bei der Wahl zwischen dem kleinen und dem großen Schadensersatz an die Wertung des § 281 I 2, 3 gebunden.

Wenn der Gläubiger den großen Schadensersatz verlangen und die mangelhafte Sache zurückgeben darf, so erklärt § 281 V die Regeln der §§ 346 ff. für anwendbar. Dies ist erforderlich, weil ja kein Rückgewährschuldverhältnis entsteht, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt. Im Übrigen gilt § 280 ja für alle Schuldverhältnisse, also auch dann, wenn kein Vertrag existiert, von dem man i.S.d. §§ 346 ff. zurücktreten könnte.

c) Der Gläubiger kann gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten.

Nach erfolgtem Rücktritt muss der Gläubiger die versprochene Gegenleistung nicht mehr erbringen. Hat er bereits vorgeleistet, so kann er seine Gegenleistung gemäß den §§ 323 I, 326 IV, 346 I zurückfordern.

AL-Klausurtyp: Beachten Sie § 325: Auch wenn der Gläubiger vom Vertrag zurücktritt, kann er gemäß den §§ 280 I, II, 286 (= Verzögerungsschaden) bzw. gemäß den §§ 280 I, III, 281 I (= Schadensersatz statt der Leistung) Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Verzögerung oder Schlechtleistung entstanden ist. Rücktritt und Schadensersatz schließen sich nicht aus!

5) Konkrete und abstrakte Schadensberechnung

- a) Bei der Ermittlung der Schadenshöhe findet grundsätzlich eine **konkrete Schadensberechnung** statt. Dabei ist ein Gesamtvermögensvergleich durchzuführen, bei dem sämtliche Vor- und Nachteile des Vertrags aus Sicht des Gläubigers saldiert werden.

Beispiel: Der nicht belieferte Käufer macht einen entgangenen Gewinn aus der Weiterveräußerung, aber auch die Belastung mit Schadensersatzansprüchen Dritter geltend, die er jetzt selbst nicht mehr beliefern kann. Dabei ist der Käufer allerdings im Zuge der Schadensminderung gemäß § 254 II verpflichtet, sich anderweitig einzudecken; nur wenn ihm dennoch durch diesen Deckungskauf ein Schaden entsteht, erhält er diesen Schaden ersetzt (BGH NJW 1989, 291).

- b) Die konkrete Schadensermittlung hat aber zur Folge, dass der Gläubiger seine Geschäftsinterna wie Kalkulation, Abnehmer und Lieferanten offenlegen muss. Um Kaufleuten und Gewerbetreibenden diese Offenlegung zu ersparen, dürfen Kaufleute und Gewerbetreibende den Schaden auch **abstrakt** berechnen. In analoger Anwendung des § 252, 2 wird zu ihren Gunsten vermutet, dass sie den branchenüblichen Gewinn erzielt hätten (BGH ZIP 1995, 220; MünchKomm/Emmerich § 325 Rz. 89).

Beispiel: Der nicht belieferte Käufer kann die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Weiterverkaufspreis verlangen, weil man vermutet, dass er die Ware zu diesem Preis hätte weiterveräußern können. Handelt es sich jedoch um gängige Produkte, so muss er sich anderweitig eindecken; er erhält dann nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Einkaufspreis und dem gängigen Einkaufspreis. Entspricht der Einkaufspreis dem marktüblichen Preis, ist also ein Schadensersatzanspruch nach der abstrakten Berechnungsmethode ausgeschlossen; dem Gläubiger bleibt nun nichts anderes übrig, als den Schaden durch Offenlegung seiner Verhältnisse konkret zu berechnen.

c) Der Mindestschaden

Unabhängig von der konkreten oder abstrakten Berechnungsmethode gilt zugunsten des Gläubigers eine **zweifache Vermutung**:

- aa) **Zum einen wird vermutet, dass die unmöglich gewordene Leistung den vereinbarten Preis wert war.** Dies hat zur Folge, dass der Gläubiger, der bereits vorgeleistet hat, einen Geldbetrag in gleicher Höhe zurückverlangen kann; der Schadensersatzanspruch entspricht insofern der Regelung des Rücktritts.
- bb) **Zudem wird vermutet, dass sich sämtliche Vermögensaufwendungen, die der Gläubiger in Zusammenhang mit dem Vertragsschluss getätigt hat, nach erfolgtem Leistungsaustausch amortisiert hätten,** so dass der Gläubiger auch seine nunmehr nutzlos gewordenen Aufwendungen als Schaden geltend machen kann (BGH NJW 2009, 1870 m.w.N.). Dazu zählen z.B. Fahrtkosten, Telefonkosten, bei Grundstücksgeschäften auch Maklerkosten und Beurkundungskosten. **Der Schadensersatzanspruch ersetzt dem Gläubiger insofern seinen Vertrauensschaden.** Kann der Schuldner jedoch diese **Rentabilitätsvermutung** widerlegen, indem er nachweist, dass der Gläubiger auch für den Fall der ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung keinen Gewinn gemacht hätte, so bleibt der Gläubiger auf diesem Schaden sitzen (BGH NJW 1997, 2813).

§ 18 Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung: §§ 280 I, II, 286

Vorbemerkung

- 1) Wie wir gerade gesehen haben, schuldet der Schuldner gemäß § 280 I Schadensersatz, wenn er schuldhaft eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt. Da aber auch die Nichtleistung trotz Fälligkeit eine Pflichtverletzung ist, besteht die Gefahr, dass der Schuldner wegen der Verzögerung seiner Leistung über § 280 I Schadensersatz leisten muss, ohne in Verzug zu sein. Diese Gefahr wird durch **§ 280 II** beseitigt: Den Verzögerungsschaden kann der Gläubiger nur ersetzt verlangen, wenn der Schuldner nach den Regeln des § 286 in Verzug ist.

Der Schuldner gerät aufgrund einer Mahnung in Verzug, wenn er eine fällige und einrede-freie Verbindlichkeit nicht erfüllt, obwohl dies noch möglich wäre. Basierend auf dem Verschuldensprinzip gerät der Schuldner zwar nur in Verzug, wenn er die Verzögerung gemäß den §§ 276, 278 zu vertreten hat, doch kehrt hier das Gesetz in **§ 286 IV** die Beweislast ebenso um wie bei § 280 I 2: Der Schuldner muss beweisen, dass er die Verzögerung nicht zu vertreten hat.

- 2) Wird die geschuldete Leistung verzögert, so hat der Gläubiger **drei Möglichkeiten**:
- Der Gläubiger kann dem Schuldner eine angemessene Nachfrist setzen. Ist diese Frist erfolglos verstrichen, so kann er entweder
 - gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten und/oder (§ 325!)
 - gemäß den §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen (s.o. § 19).
 - Der Gläubiger kann aber auch an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und die ihm geschuldete Leistung verlangen. Ist dem Gläubiger durch die Verzögerung der Leistung bereits ein Schaden entstanden, so kann er diesen Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 geltend machen.

Beispiel: Käufer K hat beim Verkäufer V einen Pkw gekauft, wobei als Lieferdatum der 01.04. vereinbart war; dennoch hat V selbst am 07.04. den Wagen noch nicht übergeben. K kann weiterhin auf Erfüllung des Kaufvertrags bestehen und Übereignung des Wagens gemäß § 433 I Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung verlangen. Hatte er in der Zeit vom 01.04. bis zum 07.04. einen Mietwagen nehmen müssen, so kann er den Ersatz der Mietwagenkosten über die §§ 280 I, II, 286 I verlangen.

I. Das -Prüfungsschema zum Schuldnerverzug

1. Schuldverhältnis

- Vertraglich begründetes Schuldverhältnis
- Gesetzliches Schuldverhältnis

2. Leistungspflicht: Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!

3. Die geschuldete Leistung ist noch nicht erbracht, aber noch nachholbar. Unmöglichkeit beendet den Verzug.

4. Der Gläubiger hat einen **fälligen und einredefreien Anspruch** auf die Leistung

5. Mahnung: § 286 I 1 bzw. Klageerhebung gemäß § 286 I 2

In folgenden Fällen gerät der Schuldner auch ohne Mahnung in Verzug:

- § 286 II Nr. 1: der Leistungszeitpunkt ist kalendermäßig bestimmt
- § 286 II Nr. 2: kalendermäßig bestimmbare Leistung nach einem vorangegangenen Ereignis
- § 286 II Nr. 3: endgültige und ernsthafte Leistungsverweigerung des Schuldners
- § 286 II Nr. 4: besondere Gründe rechtfertigen den sofortigen Verzug (z.B. Selbstmahnung des Schuldners)
- § 286 III 1: Nichtleistung innerhalb von 30 Tagen nach Zugang einer Rechnung oder Forderungsaufstellung; beachte aber § 286 III 1, 2. HS

6. Vertretenmüssen des Schuldners, was aber nach § 286 IV widerlegbar vermutet wird

II. Die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs im Detail

1) Das Schuldverhältnis

a) Vertraglich begründete Schuldverhältnisse

Die Verzugsregeln der §§ 284 ff. gelten für alle Vertragstypen:

aa) Einseitig verpflichtender Vertrag

Hier ist ein Vertragspartner ausschließlich berechtigt, der andere ausschließlich verpflichtet, so dass nur eine Seite in Verzug geraten kann.

Beispiel: Der Bürge B hatte sich gegenüber dem Gläubiger G für eine Hauptschuld des Käufers K aus § 433 II selbstschuldnerisch verbürgt, also auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 verzichtet. Als die Kaufpreisforderung fällig wird, mahnt G den entsprechenden Betrag bei B an. B gerät dadurch in Verzug und muss ab Verzugsbeginn den geschuldeten Geldbetrag gemäß § 288 verzinsen. Dem Gläubiger steht zudem gemäß § 288 IV der Nachweis eines höheren Schadens offen, den er gemäß den §§ 280 I, II, 286 ersetzt verlangen kann.

bb) Unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag

Hier sind beide Vertragspartner Gläubiger und Schuldner in einer Person, so dass beide mit ihrer Leistung in Verzug geraten können.

Beispiel: F hatte seinem Freund E bindend versprochen, am 01.04. dessen Geschäftswagen von einer Reparatur abzuholen und den Wagen zu E zu bringen. Weil F dies vergessen hatte, sah sich E gezwungen, am 02.04. einen Pkw zu mieten, um einen dringenden geschäftlichen Termin wahrnehmen zu können. Hier ist F mit der Durchführung des Auftrags nach Ablauf des 01.04. in Verzug geraten und schuldet dem E gemäß den §§ 280 I, II, 286 Ersatz der Mietwagenkosten abzüglich der ersparten Abnutzungen an dessen eigenem Pkw.

Variante: F hatte den Wagen aus der Reparaturwerkstatt abgeholt und die Reparaturrechnung aus eigener Tasche bezahlt. Obwohl er bereits am 03.04. den E ausdrücklich gemahnt hatte, ihm seine Aufwendungen zu erstatten, hatte E ihn auf später vertröstet und erst am 30.04. bezahlt. Hier ist E mit dem geschuldeten Ersatz der Aufwendungen (§ 670) in Verzug geraten und muss für den Zeitraum vom 03.04. bis zum 30.04. den geschuldeten Geldbetrag verzinsen.

cc) Gegenseitige Verträge

Beide Vertragspartner sind Gläubiger und Schuldner in einer Person, wobei beide Leistungspflichten in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Beide Vertragspartner können in Verzug geraten.

Beispiel: V hatte am 01.04. dem K einen Pkw verkauft, der am 03.04. geliefert werden sollte; da V die Lieferung aber vergessen hatte, wurde der Wagen erst am 10.04. übereignet. Hatte K in der Zeit vom 03.04. bis zum 10.04. einen Mietwagen nehmen müssen, kann er die angefallenen Kosten als Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 geltend machen.

Variante: V hatte pünktlich geliefert, doch hatte K ihn bezüglich des Kaufpreises vertröstet. Obwohl V ihm am 05.04. eine Mahnung schickt, die am 06.04. zugeht, zahlt K erst am 30.04. V kann Verzinsung des Kaufpreises für die Zeit vom 06.04. bis zum 30.04. verlangen.

b) Gesetzliche Schuldverhältnisse

Die Regeln des Verzugs sind auch auf Leistungspflichten anwendbar, die aus gesetzlichen Schuldverhältnissen stammen. Dies gilt aber nur, wenn keine Sonderregeln vorgehen.

Beispiele:

- 1) Gerät der Geschäftsführer ohne Auftrag mit der Herausgabe des im Zuge der Geschäftsführung Erlangten in Verzug, so muss er dem Geschäftsherrn den dadurch entstandenen Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 ersetzen.
- 2) Der bösgläubige unrechtmäßige Besitzer haftet gemäß § 990 II auch auf Ersatz der Verzugsschäden (z.B. Vorenthaltungsschaden / §§ 280 I, II, 286; zufälliger Untergang / § 287, 2, 1. HS), wenn er sich mit der Herausgabe der Sache in Verzug befindet. Da es sich nach dem Wortlaut des § 990 II aber um eine im Verhältnis zu § 989 *weitergehende* Haftung handelt, müssen zusätzlich zur Bösgläubigkeit die Voraussetzungen des Verzugs vorliegen: Der Eigentümer muss also den Besitzer zur Herausgabe gemahnt haben (§ 286 I 1) oder ihn auf Herausgabe verklagt (§ 286 I 2) haben. Dabei gilt der bösgläubige Besitzer nicht bereits von Haus aus als verklagt (durch eine etwaige Gleichstellung § 989 = § 990), da ansonsten der Begriff „weitergehend“ in § 990 II unsinnig wäre: Der bösgläubige Besitzer befände sich ja immer in Verzug (vgl. Langels, Sachenrecht I § 18 III 2)!

Gegenbeispiel:

Der gutgläubige Konditionsschuldner haftet nicht bereits nach erfolgter Mahnung, sondern erst nach Klageerhebung oder Zustellung eines Mahnbescheides verschärft über die §§ 818 IV, 292, 987 ff. Bereicherungsrecht ist *Abschöpfungsrecht*, kein *Schadensersatzrecht*: Würde der gutgläubige, noch nicht verklagte Konditionsschuldner ab Zugang der Mahnung nach den Regeln des Schuldnerverzugs haften, so müsste er den Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 ersetzen und würde entgegen § 818 III gemäß § 287, 2, 1. HS auch für den zufälligen Untergang der Sache einstehen müssen. Dies würde gegen wesentliche Grundgedanken des Bereicherungsrechts verstoßen.

c) §§ 985, 1007 / §§ 280 I, II, 286

Fall: V verkauft und übereignet am 01.04. einen Pkw an K, ficht aber eine Woche später Kauf und Übereignung wegen Irrtums wirksam an. K hält die Anfechtung für unwirksam und weigert sich daher, den Wagen herauszugeben. V schickt ihm am 10.04. eine Mahnung, die dem K am 11.04. zugeht; am 15.04. wird der Wagen vor der Tür des K gestohlen, obwohl K ihn ordnungsgemäß verschlossen hatte. Haftet K nach erfolgter Mahnung gemäß § 287, 2, 1. HS auch für zufälligen Untergang?

AL-Klausurtyp: Auf dingliche Primäransprüche sind die Regeln des Verzugs nicht anwendbar, weil ansonsten die Funktion des EBV unterlaufen würde, den gutgläubigen und noch nicht verklagten unrechtmäßigen Besitzer durch § 993 I a.E. vor Schadensersatzansprüchen zu bewahren:

- Gemäß den §§ 989, 990 I haftet nur der unrechtmäßige Besitzer auf Schadensersatz, der entweder bereits auf Herausgabe verklagt ist oder bösgläubig ist, weil er weiß, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist.
- Würde auch der gutgläubige unrechtmäßige Besitzer nach erfolgter Mahnung nach den Verzugsregeln haften, so müsste er gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Vorenthaltungsschaden des Eigentümers ersetzen, der diesem durch die verspätete Herausgabe entstanden ist. Eine derartige Haftung soll aber gemäß § 990 II nur den bösgläubigen Besitzer treffen, der sich in Verzug befindet.

- Zudem würde der gutgläubige Besitzer im Verzug gemäß § 287, 2, 1. HS auch für den zufälligen, also unverschuldeten Untergang der Sache haften und somit strenger als der bösgläubige Besitzer, der noch nicht gemahnt wurde.

Ergebnis: K muss also den entstandenen Schaden nicht ersetzen.

Das gleiche gilt im Rahmen des § 1007, der in § 1007 III 2 die Regeln des EBV für entsprechend anwendbar erklärt.

d) **§ 894 / §§ 280 I, II, 286**

Das Grundbuch ist unrichtig, wenn formelle und materielle Rechtslage auseinanderfallen und somit die bestehende Rechtslage durch das Grundbuch unrichtig wiedergegeben wird. Kann der materiell Berechtigte die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gemäß § 22 GBO allein anhand von öffentlichen Urkunden nachweisen, so ist er gemäß § 19 GBO für eine Berichtigung des Grundbuchs auf die formelle Bewilligung desjenigen angewiesen, der zu Unrecht im Grundbuch steht. Will dieser die erforderliche Bewilligung nicht freiwillig erteilen, kann die Bewilligung im Klageweg über § 894 ZPO ersetzt werden. Um diese Klage erheben zu können, gewährt § 894 BGB dem materiell Berechtigten einen klagbaren Anspruch auf Grundbuchberichtigung. Ebenso wie der Eigentümer einer beweglichen Sache über § 985 Rechtslage und Rechtsschein (§ 1006!) in Einklang bringen kann, kann hier der materiell Berechtigte den richtigen Grundbuchinhalt (§ 891!) herbeiführen.

AL-Klausurtyp: Der Grundbuchberichtigungsanspruch ist also dem Herausgabeanspruch des § 985 soweit vergleichbar, dass auch die Folgeansprüche der §§ 987 ff. analog angewendet werden können. Dies hat zur Folge, dass sich ein bösgläubiger Bucheigentümer nach erfolgter Mahnung bzw. Klageerhebung in Verzug befindet, so dass der bösgläubige Bucheigentümer in entsprechender Anwendung des § 990 II nach Verzugsregeln haftet und dem materiell Berechtigten den Schaden ersetzen muss, der diesem durch die verspätete Berichtigung des Grundbuchs seit Verzugsbeginn entstanden ist (Staudinger/Gursky Rz. 99 vor § 894).

- e) Ob die Verzugsregeln auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 I entsprechende Anwendung finden, ist streitig; vgl. dazu oben § 2 II 2.

f) **Familienrecht**

Die Verzugsregeln sind auch auf vermögensrechtliche Ansprüche des Familienrechts anwendbar. So besagt § 1585 b, dass Unterhalt für die Vergangenheit nicht geschuldet wird („in praeteritum non vivitur“). Etwas anderes gilt gemäß den §§ 1585 b II, 1613 I selbstverständlich dann, wenn der Unterhaltsschuldner in der Vergangenheit bereits mit der Unterhaltsleistung in Verzug geraten ist oder die Klage auf Unterhaltsleistung rechtshängig geworden ist, da es ansonsten dem Schuldner zugute käme, die Unterhaltsleistung bis zur rechtskräftigen Verurteilung zu verweigern.

2) **Die Leistung des Schuldners ist noch nicht erbracht, aber nachholbar.**

- a) Der Schuldner gerät nur in Verzug, wenn er die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat. Ansonsten hätte er bereits erfüllt und der Anspruch des Gläubigers wäre gemäß § 362 erloschen.

- b) Der Schuldner gerät nur dann in Verzug, wenn die geschuldete Leistung bei Beginn des Verzugs noch möglich ist. Auch hier kann von einem Schuldner nichts Unmögliches verlangt werden.

Beispiel: Der Verkäufer V sollte den verkauften Wagen am 01.04. zum Käufer K bringen; in der Nacht vom 31.03. zum 01.04. wird ihm der Wagen gestohlen. Hier gerät V am 01.04. nicht in Verzug, weil er nach § 275 I von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Hat V den Diebstahl aber verschuldet, so kann der Käufer gemäß den §§ 280 I, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

- c) Tritt die Unmöglichkeit während des Verzugs ein, so entfallen die Verzugsfolgen ab Eintritt der Unmöglichkeit mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*). Der Gläubiger kann jetzt gemäß den §§ 280 I, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wobei der Schuldner infolge des Verzugs gemäß § 287, 1; 2, 1. HS für jede Form von Fahrlässigkeit und auch für Zufall haftet, es sei denn, dass auch bei rechtzeitiger Leistung derselbe Schaden entstanden wäre.

Beispiel: Der Wagen wurde dem Verkäufer im o.g. Fall nicht am 31.03., sondern erst am 04.04. gestohlen. Hier haftet V auch dann gemäß den §§ 280 I, III, 283 auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn er den Wagen ordnungsgemäß verschlossen hat: Er hat sein nachträgliches Unvermögen zwar nicht *verschuldet*, aber nach § 287, 2, 1. HS zu *vertreten*. Hier zeigt sich, dass *Vertretenmüssen* und *Verschulden* nicht immer dasselbe sind!

- d) Bereits entstandene Verzögerungsschäden des Gläubigers werden auch nach Eintritt der Unmöglichkeit noch gemäß den §§ 280 I, II, 286 ersetzt.

Beispiel: Hatte K in der Zeit vom 01.04. (= Verzugsbeginn) bis 04.04. (Diebstahl = Unvermögen) einen Mietwagen nehmen müssen, muss ihm V die dadurch entstandenen Kosten ersetzen.

- e) Wie wir innerhalb der Unmöglichkeit bereits festgestellt haben, trägt immer derjenige die **Beweislast** für die Unmöglichkeit, der sich auf die Unmöglichkeit beruft. Wendet der Schuldner Unmöglichkeit ein, um der Haftung im Schuldnerverzug zu entgehen, so muss der Schuldner nachweisen, dass ihm die geschuldete Leistung bereits zu dem Zeitpunkt unmöglich war, zu dem er ansonsten in Verzug geraten wäre, also bei Zugang der Mahnung (§ 286 I 1) bzw. an dem kalendermäßig bestimmten Termin (§ 286 II Nr. 1).

Weiterhin muss der Schuldner beweisen, dass er die Unmöglichkeit entgegen der gesetzlichen Vermutung des § 280 I 2 nicht zu vertreten hat.

3) Der Gläubiger hat einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die geschuldete Leistung

a) Die Fälligkeit

Die Fälligkeit beschreibt die Leistungszeit, also den Zeitpunkt, zu dem der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung erbringen muss. Da der Schuldner vor Fälligkeit noch nicht leisten muss, kann er vor diesem Zeitpunkt noch nicht in Verzug geraten; auch eine Mahnung des Gläubigers könnte daran nichts ändern. Haben die Parteien nicht vertraglich eine bestimmte Leistungszeit festgelegt, hilft die **Auslegungsregel des § 271 I**: Ist auch aus den äußeren Umständen kein bestimmter Leistungszeitpunkt zu entnehmen, so ist die Leistung sofort fällig. Der Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen.

b) Der Anspruch des Gläubigers ist frei von Einreden des Schuldners.

aa) Der Grundsatz: Bereits das *Bestehen* einer Einrede hindert den Verzug des Schuldners.

Der Schuldner gerät nur dann in Verzug, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auch durchsetzen kann. Ist die Forderung aufgrund einer bestehenden Einrede nicht durchsetzbar, so darf der Gläubiger vom Schuldner nicht erwarten, dieser werde trotz bestehender Einrede die Leistung erbringen. Dies gilt auch dann, wenn sich der Schuldner bisher noch nicht auf diese Einrede berufen hat: **Bereits die *Existenz* der Einrede schließt den Schuldnerverzug aus** (BGHZ 116, 244, 249; WM 1988, 909, 911). Dies gilt für folgende Einreden:

- § 205: Einrede der Stundung
- § 214 I: Einrede der Verjährung
- § 438 IV 2: Einrede der Mangelhaftigkeit der gekauften Sache
- § 771: Einrede der Vorausklage des Bürgen
- § 821: Einrede, der Gläubiger sei um den geltend gemachten Anspruch zu Unrecht bereichert
- §§ 2014, 2015: Dreimonatseinrede und Einrede des Aufgebotsverfahrens durch den Erben.

Wird der Schuldner vom Gläubiger verklagt, so muss der Schuldner die Einrede aber geltend machen, um nicht verurteilt zu werden. Beruft er sich nicht auf die Einrede, so wird er zur Leistung verurteilt und zudem so behandelt, als ob er in Verzug geraten wäre.

Beispiel: G hat gegen S eine verjährte Forderung in Höhe von 100 Euro. G mahnt den S und klagt ein Jahr später. S wird zur Zahlung von 100 Euro Leistung plus Verzugszinsen gemäß § 288 verurteilt, wenn er sich nicht auf die Verjährung des Anspruchs beruft. Macht er die Verjährungseinrede geltend, wird die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

bb) Besonderheiten

(1) § 273: Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er die geschuldete Leistung solange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Der Gläubiger der Leistung kann aber die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 III dadurch abwenden, dass er für die von ihm geschuldete Leistung eine Sicherheit leistet. Der Schuldner gerät daher nur dann nicht in Verzug, wenn er sich entweder *vor* oder spätestens *bei Eintritt* der Verzugsvoraussetzungen auf sein Zurückbehaltungsrecht beruft, um dem Gläubiger diese Möglichkeit der Sicherheitsleistung zu geben (BGH WM 1971, 1021).

Beruft sich der Schuldner erst *nach* Eintritt des Verzugs auf sein Zurückbehaltungsrecht, so wird dadurch der Verzug nicht, auch nicht *ex nunc*, beseitigt. Der Verzug des Schuldners endet erst, wenn der Schuldner seine Leistung Zug um Zug anbietet (BGH NJW 1971, 421).

(2) § 320: Die Einrede des noch nicht erfüllten gegenseitigen Vertrags

Da Leistung und Gegenleistung synallagmatisch miteinander verknüpft sind, schließt bereits die *Existenz* der Einrede des § 320 den Schuldnerverzug aus. Der Gläubiger kann aber den Schuldner dadurch in Verzug setzen, dass er die Einrede zum Erliegen bringt. Zu diesem Zweck muss der Gläubiger die eigene Gegenleistung dem Schuldner so anbieten, dass dieser durch die Nichtannahme in Gläubigerverzug gerät (BGHZ 116, 244, 249).

Beispiel: V hat dem K am 01.04. einen Pkw für 10.000 Euro verkauft und versprochen, den Wagen eine Woche später zu liefern. Im Vertrauen auf die rechtzeitige Zahlung des K hatte V am gleichen Tag einen Neuwagen für 20.000 Euro gekauft und kurzfristig sein Girokonto um 10.000 Euro überzogen. Als V den Wagen am 08.04. anbietet, kann K den Kaufpreis nicht zahlen. V nimmt daraufhin den Wagen wieder mit und verlangt gemäß den §§ 280 I, II, 286, 288 IV Ersatz in Höhe der Überziehungszinsen, die er selbst seit dem 08.04. zahlen muss.

4) Die Mahnung: § 286 I 1

- a) Der Schuldner gerät grundsätzlich nur dann in Verzug, wenn der Gläubiger ihn gemahnt hat. **Eine Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige, formlos mögliche Erklärung des Gläubigers, durch die er den Schuldner auffordert, die ihm geschuldete Leistung zu erbringen** (BGH NJW 1987, 1546).

Der Gläubiger muss den Schuldner in der Mahnung eindeutig und bestimmt zur Leistung auffordern. Die Androhung der Verzugsfolgen oder sonstiger rechtlicher Konsequenzen ist nicht erforderlich; auch der Begriff „Mahnung“ muss nicht verwendet werden (BGH NJW 2009, 1813, 1816). Die Aufforderung zur Leistung darf selbstverständlich in eine höfliche Form gekleidet werden und kann auch konkludent erfolgen, doch muss der Gläubiger stets unmissverständlich erkennen lassen, dass er die Leistung jetzt haben will.

Beispiel: Das wiederholte Übersenden einer kopierten Rechnung ist eine konkludent erklärte Mahnung.

- b) Die Mahnung muss den Schuldner auffordern, die Leistung so wie geschuldet zu erbringen. **Die Erklärung des Gläubigers muss daher die geschuldete Leistung zutreffend umschreiben:** vereinbarte Ware, zutreffende Menge, richtiger Erfüllungsort.
- aa) Verlangt der Gläubiger in der Erklärung *zuviel*, so ist die Mahnung nur dann wirksam, wenn der Schuldner nach den Umständen des Einzelfalls erkennen konnte, dass der Gläubiger ihn zur tatsächlich geschuldeten Leistung auffordern wollte (BGH LM § 286 Nr. 3).

Beispiel: S schuldet dem G 100 Euro aus Darlehen. G schickt dem S ein Schreiben, in dem er den Betrag anmahnt, doch unterläuft ihm ein Schreibfehler, so dass er irrtümlich 1.000 Euro anmahnt.

- bb) Verlangt der Gläubiger in seiner Mahnung *zuwenig*, so treten die Verzugsfolgen nur bezüglich des Teils der Leistung ein, den der Gläubiger in seiner Mahnung verlangt hat.

Beispiel: Hatte G nur 10 Euro angemahnt, so muss S auch nur 10 Euro nach § 288 verzinsen.

- c) Ist zur Vornahme der geschuldeten Handlung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, so setzt die Mahnung den Schuldner nur dann in Verzug, wenn der Gläubiger die entsprechende Mitwirkungshandlung vornimmt oder zumindest anbietet.
- d) Von ihrer rechtlichen Natur her ist die Mahnung keine Willenserklärung, sondern eine **geschäftsähnliche Handlung: Der Schuldner gerät durch die Mahnung also auch dann in Verzug, wenn der Gläubiger das gar nicht weiß oder den Verzug nicht herbeiführen will.** Dennoch sind einige Regeln über die Willenserklärung entsprechend anwendbar (BGH NJW 2006, 687):
- aa) Da es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung handelt, gerät der Schuldner gemäß **§ 130 I 1** erst dann in Verzug, wenn ihm die Mahnung zugeht.

- bb) Die Mahnung eines minderjährigen Gläubigers ist für den Gläubiger i.S.d. § 107 lediglich rechtlich vorteilhaft und setzt den Schuldner auch ohne Zustimmung der Eltern des Gläubigers in Verzug.
- cc) Die an einen minderjährigen Schuldner gerichtete Mahnung wird gemäß § 131 II 1 erst wirksam, wenn sie den Eltern als den gesetzlichen Vertretern des Schuldners zugeht.
- e) Die Mahnung kann den Schuldner erst dann in Verzug setzen, wenn sie nach Fälligkeit erfolgt, da der Schuldner vor Fälligkeit ohnehin nicht leisten muss. Es ist aber als zulässig anerkannt, die Mahnung mit der Handlung zu verbinden, die die Fälligkeit der Leistung erst herbeiführt.

Beispiel: Wilhelm Brause hat beim Händler Gluffke am 01.04. einen Jaguar XK 150 als Restaurationsobjekt gekauft. Weil der Wagen nicht fahrbereit ist, wird eine Bringschuld vereinbart. Da Wilhelm in einer Etagenwohnung lebt und noch nicht über eine Garage verfügt, vereinbart er mit Gluffke, dass ihm der Wagen erst geliefert werden möge, wenn es ihm gelungen ist, in seiner Gegend eine Garage zu mieten. Am 15.04. mietet Wilhelm eine Garage an und teilt dies dem Gluffke am gleichen Tag per Fax mit; gleichzeitig fordert er Gluffke auf, den Wagen schnellstmöglich zu liefern.

Zwar kann die Mahnung mit dem Schreiben verbunden werden, das die Fälligkeit der Leistung begründet, doch gerät der Schuldner in Fällen wie diesem durch die Mahnung noch nicht am Tag des Zugangs in Verzug, sondern erst nach einer – vom Einzelfall abhängigen – angemessenen Frist. Vor Zugang des Schreibens war die Leistung noch nicht fällig; Gluffke wusste auch nicht, wann die Leistung fällig werden würde und konnte sich daher auf seine Leistungspflicht nicht einstellen. Würde Gluffke bereits mit Zugang der Mahnung in Verzug geraten, so müsste er sofort alles stehen und liegen lassen, um den Wagen zu liefern. Zudem träfe ihn jetzt bereits die Zufallshaftung des § 287, 2, 1. HS. Das ist nicht sachgerecht.

f) **Der Schuldner gerät jedoch in einigen Fällen auch ohne eine Mahnung in Verzug:**

aa) **§ 286 I 2: Die Erhebung einer Klage auf Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbekandes stehen einer Mahnung gleich und setzen den Schuldner in Verzug.** Auch die Erhebung einer Widerklage oder einer Stufenklage führen die Verzugsfolgen herbei. Eine Feststellungsklage unterbricht zwar die Verjährung, setzt aber den Beklagten nicht in Verzug.

bb) **§ 286 II Nr. 1: Der Schuldner gerät auch ohne Mahnung in Verzug, wenn der Leistungszeitpunkt kalendermäßig bestimmt ist.** Es muss entweder unmittelbar oder zumindest mittelbar ein Kalendertag festgelegt sein, so dass sich der Leistungszeitpunkt allein anhand der Angaben eines Kalenders ermitteln lässt („dies interpellat pro homine“). Dabei muss der Zeitpunkt vertraglich vereinbart worden sein. Eine einseitige Festsetzung durch den Gläubiger genügt nicht (BGH NJW 2008, 50).

Beispiele: „Am 7. Februar“; „in der 6. Kalenderwoche“; „2 Wochen nach Ostern“; „noch im Mai“; „innerhalb der 1. Hälfte des Jahres“.

cc) **§ 286 II Nr. 2: Die Mahnung ist entbehrlich, wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung bestimmt ist, die sich mit einem Kalender berechnen lässt.** Das neue Recht spricht hier nur noch von einem Ereignis, das der Leistung vorangeht. **Der Schuldner gerät also auch dann in Verzug, wenn er die bestellte Ware oder eine Rechnung bekommt und der Zeitpunkt der Leistung entweder gesetzlich oder vertraglich bestimmt ist.** Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass durch AGB der automatische Verzugsseintritt noch vor Ablauf der 30 Tagesfrist des § 286 III 1 festgelegt werden kann! Eine einseitige Festlegung durch den Gläubiger genügt dabei aber nicht.

Beispiele: „Darlehensrückzahlung innerhalb von einer Woche nach erfolgter Kündigung“; „Zahlung innerhalb einer Woche ab Erhalt der Ware“.

AL-Klausurtyp: Die vereinbarte Frist, innerhalb deren der Schuldner nach dem Ereignis leisten soll, muss angemessen sein, also so lange bestimmt, dass der Schuldner die erhaltene Ware überprüfen und die Leistung bewirken kann. Die Vereinbarung, dass der Schuldner „sofort“ nach Lieferung zahlen muss, ist unzulässig. Hier hilft nur eine präzise benannte und angemessene Frist, ansonsten nur noch § 286 III 1.

dd) **§ 286 II Nr. 3: Der Schuldner hat bereits von sich aus die Leistung eindeutig und endgültig verweigert** (BGH NJW 2011, 3435).

ee) **§ 286 II Nr. 4: Eine Interessensabwägung rechtfertigt den sofortigen Verzugsseintritt.** Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sich die besondere Dringlichkeit bereits aus der Natur der geschuldeten Leistung ergibt (BGH NJW -RR- 1997, 622).

Beispiel: Der Gläubiger ruft den Klempner wegen eines Wasserrohrbruchs in seine Wohnung.

Zu § 286 II Nr. 4 gehört auch die **Selbstmahnung**: Wer als Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten von einer verzugsbegründenden Mahnung abgehalten hat, gerät er auch ohne Mahnung in Verzug (BGH NJW 2012, 2955; 2008, 1216).

Beispiel: Am Tag der Fälligkeit ruft der Schuldner beim Gläubiger an und erklärt, nicht leisten zu können; er werde aber zwei Tage später die geschuldete Leistung erbringen.

Tankt ein Kunde an einer **SB-Tankstelle**, so kommt bereits mit dem Betanken der Vertrag zustande, weil bereits durch das Befüllen des Tanks ein unumkehrbarer Zustand geschaffen wird, so dass beide Parteien daran interessiert sind, dass bereits ein Vertrag geschlossen wird (BGH NJW 2011, 2871). Dabei handelt es sich um ein anonymes Massengeschäft, so dass dem Tankstellenbetreiber es ohne erheblichen Aufwand es unmöglich ist, den Kunden zu mahnen. Dadurch besteht ein gewichtiges Interesse des Tankstellenbetreibers, dass der Verzug des Kunden auch ohne Mahnung eintritt. Eine gesonderte Zahlungsaufforderung ist daher weder erforderlich noch üblich, so dass der Kunde gemäß **§ 286 II Nr. 4** auch ohne Mahnung in Verzug ist (BGH NJW 2011, 2871).

ff) **§ 286 III 1: Der Schuldner gerät spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Forderungsaufstellung leistet.**

Der Schuldner gerät auch ohne Mahnung in Verzug, weil er anhand der Rechnung ersehen kann, *wieviel* er *wofür* bezahlen soll. Nach Zugang der Rechnung hat er nun 30 Tage Zeit, die Rechtmäßigkeit des geltend gemachten Anspruchs zu überprüfen. Wenn er dann noch nicht zahlt, gerät er automatisch in Verzug.

AL-Klausurtyp: **§ 286 III ist keine abschließende Regel:** Der Gesetzgeber stellt durch das Wort „spätestens“ klar, dass der Gläubiger den Schuldner vor Ablauf von 30 Tagen durch eine Mahnung in Verzug setzen kann!

AL-Klausurtyp: **Wenn man in der Forderungsaufstellung eine Mahnung sieht, gerät der Schuldner bereits durch die Mahnung in Verzug, also vor Ablauf der 30 Tage!** § 286 III 1 gilt also nur für die Fälle, in denen der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht, ohne dass darin eine Mahnung liegt!

§ 286 III ist dispositiv, da die 30-Tage-Frist erst mit Fälligkeit des Anspruchs beginnt und die Parteien die Fälligkeit durch vertragliche Vereinbarung verschieben können!

Auf der anderen Seite kann die 30-Tages-Frist nicht vor dem Empfang der Leistung beginnen, da der Schuldner vorher nach § 320 die eigene Leistung verweigern kann. Wie wir oben gesehen haben, schließt aber die Einrede des § 320 den Verzug aus!

AL-Klausurtyp: Achten Sie auf § 286 III 1, 2. HS: Ist der Schuldner Verbraucher i.S.d. § 13, so gerät er nach Ablauf von 30 Tagen nur in Verzug, wenn der Gläubiger ihn auf diesen Umstand in der Rechnung gesondert hingewiesen hat; ansonsten erst nach Zugang einer Mahnung!

5) Kein Verzug ohne Verschulden: § 286 IV

a) **Basierend auf dem Verschuldensprinzip gerät der Schuldner nur in Verzug, wenn er die Verzögerung seiner Leistung zu vertreten hat**, was aber zunächst widerlegbar vermutet wird. Auch hier bestimmen die §§ 276 – 278, was der Schuldner zu vertreten hat:

aa) §§ 276, 278: Der Schuldner haftet für **eigenes Verschulden** und das seiner **Erfüllungsgehilfen** und **gesetzlichen Vertreter**.

bb) **Der Schuldner gerät auch dann in Verzug, wenn die Verzögerung auf fehlenden finanziellen Mitteln beruht:** Geld hat man zu haben, wenn davon die dem Gläubiger versprochene Leistungsfähigkeit abhängt. Auch Schwierigkeiten bei der Beschaffung der geschuldeten Leistung entlasten den Schuldner nicht, weil er für seine Leistungsfähigkeit garantiert.

b) **Der Schuldner gerät jedoch nicht in Verzug, wenn er bedingt durch unverschuldete äußere Umstände vorübergehender Natur** (sonst tritt Unmöglichkeit ein!) **nicht leisten konnte**.

Beispiel: Der Käufer gerät mit der Kaufpreiszahlung nicht in Verzug, wenn er schwer erkrankt oder verunglückt.

c) **Auch vorübergehende rechtliche Hindernisse können den Verzugseintritt verhindern**.

Beispiel: Entstehen bei der Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigung unvorhersehbare Schwierigkeiten, so hat der Schuldner die dadurch bedingte Verzögerung seiner Leistung nicht zu vertreten.

d) **Leistet der Schuldner nicht, weil er sich aufgrund eines Rechtsirrtums nicht zur Leistung verpflichtet fühlt, so kann nur ein unverschuldeter Rechtsirrtum den Verzugseintritt hindern.** Die h.M. (BGH NJW 1983, 2318, 2320; Soergel/Wiedemann § 285 Rz. 9) legt dabei aber einen strengen Maßstab an: Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen und gegebenenfalls rechtlichen Rat einholen; er handelt selbst dann schuldhaft, wenn er sich auf eine von zwei entgegenstehenden Ansichten verlässt. Auch die unrichtige Auskunft eines Rechtsanwalts macht den Rechtsirrtum nicht unvermeidbar. Muss der Schuldner mit einer abweichenden Ansicht des zuständigen Gerichts rechnen, handelt er auf eigenes Risiko, wenn er die Leistung verweigert (BGHZ 89, 303).

Zur Klausurdarstellung der einzelnen Verzugsalternativen und zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen lesen Sie bitte die Klausur: „Wer zu spät kommt.“

III. Die Beendigung des Verzugs

Der Verzug endet, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt. Dabei müssen wir zwischen folgenden Fallgruppen unterscheiden:

1) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners

Der Schuldnerverzug endet, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung zur rechten Zeit am rechten Ort und in der rechten Art und Weise anbietet, also so, dass der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, wenn er sie nicht annimmt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die dem Gläubiger angebotene Leistung auch den Verzögerungsschaden umfassen muss, um den Verzug zu beseitigen.

Beispiel: S schuldet dem G seit einem Jahr 1.000 Euro. Muss S dem G auch die nach § 288 geschuldeten Zinsen anbieten, um den Verzug zu beseitigen oder endet der Verzug auch dann, wenn S die ursprünglich geschuldeten 1.000 Euro anbietet?

a) Nach einer Ansicht (Staudinger/Löwisch § 284 Rz. 65) muss der Schuldner das anbieten, was er zurzeit schuldet, um den Verzug zu beseitigen. Bietet er nur die ursprünglich geschuldeten 1.000 Euro an, so handelt es sich um eine *Teilleistung*, zu der der Schuldner gemäß § 266 nicht berechtigt ist. Dennoch kann der Gläubiger von Fall zu Fall nach § 242 verpflichtet sein, die Teilleistung anzunehmen.

b) Nach anderer Auffassung (MünchKomm/Walchshöfer § 284 Rz. 46 m.w.N.) ist ein gleichzeitiges Angebot von Leistung und Verzögerungsschaden nicht erforderlich, da die Ansprüche aus den §§ 280 I, II, 286, 288 nicht Teil der *Hauptforderung* sind, sondern auf einem zusätzlichen Rechtsgrund beruhende *Nebenforderungen* sind. Im Übrigen kann der Schuldner zu diesem Zeitpunkt auch oftmals die Höhe des Verzögerungsschadens noch gar nicht einschätzen und dessen Ersatz auch nicht anbieten.

Folgt man dieser Ansicht, so endet der Verzug bereits dann, wenn der Schuldner die ursprünglich geschuldete Leistung anbietet.

2) Nachträglicher Ausschluss der Leistungspflicht: § 275 I – III

Der Verzug endet, wenn dem Schuldner die geschuldete Leistung unmöglich wird (§ 275 I) oder wenn Umstände eintreten, die die geschuldete Leistung als unzumutbar erscheinen lassen (§ 275 II, III). Der Verzug setzt begrifflich voraus, dass der Gläubiger die Leistung verlangen kann.

AL-Klausurtyp: Denken Sie aber daran, dass bei im Verzug eingetretener Unmöglichkeit der Schuldner gemäß § 287, 2, 1. HS auch für zufälligen Untergang einstehen muss, so dass er regelmäßig auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß den §§ 280 I, III, 281 haften wird.

3) Die Verjährung des Anspruchs: § 214 I

Der Verzug endet, wenn der Anspruch des Gläubigers verjährt ist (BGHZ 104, 111).

AL-Klausurtyp: Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt gilt zugunsten des Verkäufers die Sonderregel des § 216 II 2: Der Verkäufer kann auch dann vom Vertrag zurücktreten, wenn der durch Eigentumsvorbehalt gesicherte Kaufpreiszahlungsanspruch verjährt ist. Gibt der Käufer die Sache heraus, muss eine Abrechnung über die gezahlten Raten einerseits und über die für die Nutzung anfallende Vergütung andererseits erfolgen.

IV. Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs

1) Ersatz des Verzögerungsschadens: §§ 280 I, II, 286

- a) Der Schuldner ist gemäß den §§ 280 I, II, § 286 verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den er durch die Verzögerung seiner Leistung adäquat kausal verursacht hat. Es gelten die §§ 249 ff.: **Der Schuldner muss den Gläubiger so stellen, wie der Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung stünde.** Auch hier ist zwar Naturalrestitution gemäß § 249 vorrangig, doch wird der Verzögerungsschaden in der Regel auf einen Wertersatz in Geld gemäß § 251 I hinauslaufen.
- b) Das Verschulden des Schuldners muss sich nur auf die *Verzögerung*, nicht auf den dadurch bedingten *Schaden* erstrecken. Es kann den Schuldner daher nicht entlasten, wenn für ihn der Eintritt dieses Schadens nicht vorhersehbar war.
- c) Entsteht während des Verzugs ein Anspruch des Gläubigers auf **Schadensersatz statt der Leistung** gemäß den §§ 280 I, III, 281, so bleibt der Schuldner weiterhin verpflichtet, den bis dato entstandenen Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 zu ersetzen.
- d) Musste sich der Gläubiger infolge des Schuldnerverzugs anderweitig eindecken, so kann er den dadurch bedingten **Mehraufwand** nicht als Verzögerungsschaden geltend machen.

Beispiel: V verkauft an K eine Sache für 1000 Euro, wobei K auf die Sache dringend angewiesen ist. Als V trotz mehrfacher Mahnung nicht leistet, kauft K eine vergleichbare Sache bei D für 1200 Euro und stellt dem V die Differenz von 200 Euro als Verzögerungsschaden in Rechnung; zu Unrecht, da es sich bei den Kosten eines Deckungsgeschäfts nicht um einen *Verzögerungsschaden* handelt, sondern um *Schadensersatz statt der Leistung*. Um aber Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können, hätte K dem V gemäß § 281 I zuvor eine Nachfrist zur Erfüllung setzen müssen, wenn dies nicht gemäß § 281 II ausnahmsweise entbehrlich war.

Etwas anderes gilt, wenn der ansonsten geltend gemachte Verzögerungsschaden höher als die Kosten des Deckungsgeschäfts gewesen wäre. Hier hat der Gläubiger im Interesse des Schuldners den entstandenen Schaden durch den Deckungskauf so gering wie möglich gehalten.

Beispiel: Im o.g. Fall hätte der Verzögerungsschaden des K über 200 Euro gelegen.

- e) Die **Kosten der Rechtsverfolgung** sind ersatzfähig, doch gilt dies natürlich nur für die Kosten, die *nach Eintritt des Verzugs* entstanden sind! Die Kosten der Mahnung, die den Schuldner gemäß § 286 I erst in Verzug setzt, sind gemäß § 286 I nicht ersatzfähig, weil sich der Schuldner vorher noch gar nicht in Verzug befand und diese Kosten daher durch den Verzug auch nicht verursacht sein können (BGH NJW -RR- 2013, 487; NJW 1985, 324).

Ist der Schuldner bereits in Verzug, so sind auch dem Gläubiger jetzt entstehende Anwaltskosten adäquat durch den Verzug verursacht (BGHZ 30, 156) und daher über die §§ 280 I, II, 286 zu ersetzen. Der für den Gläubiger mit der Konsultation des Anwalts und der sonstigen Rechtsverfolgung verbundene Zeitaufwand ist aber nicht ersatzfähig.

- f) Zu ersetzen ist gemäß § 252 auch der dem Gläubiger **entgangene Gewinn**, den der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners hätte erzielen können und der sich jetzt nicht mehr realisieren lässt (BGH WM 2001, 2012).

g) Die dem Gläubiger infolge des Verzugs **entgangenen Nutzungsmöglichkeiten** der ihm geschuldeten Sache sind aber nicht als Verzögerungsschaden ersatzfähig. Eine Ausnahme gilt dort, wo entgangene Gebrauchsvorteile ausnahmsweise als ersatzfähiger Schaden anerkannt sind: Dazu muss es sich um Objekte von zentraler Bedeutung für die Lebensführung handeln, auf deren ständige Verfügbarkeit der Gläubiger angewiesen ist (vgl. dazu Langels, Schuldrecht BT 4 § 47 VI).

2) Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 I, III, 281

Hat der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung gesetzt, so kann der Gläubiger die Leistung ablehnen und Schadensersatz statt der Leistung verlangen. **§§ 280 I, III, 281 und die §§ 280 I, II, 286 schließen sich aus:** Die §§ 280 I, II, 286 *ergänzen* den Erfüllungsanspruch des Gläubigers, die §§ 280 I, II, 286 *ersetzen* ihn.

Auch hier gelten die §§ 249 ff.: Der Schuldner muss den Gläubiger so stellen, wie dieser bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners stünde. Dies läuft in aller Regel auf einen Wertersatz in Geld gemäß § 251 I hinaus (BGH NJW 2013, 370).

3) Die erweiterte Haftung des Schuldners gemäß § 287

a) § 287, 1

Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Da der Schuldner in aller Regel ohnehin für jede Fahrlässigkeit nach § 276 eintreten muss, hat diese Regelung nur dort Bedeutung, wo aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung oder einer gesetzlichen Haftungsmilderung der Schuldner ansonsten nur für grobe Fahrlässigkeit haften würde. Darüber hinaus wird die Bedeutung des § 287, 1 noch zusätzlich durch § 287, 2, 1. HS eingeschränkt, da der Schuldner nach dieser Norm über Verschulden hinaus auch für Zufall haftet. **§ 287, 1 kommt daher nur dort zur Anwendung, wo der eingetretene Schaden nicht auf der Unmöglichkeit der Leistung beruht.**

b) § 287, 2, 1. HS

Der Schuldner haftet im Verzug auch für die zufällige Beschädigung der geschuldeten Sache oder für den zufälligen Untergang der geschuldeten Leistung. Die Norm basiert auf dem römischrechtlichen Grundsatz, dass derjenige, der sich in einem unerlaubten Zustand befindet, für alle Folgen einzustehen hat, die sich daraus ergeben: „versari in re illicita“. Das gleiche Prinzip finden wir in den §§ 678 und 848.

Wir müssen aber in diesem Zusammenhang unterscheiden:

- aa) Ist die Unmöglichkeit oder Beschädigung der Sache eine adäquate Folge des Verzugs, so haftet der Schuldner für diesen Schaden ohnehin bereits unmittelbar gemäß den §§ 280 I II, 286.
- bb) Die Zufallshaftung des § 287, 2, 1. HS kommt also nur dort zum Tragen, wo die Beschädigung bzw. der Untergang keine adäquate Folge des Verzugs ist.

Beispiel: V sollte den verkauften Wagen am 01.04. zum Käufer K bringen, vergisst dies aber. In der Nacht vom 01.04. zum 02.04. wird der Wagen vor der Tür des V gestohlen. Hier haftet V gemäß den §§ 280 I, III, 283 auf Schadensersatz statt der Leistung, weil er sein nachträgliches Unvermögen gemäß § 287, 2, 1. HS zu vertreten hat. § 287, 2, 1. HS ist anwendbar, weil zwischen dem Verzug und dem Diebstahl kein adäquater Zusammenhang besteht.

AL-Klausurtyp:

Sie müssen also innerhalb des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung im Rahmen des Vertretenmüssens untersuchen, ob sich der Schuldner in Verzug befand, als ihm die geschuldete Leistung unmöglich wurde!

cc) Der Schuldner haftet aber nicht für die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit, wenn der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (detailliert zum Schadensersatz bei hypothetischen Kausalverläufen Langers, Schuldrecht BT 4 § 49 IV).

4) Verzugszinsen: § 288

- a) **Eine Geldschuld ist vom Schuldner gemäß § 288 I mit 5 % über dem Basiszinssatz i.S.d. § 247 I zu verzinsen.** Dabei handelt es sich um einen gesetzlich festgelegten Mindestschaden, der bei jeder Geldschuld zu ersetzen ist.
- b) Ist an dem Geschäft kein Verbraucher beteiligt, so liegt der Zinssatz gemäß **§ 288 II** sogar bei **8 %** über dem Basiszinssatz. § 288 II gilt für alle Geschäfte, bei denen auf beiden Seiten Kaufleute und Freiberufler bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts stehen.
- c) Gemäß § 288 IV ist die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens möglich. Kann der Gläubiger beweisen, dass ihm, z.B. infolge einer eigenen Kreditaufnahme, ein höherer Schaden entstanden ist, so kann er diesen Schaden über die **§§ 280 I, II, 286** ersetzt verlangen.

Beispiel: Der Gläubiger hatte während des Schuldnerverzugs sein Girokonto überzogen. Hier kann er gemäß den §§ 280 I, II, 286 die Überziehungszinsen bezüglich des geschuldeten Betrags verlangen.

§ 19 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht: §§ 280 I, III, 282

I. Die gesetzliche Systematik

1) Die Verletzung leistungsbezogener Pflichten: § 280 I bzw. §§ 280 I, III, 281

Wenn der Schuldner Nebenpflichten verletzt, so hat dies oftmals zur Folge, dass er die geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbringt. In diesen Fällen hat der Gläubiger ein Wahlrecht:

- a) Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß § 280 I Schadensersatz für die Folgen der Pflichtverletzung verlangen oder
- b) er kann dem Schuldner über § 281 eine angemessene Nachfrist zur ordnungsgemäßen Erfüllung setzen und nach Fristablauf gemäß den §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen.

2) Die Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten: §§ 280 I, III, 282

Es kann aber auch Fälle geben, in denen der Schuldner eine Pflicht verletzt, die mit der geschuldeten Leistung an sich nichts zu tun hat.

Beispiel: Der Malermeister M führt zwar die mit Gläubiger G vertraglich vereinbarten Malerarbeiten gut aus, beschädigt aber auf dem Weg in die Wohnung des G ständig das Treppenhaus sowie Einrichtungsgegenstände des G.

Hier kann G wie folgt vorgehen:

- a) Er kann auch hier an der Erfüllung des Vertrags festhalten und über § 280 I Schadensersatz für die Beschädigung verlangen und mit diesem Anspruch gegen die Werklohnforderung aufrechnen.
- b) Sind die Pflichtverletzungen jedoch so gravierend, dass man dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumuten kann, so kann er wie folgt reagieren:
 - aa) Er kann gemäß § 324 vom Vertrag zurücktreten und/oder (§ 325!)
 - bb) gemäß den §§ 280 I, III, 282 Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen, also einen anderen Maler beauftragen und die damit verbundenen Mehrkosten dem M in Rechnung stellen.

Die Nebenpflichtverletzung muss dabei aber so wesentlich sein, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Es kann nicht sein, dass der Gläubiger bei der kleinsten Pflichtverletzung aus heiterem Himmel die Durchführung des Vertrags verweigert und darüber hinaus gemäß den §§ 280 I, III, 282 Schadensersatz statt der Leistung verlangt; vielmehr müssen die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen werden.

Bei dieser Güterabwägung können Sie u.a. folgende Kriterien verwenden:

- Das Ausmaß des Schadens
- Die Häufigkeit der Pflichtverletzung
- Die Form des Verschuldens: Leichte/grobe Fahrlässigkeit
- Hat der Gläubiger den Schuldner abgemahnt?

II. Das -Prüfungsschema der §§ 280 I, III, 282

- 1) **Vertragliches/Gesetzliches Schuldverhältnis**
- 2) **Nebenpflichtverletzung**
- 3) **Vertretenmüssen des Schuldners** (beachte § 280 I 2!)
- 4) Nach erfolgter Interessensabwägung kann dem Gläubiger die weitere Durchführung des Vertrags nicht zugemutet werden.

Beachte: Eine Nachfristsetzung ist zwar nicht erforderlich, kann aber bei der Güterabwägung eine Rolle spielen!

§ 20 Der Schadensersatz statt der Leistung bei nachträglichem Ausschluss der Leistungspflicht: §§ 275 IV, 280 I, III, 283

AL-Klausurtyp:

§ 283 regelt die Fälle, in denen der Schuldner die Leistung wegen § 275 nicht erbringen kann (§ 275 I) bzw. muss (§ 275 II, III) und die Unmöglichkeit bzw. Leistungerschwerung zu vertreten hat. Anspruchsgrundlage ist **§ 280 I 1**, der gemäß § 280 III durch die Voraussetzungen des § 283 ergänzt wird.

Daraus ergibt sich folgendes **AL**-Prüfungsschema:

I. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 280 I, III, 283

- 1) Vertragliches oder gesetzliches **Schuldverhältnis**
- 2) **Leistungspflicht** des Schuldners (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)
- 3) Der Gläubiger hat einen **fälligen** und **einredefreien Anspruch** auf die Leistung. Eine Ausnahme gilt hier in Fällen des § 275 II, III, da gerade diese Einrede den Anspruch des Gläubigers entfallen lässt.
- 4) **Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275**
 - a) **§ 275 I**: Unmöglichkeit
 - b) **§ 275 II**: Unzumutbarkeit der Leistung: Da § 275 II eine Einrede ist, setzt der Schadensersatzanspruch der §§ 280 I, III, 283 voraus, dass sich der Schuldner bereits auf § 275 II berufen hat.
 - c) **§ 275 III**: Unzumutbarkeit bei persönlich zu erbringender Leistung
- 5) **Vertretenmüssen** des Schuldners (§ 280 I 2)

II. Die Rechtsfolgen der §§ 280 I, III, 283

- 1) **Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung fordern.** Der Schuldner muss ihn also in Geld so stellen, wie der Gläubiger bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde.
- 2) **Ist dem Schuldner nur ein Teil der Leistung unmöglich, so kann der Gläubiger Schadensersatz natürlich nur für den unmöglichen Teil verlangen.** Schadensersatz statt der gesamten Leistung (= „großer Schadensersatz“) kann er gemäß den §§ 283, 2; 281 I 2 nur verlangen, wenn er an dem möglichen Teil der Leistung nicht interessiert ist. In diesem Fall muss er die erhaltene Teilleistung gemäß den §§ 283, 2; 281 V, 346 I zurückgeben.

III. Sowohl der Gläubiger der Leistung als auch der Schuldner der Leistung haben den Ausschluss der Leistungspflicht zu vertreten.

1) Das Gesetz regelt drei Fälle:

- a) **§ 326 I** lässt den Anspruch auf die Gegenleistung entfallen, wenn beide Vertragspartner den Ausschluss der Leistungspflicht nicht zu vertreten haben.
- b) **§ 326 II** erhält dem Schuldner der Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger den Ausschluss der Leistungspflicht zu vertreten hat oder er sich zur Zeit der Unmöglichkeit in Annahmeverzug befindet.
- c) **Die §§ 280 I, III, 283** gewähren dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch, wenn der Schuldner den Ausschluss seiner Leistungspflicht zu vertreten hat.

2) Gesetzlich nicht geregelt ist jedoch der Fall, dass beide Vertragspartner den Ausschluss der Leistungspflicht zu vertreten haben. Die Rspr. (BGH LM § 324 Nr. 1; VersR 1981, 426; WM 1971, 892, 896 m.w.N.) entscheidet diese Fälle auf der Grundlage des **§ 326 II** bzw. der **§§ 280 I, III, 283** wendet jeweils **§ 254 analog** an. Dabei ist von vornherein nur derjenige anspruchsberechtigt, den ein geringerer Verschuldensvorwurf trifft, so dass die Anspruchsgrundlage nach der Höhe des Verschuldensanteils gewählt wird. Das bedeutet:

- a) Überwiegt der Verschuldensanteil des Schuldners, so kann der Gläubiger der Leistung gemäß **den §§ 280 I, III, 283** Schadensersatz statt der Leistung verlangen, doch wird sein Schadensersatzanspruch in entsprechender Anwendung des § 254 um den eigenen Mitverschuldensanteil gekürzt.
- b) Überwiegt der Verschuldensanteil des Gläubigers der Leistung, so behält der andere Teil durch die Anwendung des **§ 326 II** seinen Anspruch auf die Gegenleistung, doch wird der Erfüllungsanspruch der Höhe nach in entsprechender Anwendung des § 254 beschränkt.

§ 21 Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen gemäß § 284

I. Die Problemstellung

Anstelle von Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger gemäß § 284 Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und auch billigerweise machen durfte. Der Gläubiger erhält seine Aufwendungen jedoch nicht ersetzt, wenn deren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden wäre.

II. Die gesetzliche Struktur des § 284

Dabei ist § 284 bewusst nicht als *Schadensersatzanspruch*, sondern als **Aufwendungsersatzanspruch** ausgestaltet. Wie aber bereits der Wortlaut zeigt („anstelle von Schadensersatz“), müssen auch hier die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann (BGH NJW 2008, 2837). Dies sind entweder die der §§ 280 I, III, 281 (= Verzögerung bzw. Schlechtleistung) oder die der §§ 280 I, III, 283 (= Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275). Wir müssen also zwischen **zwei Fallgruppen** unterscheiden:

1) Das **AL-Prüfungsschema** zu den §§ 280 I, III, 281, 284

- a) Vertragliches oder gesetzliches **Schuldverhältnis**
- b) **Leistungspflicht** (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen)
- c) **Die Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar** (ansonsten gelten die Regeln der Unmöglichkeit gemäß § 283)
- d) Der Gläubiger hat einen **fälligen** und **einredefreien Anspruch** auf die Leistung
- e) Der Schuldner hat die **Leistung noch nicht oder nicht wie geschuldet erbracht**
- f) **Ablauf einer angemessenen Nachfrist**
Ausnahmen: Eine Nachfristsetzung ist gemäß § 281 II in 2 Fällen entbehrlich:
 - Der Schuldner hat die Leistung ausdrücklich und endgültig verweigert
 - besondere Umstände rechtfertigen einen Schadensersatzanspruch ohne Nachfristsetzung
- g) **Vertretenmüssen** des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)
- h) **Aufwendungen**: alle **im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung** erfolgten freiwilligen Vermögensopfer, die der Gläubiger **billigerweise** machen durfte

2) Das -Prüfungsschema zu den §§ 280 I, III, 283, 284

- a) Vertragliches oder gesetzliches **Schuldverhältnis**
- b) **Leistungspflicht** des Schuldners (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)
- c) Der Gläubiger hat einen **fälligen** und **einredefreien Anspruch** auf die Leistung. Eine Ausnahme gilt hier in Fällen des § 275 II, III, da gerade diese Einreden den Anspruch des Gläubigers entfallen lassen.
- d) **Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275**
 - aa) **§ 275 I**: Unmöglichkeit
 - bb) **§ 275 II, III**: Unzumutbarkeit der Leistung: Da § 275 II, III Einreden sind, setzt der Aufwendungsersatzanspruch der §§ 280 I, III, 283, 284 voraus, dass sich der Schuldner bereits auf § 275 II, III berufen hat.
- e) **Vertretenmüssen** des Schuldners (§ 280 I 2)

Ersetzt werden die Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise auch machen durfte. Dazu zählen aber (nach OLG Stuttgart ZGS 2004, 434) auch die Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf die spätere Verwendbarkeit der Leistung gemacht hat. Dies soll auch für die Aufwendungen gelten, die sich (wie der Einbau eines Navigationssystems in ein mangelhaftes Fahrzeug, das später zurückgegeben wird) **nicht unbedingt durch den Erhalt einer mangelfreien Kaufsache amortisiert hätten.**

III. Der Ausschlussgrund des § 284, 2. HS

Der Aufwendungsersatzanspruch des Gläubigers ist aber gemäß § 284, 2. HS ausgeschlossen, wenn die Aufwendungen des Gläubigers auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung sinnlos gewesen wären.

Beispiel: Ein Konzertveranstalter mietet eine Konzerthalle, die ihm am Tag des Konzerts nicht zur Verfügung gestellt wird. Das Konzert ist aber wegen der Erkrankung des Künstlers ohnehin abgesagt worden.

§ 22 Der Anspruch auf Herausgabe der Surrogate gemäß § 285

§ 285 gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe dessen, was der Schuldner als Ersatz für den Umstand erlangt hat, der zur Befreiung von seiner Leistungspflicht nach § 275 geführt hat. Dabei wird durch § 285 deutlich, dass durch § 275 nur der *Erfüllungsanspruch*, aber nicht das *Schuldverhältnis* im Ganzen erloschen ist: Das Surrogat tritt nur an die Stelle der primär geschuldeten Leistung.

AL-Klausurtyp: Im Gegensatz zu den §§ 280, 281, 283 handelt es sich bei § 285 um keinen Sekundäranspruch sondern um einen Tertiäranspruch, so dass der Schuldner auch dann zur Herausgabe des Ersatzgegenstandes verpflichtet ist, wenn er die Unmöglichkeit seiner Leistung nicht zu vertreten hat!

I. Das **AL**-Prüfungsschema des § 285 I

- 1) Vertragliches oder gesetzliches **Schuldverhältnis**
- 2) **Leistungspflicht** des Schuldners (Anspruchsgrundlage und Anspruchsziel benennen!)
- 3) **Der Schuldner ist gemäß § 275 von seiner Leistungspflicht frei geworden:**
 - a) **§ 275 I:** Unmöglichkeit (anfängliche oder nachträgliche, objektive oder subjektive Unmöglichkeit)
 - b) **§ 275 II, III:** Unzumutbarkeit der Leistung. Da es sich bei § 275 II, III um Einreden handelt, kann der Gläubiger nur dann das stellvertretende commodum verlangen, wenn sich der Schuldner bereits auf § 275 II, III berufen hat!
- 4) Der Schuldner hat infolge des Umstands, der zu seiner Leistungsbefreiung gemäß § 275 führte, einen **Ersatzgegenstand** oder einen **Ersatzanspruch** erlangt. Dabei muss zwischen dem Grund für die Leistungsbefreiung und dem Erhalt des Ersatzgegenstands ein **adäquater Zusammenhang** bestehen.

Beispiele:

- 1) Schadensersatzforderung gegen den Schädiger; Anspruch auf eine Versicherungssumme (BGH NJW 2008, 989).
 - 2) Ist der Schuldner aufgrund einer späteren Veräußerung an Dritte zu seiner Leistung nicht in der Lage, so kann der Gläubiger Abtretung der Forderung aus dem Kaufvertrag bzw. nach erfolgter Zahlung Herausgabe des Erlöses fordern, auch wenn das Ereignis, das die Unmöglichkeit begründet (= Übereignung) und der Ersatzanspruch (Kaufpreisforderung) nicht identisch sind, da sie eine wirtschaftliche Einheit bilden.
- 5) Zwischen dem Gegenstand, dessen Leistung unmöglich wurde, und dem erlangten Ersatzgegenstand muss eine **Identität** bestehen.

Beispiele:

- 1) War an einem Grundstück eine Dienstbarkeit zu bestellen, so schuldet der Schuldner dem Gläubiger nicht gemäß § 285 Herausgabe des Mehrerlöses, den der Eigentümer für einen lastenfreien Verkauf ohne die Dienstbarkeit erzielen konnte (BGHZ 46, 264).
- 2) Ist das vermietete Gebäude abgebrannt, so kann der Mieter vom Vermieter gemäß § 285 I nur den Teil der Versicherungssumme heraus verlangen, der als Ersatz für den Nutzungsausfall gedacht ist. Der Geldersatz für die Zerstörung der Sachsubstanz steht selbstverständlich dem Eigentümer zu.

II. Die Rechtsfolgen des § 285 I

- 1) Der Gläubiger hat einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Ersatzgegenstandes bzw. Abtretung der Ersatzforderung. Es handelt sich um einen **verhaltenen Anspruch**, der nicht infolge der Leistungsbefreiung kraft Gesetzes entsteht, sondern erst, wenn der Gläubiger ihn geltend macht.
- 2) **Der Anspruch ist der Höhe nach auf das beschränkt, was der Schuldner erlangt hat, also nicht auf das gerichtet, was der Schuldner hätte erlangen können.** Andererseits muss der Schuldner das Erlangte in voller Höhe herausgeben, so dass der Anspruch nicht auf den objektiven Wert der unmöglich gewordenen Leistung beschränkt ist (BGHZ 46, 264). Der Anspruch auf das Surrogat ist daher insbesondere in den Fällen interessant, in denen der Schuldner infolge der Leistungsbefreiung mehr erlangt hat, als die Sache eigentlich wert war.

Beispiel: Der Schuldner S hatte eine Sache im Wert von 800 Euro für 700 Euro an den Gläubiger G verkauft, aber danach noch einen Dritten gefunden, der ihm 1.000 Euro bot und die Sache kurz entschlossen an den Dritten gegen Zahlung der 1.000 Euro übereignet. G kann über § 285 Herausgabe der 1.000 Euro verlangen, bleibt dann aber gemäß § 326 III 1 zur Zahlung von 700 Euro verpflichtet, so dass sich sein Anspruch nach erfolgter Aufrechnung auf 300 Euro beläuft, wenn G seinerseits noch nicht gezahlt hat.

- 3) Hat der Schuldner den Umstand, der zur Leistungsbefreiung führt, zu vertreten, kann der Gläubiger gemäß den §§ 280 I, III, 283 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zusätzlich kann der Gläubiger gemäß § 285 I Herausgabe des Ersatzgegenstandes verlangen, den der Schuldner infolge der Unmöglichkeit erlangt hat.

Der Gläubiger muss sich dieses commodum natürlich gemäß § 285 II auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass der Gläubiger einen zweiten Schuldner erhält.

Beispiel: Verkäufer V hat seinen Pkw im Wert von 10.000 Euro mit einer Selbstbeteiligung von 1.000 Euro vollkaskoversichert. K hatte den Wagen für 9.000 Euro gekauft und bereits bezahlt; die Übereignung sollte 2 Tage später erfolgen. Auf dem Weg zu K verursacht V leicht fahrlässig einen Verkehrsunfall, bei dem der Wagen vollständig zerstört wird. K verlangt Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von 10.000 Euro gemäß den §§ 280 I, III, 283. Zusätzlich kann K gemäß § 285 I verlangen, dass ihm V seinen Anspruch gegen seine Kaskoversicherung in Höhe von 9.000 Euro abtritt; dies hat den Vorteil, dass K jetzt in der Versicherung einen solventen Schuldner hat. K muss sich diese Forderung jedoch auf seinen Schadensersatzanspruch gemäß § 285 II anrechnen lassen, so dass er jetzt von V noch 1.000 Euro verlangen kann.

§ 23 Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen – Culpa in contrahendo (c.i.c.) – §§ 311 II, III, 241 II, 280

Vorbemerkung

1) Normalerweise entsteht eine Verpflichtung zum Schadensersatz dann, wenn eine Vertragspartei eine ihrer vertraglichen Pflichten verletzt oder ein Schädiger den Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht. Dieses gesetzliche System der Schadensersatzansprüche enthält jedoch Lücken:

a) **Im deliktischen Bereich ist die Haftung des Geschäftsherrn für das Verhalten von Hilfspersonen durch die Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn nach § 831 I 2 nur lückenhaft geregelt.**

Beispiel: Linoleumrollenfall RGZ 78, 239: Ein Kunde wird beim Betreten eines Supermarkts von einer herabstürzenden Linoleumrolle verletzt, die ein Angestellter unsachgemäß aufgestellt hatte. Das verletzte Opfer kann sich gemäß § 831 I 1 an den Geschäftsherrn halten, doch steht diesem der Entlastungsnachweis offen, er habe den Angestellten gut ausgesucht und überwacht. Kann er das beweisen, ist eine deliktische Haftung des Geschäftsherrn ausgeschlossen.

b) Die vertragliche Haftung für Hilfspersonen erfolgt über die Zurechnung des Verschuldens gemäß § 278, wobei es keinerlei Exkulpationsmöglichkeit gibt. **Die Anwendung des § 278 setzt aber voraus, dass zwischen dem Geschädigten und dem in Anspruch genommenen Schuldner bereits zur Zeit der schädigenden Handlung ein Schuldverhältnis bestand.**

Beispiel: Im o.g. Linoleumrollenfall scheidet eine Haftung aus § 280 I 1 scheinbar aus, wenn der Kunde zu diesem Zeitpunkt noch nichts gekauft hat.

Die Reaktion auf diese Lücken bestand darin, dass man bereits in einem vorvertraglichen Verhandlungsstadium ein Schuldverhältnis entstehen lässt, um eine Zurechnung des Verschuldens über § 278 vornehmen zu können. Dies hat zur Folge, dass die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten unabhängig davon zum Schadensersatz verpflichtet, ob bereits ein Vertrag geschlossen wurde oder ob dieser Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt noch geschlossen wird. Dabei werden die Verhandlungspartner streckenweise wie Vertragspartner behandelt, obwohl sie es doch noch gar nicht sind.

2) **Die vorvertragliche Haftung des Schädigers aus c.i.c. hat aus der Sicht des Geschädigten im Verhältnis zu den deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen zahlreiche Vorteile:**

a) Der Anspruchsgegner muss sich das Verschulden von Hilfspersonen gemäß § 278 wie eigenes Verschulden zurechnen lassen, ohne sich exkulpieren zu können.

b) Pflichtverletzungen in der Sphäre des Verhandlungspartners kehren die Beweislast um: Nach § 280 I 2 muss der Anspruchsgegner nachweisen, dass ihn bezüglich der vorvertraglichen Pflichtverletzung kein Verschulden trifft.

c) Die Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten verpflichtet auch zum Ersatz von **primären Vermögensschäden**. Derartige primäre Vermögensschäden werden im Deliktsrecht nur bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 oder bei einer entsprechenden Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 II ersetzt. Insbesondere die nur fahrlässige Beschädigung fremden Vermögens verpflichtet innerhalb des Deliktsrechts regelmäßig nicht zum Schadensersatz.

Beispiel: Aufgrund eines fahrlässig falsch erstellten Verkaufsprospekts erleidet der Kapitalanleger einen großen Vermögensschaden, als sich beim Beitritt zu einer Publikums-KG versprochene Steuervorteile nicht realisieren lassen. Dem Geschädigten ist hier nur durch eine Prospekthaftung nach den Regeln der c.i.c. zu helfen, da das Vermögen kein „sonstiges“ Recht i.S.d. § 823 I ist und der Kapitalanlagebetrug gemäß § 264 a StGB als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II einen Vorsatz des Schädigers voraussetzt.

- 3) Im Gegensatz zu einem vertraglichen Schuldverhältnis bestehen jedoch **keine klagbaren Leistungspflichten**, sondern nur **Wohlverhaltenspflichten** zu Rücksicht, Fürsorge und Loyalität, die den Verhandlungspartner vor Schaden bewahren sollen: Der Gläubiger kann nur Schadensersatz verlangen, also erst dann klagen, wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist.

I. Das vorvertragliche Schuldverhältnis

Das vorvertragliche Schuldverhältnis entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Diese Vertragsverhandlungen beginnen aber nicht erst mit dem konkreten Verhandlungsgespräch über einen bestimmten Gegenstand, sondern bereits mit der ersten Kontaktaufnahme. Dabei können wir zwischen folgenden Fallgruppen unterscheiden:

1) Aufnahme von Vertragsverhandlungen: § 311 II Nr. 1

- a) **Bereits mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen darf jede Seite erwarten, dass der andere Fragen wahrheitsgemäß beantwortet, auf die Interessen der Gegenseite Rücksicht nimmt** und auf Umstände hinweist, die für den anderen erkennbar von Bedeutung sind und die dieser aus eigener Sachkunde nicht zuverlässig beurteilen kann. Jeder Verhandlungspartner muss auf bestehende Formerfordernisse oder behördliche Genehmigungserfordernisse hinweisen, darf also das Zustandekommen des Vertrages nicht schuldhaft verhindern (dazu unten II 3).
- b) Die an dem vorvertraglichen Schuldverhältnis Beteiligten müssen sich dabei nicht wie Gegner gegenüberstehen. Auch wenn eine Sache von mehreren gemeinsam gekauft oder verkauft werden soll, ohne dass zwischen ihnen ein besonderes Rechtsverhältnis besteht, haften sie untereinander in entsprechender Anwendung der Regeln über die c.i.c., z.B., wenn sie einander nicht zutreffend über ihre Veräußerungsbefugnis informieren.
- c) **Das vorvertragliche Schuldverhältnis setzt keinen persönlichen Kontakt der Verhandlungspartner voraus.** Auch die schuldhaft falsche Angabe in Verkaufsprospekten oder die unsachgemäße Bevorzugung eines Mitbewerbers bei einer öffentlichen Ausschreibung verpflichten zum Schadensersatz (BGH NJW 1985, 1466), wenn der Bewerber nachweist, dass er bei sachgerechter Entscheidung den Auftrag erhalten hätte.
- d) **Das vorvertragliche Schuldverhältnis endet, wenn die Vertragsverhandlungen abgebrochen werden** (z.B. wenn der Kunde den Laden verlässt) **oder der Vertrag geschlossen wird.** Die schuldhafte Verletzung von vertraglichen Pflichten verpflichtet ohnehin gemäß § 280 I zum Schadensersatz.

2) Herstellung eines geschäftlichen Kontakts: § 311 II Nr. 2

- a) **Bereits mit dem Betreten fremder Geschäftsräume entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis**, da der Verhandlungspartner zu diesem Zeitpunkt bereits darauf vertrauen darf, dass der andere die ihm anvertrauten Rechtsgüter sorgfältig behandelt. Den Geschäftsinhaber trifft also zu diesem Zeitpunkt bereits eine **vorvertragliche Verkehrssicherungspflicht**, dafür zu sorgen, dass in seinen Räumlichkeiten niemand zu Schaden kommt (BGH WM 2013, 692).

- b) **Wie bereits der Name zeigt, entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis aber nur, wenn der Kunde zumindest grundsätzlich bereit ist, über einen Vertragsschluss zu verhandeln.** Dies setzt noch keine konkrete Kaufabsicht voraus, so dass auch derjenige Ansprüche aus § 280 I anmelden kann, der sich zuerst einmal umschaun und sich über das Angebot informieren wollte. Wer sich jedoch nachgewiesenermaßen (!) nur vor einem Platzregen in ein Kaufhaus geflüchtet hat oder sich dort nur aufwärmen will, kann sich bei einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nur auf das Deliktsrecht (§§ 823 ff.) stützen, aber nicht auf die §§ 280 I, 311 II, 241 II (BGHZ 66, 51, 55).

Nach der Gegenansicht (Medicus Schuldrecht AT § § 14 II) soll auch der Passant durch das Entstehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach den Regeln der §§ 280 I, 311 II, 241 II geschützt werden, der zunächst nichts kaufen will, da auch er durch die Dekoration und das Warenangebot zu einem jetzigen oder späteren Kauf verleitet werden soll.

Folgt man dieser Ansicht, so können sich nur diejenigen nicht auf die Regeln der §§ 280 I, 311 II, 241 II berufen, die den Geschäftsraum zu deliktischen Zwecken betreten haben (z.B. Ladendiebe).

3) Ähnliche geschäftliche Kontakte: § 311 II Nr. 3

Unter diese Norm sollen alle Konstellationen subsumiert werden, die nicht unter die Nummern 1 und 2 passen, so dass die Möglichkeit einer Weiterentwicklung offengehalten wird.

- a) Zu denken wäre einmal an Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht (MünchKomm/Kramer, Rz. 32 a, 33 vor § 241), wie im Falle einer Auskunft (dazu BGH ZIP 1998, 1434, 1435; Canaris in FS für Schimansky, 1999, 43 ff.).
- b) Auch aus einer dauernden Geschäftsbeziehung, durch die sich ein Vertrauensverhältnis gebildet hat, kann sich eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen auch für die Handlungen ergeben, die nichts mit der Erfüllung eines bestehenden Vertrags zu tun haben. Diese Haftung ist ein *Parallelfall*, aber kein *Unterfall* der c.i.c., deren Umfang von Fall zu Fall schwankt. So kann ein falscher Rat oder eine falsche bzw. unterbliebene Auskunft gemäß den §§ 280 I, 311 II, 241 II schadensersatzpflichtig machen, wenn der Geschädigte in dieser Situation eine entsprechende Beratung oder Information erwarten durfte (BGHZ 49, 168).

II. Die Pflichtverletzungen

1) Die Verletzung von Sorgfaltspflichten

- a) Jeder Verhandlungspartner darf erwarten, dass er im Zuge der Vertragsverhandlungen durch den anderen und dessen Hilfspersonen nicht schuldhaft in seinen Rechtsgütern verletzt wird. Insofern gilt auch innerhalb von Vertragsverhandlungen ein allgemeines Schädigungsverbot („neminem laede“): **Jeder muss sich so verhalten, dass er nicht durch sein schuldhaftes Verhalten andere verletzt** (BGH NJW 1986, 2757). Wer seine Verkaufs-, Praxis- oder Geschäftsräume dem Publikumsverkehr öffnet, muss für die erforderliche Verkehrssicherheit innerhalb der Räume sorgen. Dabei beginnt der räumliche Verantwortungsbereich im Eingangsbereich zu den Räumlichkeiten (BGH NJW 1962, 31). **Die Haftung ist umso strenger, je größer und umfangreicher der eröffnete Verkehr ist.** Eine besonders strenge Haftung trifft Großmärkte und Kaufhäuser, wobei jeder Versuch der Haftungsfreizeichnung (z.B. durch ein Schild mit der Aufschrift: „Betreten auf eigene Gefahr“) unzulässig ist.

- b) **Es müssen zumutbare Maßnahmen der Schadensverhinderung getroffen werden, wobei der jeweilige Unternehmer die Erfüllung dieser Pflichten nicht mit für ihn befreiender Wirkung vollständig delegieren kann.** Er persönlich bleibt dafür verantwortlich, dass sein Betrieb entsprechend organisiert ist und dass die Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen ständig kontrolliert wird.

Beispiele für eine Verletzung der Verkehrssicherungspflichten: Der Kunde wird durch eine herabstürzende Linoleumrolle verletzt (RGZ 78, 239), rutscht auf einer vereisten Rinne (OLG Saarbrücken, NJW -RR- 2012, 152), einer Bananenschale (BGH NJW 1962, 31) oder einem Gemüseblatt aus (BGHZ 66, 51).

AL-Klausurtyp: Die dadurch entstehende Haftung gemäß den §§ 280 I 1, 311 II, 241 II steht in Anspruchskonkurrenz zur gleichfalls vorliegenden deliktischen Haftung gemäß den §§ 823 ff. Der Vorteil einer konkurrierenden vorvertraglichen Haftung besteht aus der Sicht des Gläubigers in zwei Punkten:

- § 278: Haftung für Hilfspersonen ohne Exkulpationsmöglichkeit
- § 280 I 2: Beweislastumkehr

- c) **Die Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen beginnt bereits, nachdem der Unternehmer die Sache des Kunden in Obhut genommen hat.** Dies ist von Bedeutung, wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Vertrag geschlossen ist.

Beispiel: Der Eigentümer einer Motoryacht bringt seine Yacht zur Reparatur in eine Bootswerft. Noch bevor er den Reparaturauftrag erteilt hat, haben Angestellte des Unternehmers die Yacht beim Abladen beschädigt.

- d) **Nach den gleichen Prinzipien haftet der Kaufinteressent, der einen Pkw während der Probefahrt schuldhaft beschädigt** (BGH NJW 1972, 1363). Der Kunde haftet aber nicht bei leichter Fahrlässigkeit, weil sich der Verkäufer gegen derartige Schäden selbst durch den Abschluss einer Kaskoversicherung schützen kann. Hat er dies nicht getan, muss er den Kunden zumindest auf das Fehlen eines derartigen Versicherungsschutzes hinweisen. Sollten dennoch, z.B. infolge von grober Fahrlässigkeit, Ansprüche gegen den Kaufinteressenten gemäß den §§ 280 I 1, 311 II, 241 II bestehen, so verjähren diese Ansprüche analog § 548 innerhalb von 6 Monaten (BGH NJW 1992, 2413, 2414).

2) Die Verletzung von Aufklärungspflichten

- a) **Auch wenn der Vertrag wirksam geschlossen worden ist, kann eine Seite der anderen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie ihre vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt und dadurch der andere einen aus seiner Sicht nachteiligen Vertrag schließt, den er bei entsprechender Aufklärung so nicht geschlossen hätte** (BGH NJW 2012, 846; BAG NZA 2012, 211). Dabei besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Aufklärungspflicht und Selbstverantwortung: Einerseits steht jeder Vertrag unter dem Gebot von Treu und Glauben; andererseits bedeutet Privatautonomie nicht nur Selbstbestimmung, sondern auch Selbstverantwortung, so dass eine Aufklärungspflicht nur im Rahmen des Zumutbaren besteht und auch nur soweit, wie der andere Aufklärung nach Treu und Glauben erwarten durfte (BGH NJW 2010, 3362; 2008, 258; 1989, 1794; WM 1990, 479, 481; MünchKomm/Emmerich Rz. 79 vor § 275; Soergel/Wiedemann Rz. 121 vor § 275).

Beispiel: Verkauft der HiFi-Verkäufer einen Vorverstärker, so muss er dem Kunden nicht erklären, dass der Kunde auch über eine Endstufe und eine Signalquelle wie CD-Player oder Tuner verfügen muss. Er muss auch dem 75jährigen Freak nicht erklären, dass ein absolut linearer Frequenzgang von 20 Hz – 25.000 Hz für ihn nur noch ein theoretischer Wert ist, der vielleicht das Herz wärmt, aber nicht mehr hörbar ist.

- b) **Andererseits muss jeder Verhandlungspartner den anderen über die Umstände aufklären, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährden können.** Dies gilt insbesondere dann, wenn der andere diese Umstände nicht kennt, sie aber in erkennbarer Weise für dessen Entscheidung von Bedeutung sind. Je weiter das jeweils erforderliche Fachwissen von Verkäufer und Käufer auseinanderklafft, desto eher darf der Kunde von einem Fachhändler entsprechende Aufklärung erwarten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die entsprechenden Informationsquellen nicht frei zugänglich sind oder die Information für einen Laien schwer verständlich ist (BGHZ 60, 221, 223; 61, 118, 121).

c) **AL-Klausurtyp: Die Regeln der Irrtumsanfechtung sind im Verhältnis zu den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 keine abschließende Regelung.** Wer durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschluss bewegt wurde, hat neben dem Anfechtungsrecht noch einen Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn ihm nach erfolgter Anfechtung trotz der daraus folgenden Nichtigkeit des Vertrags noch ein weiterer Schaden entstanden ist (BGH NJW 1979, 1983). Dabei kann der Getäuschte Aufhebung des Vertrags gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 124 verlangen (BGH WM 1985, 466).

- d) Ist der Vertragspartner nur **fahrlässig getäuscht** worden, liegen die Voraussetzungen des § 123 I nicht vor. Der durch Verletzung einer Mitteilungs- oder Aufklärungspflicht fahrlässig getäuschte Vertragspartner kann aber gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten, also bei entsprechender Aufklärung, stünde. Er kann also gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 249 I verlangen, dass der Vertrag wieder rückgängig gemacht wird; ferner sind ihm seine nutzlos erbrachten Aufwendungen zu ersetzen.

Will der fahrlässig getäuschte Vertragspartner jedoch am Vertrag festhalten, so muss er so behandelt werden, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Dabei kommt es nicht auf den hypothetischen und kaum zu führenden Beweis an, dass die Gegenseite den Vertrag zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte; entscheidend ist allein, wie sich der fahrlässig getäuschte Vertragspartner in Kenntnis der wahren Sachlage verhalten hätte. Bei Abschluss eines Kaufvertrags durch einen nicht entsprechend aufgeklärten Käufer stellt also der Teil des Kaufpreises einen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 zu ersetzenden Schaden dar, den der Käufer im Vertrauen auf richtige und vollständige Aufklärung zu viel bezahlt hat. Der Käufer kann daher gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 Herabsetzung des Kaufpreises in analoger Anwendung des § 441 III verlangen (BGH NJW 1989, 1794).

Beispiel: Der Verkäufer einer Altbauwohnung weist den Käufer bei den Vertragsverhandlungen nicht darauf hin, dass aufgrund zwingender Vorschriften der Einbau einer Feuertrappe erfolgen muss und dass sich die Treppe nach ihrer Errichtung vor dem einzigen Fenster der Wohnung befinden wird. Der Käufer kann hier gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 den Geldbetrag verlangen, den er in Unkenntnis dieses Umstandes zu viel gezahlt hat. Man geht also einfach davon aus, dass der Käufer in Kenntnis dieses Umstandes einen günstigeren Preis ausgehandelt hätte; dabei wird dem Verkäufer der Hinweis abgeschnitten, dass er zu diesem niedrigeren Preis die Wohnung nicht verkauft hätte. Der Käufer kann in analoger Anwendung des § 441 III mindern und den zuviel gezahlten Kaufpreis über die §§ 280 I, 311 II, 241 II in Verbindung mit § 249 I zurückverlangen.

3) Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags

Hat ein Verhandlungspartner die Unwirksamkeit des Vertrags verschuldet, so ist er dem anderen zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verpflichtet. Dabei kommen folgende **Fallgruppen** in Betracht:

a) Ein Verhandlungspartner hat fahrlässig die Formbedürftigkeit des Vertrags verkannt.

Eine Schadensersatzpflicht muss dabei aber auf Ausnahmefälle begrenzt bleiben, da grundsätzlich jede Partei für sich selbst verantwortlich ist und sich auch der Geschädigte um die Einhaltung der erforderlichen Form hätte kümmern müssen. Ein Anspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 kommt nur in Betracht, wenn die eine Partei durch den fehlenden Hinweis auf die Formbedürftigkeit ihre vorvertragliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt hat. Wir müssen zwischen 2 Fällen unterscheiden:

aa) Eine Partei hat schuldhaft falsche Angaben über die Formbedürftigkeit gemacht.

bb) Eine Partei hat aufgrund besonderer Sachkunde Vertrauen für sich in Anspruch genommen, so dass der andere keinen Anlass sah, sich selbständig nach der Formbedürftigkeit des Geschäfts zu erkundigen.

Beispiel: Ein gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen ruft in rechtsunkundigen Bauinteressenten den Eindruck hervor, durch selbst entworfene privatschriftliche Vertragsformulare wirksame Kaufverträge schließen zu können (BGH WM 1965, 674).

cc) **Der Umfang der Haftung** ist in derartigen Fällen umstritten:

(1) **Nach einer Ansicht** (MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 47 m.w.N.) **soll der Umfang der Schadensersatzpflicht davon abhängen, ob der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit geschlossen worden wäre oder nicht.**

(a) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit nicht geschlossen worden, so ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 über § 249 I nur den Vertrauensschaden.** Der Geschädigte wird also lediglich in Geld so gestellt, wie er stünde, wenn von diesem Vertrag niemals die Rede gewesen wäre. Ersetzt werden z.B. nutzlose Aufwendungen wie Gutachterkosten, die in Erwartung der baldigen Vertragserfüllung zur Finanzierung des Kaufpreises entstanden sind, sowie Mehraufwendungen, die jetzt anfallen, weil ein vergleichbares Objekt infolge der zwischenzeitlichen Preissteigerung nur noch zu einem höheren Preis zu erhalten ist. Der Schadensersatzanspruch wird aber durch das *Erfüllungsinteresse* summenmäßig beschränkt, da der Geschädigte nicht verlangen kann, besser gestellt zu werden, als er bei wirksamem Vertrag gestanden wäre. Hat der Betroffene in Unkenntnis der Formnichtigkeit seine eigene Leistung bereits erbracht, z.B. den vermeintlich geschuldeten Kaufpreis bereits bezahlt, so kann er seine Leistung sowohl nach § 812 I 1, 1. Alt. als auch nach den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1/ § 249 I zurückfordern.

(b) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit wirksam geschlossen worden, so ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 dem Geschädigten über § 249 I sein Erfüllungsinteresse.** Er wird also in Geld (nicht durch Erfüllung des Vertrags in Natur!) so gestellt, wie er bei Wirksamkeit des Vertrags stünde.

(2) **Nach anderer Ansicht** (Flume § 15 III 4 c; Larenz Schuldrecht AT § 9 I 3) **ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in derartigen Fällen immer nur den Vertrauensschaden, aber niemals das Erfüllungsinteresse, da es sich bei dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung um einen Erfüllungersatzanspruch handelt:** Kann der Betroffene aber wegen der Nichtigkeit des Vertrags *Erfüllung* nicht verlangen, so steht ihm auch kein Ersatzanspruch infolge der *Nichterfüllung* zu.

(3) Medicus (BR 185) meldet gegen die pauschale Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 selbst dann Bedenken an, wenn man sie der Höhe nach auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt. Zum einen müsse der Vertrauensschaden nicht immer unterhalb des Erfüllungsinteresses liegen. Zum anderen sei nicht einzusehen, warum eine Partei verpflichtet sei, für einen wirksamen Vertragsschluss zu sorgen. Es müsse daher im Einzelfall entschieden werden, ob der schuldhaft Handelnde dem Geschädigten eine Aufklärung über die Formbedürftigkeit geschuldet habe oder nicht.

b) Eine Verhandlungspartei hat schuldhaft einen **versteckten Dissens** verschuldet, an dem die Wirksamkeit des Vertrags entgegen der Auslegungsregel des § 155 scheitert.

Hier wird der Geschädigte den Dissens regelmäßig mitverschuldet haben, so dass man seinen Anspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 gemäß § 254 I um seinen eigenen Verschuldensanteil kürzen muss.

c) Der Verhandlungspartner hat einen **nicht vertretungsberechtigten Verhandlungsgehilfen** in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet, der ihn nicht wirksam verpflichten konnte.

Hier gelten die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 aber nur, wenn der Hintermann nicht nach den Regeln über die Rechtsscheinhaftung (z.B. Anscheins- oder Duldungsvollmacht) wirksam verpflichtet worden ist (BGHZ 92, 174).

d) Der Verhandlungspartner hat in einer für den anderen nicht erkennbaren Weise **sittenwidrig** gehandelt, so dass der Vertrag gemäß § 138 I nichtig ist (BGHZ 99, 106).

e) Der Verhandlungspartner hat nicht auf das **Erfordernis einer behördlichen oder privaten Genehmigung** hingewiesen.

Beispiele:

1) Die Gemeinde, die mit einem Bauträger über die Errichtung eines Altenheims verhandelt, weist den Bauträger nicht auf planungsrechtliche Hindernisse hin (BGH NVwZ 1982, 145).

2) Der Erbbauberechtigte weist bei der Vermietung des Grundstücks nicht auf die vertraglich vorgesehene Genehmigungsbedürftigkeit durch den Eigentümer hin (BGH MDR 1967, 835).

f) Der Verhandlungspartner hat durch sein Verhalten die **Erteilung einer erforderlichen behördlichen Genehmigung vereitelt** (BGHZ 54, 71). Dies gilt aber nicht für die familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (OLG Hamm, MDR 1969, 306).

4) Der unbegründete Abbruch von Vertragsverhandlungen

a) Wer Vertragsverhandlungen aufnimmt, ist selbstverständlich nicht verpflichtet, diese Vertragsverhandlungen stets durch einen Vertragsschluss zu beenden. Ein derartiger Kontrahierungszwang würde dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechen, die nicht nur die Freiheit des Vertragsschlusses garantiert, sondern auch die Freiheit, Verhandlungen jederzeit ohne Angabe von Gründen abbrechen zu dürfen. **Der Abbruch von Vertragsverhandlungen verpflichtet auch dann nicht zum Schadenersatz, wenn man weiß, dass die Gegenseite auf den Vertragsschluss vertraut und bereits viel Zeit und Geld in die Vertragsverhandlungen investiert hat** (BGH NJW 2013, 928; Wertebuch, ZIP 2004, 1525, 1526).

b) Eine Ausnahme gilt dort, wo der Verhandlungspartner in seinem Gegenüber den sicheren Eindruck erweckt hat, der Vertrag werde auf jeden Fall abgeschlossen werden. Erforderlich ist ein **qualifizierter Vertrauenstatbestand**: Der Verhandlungspartner muss den Vertragsschluss als sicher in Aussicht gestellt haben (BGH NJW -RR- 1989, 627), den anderen zu Vorleistungen

veranlasst haben (BGHZ 92, 176) oder die Parteien müssen bereits mit der Durchführung des Vertrags begonnen haben, obwohl dieser noch gar nicht geschlossen ist (BGHZ 6, 334).

Beispiele:

- 1) Der Vermieter hatte den Mieter durch den Hinweis, es werde mit Sicherheit zum Vertragsschluss kommen, bereits zur Kündigung des bisherigen Mietverhältnisses bewogen.
- 2) Der Mieter hatte im Vermieter das Vertrauen auf ein langjähriges Mietverhältnis erweckt und diesen zu umfangreichen baulichen Veränderungen veranlasst, kündigt aber kurze Zeit später.
- 3) Der Arbeitgeber erweckt in einem Bewerber das Vertrauen auf eine sichere Einstellung und bewegt ihn dadurch zur Kündigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses.

In diesem Fall darf der Verhandlungspartner die Verhandlungen nur mit einem **triftigen Grund** abbrechen (BGH NJW 1975, 1774). Andererseits sind wegen der zurzeit noch fehlenden vertraglichen Bindung an die Begründung keine erhöhten Anforderungen zu stellen; das bessere Angebot eines Mitbewerbers würde den Abbruch der Vertragsverhandlungen bereits sachlich rechtfertigen. Dennoch kann eine Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 entstehen, wenn man dies der Gegenseite nicht unverzüglich mitteilt.

- c) Die Ersatzpflicht setzt nicht voraus, dass das berechtigte Vertrauen auf den baldigen Vertragsschluss *schuldhaft* verursacht wurde (BGH NJW -RR- 1989, 627). Im Übrigen würde es am erforderlichen Verschulden ohnehin fehlen, wenn der Verhandlungspartner einen triftigen Grund für den Abbruch der Vertragsverhandlungen hat.

- d) Etwas anderes gilt bei **formbedürftigen Verträgen: Der unbegründete Abbruch von Vertragsverhandlungen verpflichtet bei formbedürftigen Verträgen regelmäßig nicht zum Schadensersatz**. Dazu der BGH in NJW 1996, 1884:

„Grundsätzlich erlaubt es die Vertragsfreiheit, von Vertragsverhandlungen auch ohne Angaben von Gründen zurückzutreten. Nur wer das Vertrauen auf einen sicheren Vertragsschluss erweckt hat und dann die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, kann aus c.i.c. haften. Eine solche Haftung ist allerdings regelmäßig ausgeschlossen, wenn der in Aussicht gestellte Vertrag formbedürftig ist. Eine Verpflichtung aus c.i.c., den Vertrauensschaden zu ersetzen, bedeutet indirekt einen Zwang zum Vertragsschluss. Dieser Zwang läuft dem Schutzzweck des § 311 b I zuwider, nach der wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstandes eine Bindung ohne Einhaltung der Form verhindert werden soll. Im Bereich der nach § 311 b I zu beurkundenden Rechtsgeschäfte löst der Abbruch von Vertragsverhandlungen, deren Erfolg als sicher schien, auch dann keine Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch der Verhandlungen fehlt (BGH WM 1982, 1436, 1437). **Etwas anderes gilt nur, wenn eine so schwere Pflichtverletzung vorliegt, dass die Berufung auf den fehlenden Vertrag gegen § 242 verstoßen würde.** Dies wäre dann der Fall, wenn eine Partei vorsätzlich gegen ihre vorvertragliche Treuepflicht verstößt oder dem anderen während der Vertragsverhandlungen bewusst nicht mitteilt, dass sie nicht mehr bereit ist, den Vertrag zu schließen.“

Nach Medicus (Schuldrecht I § 14 III 1) soll bei formbedürftigen Verträgen ganz auf Schadensersatzansprüche beim Abbruch von Vertragsverhandlungen verzichtet werden, weil der andere vor Einhaltung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form noch nicht auf den Vertragsschluss vertrauen darf.

- e) **Der Haftungsumfang:** Hat der Verhandlungspartner schuldhaft, also ohne triftigen Grund, die Verhandlungen abgebrochen, obwohl er den Vertragsschluss als sicher in Aussicht gestellt hat, so ist er dem anderen gegenüber zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verpflichtet. Er muss ihm den **Vertrauensschaden** ersetzen, ihn also so stellen, wie dieser stünde, wenn die Verhandlungen niemals geführt worden wären.

Die Regeln über die c.i.c. verpflichten aber nicht dazu, den Vertrag zu erfüllen, da der Vertragspartner nicht den Vertragsschluss an sich erwarten durfte, sondern nur, rechtzeitig informiert zu werden, wenn die Vertragsverhandlungen gescheitert sind (BGH NJW 2006, 1963; NJW -RR- 1988, 288). Ferner werden nur die Aufwendungen ersetzt, die nach Lage des Falles vertretbar waren (BGH WM 1976, 923).

III. Anspruchsteller und Anspruchsgegner

Regelmäßig entsteht das vorvertragliche Schuldverhältnis nur zwischen denjenigen, die als Verhandlungspartner auch Partei des abzuschließenden Vertrags werden würden.

Beispiel: Ist der Kunde in einem Supermarkt durch eine herabstürzende Linoleumrolle verletzt worden, so richten sich seine Ansprüche gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 gegen das Unternehmen, nicht gegen den einzelnen Angestellten, der die Rolle unsachgemäß aufgestellt hat. Der Angestellte haftet allerdings nach den deliktischen Regeln der §§ 823 ff.

In Ausnahmefällen wird aber der Kreis der am vorvertraglichen Schuldverhältnis Beteiligten erweitert:

- **Anspruchsberechtigt** ist auch derjenige, der in analoger Anwendung des § 328 in den Schutzbereich des vorvertraglichen Schuldverhältnisses miteinbezogen wird.
- **Anspruchsgegner** ist nicht nur der spätere Vertragspartner, sondern auch der Sachwalter, der in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet ist.

1) Der Anspruchsteller der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

Grundsätzlich hat nur derjenige Ansprüche, der sich an den Vertragsverhandlungen beteiligt hat und den Vertrag auch selbst schließen wollte, doch findet auch hier von Fall zu Fall eine Ausdehnung des geschützten Personenkreises statt.

- a) Auch der **Vertreter des künftigen Vertragspartners**, der durch Verletzung der Sorgfaltspflicht geschädigt ist, kann sich auf die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 berufen.

Beispiel: Die Haushälterin, die für ihre Chefin im Supermarkt einkauft, rutscht auf einem Salatblatt aus.

- b) **Beschränkt geschäftsfähige Verhandlungspartner** werden durch die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 geschützt, ohne dass es darauf ankäme, ob sie den Vertrag hätten wirksam schließen können. Die Regeln des Minderjährigenschutzes wollen den Minderjährigen davor bewahren, anderen etwas zu schulden, aber nicht davor, eigene Ansprüche gegen andere zu erlangen.

- c) **Geschäftsunfähige** können keine wirksamen Verträge schließen und kommen daher als Verhandlungspartner von Haus aus nicht in Betracht, doch werden sie durch eine analoge Anwendung des § 328 in den Schutzbereich des vorvertraglichen Schuldverhältnisses miteinbezogen (BGH NJW 2011, 139).

Beispiel (Salatblattfall BGHZ 66, 51): Der 6-jährige Heinz-Rüdiger, der seine Mutter beim Einkauf im Supermarkt begleitet, rutscht auf einem Gemüseblatt aus. Hier stehen Heinz-Rüdiger über die analoge Anwendung des § 328 direkte Ansprüche aus c.i.c. gegen den Unternehmer zu, wobei Heinz-Rüdiger bei der Geltendmachung seiner Ansprüche durch die Eltern als gesetzliche Vertreter vertreten wird.

2) Der Anspruchsgegner der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

a) Die Haftung des (potentiellen) Vertragspartners

Schuldner der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 ist derjenige, der Vertragspartner geworden ist oder es geworden wäre, wenn der Vertrag zustande gekommen wäre. Auch wenn für eine der Verhandlungsparteien ein Vertreter auftritt, ist nur der Verhandlungspartner selbst, nicht der handelnde Vertreter, aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verpflichtet. Der Vertreter gibt zwar eine eigene Erklärung ab, doch treffen ihn selbst die Folgen der Erklärung nicht, wenn er im Namen des eigentlichen Verhandlungspartners auftritt und dadurch die Fremdwirkung seines Handelns zum Ausdruck bringt. Das bereits im vorvertraglichen Stadium entstehende Vertrauen wird daher auch nicht dem Vertreter selbst, sondern demjenigen entgegengebracht, der bei einem späteren Abschluss des Vertrags Vertragspartner werden wird.

b) Die Haftung des Vertreters / Verhandlungsgehilfen: § 311 III

Obwohl das Vertrauen grundsätzlich demjenigen entgegengebracht wird, der Vertragspartner ist oder es geworden wäre, sind Fallgruppen anerkannt, in denen der Vertreter bzw. Verhandlungsgehilfe selbst aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verpflichtet wird und bei schuldhafter Pflichtverletzung nach den Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 persönlich haftet. Dies wurde durch die Schuldrechtsreform nicht neu geregelt, sondern in § 311 III lediglich bestätigt.

aa) Der Vertreter nimmt für sich ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch.

Dieses Vertrauen kann entweder aufgrund einer besonderen Sachkunde oder wegen der besonderen persönlichen Vertrauensbeziehung des Vertreters zum Geschäftsgegner entstanden sein. Das Vertrauen muss aber über das „normale“ Vertrauen weit hinausgehen, das man jedem entgegenbringt, mit dem man verhandelt: **Der Vertreter selbst haftet nur dann gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er eine zusätzliche, gerade von ihm persönlich (!) ausgehende Gewähr für die ordnungsgemäße Pflichterfüllung bietet und dadurch die Vertragsverhandlungen entscheidend beeinflusst** (BAG NZG 2013,34; BGH NJW 1997, 1233; 1987, 2512; ZIP 1997, 548). Dies trifft auf angestellte Verkäufer regelmäßig selbst dann nicht zu, wenn diese im Zuge der Verhandlungen auf ihre besondere Sachkunde hinweisen (BGH NJW 2004, 2523, 2525; NJW -RR- 2005, 23, 25.).

Beispiel: Der **Gebrauchtwagenhändler**, der ein in Zahlung genommenes Kundenfahrzeug im Namen des Kunden veräußert, haftet als Sachwalter und Quasiverkäufer persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wobei seine Haftung ggf. neben die Haftung des eigentlichen Verkäufers tritt (BGH NJW 2010, 858; NJW -RR- 2011, 462). Der Gebrauchtwagenhändler haftet, wenn zugesicherte Eigenschaften fehlen (BGHZ 87, 305) oder wenn er wesentliche Mängel verschweigt oder eine objektiv unrichtige Erklärung ins Blaue hinein macht, ohne sich zuvor selbst das Fahrzeug angesehen zu haben. Die Eigenhaftung des Gebrauchtwagenhändlers ist aber ausgeschlossen, wenn Gewährleistungsansprüche abbedungen sind. Allerdings gilt hier § 444 analog, so dass der Händler bei arglistigem Verschweigen des Mangels gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 haftet (BGH NJW 2010, 858).

Weitere Beispiele für eine **Sachwalterhaftung** des Vertreters / Vermittlers, der besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt:

Der **Steuerberater** tritt als verlängerter Arm des Verhandlungspartners auf (BGH NJW 1986, 180).

Der **Vermittler von Kapitalanlagen** geriert sich als erfolgreicher Unternehmenssanierer (BGH NJW 1990, 1097).

Der **Kommanditist** schaltet sich maßgeblich in die Verhandlungen ein, die die KG führt (BGH NJW 1984, 2286).

Gegenbeispiele: Eine Haftung wegen Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens wurde in folgenden Fällen abgelehnt:

Angestellte oder Versicherungsvertreter nehmen kein besonderes gerade von ihrer Person ausgehendes Vertrauen in Anspruch (BGH NJW -RR- 1991, 1241, 1242).

Auch wer den Vertragspartner persönlich kennt und auch schon mehrere Geschäfte mit ihm abgewickelt hat, nimmt kein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch (BGH WM 1992, 699, 701).

Allein die Tatsache, dass der Verhandlungspartner besonders sachkundig ist, macht ihn nicht besonders vertrauenswürdig (BGH WM 1993, 295, 298).

AL-Klausurtipp: Haftet auch der Vertreter oder Verhandlungsgehilfe nach den Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, so tritt die Haftung des Vertreters grundsätzlich neben die Haftung des Vertretenen, der für den Vertreter als Hilfsperson über § 278 einzustehen hat (BGH NJW 2010, 858). Vertretener und Vertreter haften als Gesamtschuldner. Die Haftung des Vertreters geht aber nicht über die Haftung des Vertretenen hinaus (BGH -RR- 2011, 462): Hat der Vertretene seine Haftung zulässig ausgeschlossen oder beschränkt, so gilt diese Freizeichnung in der Regel auch für die Haftung des Vertreters, es sei denn, dass dieser arglistig handelt. Denken Sie aber daran, dass nach § 309 Nr. 7 a ein Haftungsausschluss für Körperschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht möglich ist!

- bb) **Der Verhandlungsgehilfe oder Vertreter haftet auch dann gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er ein gesteigertes wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hat, das dem Interesse des eigentlichen Vertragspartners, für den er handelt, mindestens ebenbürtig ist** (BGH ZIP 1997, 548).

Der Verhandlungsgehilfe bzw. Vertreter verhandelt hier gleichsam „in eigener Sache“ (BGH NJW 1984, 2284); aus Sicht des anderen Verhandlungspartners ist er der „wirtschaftliche Herr des Geschehens“ (BGH NJW 1988, 2234). Das bloße mittelbare Interesse, durch Abschluss des Vertrags seinen Arbeitsplatz zu erhalten oder eine Provision zu erlangen, reicht nicht aus (BGH NJW 1990, 506). Der Angestellte eines Unternehmens oder der Mitgesellschafter, der allgemein am wirtschaftlichen Erfolg seiner Gesellschaft beteiligt ist, haften nicht persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1. Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesellschafter selbst die Verhandlungen führt und er ein erhebliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hat.

Beispiele:

- 1) Der Gebrauchtwagenhändler verkauft ein in Zahlung genommenes Fahrzeug auf eigene Rechnung (BGHZ 87, 302).
- 2) Der Ehegatte führt das Geschäft eines anderen als ob es sein eigenes wäre (BGHZ 14, 313, 318).

cc) Die Prospekthaftung

- (1) Um den Kapitalanleger für eine bestimmte Form der Geldanlage zu gewinnen, geben die Anlagegesellschaften, in der Regel Publikums-KG, Verkaufsprospekte heraus, in denen das zu finanzierende Projekt beschrieben und auf die steuerlichen Aspekte, Chancen und Risiken der Kapitalanlage hingewiesen wird. Dieser Verkaufsprospekt muss Chancen und Risiken richtig darstellen; werden die Angaben nachträglich, z.B. durch eine Änderung der Steuergesetze, unrichtig, muss der Verkaufsprospekt berichtigt werden (BGH NJW -RR- 2012, 1312).

Seit 2012 bestehen mit dem **VermAnlG**, ergänzt 2013 durch das für den Vertrieb von Anteilen an Investmentfonds geltenden **KAGB** eine im wesentlichen flächendeckende Prospekthaftung, die für nahezu alle Fallgruppen gilt, die früher unter die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung fielen. Diese gesetzliche Prospekthaftung ist insoweit eine

abschließende Regelung (Nobbe, WM 2013, 193; Suchomel, NJW 2013, 1126), so dass die **c.i.c.-Regeln** nur noch bei der **uneigentlichen Prospekthaftung** gelten, die durch das VermAnlG und das KAGB nicht berührt werden (BGH NJW -RR- 2013, 1255, Nobbe, Suchomel a.a.O.; zur Prospekthaftung vgl. auch Palandt/Grüneberg § 311 Rz. 67 ff. m.w.N). Für diese verbleibenden Fallgruppen gilt:

Verantwortlich für die Richtigkeit der Angaben ist zum einen die Anlagegesellschaft, doch würde die alleinige Verantwortlichkeit der Gesellschaft dem Kapitalanleger regelmäßig wenig nützen, denn wenn sich die Unrichtigkeit der Angaben herausstellt, ist die Gesellschaft – typischerweise eine GmbH oder GmbH & Co. KG mit 25.000 Euro Stammkapital – häufig bereits insolvent geworden. Neben der Gesellschaft haften aber auch die **Initiatoren** und **Gründer** der KG sowie die **geschäftsführenden Gesellschafter** gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1. Dies gilt auch für die finanzierende **Bank**, die für die Anlage wirbt, wenn die Bank als Mitinitiatorin aktiv in die Gestaltung des Prospekts eingegriffen hat (BGH NJW 1987, 1815).

- (2) Schaltet die Gesellschaft **Steuerberater** oder **Rechtsanwälte** in die Vertragsverhandlungen mit den Kapitalanlegern ein, die den Anlegern durch Darstellung der steuerlichen Vorteile die Geldanlage erst schmackhaft machen sollen, so haftet die Gesellschaft für deren schuldhaft falsche Angaben über die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 278, da die Gesellschaft diese Hilfspersonen in die Verhandlungen eingeschaltet hat.

Neben der Gesellschaft haftet der jeweilige Steuerberater oder Rechtsanwalt als **Sachwalter** persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er ein besonderes, gerade von seiner Person ausgehendes Vertrauen der Kapitalanleger in Anspruch genommen hat und damit eine Garantenstellung für die Angaben des Prospekts übernommen hat (BGH WM 2008, 725; NJW 1992, 228, 2148; 1993, 199; 1995, 1025). Der jeweilige Sachwalter haftet aber nur für die Angaben, für deren Richtigkeit er mit seiner besonderen Sachkunde die Verantwortung übernommen hat.

- (3) **Der durch unrichtige Angaben im Verkaufsprospekt geschädigte Kapitalanleger kann über die Prospekthaftung der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 249 I verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, wie er bei Richtigkeit der Angaben stünde** (BGH NJW 2010, 1079; 2005, 1579). In aller Regel hätte er sich dann an dieser Gesellschaft nicht beteiligt, so dass der Schädiger ihn von seiner Verpflichtung gegenüber der Anlagegesellschaft freistellen und ihm seine Aufwendungen nebst Zinsen (BGH NJW 1992, 1223) ersetzen muss. Der Geschädigte ist verpflichtet, Zug um Zug gegen diese Schadensersatzleistung seine Anteile an der Gesellschaft auf den Schädiger zu übertragen (BGH NJW 1992, 228). Dem Schädiger steht dabei der – allerdings kaum zu führende – Gegenbeweis offen, dass der Geschädigte auch bei Richtigkeit der Angaben in gleicher Weise geschädigt worden wäre, weil er z.B. entsprechende Warnungen in den Wind geschlagen hätte. Die Haftung des Schädigers entfällt auch, wenn die unrichtigen Angaben für den Schaden des Kapitalanlegers nicht kausal geworden sind.

- dd) **Problem: Gibt es eine eigenständige Berufshaftung beratender Berufe?**

In letzter Zeit wird zunehmend die Frage aufgeworfen, ob nicht Angehörige bestimmter Berufsgruppen, die aufgrund ihrer Vertrauenswürdigkeit und Tradition ein überdurchschnittliches Vertrauen für sich in Anspruch nehmen, für unrichtig erteilte Auskünfte, Testate und Gutachten nicht nur gegenüber ihren Auftraggebern, sondern auch gegenüber Dritten vertraglich haften sollen, wenn diese in gleicher Weise wie der jeweilige

Auftraggeber auf die Richtigkeit der Angaben vertraut und dadurch einen Vermögensschaden erlitten haben. Die Rspr. lehnt eine generelle Berufshaftung ab (BGH NJW 1991, 32 / Rechtsanwälte; BGH WM 1992, 1031, 1034 / Steuerberater), kommt aber dennoch auf drei Wegen zu einer vertraglichen bzw. vorvertraglichen Haftung:

- (1) In bestimmten Fällen arbeitet die Rspr. mit einem konkludent geschlossenen **Beratungsvertrag** zwischen dem Dritten und dem Berater (BGH NJW 2012, 1070; 1987, 1815; NJW 1991, 352), so dass bei schuldhafter Pflichtverletzung der Berater gemäß § 280 I haftet. **Die Rspr. geht unter drei Voraussetzungen von einem derart stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag aus:**
 - Berater und Geschädigter waren in unmittelbarem Kontakt geraten.
 - Der Berater ist als Experte mit besonderem Sachwissen nach außen aufgetreten. Dies ist nicht der Fall, wenn der Berater nur als unselbständige Hilfsperson des Mandanten auftritt und kein besonderes von seiner Person ausgehendes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.
 - Die Auskunft hatte in einer für den Berater erkennbaren Weise erhebliche Bedeutung für den Geschädigten, der die Beratung zur Grundlage einer weitreichenden Entscheidung machen wollte.
- (2) Eine Alternative zur Annahme eines weiteren konkludent geschlossenen Beratungsvertrags besteht darin, den außenstehenden Dritten in **analoger Anwendung des § 328** in den bereits bestehenden Beratungsvertrag miteinzubeziehen. **Eine derartige Erweiterung des geschützten Personenkreises erfolgt unter drei Voraussetzungen:**
 - Die Äußerung des Beraters ist auch für den später geschädigten Dritten bestimmt gewesen.
 - Der Berater wird aufgrund einer besonderen Sachkunde oder einer staatlich anerkannten Kompetenz (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) tätig.
 - Der Dritte vertraut in einer für den Berater erkennbaren Weise auf die erteilte Auskunft.
- (3) Eine 3. Möglichkeit besteht in der o.g. Eigenhaftung des Beraters in Form der **Sachwalterhaftung gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1**, wenn der Berater sich maßgeblich in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat.

§ 24 Der Gläubigerverzug: §§ 293 – 304

Vorbemerkung

- 1) Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht gemäß § 362 durch Erfüllung frei, wenn er die geschuldete Leistungshandlung vornimmt bzw. bei einer erfolgsbezogenen Tätigkeit den Leistungserfolg herbeiführt. Um seiner Leistungspflicht nachkommen zu können, ist der Schuldner aber in einigen Fällen auf die Mitwirkung des Gläubigers angewiesen.

Beispiele:

- 1) Schuldet der Verkäufer die Übereignung, so kann er das Eigentum nur dann übertragen, wenn der Käufer das Angebot auf Eigentumsverschaffung annimmt und den Besitz an der Sache erwirbt.
 - 2) Der Mieter kann die Mietsache nur unter Mitwirkung des Vermieters zurückgeben.
 - 3) Der Arbeitnehmer kann nur arbeiten, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung entgegennimmt und die Tätigkeit bestimmt.
- 2) **Der Gläubiger gerät in Annahmeverzug, wenn er die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt.** Dies gilt für alle Leistungspflichten, die nur unter Mitwirkung des Gläubigers erfüllt werden können.
 - 3) Der Gläubigerverzug ist zwar eine Leistungsstörung, aber **keine Vertragsverletzung**; der Gläubigerverzug verpflichtet den Gläubiger weder zum Schadensersatz noch befreit er den Schuldner von seiner Pflicht, die nach wie vor geschuldete Leistung zu erbringen. Es handelt sich regelmäßig nur um eine **Obliegenheitsverletzung**: Nimmt der Gläubiger die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht an, so verstößt er gegen seine eigenen Interessen und erleidet dadurch rechtliche Nachteile:
 - a) **§ 300 I**: Der Schuldner haftet bei Pflichtverletzungen nur noch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.
 - b) **§ 301**: Geldschulden müssen nicht mehr verzinst werden.
 - c) **§ 304**: Der Gläubiger muss dem Schuldner die durch den Gläubigerverzug bedingten Mehraufwendungen ersetzen.
 - d) **§ 326 II**: Beim gegenseitigen Vertrag geht die Preisgefahr im Annahmeverzug auf den Gläubiger der Leistung über.
 - 4) In manchen Fällen *obliegt* dem Gläubiger nicht nur die Abnahme, sondern er *schuldet* sie auch, so dass er durch die Nichtannahme der Leistung auch in **Schuldnerverzug** gerät: Gläubigerverzug und Schuldnerverzug stehen hier nebeneinander (Palandt/Grüneberg § 293 Rz. 6; MünchKomm/Thode § 293 Rz. 1).

Der Schuldnerverzug als Vertragsverletzung setzt zwar im Gegensatz zur Obliegenheitsverletzung des Annahmeverzugs voraus, dass der Schuldner die Verspätung zu vertreten hat, doch wird dies gemäß § 286 IV widerlegbar vermutet.

Beispiel: Der Käufer der Kaufsache schuldet die Abnahme der Kaufsache gemäß § 433 II ebenso wie der Besteller die Abnahme des Werks gemäß § 640.

I. Das -Prüfungsschema zum Gläubigerverzug

1) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners

a) Erfüllbarer Anspruch

Der Gläubiger gerät nur in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zu diesem Zeitpunkt bereits berechtigt war, dem Gläubiger die Leistung anzubieten. Dabei dürfen Sie die *Erfüllbarkeit* nicht mit der *Fälligkeit* verwechseln: Fälligkeit bedeutet, dass der Schuldner leisten *muss*, so dass er in *Schuldnerverzug* gerät, wenn er nicht leistet. Erfüllbarkeit heißt, dass er leisten *darf*, so dass der *Gläubiger* in Verzug gerät, wenn er die Leistung nicht annimmt.

Fehlt eine konkrete Vereinbarung, so hilft die **Auslegungsregel des § 271 I: Der Schuldner darf sofort leisten**. Auch wenn eine konkrete Zeit bestimmt ist, so ist gemäß § 271 II im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dem vereinbarten Zeitpunkt *verlangen* darf, aber der Schuldner sie bereits dem Gläubiger *anbieten* darf.

b) Der Schuldner muss die Leistung *am rechten Ort* anbieten.

aa) Je nach Art der Schuld müssen wir unterscheiden:

(1) **Holschuld**: Ist vereinbart oder gesetzlich bestimmt, dass sich der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung beim Schuldner abholt, so genügt es für den Annahmeverzug, dass der Schuldner von sich aus den Gläubiger auffordert, er möge sich die Ware holen kommen.

(2) **Schickschuld**: Hier muss die vom Schuldner eingeschaltete Transportperson dem Gläubiger die Leistung an dessen Wohnsitz anbieten. Die Übergabe an die Transportperson genügt noch nicht, da der Gläubiger die Ware zu diesem Zeitpunkt ja noch gar nicht annehmen kann (MünchKomm/Thode § 294 Rz. 3; Palandt/Grüneberg § 294 Rz. 2 m.w.N.).

(3) **Bringschuld**: Ist eine Bringschuld vereinbart, so muss der Schuldner die Leistung dem Gläubiger an dessen Wohnsitz anbieten.

bb) Der rechte Ort, die Leistung zu erbringen, hängt von der Vereinbarung der Parteien ab, ob eine Holschuld, Schickschuld oder Bringschuld vereinbart ist. Haben die Parteien keine konkrete Vereinbarung getroffen, so kann sich der rechte Ort aus der Art der geschuldeten Leistung ergeben.

Beispiel: Kauft der Käufer 5000 l leichtes Heizöl, so ist eine Bringschuld vereinbart, auch wenn darüber nicht gesprochen wurde.

cc) Lässt sich der Leistungsort auch nicht aus dem Inhalt der geschuldeten Leistung ermitteln, hilft die **Auslegungsregel des § 269: Erfüllungsort ist dort, wo der Schuldner bei der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte**.

c) Der Schuldner muss die Leistung so anbieten, wie sie geschuldet ist.

aa) **Zu Teilleistungen ist der Schuldner gemäß § 266 nicht berechtigt**. Bietet der Schuldner dem Gläubiger nur einen Teil der geschuldeten Leistung an, so gerät der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn er die Teilleistung ablehnt und auf vollständiger Erfüllung besteht (Palandt/Grüneberg § 294 Rz. 3 m.w.N.).

bb) **Bietet der Schuldner eine mangelhafte Leistung an, so gerät der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn er diese Leistung ablehnt.**

cc) Der Schuldner muss dem Gläubiger seine Leistung **tatsächlich** anbieten, also dergestalt, dass der Gläubiger nur noch zugreifen muss (BGHZ 90, 354; Palandt/Grüneberg § 294 Rz. 2 m.w.N.).

Beispiel: Der Verkäufer muss dem Käufer die Kaufsache „unter die Nase“ halten.

dd) **In folgenden Fällen gerät der Gläubiger aber auch ohne tatsächliches Angebot in Annahmeverzug:**

(1) **§ 295, 1, 1. Alt.:** Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hatte, er werde die Leistung ohnehin nicht annehmen. Dabei muss der Gläubiger aber bereits vor dem Angebot des Schuldners unmissverständlich erklärt haben, dass er die Leistung nicht annehmen werde (Palandt/Grüneberg § 295 Rz. 4 m.w.N.). Ist eine Bringschuld vereinbart, kann sich der Schuldner in diesem Fall den Weg zum Gläubiger sparen und ihn durch ein (fern)mündliches Angebot in Annahmeverzug setzen.

(2) **§ 295, 1, 2. Alt.:** Ein wörtliches Angebot genügt, wenn zur Vornahme der Leistung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Klassischer Fall ist die Holschuld. Hier gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er der Aufforderung des Schuldners nicht nachkommt, sich die Ware abzuholen.

(3) **§ 296:** Auch auf das wörtliche Angebot kann der Schuldner verzichten, wenn die Mitwirkungshandlung des Gläubigers kalendermäßig bestimmt ist oder wenn der Mitwirkungshandlung des Gläubigers ein Ereignis vorauszugehen hat und sich der Zeitpunkt der Mitwirkungshandlung ab dem Ereigniseintritt kalendermäßig bestimmen lässt (vgl. § 286 II Nr. 2).

2) Leistungsfähigkeit des Schuldners: § 297

Der Gläubigerverzug setzt voraus, dass der Schuldner die geschuldete Leistung erbringen kann. Ist dem Schuldner die geschuldete Leistung bereits unmöglich geworden, gerät der Gläubiger auch dann nicht in Annahmeverzug, wenn er die vereinbarte Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Dies versteht sich von selbst: Warum soll der Gläubiger bei einer vereinbarten Bringschuld zu Hause sein, wenn der Schuldner ohnehin nicht kommt? Warum soll der Gläubiger bei vereinbarter Holschuld zum Schuldner kommen, wenn der Schuldner ohnehin nicht in der Lage ist, zu erfüllen? Die Unmöglichkeit der Leistung schließt also nicht nur den Schuldnerverzug aus, sondern auch den Gläubigerverzug!

AL-Klausurtyp: Die Leistungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit des Annahmeverzugs ergibt sich bei einem tatsächlichen Angebot des Schuldners aber bereits daraus, dass der Schuldner (Bringschuld) oder die von ihm eingeschaltete Transportperson (Schickschuld) in der Lage war, dem Gläubiger die Leistung anzubieten. Die Leistungsfähigkeit des Schuldners muss also nur dort geprüft werden, wo der Gläubiger auch ohne tatsächliches Angebot des Schuldners in Annahmeverzug geraten kann, also in den o.g. Fällen der §§ 295, 296!

3) Der Gläubiger nimmt die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht entgegen oder er verweigert die erforderliche Mitwirkungshandlung.

- a) **Der Gläubigerverzug ist keine Vertragsverletzung, sondern eine *Obliegenheitsverletzung*: Ein Vertretenmüssen des Gläubigers ist nicht erforderlich.** Der Gläubiger gerät auch dann in Annahmeverzug, wenn er unverschuldet die Leistung des Schuldners nicht entgegennehmen kann.

Beispiel: Verkäufer V hatte mit Käufer K vereinbart, V werde die Sache am 01.04. bei K um 17.00 Uhr vorbeibringen. Als K um 16.00 Uhr von seiner Arbeitsstelle nach Hause fährt, gerät er in einen Verkehrsstau, so dass er erst um 18.00 Uhr zu Hause ist. Obwohl K dies nicht zu vertreten hat, befindet er sich in Annahmeverzug und muss z.B. gemäß § 304 dem V die Mehraufwendungen ersetzen, die durch eine erneute Anlieferung entstehen.

- b) Etwas anderes gilt, wenn kein konkreter Termin für die Abnahme der Leistung vereinbart wurde. Um zu verhindern, dass der Gläubiger einer Schick- oder Bringschuld „Hausarrest“ hat, gerät er nicht in Annahmeverzug, wenn er nur vorübergehend nicht zu Hause ist.

Auch von dieser Regel macht das Gesetz in § 299 eine Ausnahme, wenn der Schuldner sein Kommen eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Hier muss der Gläubiger entweder zu Hause sein oder mit dem Schuldner einen anderen Liefertermin vereinbaren.

- c) Ist der Schuldner nur zu einer Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet, so gerät der Gläubiger gemäß § 298 auch dann in Annahmeverzug, wenn er zwar bereit ist, die ihm angebotene Leistung anzunehmen, aber selbst die vereinbarte Gegenleistung nicht anbietet. Dies folgt bereits aus dem Charakter der Zug-um-Zug-Leistung: Ansonsten müsste der Schuldner der Leistung entgegen der Vereinbarung vorleisten, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen.

II. Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs

- 1) **Der Schuldner haftet gemäß § 300 I im Annahmeverzug des Gläubigers nur noch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.**

Dies ist überall dort von Bedeutung, wo der Schuldner nach der Regel des § 276 für jede Form von Fahrlässigkeit haften würde. Ist die Sache aufgrund leichter Fahrlässigkeit des Schuldners untergegangen oder beschädigt worden, scheitern Schadensersatzansprüche des Gläubigers gemäß § 280 I 1 am fehlenden Vertretenmüssen: Der Schuldner hat den Untergang der Sache zwar *verschuldet*, aber nicht zu *vertreten*!

- 2) **Bei Gattungsschulden geht gemäß § 300 II die Leistungsgefahr auch ohne Konkretisierung auf den Gläubiger über.**

Der Schuldner wird gemäß den §§ 275, 300 II von seiner Pflicht befreit, bei Untergang der Sache aus der vereinbarten Gattung nachzuleisten.

Die praktische Bedeutung des § 300 II ist gering. Regelmäßig hat der Schuldner im Annahmeverzug des Gläubigers durch das ordnungsgemäße Angebot der Leistung bereits das „seinerseits Erforderliche“ getan und dadurch gemäß § 243 II konkretisiert, d.h., aus einer Gattungsschuld eine Stückschuld gemacht, so dass der Gläubiger der Stückschuld die Leistungsgefahr ohnehin bereits nach § 275 trägt; 300 II ist hier überflüssig. **Die Anwendung des § 300 II beschränkt sich daher auf Fälle, in denen trotz des Annahmeverzugs noch keine Konkretisierung eingetreten ist**, weil der Schuldner die Leistung zwar ordnungsgemäß angeboten hat, dies aber zur Konkretisierung nach § 243 II nicht genügt.

Beispiel: Der Gläubiger einer vereinbarten Bringschuld hatte dem Schuldner erklärt, er werde die Leistung des Schuldners nicht abnehmen. Dies hat zur Folge, dass der Schuldner dem Gläubiger die Ware nicht mehr tatsächlich an dessen Wohnsitz anbieten muss, sondern ihn gemäß § 295, 1, 1. Alt. durch ein wörtliches Angebot in Annahmeverzug setzen kann. Durch das wörtliche Angebot hat der Schuldner aber noch nicht das getan, was bei vereinbarter Bringschuld i.S.d. § 243 II erforderlich ist, um aus einer Gattungsschuld eine Stückschuld zu machen: Konkretisierung tritt erst ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Ware an dessen Wohnsitz anbietet. Hier gilt § 300 II: Die Leistungsgefahr geht auf den Gläubiger über. Der Schuldner wird daher von seiner Leistungspflicht frei, wenn die Ware nach seinem wörtlichen Angebot bei ihm untergeht.

3) Im Annahmeverzug geht gemäß § 326 II, 2. Alt. die Gegenleistungsgefahr auf den Gläubiger der Leistung über.

Bei einem gegenseitigen Vertrag geht nicht nur die Leistungsgefahr (§ 300 II), sondern gemäß § 326 II auch die Gegenleistungsgefahr auf den Gläubiger der Leistung über, wenn die Leistung im Annahmeverzug des Gläubigers unmöglich wird und der Schuldner der Leistung dies nicht zu vertreten hat.

4) Geldschulden sind während des Annahmeverzugs gemäß § 301 nicht zu verzinsen.

5) Muss der Schuldner die Nutzungen einer Sache herausgeben oder ersetzen, so gilt dies im Annahmeverzug gemäß § 302 nur für die Nutzungen, die er tatsächlich gezogen hat.

Dies ist überall dort von Bedeutung, wo der Schuldner ansonsten auch die Nutzungen ersetzen müsste, die er nicht gezogen hat, aber nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen sollen: §§ 292 II; 347 I, 987 II, 990 I.

6) Der Gläubiger muss dem Schuldner gemäß § 304 die Mehraufwendungen ersetzen, die dem Schuldner durch das erfolglose Angebot sowie durch die anschließende Aufbewahrung und Erhaltung der Sache entstanden sind.

Es handelt sich nicht um eine Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern zum Aufwendungsersatz. Der Anspruch lässt weder die Verpflichtung des Schuldners entfallen noch kann er eine Bringschuld in eine Holschuld verwandeln.

Der Anspruch aus § 304 gewährt dem Schuldner aber ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273, so dass der Gläubiger dem Schuldner nicht nur die geschuldete Gegenleistung, sondern auch den Ersatz der Mehraufwendungen anbieten muss, um den Annahmeverzug zu beenden.

III. Trainingsfall zu den §§ 300 II, 326 II, 2. Alt.

Fall: Wilhelm Brause hatte beim Händler Gluffke einen Großbildfernseher nach Prospekt bestellt (= Gattungsschuld) und gleichzeitig mit Gluffke vereinbart, dass Gluffke das Gerät liefern und installieren würde. Gluffke bestellt das Gerät beim Hersteller; als es bei ihm eintrifft, ruft Gluffke bei Wilhelm an, um einen Liefertermin zu vereinbaren. Wilhelm ist jedoch an einer Abnahme nicht mehr interessiert, weil er das gleiche Gerät einen Tag später für 300 Euro weniger bei einem anderen Händler als Vorführmodell erworben hat. Wilhelm lehnt daher die Lieferung nachdrücklich ab und will von dem Kauf nichts mehr wissen. 3 Tage später brennt das Lager des Gluffke ab, in dem sich u.a. der für Wilhelm reservierte Fernseher befand; der Brand wurde durch leichte Fahrlässigkeit eines Angestellten verursacht. Gluffke verlangt von Wilhelm Zahlung des Kaufpreises.

Gluffke könnte gegen Wilhelm einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II haben.

- 1) Der Anspruch ist mit Abschluss des Kaufvertrages entstanden.
- 2) Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 326 I untergegangen sein.
 - a) Der Kaufvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**.
 - b) Der Schuldner müsste von seiner eigenen Leistungspflicht frei geworden sein. Zunächst schuldete der Verkäufer Übereignung eines Fernsehers, der nach gattungsspezifischen Merkmalen bestimmt war. Solange es sich noch um eine **Gattungsschuld** handelte, war der Schuldner verpflichtet, aus der Gattung zu leisten. Das würde auch für den Fall gelten, dass die Sache untergeht, mit der der Schuldner zunächst seine Leistungspflicht erfüllen wollte.
 - aa) Die Gattungsschuld könnte bereits zur **Stückschuld** geworden sein mit der Folge, dass sich die Leistungspflicht des Gluffke auf den konkreten Fernseher beschränkte, der im Lager verbrannt ist; die Leistung wäre ihm dann unmöglich geworden. Die Gattungsschuld wird dadurch zur Stückschuld, dass der Schuldner mit einer Ware, die aus der geschuldeten Gattung stammt und innerhalb der geschuldeten Gattung mittlere Art und Güte darstellt (§ 243 I), das seinerseits Erforderliche (§ 243 II) tut. Gluffke hatte Wilhelm versprochen, ihm den Fernseher zu bringen. Um gemäß § 243 II konkretisieren zu können, hätte Gluffke Wilhelm das Gerät an dessen Wohnsitz anbieten müssen.
 - bb) Der Schuldner der Leistung wird aber auch ohne Konkretisierung i.S.d. § 243 II gemäß § 300 II von seiner Leistungspflicht frei, wenn sich der Gläubiger zur Zeit des Untergangs in Annahmeverzug befand. Gluffke hatte Wilhelm die Lieferung des Fernsehers angeboten. Nachdem Wilhelm die Annahme verweigert hatte, genügte gemäß § 295 jetzt auch ein wörtliches Angebot des Gluffke, um Wilhelm in Annahmeverzug zu versetzen. Gluffke war leistungsfähig, als er sein wörtliches Angebot machte. Wilhelm hatte den Fernseher nicht abgenommen. Der Umstand, dass er persönlich an dem Gerät nicht mehr interessiert war, ist dabei ohne Bedeutung.

Zwischenergebnis: Wilhelm befand sich zur Zeit des Brandes bereits in Annahmeverzug. Die Gefahr des Untergangs ist gemäß § 300 II bereits auf Wilhelm übergegangen, so dass Gluffke nicht mehr leisten muss.
Die Voraussetzungen des § 326 I liegen somit vor. Bleibt es bei diesem Ergebnis, so ist der Anspruch auf Kaufpreiszahlung erloschen.
- 3) Der Anspruch des Gluffke aus § 433 II ist aber gemäß § 326 II erhalten geblieben, weil sich Wilhelm in Annahmeverzug befand, als der Fernseher verbrannte.

Folge: Wilhelm muss nach wie vor den Kaufpreis gemäß § 433 II bezahlen, obwohl er das Gerät jetzt nicht mehr erhalten wird. Dies liegt daran, dass sowohl die Leistungsgefahr gemäß § 300 II als auch die Gegenleistungsgefahr gemäß § 326 II auf ihn übergegangen ist.

§ 25 Die Vertragsstrafe: §§ 339 – 345

Vorbemerkung

Eine Vertragsstrafe ist eine meist in Geld bestehende Leistung, die der Schuldner für den Fall verspricht, dass er eine bestehende Leistungspflicht nicht, nicht rechtzeitig oder schlecht erfüllt. Zwar haftet der Schuldner, der eine Leistungspflicht verletzt, bereits nach dem Recht der Leistungsstörungen, doch kann das Vertragsstrafeversprechen Lücken schließen, die selbst dann entstehen, wenn der Schuldner nachgewiesenermaßen eine der ihn treffenden Pflichten verletzt hat. Das Vertragsstrafeversprechen hat in diesem Zusammenhang eine zweifache Funktion:

- Zum einen ist es ein Druckmittel in der Hand des Gläubigers, das den Schuldner zu einer rechtzeitigen und sorgfältigen Erfüllung in den Fällen anhalten soll, in denen das Schadensersatzrecht keine Hilfe ist.

Beispiel: Der Besteller B vereinbart mit dem Werkunternehmer W, dass im Garten des B ein Swimmingpool errichtet werden soll und dass dieser bis zum 15. Mai fertig gestellt sein soll. Da der Pool aber erst Ende September fertig wird, kann er in diesem Jahr nicht mehr benutzt werden.

Ein Schadensersatzanspruch des B würde daran scheitern, dass B durch die fehlende Benutzbarkeit des Pools einen Nichtvermögensschaden erlitten hat. Da die Rspr. Schadensersatz wegen entgangener Gebrauchsvorteile nur dort gewährt, wo es sich um ein Objekt von zentraler Bedeutung für die persönliche Lebensführung handelt, auf dessen ständige Verfügbarkeit der Gläubiger angewiesen ist, würde ein Schadensersatzanspruch des B an § 253 scheitern (dazu ausführlich Langel, Schuldrecht BT 4 § 47 VI). Ein Vertragsstrafeversprechen kann hier abhelfen.

- Zum anderen kann ein Vertragsstrafeversprechen dem Gläubiger helfen, der sich schwer tut, nachzuweisen, dass und in welcher Höhe er durch das Verhalten der Gegenseite geschädigt wurde.

Beispiel: Der Kaufmann K hatte das wettbewerbswidrige Verhalten des Konkurrenten W abgemahnt und mit diesem eine Vertragsstrafe für den erneuten Fall der Zuwiderhandlung vereinbart. Ohne dieses Vertragsstrafeversprechen müsste K nachweisen, dass ihm durch das Verhalten des W ein Schaden entstanden ist, indem er z.B. beweist, dass die Kunden des W ohne die wettbewerbswidrige Handlung des W bei K gekauft hätten. Da es sich dabei um einen Beweis handelt, der kaum zu führen ist, hilft das Vertragsstrafeversprechen, das auch dann verwirkt und fällig ist, wenn K keinen eigenen Schaden nachweisen kann.

I. Die Voraussetzungen des Vertragsstrafeversprechens

1) Die gesicherte Schuld

Das Vertragsstrafeversprechen ist akzessorisch und daher von einer Leistungspflicht abhängig: Ohne Hauptverbindlichkeit kein Vertragsstrafeversprechen. Besteht die Verbindlichkeit nicht, ist sie nichtig, angefochten oder erloschen, so ist das Vertragsstrafeversprechen hinfällig. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger wegen der Pflichtverletzung den Vertrag kündigt, es sei denn, dass etwas anderes vereinbart ist (BGH LM § 339 Nr. 2).

Andererseits ist die Rechtsnatur der Verpflichtung irrelevant, so dass sowohl vertraglich vereinbarte als auch gesetzliche Pflichten durch ein Vertragsstrafeversprechen gesichert werden können.

2) Das Vertragsstrafeversprechen

Der Schuldner verspricht dem Gläubiger eine meist in Geld bestehende Vertragsstrafe für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Dabei bedarf das Vertragsstrafeversprechen nicht der Form des Hauptvertrags und kann daher auch mündlich wirksam vereinbart werden.

Ist das Vertragsstrafeversprechen durch Verwendung von AGB zustande gekommen, so gilt bei der Verwendung der AGB gegenüber einem Privatmann § 309 Nr. 6: Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtabnahme oder der verspäteten Abnahme sowie für den Fall des Zahlungsverzugs ist unzulässig, da der Kunde zahlen müsste, ohne dass der Verwender der AGB ihm einen Schaden nachweist. Die Interessen des Verwenders werden aber bei Annahmeverzug oder Schuldnerverzug durch die §§ 304 bzw. 280 I, II, 286 ausreichend gewahrt.

3) Die Höhe der versprochenen Strafe

Damit das Vertragsstrafeversprechen entsprechenden Druck erzeugen kann, wird der Gläubiger die Höhe der Vertragsstrafe derart hoch ansetzen, dass sie oberhalb des Schadens liegt, den der Schuldner bei nachgewiesener Pflichtverletzung ohnehin ersetzen müsste. Das Vertragsstrafeversprechen muss sich hier an § 138 BGB, bei formularmäßiger Verwendung gegenüber Kaufleuten an § 307 messen lassen. Feste Sätze bestehen nicht, so dass sich die Höhe der zulässigen Vereinbarung jeweils am Einzelfall orientieren muss.

Beispiele:

- 1) Bei der Verzögerung einer Bauleistung hält die Rspr. eine Vertragsstrafe von 0,2 – 0,3 % des vereinbarten Werklohns für jeden Arbeitstag für zulässig, um den das Bauvorhaben verzögert wird (BGHZ 72, 222).
- 2) Eine Vertragsstrafe von 0,5 % pro Arbeitstag wird als überhöht angesehen, da der Werkunternehmer schon nach wenigen Monaten Verzögerung seine gesamte Werklohnforderung verloren hätte (BGHZ 85, 305).

4) Das Verwirken der Vertragsstrafe

- a) **Gemäß § 339, 1 wird die Vertragsstrafe für den Fall fällig, dass der Schuldner mit der ordnungsgemäßen Erfüllung der geschuldeten Leistung in Verzug gerät.** Die Vertragsstrafe setzt also voraus, dass der Schuldner die mangelhafte Erfüllung verschuldet hat, was aber entsprechend § 286 IV zunächst vermutet wird.

Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe mit der Behauptung, er habe seine Pflicht erfüllt, so muss er gemäß § 345 die Pflichterfüllung beweisen.

- b) **Besteht die geschuldete Handlung in einem Unterlassen, so ist die Vertragsstrafe gemäß § 339, 2 mit der Zuwiderhandlung verwirkt,** doch soll dies nach h.M. ebenfalls nur dann gelten, wenn der Schuldner die Zuwiderhandlung verschuldet hat. Hier trägt allerdings gemäß § 345, 2. HS der Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung des Schuldners.
- c) **Ein Schaden des Gläubigers ist in beiden Fällen nicht erforderlich** (BGH NJW 1984, 919).

II. Die Rechtsfolgen

Hat der Schuldner die Vertragsstrafe verwirkt, so ist er gemäß § 339 verpflichtet, dem Gläubiger den versprochenen Geldbetrag zu zahlen. Ob der Gläubiger neben der Vertragsstrafe weiterhin Erfüllung der ihm versprochenen Pflicht verlangen kann, hängt davon ab, für welchen Fall der Pflichtverletzung die Vertragsstrafe vereinbart wurde:

- 1) **Hat der Schuldner die Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung versprochen, so kann der Gläubiger gemäß § 340 I 1 die versprochene Strafe statt der Erfüllung der Verpflichtung verlangen.** Verlangt der Gläubiger die Zahlung der Vertragsstrafe, so geht sein Anspruch auf Erfüllung gemäß § 340 I 2 unter.

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestschaden geltend machen, wobei die Vertragsstrafe auf den entstandenen Schaden angerechnet wird. Kann er den Eintritt eines darüber hinausgehenden Schadens beweisen, so kann er diesen Schaden zusätzlich ersetzt verlangen.

- 2) **Hat der Schuldner die Vertragsstrafe für den Fall der verspäteten Leistung oder der Schlechtleistung versprochen, so kann der Gläubiger sowohl Erfüllung als auch Vertragsstrafe verlangen.** Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so behält er seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe aber nur, wenn er sich die Vertragsstrafe bei der Annahme der Leistung ausdrücklich vorbehält.

Steht dem Gläubiger wegen der Verspätung oder der Schlechtleistung ein Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner zu, so kann der Gläubiger die Vertragsstrafe als Mindestschaden geltend machen, wobei aber die Geltendmachung eines weiteren, nachgewiesenen Schadens möglich bleibt.

III. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe durch Urteil

- 1) **Hat der Schuldner die Vertragsstrafe noch nicht entrichtet, so kann er sie durch richterliches Urteil herabsetzen lassen, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist.** Das Gericht wird mit der Beurteilung der Angemessenheit auf zweifache Weise konfrontiert: Entweder der Gläubiger klagt auf die Weigerung des Schuldners hin im Wege der Leistungsklage seinen Anspruch auf Vertragsstrafe ein oder der Schuldner macht die Unverhältnismäßigkeit im Wege der negativen Feststellungsklage geltend.
- 2) **Bei der Beurteilung, ob die versprochene Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch ist oder nicht, ist zum einen das berechnete Interesse des Gläubigers zu berücksichtigen, ein Druckmittel in die Hand zu bekommen, aber auch Art und Schwere der Pflichtverletzung sowie die beiderseitige wirtschaftliche Lage** (BGH NJW 1994, 45). Hat der Schuldner mehrfach gegen eine Unterlassungspflicht verstoßen, muss durch Auslegung des Vertragsstrafeversprechens ermittelt werden, ob der Schuldner die Vertragsstrafe mehrfach verwirkt hat oder sich die Pflichtverletzungen unter Anwendung der Regeln über die fortgesetzte Handlung zu *einer* Pflichtverletzung zusammenfassen lassen. Regelmäßig hat der Schuldner aber im Vertragsstrafeversprechen auf die Einrede der fortgesetzten Handlung bereits verzichtet (zur Zulässigkeit eines derartigen Verzichts BGH NJW 1993, 721).
- 3) **In drei Fällen kann die Vertragsstrafe allerdings nicht bzw. nicht mehr durch Urteil herabgesetzt werden:**
- a) **§ 343 I 3:** Der Schuldner hat die Vertragsstrafe bereits bezahlt.
 - b) **§ 348 HGB:** Der Schuldner hat die Vertragsstrafe als Kaufmann versprochen. Das HGB geht davon aus, dass Kaufleute wissen, was sie versprechen und worauf sie sich durch ein Vertragsstrafeversprechen einlassen.
 - c) **§ 348 HGB analog:** Hat der anwaltlich vertretene Schuldner in einem Prozessvergleich die Zahlung der Vertragsstrafe versprochen, so gilt wegen der anwaltlichen Sachkenntnis § 348 HGB analog (BGHZ 5, 133).

Index

A		E	
Absolute Fixgeschäfte	59	Ehegatte	10
Absolute Wirkung dinglicher Rechte	4	Eigentumsverletzung	72
Abstrakte Rechtsgeschäfte	13	Eigenübliche Sorgfalt	45
Abstrakte Schadensberechnung	95	Einrede	14, 33, 54, 101
Alternative Konkurrenz	26	Einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis	1
Anfängliche Unmöglichkeit	54, 58	Einwendung	54
Angemessene Nachfrist	54, 85	Entgangener Gewinn	107
Annahmeverzug	106	Erbenhaftung	10
Anspruch	1	Erfolgsort	27, 66
Anwartschaftsrecht	72	Erfüllbarkeit	28, 132
Architekt	49	Erfüllungsgehilfe	48
Aufklärungspflichten	83, 121	Erfüllungsinteresse	123
Aufrechnung	29	Erfüllungsort	27, 66
Aufwendungen	24	Ersatzanspruch	116
Aufwendungsersatz	24	Ersatzgegenstand	116
Aufwendungsersatzanspruch	114	Ersatzvornahme	90
Auskunft	25	Ersetzungsbefugnis	26
Auslobung	15		
B		F	
Beratungsvertrag	130	Fahrlässigkeit	40, 43
Bestandsverzeichnis	25	Fälligkeit	28, 100, 132
Beweislastverteilung	80, 83	Familienrecht	99
Bewusste Fahrlässigkeit	44	Fixgeschäft	29
Bringschuld	23, 27, 66, 70, 132	Forderung	1
Bürgschaft	15	Forderungsabtretung	13
		Fristsetzung	91
C		G	
Casum sentit dominus	74	Gattungsschuld	21, 136
Causa	13	Gebrauchtwagenhändler	127
Culpa in eligendo	49	Gefahrübergang	65
		Gegenanspruch	31
D		Gegenleistungsgefahr	63, 65, 73
Dauerschuldverhältnis	88	Gegenseitige Verträge	15, 97
Deckungskauf	92	Geldschuld	28
Dilatorisch	33	Geschäftsähnliche Handlung	102
Diligentia quam in suis	45	Gesetzliche Schuldverhältnisse	98
Do ut des	1, 16, 34, 61	Gesetzlicher Vertreter	48, 50
Drittschadensliquidation	68, 71	Gläubiger	1
		Gläubigerverzug	29, 131
		Grobe Fahrlässigkeit	44
		Großer Schadensersatz	94, 112
		H	
		Haftungsausschluss	45, 52
		Haftungsmilderung	45
		Haftungsverschärfung	45
		Hauptforderung	106
		Hauptleistungspflichten	35
		Hochzeitsgeschenk	13
		Holschuld	23, 27, 66, 70, 132

J

Just-in-time-Vertrag 92

K

Kaufvertrag 1
 Kausalitätsnachweis 84
 Kleiner Schadensersatz 94
 Kommanditist 127
 Konkrete Schadensberechnung 94
 Konkretisierung 69
 Konnexität 31
 Kosten der Rechtsverfolgung 107

L

Leasingnehmer 49
 Leichte Fahrlässigkeit 44
 Leistungsgefahr 63, 73
 Leistungsort 27, 66
 Leistungspflicht 86
 Leistungsstörungen 19, 40
 Leistungsverzögerung 87
 Leistungszeit 29, 100
 Leistungszeitpunkt 103
 Linoleumrollenfall 118

M

Mahnung 102
 Mehraufwand 107
 Mindestschaden 95

N

Nacherfüllung 73, 88
 Nachträgliche Unmöglichkeit 54, 59
 Naturalobligationen 11
 Nebenforderungen 106
 Nebenpflichten 83
 Nichtdingliche Folgeansprüche 8

O

Obliegenheitsverletzung 131, 134
 Organe 50

P

Pactum de non petendo 12
 Persönliche Einsichtsfähigkeit 42
 Platzkauf 67
 Praktische Unmöglichkeit 53
 Preisgefahr 63
 Prospekthaftung 119, 128

R

Realakt 15
 Rechtliche Unmöglichkeit 53
 Rechtshemmende Einrede 34
 Relative Fixgeschäfte 60
 Rentabilitätsvermutung 95
 Rücktrittsrecht 60

S

Sachwalter 127
 Sachwalterhaftung 127, 130
 Salatblattfall 126
 SB-Tankstelle 104
 Schadensersatz statt Leistung 18, 78
 Schadensersatzanspruch 114
 Schenkung 15
 Schenkungsversprechen 1
 Schickschuld 23, 27, 66, 70, 132
 Schlechtleistung 85, 87, 90
 Schuldfähigkeit 51
 Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags 122
 Schuldnerverzug 29, 131
 Schuldverhältnis 7
 Schutzpflichten 82
 Sekundäransprüche 40
 Selbstmahnung 104
 Sorgfaltsmaßstab 43, 51
 Sorgfaltspflichten 20
 Stellvertretendes commodum 71
 Steuerberater 127
 Störung der Geschäftsgrundlage 57
 Streckengeschäft 67
 Stückschuld 21, 136
 Substitution 49
 Synallagma 15

T

Tagespreisklausel 38
 Tageszeitung 37
 Tatsächliche Unmöglichkeit 53
 Tauschvertrag 34
 Taxmäßige Vergütung 37
 Teilvergütung 74
 Teilweise Unmöglichkeit 55
 Transportkosten 66
 Transportperson 66
 Transportrisiko 67
 Tun 2

U

Übernahmeverschulden 44
 Unbewusste Fahrlässigkeit 44
 Unterhaltsschuldner 10
 Unterlassen 2
 Unzumutbarkeit 77

V		W	
Verfügung	7	Weiter Verschuldensbegriff	45
Verhandlungsgehilfe	52	Werkunternehmer	49
Verjährungsregelung	80	Wesentlicher Bestandteil	24
Verkehrssicherungspflichten	121	Wirtschaftliche Unmöglichkeit	57
Verpflichtung	7		
Versari in re illicita	108	Z	
Verschuldensfähigkeit	42	Zinsänderungsklausel	38
Verschuldensprinzip	40, 96, 105	Zugesicherte Eigenschaft	89, 127
Versendungskauf	49, 66, 68	Zurückbehaltungsrecht	30, 101
Versteckter Dissens	124	Zweckerreichung	75
Vertrag	6	Zweckfortfall	75
Vertrag zugunsten Dritter	1	Zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis	1
Vertragliches Schuldverhältnis	6		
Vertragsverhandlung	41		
Vertragsverhandlungen	124		
Vertrauensschaden	123, 125		
Verzögerungsschaden	18, 107		
Verzug	18		
Verzugseintritt	104		
Verzugszinsen	109		
Vorenthaltungsschaden	8		
Vorfälligkeitsentschädigung	29		
Vorratsschuld	22		
Vorsatztheorie	43		
Vorvertragliches Schuldverhältnis	81, 119		

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

BGB AT 1, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 1. TEILBAND

117 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

BGB AT 2, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 2. TEILBAND

131 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

142 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 1, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

148 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-94-4, 5. AUFLAGE 2016, EURO 21,80

SCHULDRECHT BT 2, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-85-2, 4. AUFLAGE 2013, EURO 16,80

SCHULDRECHT BT 3, GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG • BEREICHERUNGSRECHT

132 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 4, DELIKTSRECHT • SCHADENSERSATZRECHT

115 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-95-1, 7. AUFLAGE 2016, EURO 16,80

SACHENRECHT 1

165 SEITEN, 9. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 2

88 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-75-3, 6. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

FAMILIENRECHT

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-93-7, 6. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

ERBRECHT

86 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-76-0, 5. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

ZIVILPROZESSRECHT

134 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-96-8, 7. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

STRAFRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 1. TEILBAND

113 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 1, STRAFTATEN GEGEN PERSÖNLICHKEITSWERTE

128 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-80-7, 5. AUFLAGE 2012, EURO 14,80

STRAFRECHT BT 2, STRAFTATEN GEGEN GEMEINSCHAFTSWERTE

144 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-90-6, 5. AUFLAGE 2014, EURO 16,80

STRAFRECHT BT 3

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 1. TEILBAND

118 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-73-9, 5. AUFLAGE 2010, EURO 13,80

STRAFRECHT BT 4

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 2. TEILBAND

99 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-74-6, 5. AUFLAGE 2011, EURO 12,80

KOSTENLOSE DOWNLOADS

ZU ALLEN SKRIPTEN FINDEN SIE UNTER: WWW.AL-ONLINE.DE

HARALD LANGELS

Die gebundenen Skripten können Sie weiterhin über den Verlag „Juristischer Verlag Heike Langels“ beziehen.