

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

HARALD LANGELS
SCHULDRECHT BT 2
VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE

2. TEILBAND

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN ZIVILRECHTS

5. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

SCHULDRECHT BT 2

VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE

2. TEILBAND

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Zivilrechts

**5. 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 Prüfungstoff 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 5. Auflage

Die 5. Auflage zum Schuldrecht BT 2 bringt mein Lehrbuch auf den Stand von September 2017. Gesetzesänderungen, aktuelle Rechtsprechung, Aufsätze und Neukommentierungen sind bis einschließlich September 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 September 2017

Harald Langels

I. VERTRAGLICHE ANSPRÜCHE (IM ENGEREN SINN)

Vertragliche Ansprüche im engeren Sinn setzen einen wirksamen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Sie müssen daher zunächst einmal festgestellt, ob der Vertrag in dem Augenblick (noch) wirksam ist, in dem der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht. Der Vertrag darf nicht von Haus aus nichtig. Angebot bzw. Annahmehörflichkeit rückwirkend wirksam angefochten worden sein.

A. Primäransprüche

Jeder Vertragspartner schließt den Vertrag, damit der Vertrag erfüllt wird. Primäransprüche sind also stets auf Erfüllung gerichtet. Wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird, erlischt der Primäranspruch gemäß § 362 I durch Erfüllung.

B. Sekundäransprüche

Sekundäransprüche entstehen, wenn die primär geschuldete Leistung aus einem Umstand heraus gestört ist, den der Schuldner zu vertreten hat. Bei diesen Leistungsstörungen können wir wie folgt unterscheiden:

1) Ausschluss der Leistungspflicht

Der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ist gemäß § 275 I oder II ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist (§ 275 I) oder dem Schuldner wegen eines unzumutbaren Aufwandes (§ 275 II) bzw. aus persönlichen Gründen (§ 275 III) nicht zugemutet werden kann. Hat der Schuldner diesen Leistungsstündens zu vertreten - was gesetzlich vermutet wird - so haftet er gemäß § 311 a II bzw. gemäß den §§ 280 I, III, 283.

2) Nichtleistung trotz Möglichkeit

Ist dem Schuldner (im Gegensatz zu § 275) die Leistung noch möglich, so hat der Gläubiger ein Wahlrecht: Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß den §§ 280 I, III, 286 Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen oder gemäß den §§ 280 I, III, 281 nach erfolgloser Nachfristsetzung Schadensersatz statt der Leistung fordern.

3) Lieferung einer mangelhaften Sache

Aus Platzgründen habe ich nur die beiden extremsten rechtlichsten Vertragstypen dargestellt: Hat die gelieferte Sache einen Sach- oder Rechtsmangel, so hat der Schuldner seine Pflichten aus den §§ 433 I 2, 633 I verletzt. Die Rechte des Gläubigers ergeben sich aus den §§ 437 bzw. 634.

4) Sonstige Pflichtverletzungen

Verletzt der Schuldner anstelle von Nichtleistung und Schlechtleistung eine sonstige Pflicht, so kann der Gläubiger wählen: Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß § 280 I Schadensersatz für die reinen Folgen der Pflichtverletzung fordern oder er kann gemäß den §§ 280 I, III, 282 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung so gravierend war, daß ihm die weitere Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

C. Tertiäransprüche

Sie setzen im Gegensatz zu den Sekundäransprüchen kein Vertretenmüssen des Schuldners voraus.

1) § 255 2) § 285 I

Wer für den Ver- Hat der Schuld-
lust einer Sache ner infolge der
oder eines Rechts Unmöglichkeit
Schadensersatz einen Ersatzge-
leisten muß, kann stand oder
von seinem Gläu- Ersatzanspruch
biger verlangen, erlangt, so kann
daß dieser ihm der Gläubiger
dessen Ersatzan- Herausgabe bzw.
sprüche gegen- Abtretung ver-
Dritte abtritt. langen.

§ 311 a II Anfanglicher Ausschluss der Leistungspflicht	§§ 280 I, III, 283 Nachträglicher Ausschluss der Leistungspflicht
1) Wirksamer Vertrag	1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Anfanglicher Ausschluss der Leistungspflicht	2) Leistungspflicht des Schuldners
a) § 275 I: Tatsächliche/rechtliche Unmöglichkeit	3) Fälliger und einredfreier Anspruch des Gläubigers
b) § 275 II: Praktische Unmöglichkeit bei unzumutbarem Leistungsaufwand	4) Nachträglicher Ausschluss der Leistungspflicht: § 275 I - II
c) § 275 III: Unzumutbarkeit bei geringeren Leistungen	5) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)
3) Vertretenmüssen (wird nach § 311 a II 2 widerlegbar vermutet)	

§§ 280 I, III, 286 Verzögerungsschaden	§§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis	1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners	2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Fälliger und einredfreier Anspruch des Gläubigers	3) Die Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar
4) Nachträglicher Ausschluss der Leistungspflicht: § 275 I - II	4) Fälliger und einredfreier Anspruch des Gläubigers
5) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)	5) Mahnung: § 286 I 1 Entbehrlich in folgenden Fällen: a) § 286 I 2: Klageerhebung/Wahlrecht b) § 286 II Nr. 1-4 c) § 286 III: Nichtleistung innerhalb von 30 Tagen ab Zugang einer Rechnung d) § 242: Selbstannahme des Schuldners
	6) Vertretenmüssen (wird nach § 286 IV widerlegbar vermutet)

§§ 437 Nr. 1, 439 Nachlieferung	§§ 634 Nr. 1, 635 Nachlieferung
1) § 437 Nr. 1, 439: Rücktritt	1) § 634 Nr. 1, 635: Ersatzverzögerung
2) § 437 Nr. 2, 441: Wandlung	2) § 634 Nr. 2, 637: Rücktritt
3) § 437 Nr. 3: Schadensersatz in Verbindung mit:	3) § 634 Nr. 3, 2. Alt.: 323 (326 V): Rücktritt
a) § 311 a II: Anfangliche Unmöglichkeit der Mangelsbehebung	4) § 634 Nr. 4: Schadensersatz in Verbindung mit:
b) § 280 I, III, 283: Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelsbehebung	a) § 311 a II: Anfangliche Unmöglichkeit der Mangelsbehebung
c) § 280 I, III, 281: Mangelschaden	b) § 280 I, III, 283: Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelsbehebung
d) § 280 I: Mangelfolgeschaden	c) § 280 I, III, 281: Mangelschaden

§ 280 I	§§ 280 I, III, 282
1) Schuldverhältnis	1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
a) vorvertraglich: § 311 II	2) Nebenpflichtverletzung
b) vertraglich	3) Vertretenmüssen (§ 280 I 2)
c) gesetzlich	4) Unzumutbarkeit, das Schuldverhältnis fortzusetzen
d) Pflichtverletzung des Schuldners	
a) Sorgfalt-, Schutz- und Obsorgepflichten	
b) Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten	
c) Sonstige Nebenpflichten wie z.B. Unterlassungspflichten, Verschwiegenheitspflichten, Mitwirkungsbindungen	
3) Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2)	
4) Schäden	
5) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	

II. QUASIVERTRAGLICHE ANSPRÜCHE

A. Verletzung vorvertraglicher Pflichten: §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

Durch Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts oder durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis. Gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 haftet derjenige, der in diesem Stadium schuldhaft Pflichten verletzt, die bereits vor Vertragsschluss bestehen.

Die Anspruchsvoraussetzungen

- 1) Vertragliches Schuldverhältnis: § 311 II**
 - a) Aufnahme von Vertragsverhandlungen
 - b) Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts
 - c) Dauernde Geschäftsbeziehung
- 2) Die Pflichtverletzung:**
 - a) Sorgfaltspflichten
 - b) Aufklärungspflichten
 - c) schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags
 - d) Unbegleiteter Ablauf von Vertragsverhandlungen
- 3) Verschulden:**
 - a) § 276 I wird gemäß § 280 I 2
 - b) § 278 I widerlegbar vermutet
- 4) Schaden:**
- 5) Kausalität** zwischen Pflichtverletzung und Schaden

B. Geschäftsführung ohne Auftrag: §§ 677 - 687

Führt ein Geschäftsführer (GF) ein fremdes Geschäft, ohne dazu vertraglich bzw. gesetzlich verpflichtet zu sein, so entsteht zwischen ihm und dem Geschäftsbherrn (GH) ein gesetzliches Schuldverhältnis. Wir können zwischen 4 Formen der GOA unterscheiden:

Edle, berechnete GOA

Der GF führt ein fremdes Geschäft für den GH. Der GH ist mit der Übernahme der Geschäftsführung durch den GF einverstanden.

- 1) GH -> GF**
 - a) **Primäransprüche:** §§ 681, 2, 685: Befolgen von Weisungen
§§ 681, 2, 686: Auskunfts/Rückschreibung
§§ 681, 2, 667: Herausgabe des Erlangten
 - b) **Sekundäransprüche:** § 280 I, III, 283: Schadensersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe
§ 280 I, III, 286: Ersatz des Verzögerungsschadens bei verspäteter Herausgabe
§ 280 I, 677: Schadensersatz bei schuldhaft schlechter Ausführung
- 2) GF -> GH** § 683, 670: Aufwendungsersatz

C. Haftung wegen veranlaßten Vertrauens

Wer eine unwirksame Willenserklärung abgibt, muß den anderen in Geld so stellen, wie dieser stände, wenn er niemals auf die Wirksamkeit dieser Willenserklärung vertraut hätte. Der Schuldner muß den Gläubiger aber nicht besteuern, als dieser bei Wirksamkeit der Willenserklärung stünde.

- 1) GH -> GF:**
 - a) § 687 II 1, § 678: Schadensersatz
 - b) § 687 II 1, 681, 2, 667: Herausgabe des Erlangten, dann aber:
- 2) GF -> GH:** § 687 II 2, 684, 1, 818 ff.: Aufwendungsersatz, soweit der GH durch die angebotene Geschäftsführung eigene Aufwendungen erspart hat.

III. DINGLICHE ANSPRÜCHE

Dingliche Ansprüche verwirklichen das dingliche Recht. Sie entstehen, wenn das dingliche Recht beeinträchtigt wird und ermöglichen es dem Inhaber des dinglichen Rechts, die ihm zustehenden Befugnisse auszuüben. So ermöglichen z.B. der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 oder der Unterlassungsanspruch aus § 1004, die Sache ungestört und ungehindert zu nutzen. Beachten Sie bei den dinglichen Ansprüchen folgende Besonderheiten:

- Dingliche Ansprüche wenden sich gegen jeden, der das dingliche Recht beeinträchtigt.
- Dingliche Ansprüche setzen kein Verschulden voraus.
- Dingliche Ansprüche sollen das dingliche Recht verwirklichen und können daher nicht vom dinglichen Recht getrennt, also nicht isoliert abgetreten werden.
- Wird das dingliche Recht übertragen, so gehen dingliche Ansprüche nicht über, sondern entstehen in der Person des Erwerbers von neuem.

A. Primäransprüche

- 1) Herausgabeanspruch**
 - a) **Patrimoniale Ansprüche** (stammen aus einem Recht zum Besitz und ordnen die Besitzlage entgeltlich)
 - aa) § 985 Eigentümers -> unredlicher Besitzer
 - ab) § 1007 I, II Früherer -> jetziger Besitzer bei Besitzlosigkeit bzw. Abhandenkommen
 - ac) § 1065, 985 Nießbraucher -> unredlichmöglicher Besitzer
 - ad) § 1227, 985 Pfandgläubiger -> unredlichmöglicher Besitzer
 - ae) § 2018 Erbe -> Erbschaftsbesitzer
 - b) **Possessorische Ansprüche** (stammen aus dem Besitz und können je nach Recht zum Besitz noch korrigiert werden): § 861
- 2) Unterlassungs- und Bewilligungsansprüche**
 - a) entgeltlich: §§ 12, 1004, 1027, 1090 II, 1065, 1134 I, 1192 I, 1227 i.V.m. 1004; § 771 ZPO
 - b) vorläufig: §§ 862 I, 1029, 1090 II
- 3) Duldung der Zwangsvollstreckung:** §§ 1147 (1192); 1228
- 4) Mitwirkung / Berechtigung:**
 - a) § 888 I Abgabe der nach § 19 680 erforderlichen Bewilligung, die zur Eintragung des vorgemerkten Rechts bzw. zur Grundbuchberechtigung erforderlich ist.
 - b) § 894

(stammen aus einem Recht zum Besitz und ordnen die Besitzlage entgeltlich)

Früherer -> jetziger Besitzer bei Besitzlosigkeit bzw. Abhandenkommen

Nießbraucher -> unredlichmöglicher Besitzer

Pfandgläubiger -> unredlichmöglicher Besitzer

Erbe -> Erbschaftsbesitzer

(stammen aus dem Besitz und können je nach Recht zum Besitz noch korrigiert werden): § 861

B. Sekundäransprüche

- 1) Schadensersatz**
 - a) § 989
 - b) § 990 I, 989
 - c) § 990 II, 280 I, III, 286
- 2) Nutzungen**
 - a) § 987 I, II (990 I)
 - b) § 988, 818 ff.
 - c) § 2020
- 3) Verwendungsersatz**
 - a) § 994 I 1, 996
 - b) § 994 II, 683, 670 bzw. 684, 1; 818 ff.
 - c) § 2022 I, II

IV. DELIKTISCHE ANSPRÜCHE

A. Gefährdungshaftung

- Unabhängig vom Verschulden haftet derjenige, der eine Gefährdungquelle schafft, wenn sich die spezifische Gefahr der gefährlichen Sache/Handlung in einem Schaden realisiert, der vom Schutzweck der Gefährdungshaftung erfaßt wird.
- § 7 I StVG: Haftung des Halters für beim Betrieb seines Fahrzeugs verursachte Schäden
 - § 11 I ProdHaftG: Haftung des Herstellers/Importeurs für fehlerhafte Produkte
 - § 833, 1 BGB: Haftung des Halters eines Luxuslagers
 - Weitere Gefährdungstatbestände: §§ 25 AtomG, 1 UmwHG, 54 LuftVG, 84 AMG, 22 WHG, 2 HPMG, 32 GenTG

B. Haftung für ein verunetetes, aber widerlegbares Verschulden

- Hier kehrt das Gesetz die Beweislast um: Sowohl das Verschulden als auch die Kausalität zwischen schuldhaftem Verhalten und Schadensereignis werden gesetzlich vermutet, doch räumt man dem Schuldner die Möglichkeit ein, das Gegenteil zu beweisen: entweder fehlendes Verschulden oder, daß der Schaden auch bei sorgfältigem Verhalten eingetreten wäre.
- § 831 I 1: Haftung des Geschäftsbherrn bei unerlaubter Handlung durch den Vernehmungsgelähmten
 - § 832 I: Haftung des Aufsichtspflichtigen bei unerlaubter Handlung durch den Beaufschlagten
 - § 18 StVG: Haftung des Kfz-Fahrers für Unfallschäden

C. Haftung für nachgewiesenes Verschulden

- Hier haftet der Schuldner nur, wenn ihm der Gläubiger nachweisen kann, daß er durch sein Verhalten schuldhaft ein Recht oder Rechtsgut des Gläubigers verletzt hat. Dieses Verschuldensprinzip wird aber dadurch eingeschränkt, daß sich das Verschulden nur auf die Rechtsverletzung (§ 823 I) oder auf die Schutzgesetzverletzung (§ 823 II), nicht aber auf den Schaden beziehen muß. Wer schuldhaft ein Recht des Gläubigers verletzt, muß auch einen Schaden entstehen, den er in diesem Ausmaß nicht vorhersehen konnte.
- § 823 I: Schuldhaftige Verletzung der enumerated aufgezählten Rechte/Rechtsgüter oder eines sonstigen Rechts
 - § 823 II: Schuldhaftige Verletzung eines Schutzgesetzes
 - § 826: Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

V. BEREICHERUNGSRECHTLICHE ANSPRÜCHE

A. Leistungskonditionen

- Bei einer Leistungskondition hat der Gläubiger bewußt und zweckgerichtet das Schuldnervermögen gemehrt und möchte diese Vermögensmehrung aus den folgenden Gründen abgeben:
- § 812 I 1, 1. Alt.: Der Gläubiger hat ohne rechtlichen Grund geleistet.
 - § 812 I 2, 1. Alt.: Der rechtliche Grund ist nachträglich weggefallen.
 - § 812 I 2, 2. Alt.: Der mit der Leistung verfolgte Zweck kann auf Dauer nicht mehr erreicht werden.
 - § 813 I 1: Der Gläubiger hat in Unkenntnis einer dauerhaft wirkenden Einrede geleistet.
 - § 817, 1: Der Schuldner hat durch die Entgegennahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen.


B. Nichtleistungskonditionen

- Bei der Nichtleistungskondition hat der Schuldner ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil auf Kosten des Gläubigers erlangt, ohne daß ihm der Gläubiger diesen Vorteil bewußt und zweckgerichtet zuge wandt hat.
- § 816 I 1: Trifft ein Nichtberechtigter eine wirksame Verfügung, so muß er das dadurch Erlangte herausgeben.
 - § 816 I 2: Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so ist der Erwerber zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
 - § 816 II: Wird an einen Nichtberechtigten mit befreierender Wirkung geleistet, so ist dieser zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
 - § 822: Hat der ursprüngliche Konditionsschuldner die Leistung unentgeltlich einem Dritten zugewandt, so ist der Dritte zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
 - § 812 I 1, 2. Alt.

- 1) Rückgriffskondition:** Der Gläubiger nimmt beim Schuldner Regreß, weil dieser auf Kosten des Gläubigers etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.
- 2) Verwendungskondition:** Der Gläubiger hat auf eine Sache Verwendungen gemacht, die dem Schuldner zugute kommen.
- 3) Eingriffskondition:** Der Schuldner hat ohne rechtlichen Grund in den Zweigvermögen eines Gläubigers eingegriffen und muß daher das dadurch Erlangte herausgeben.

Inhaltsverzeichnis

3. Teil: Verträge über ein Tätigwerden	1
1. Kapitel: Der Dienstvertrag: §§ 611 - 630	1
Vorbemerkung	1
1) Das Wesen des Dienstvertrags	1
2) Arbeitnehmer - Selbständige - Arbeitnehmerähnliche Personen	1
§ 31 Die Pflichten der Vertragsparteien	3
I. Die Pflichten des Dienstverpflichteten	3
1) Die Hauptpflicht	3
2) Die Nebenpflichten	3
II. Die Pflichten des Dienstberechtigten	4
1) Die Zahlung der vereinbarten Vergütung: §§ 611, 612	4
2) Vergütungspflicht ohne Gegenleistung	4
§ 32 Leistungsstörungen bei Dienstverträgen	6
I. Der Ausschluss der Leistungspflicht	6
II. Der Schuldnerverzug	6
III. Die Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 280 I bei schuldhafter Schlechtleistung	6
§ 33 Die Beendigung des Dienstverhältnisses	7
I. Die Voraussetzungen der Beendigung	7
1) Die Beendigung durch den Tod des Dienstverpflichteten: § 613, 1	7
2) Die Beendigung durch Zeitablauf: § 620 I	7
3) Die Beendigung durch Kündigung	7
II. Die Rechtsfolgen der Beendigung des Dienstverhältnisses	9
1) Das Erlöschen der Erfüllungsansprüche	9
2) Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf Teilvergütung: § 628 I 1	9
3) Der Anspruch des Kündigenden auf Schadensersatz: § 628 II	9
4) Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf Erteilung eines Zeugnisses: § 630	9
2. Kapitel: Werkvertrag und Werklieferungsvertrag: §§ 631 - 651	10
Vorbemerkung	10
1) Das Wesen des Werkvertrags	10
2) Die gesetzliche Systematik des Werkvertragsrechts im Überblick	10
3) Die Abgrenzung des Werkvertrags zu anderen Vertragstypen	11
§ 34 Die Pflichten der Vertragsparteien	13
I. Die Pflichten des Unternehmers	13
1) Die Hauptpflichten des Unternehmers: §§ 631, 633	13
2) Die Nebenpflichten des Unternehmers	14
II. Die Pflichten des Bestellers	14
1) Die Hauptpflichten des Bestellers	14
2) Die Nebenpflichten des Bestellers	19
3) Die Obliegenheit zur Mitwirkung: §§ 642, 643	19

§ 35 Der Mangel des Werks	21
I. Der Sachmangel: § 633 II.....	21
1) § 633 II 1 – Subjektiver Fehlerbegriff	21
2) § 633 II 2 Nr. 1: Das Werk eignet sich nicht für den vereinbarten Zweck.....	21
3) § 633 II 2 Nr. 2: Abweichung von der Normalbeschaffenheit	21
4) Materialbedingter Sachmangel	22
5) § 633 II 3: Zuweniglieferung bzw. aliud-Lieferung	22
II. Der Rechtsmangel: § 633 III	22
§ 36 Die Rechte des Bestellers bei Herstellung eines mangelhaften Werks	23
Vorbemerkung	23
1) Die Rechte des Besteller vor der Abnahme des Werks	23
2) Die Rechte des Bestellers nach der Abnahme	24
I. Der Erfüllungsanspruch des Bestellers auf Herstellung eines mangelfreien Werks:	
§§ 631, 633 I.....	25
II. Der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung: §§ 634 Nr. 1; 635.....	25
III. Die Ersatzvornahme: §§ 634 Nr. 2; 637.....	28
IV. Der Rücktritt: §§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 (326 V).....	29
V. Die Minderung: §§ 634 Nr. 3, 2. Alt.; 638.....	31
1) Das  -Prüfungsschema zur Minderung	31
2) Die Rückforderung des Werklohns: § 638 IV 1	32
3) Der Ausschluss der Minderung gemäß den §§ 634 a V, 218	32
VI. Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281, 283, 311 a II... 32	
1) Schadensersatz bei unmöglicher Nacherfüllung.....	32
2) Schadensersatz nach Fristsetzung: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I.....	34
3) Schadensersatz wegen verzögerter Nacherfüllung: §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286.....	39
4) Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen: §§ 634 Nr. 4, 284	39
§ 37 Die Verjährung der Mängelansprüche: § 634 a	40
I. Die Verjährungsfrist: § 634 a I, III.....	40
II. Der Beginn der Frist: § 634 a II	40
III. Der Ausschluss des Rücktritts bzw. der Minderung gemäß den §§ 634 a IV, V, 218....	40
§ 38 Das Verhältnis der §§ 633 ff. zu den allgemeinen Regeln des Schuldrechts	41
I. Das Verhältnis zu § 320	41
II. Das Verhältnis zu § 326	41
§ 39 Die Gefahrtragung im Werkvertragsrecht	42
I. Die Leistungsgefahr	42
1) Der Grundsatz: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Leistungsgefahr.....	42
2) Die Ausnahmen: Der Übergang der Leistungsgefahr auf den Besteller vor der Abnahme ...	42
II. Die Gegenleistungsgefahr	42
1) Der Grundsatz: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Gegenleistungsgefahr. ...	42
2) Die Ausnahmen: Der Übergang der Gegenleistungsgefahr vor der Abnahme.....	42
§ 40 Die Kündigungsrechte des Bestellers	45
I. Das Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 649	45
II. Das Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 650	45

3. Kapitel: Das Reisevertragsrecht: §§ 651 a - m	46
Vorbemerkung	46
1) Das Wesen des Reisevertrags	46
2) Die erforderliche Gesamtheit der Reiseleistungen	46
§ 41 Die Pflichten der Vertragsparteien	47
I. Die Pflichten des Reiseveranstalters und des Vermittlers	47
1) Der Reiseveranstalter	47
2) Reiseveranstalter und Leistungsträger	47
3) Der Vermittler	48
4) Das Reisebüro	48
5) Problem: Ist der Unternehmer Reiseveranstalter oder Vermittler?	48
II. Die Pflichten des Reisenden	49
1) Die Zahlung des Reisepreises	49
2) Nebenpflichten	49
§ 42 Die Rechte des Reisenden bei einem Reisemangel	50
I. Der Reisemangel	50
1) Der Fehlerbegriff	50
2) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft	51
II. Die Rechte des Reisenden	51
1) Der Anspruch des Reisenden auf Abhilfe	51
2) Der Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zur Mangelbeseitigung	52
3) Die Minderung des Reisepreises	52
4) Das Kündigungsrecht des Reisenden	53
5) Der Anspruch des Reisenden auf Schadensersatz	54
III. Der Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 651 g	55
1) Die Ausschlussfrist	55
2) Die Verjährung	55
§ 43 Sonderfragen des Reisevertragsrechts	56
I. Die Vertragsübertragung gemäß § 651 b	56
II. Das Rücktrittsrecht vor Reisebeginn gemäß § 651 i	56
III. Die Pflicht des Veranstalters zur Sicherstellung des Reisenden gemäß § 651 k	56
4. Kapitel: Der Maklervertrag	57
Vorbemerkung	57
1) Das Wesen des Maklervertrags	57
2) Nachweismakler und Vermittlungsmakler	57
3) Die Stellung des Auftraggebers	57
4) Sonderregeln	57
§ 44 Die Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs	58
I. Wirksamer Maklervertrag	58
1) Angebot und Annahme	58
2) Die Form des Maklervertrags	58
3) Die Dauer des Maklervertrags	59
II. Die Leistung des Maklers	59
1) Der Nachweismakler	59
2) Der Vermittlungsmakler	59

III. Wirksamer Vertrag mit dem nachgewiesenen/vermittelten Dritten	60
1) Die Wirksamkeit des Vertrags	60
2) Die Identität des Vertrags	60
3) Der Makler als Vertragspartner	61
IV. Die Maklertätigkeit muss für den Vertragsschluss ursächlich gewesen sein	61
1) Die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit	61
2) Die Vorkenntnis des Auftraggebers	62
3) Die Beweislastverteilung	62
§ 45 Die Rechtsfolge: Der Provisionsanspruch	63
I. Die Höhe des Provisionsanspruchs	63
1) Die vertraglich vereinbarte Provision	63
2) Die gesetzlich festgelegte Provision: § 653	63
II. Sonderregeln	63
III. Abweichende Vereinbarungen	64
§ 46 Sonderformen des Maklers	65
I. Der Alleinauftrag	65
II. Der Ehemakler: § 656	65
5. Kapitel: Der Auftrag: §§ 662 - 674	67
Vorbemerkung	67
1) Das Wesen des Auftrags	67
2) Abgrenzungen	67
§ 47 Das Zustandekommen des Vertrags	69
I. Angebot und Annahme	69
II. Die Form	69
III. Der Inhalt des Auftrags	69
§ 48 Die Pflichten der Vertragsparteien	70
I. Die Pflichten des Beauftragten	70
1) Die Pflicht zur Geschäftsbesorgung: § 662	70
2) Die Weisungsgebundenheit: § 665	70
3) Substitution und Haftung für Hilfspersonen: § 664	70
4) Die Herausgabe des Erlangten: § 667	71
5) Die Pflicht zur Rechnungslegung: § 666	71
II. Die Pflichten des Auftraggebers	72
1) Die Pflicht zum Aufwendungsersatz gemäß § 670	72
2) Nebenpflichten gemäß § 242	72
§ 49 Das Ende des Auftrags	73
I. Die Erfüllung	73
II. Widerruf / Kündigung: § 671 I	73
III. Der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers: § 672	73
IV. Der Tod des Beauftragten: § 673	73
§ 50 Die Haftung für falschen Rat oder Empfehlung	74
I. Die deliktische Haftung gemäß den §§ 823 ff.	74
II. Der konkludent geschlossene Beratungsvertrag	74

6. Kapitel: Der Geschäftsbesorgungsvertrag: § 675.....	75
§ 51 Das Wesen des Geschäftsbesorgungsvertrags	75
§ 52 Die Rechtsfolgen des Geschäftsbesorgungsvertrags	75
7. Kapitel: Der Verwahrungsvertrag: §§ 688 - 700	76
§ 53 Das Zustandekommen des Verwahrungsvertrags	76
I. Das Wesen des Verwahrungsvertrags.....	76
II. Entgeltliche /unentgeltliche Verwahrung	76
III. Die Verwahrungspflicht als Nebenpflicht	76
IV. Regelmäßige und unregelmäßige Verwahrung.....	76
§ 54 Die Pflichten der Vertragsparteien	77
I. Die Pflichten des Verwahrers	77
1) Die Pflicht zur Verwahrung	77
2) Die Pflicht zur Herausgabe: § 695	77
3) Die Verpflichtung zum Schadensersatz	77
II. Die Pflichten des Hinterlegers	78
1) Die Pflicht zur Vergütung: §§ 688, 689	78
2) Die Pflicht zur Rücknahme: § 696	78
3) Die Pflicht zum Aufwendungsersatz: § 693.....	78
4) Die Verpflichtung zum Schadensersatz: § 694	78
8. Kapitel: Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten: §§ 701 - 704	79
§ 55 Die Haftungsvoraussetzungen der Gastwirthaftung.....	79
I. Der Schuldner	79
II. Der Gläubiger	79
III. Das Haftungsobjekt.....	79
IV. Der Haftungsumfang der Gastwirthaftung: § 702.....	80
1) Der Haftungshöchstbetrag.....	80
2) Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss	80
§ 56 Das Gastwirtspfandrecht: § 704	80

4. Teil: Verträge über ein Risiko.....	81
1. Kapitel: Spiel, Wette und Differenzgeschäft: §§ 762 - 764.....	81
§ 57 Spiel und Wette.....	81
I. Die Rechtsnatur von Spiel und Wette	81
II. Der Ausschluss des Erfüllungsanspruchs	81
III. Der Unterschied zwischen Spiel und Wette	82
IV. Abgrenzungen	82
§ 58 Das Differenzgeschäft: § 764	82
2. Kapitel: Die Bürgschaft: §§ 765 - 778.....	83
Vorbemerkung	83
1) Die Sicherungsfunktion der Bürgschaft	83
2) Die beteiligten Personen.....	83
3) Die Akzessorietät der Bürgschaft.....	84
§ 59 Die Struktur der Bürgenhaftung im Überblick.....	86
I. Die Hauptschuld	86
II. Die Bürgschaftsverbindlichkeit	86
§ 60 Vertragsinhalt und Vertragspflichten	88
I. Der Bürgschaftsvertrag.....	88
1) Das Zustandekommen des Vertrags	88
2) Der Inhalt der Bürgschaftserklärung	88
3) Die Form der Bürgschaftsverpflichtung	89
II. Die Pflichten der Vertragsparteien	91
1) Die Pflichten des Bürgen	91
2) Die Pflichten des Gläubigers	91
3) Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Gläubiger	92
§ 61 Einwendungen und Einreden des Bürgen.....	93
I. Rechtshindernde Einwendungen: Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.....	93
1) Die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft gemäß § 138 I.....	93
2) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 119 I.....	98
3) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 119 II.....	99
4) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 123 I.....	99
5) Bedingung und Befristung der Bürgschaftserklärung	99
6) Der Widerruf der Bürgschaftserklärung nach § 312.....	100
7) Die Formvorschrift des § 491	100
II. Rechtsvernichtende Einwendungen des Bürgen	101
1) Die Kündigung der Bürgschaft.....	101
2) Der Widerruf der Bürgschaftserklärung	101
3) Der Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313.....	101
4) Der Einwand der Freigabe von Sicherheiten gemäß § 776	102
III. Die rechtshemmenden Einreden des Bürgen.....	103
1) Die Einreden des Bürgen aus der Hauptschuld gemäß § 768 I 1	103
2) Die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit gemäß § 770	104
3) Die Einrede der Vorausklage gemäß § 771	106

§ 62 Der Ausgleichsanspruch des leistenden Bürgen	107
I. Der Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner.....	107
1) Der Aufwendungsersatzanspruch aus dem Innenverhältnis zum Hauptschuldner ...	107
2) Der gesetzliche Übergang der Hauptschuld gemäß § 774 I 1	107
3) Vor- und Nachteile der jeweiligen Anspruchsgrundlagen	107
II. Der Ausgleichsanspruch gegen andere Sicherungsgeber	108
§ 63 Sonderformen der Bürgschaft	111
I. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern	111
II. Die Mitbürgschaft	111
III. Die Nachbürgschaft	111
IV. Die Rückbürgschaft	112
V. Die Ausfallbürgschaft	112
VI. Die Höchstbetragsbürgschaft	112
VII. Die Prozessbürgschaft.....	112

5. Teil: Vergleich, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis.....	113
1. Kapitel: Der Vergleich	113
§ 64 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vergleichs	114
I. Streit oder Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis	114
II. Gegenseitiges Nachgeben.....	114
III. Dispositionsbefugnis der Parteien	114
IV. Die Form des Vergleichs	114
§ 65 Die Rechtsfolgen des Vergleichs	115
I. Die Fortsetzung des bisher streitigen Rechtsverhältnisses	115
II. Die Konsequenzen.....	115
III. Die Vollziehung des Vergleichs	115
§ 66 Die Unwirksamkeit des Vergleichs	116
I. Der Wegfall der Vergleichsgrundlage gemäß § 779	116
II. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.....	116
§ 67 Sonderformen des Vergleichs	117
I. Der Prozessvergleich	117
1) Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs	117
2) Die Wirkungen des Prozessvergleichs.....	117
II. Der Abfindungsvergleich	117
2. Kapitel: Abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkennnis: §§ 780, 781...118	
§ 68 Das abstrakte Schuldversprechen gemäß § 780	120
I. Der Inhalt.....	120
II. Die Form des Schuldversprechens	120
III. Die Wirkung des Schuldversprechens.....	121
IV. Die Einwendungen des Schuldners	121
V. Verfahrensrechtliches	122
§ 69 Das abstrakte Schuldanerkennnis gemäß § 781	123
I. Das Wesen des abstrakten Schuldanerkennnisses.....	123
II. Die unterschiedlichen Formen des Schuldanerkennnisses.....	123
1) Das konstitutive (abstrakte) Schuldanerkennnis des § 781	123
2) Das deklaratorische (kausale) Schuldanerkennnis: § 311 I.....	123
3) Das Anerkenntnis als Beweiserleichterung	124
4) Die Erklärungen eines Unfallbeteiligten an der Unfallstelle.....	125

6. Teil: Anweisung und Schuldversprechen auf den Inhaber: §§ 783 - 808	126
Vorbemerkung.....	126
1) Begriffsbestimmung: Was sind Wertpapiere?	126
2) Die möglichen Legitimationswirkungen	126
3) Die Formen der Übertragung	126
4) Die unterschiedlichen Formen der Wertpapiere	127
1. Kapitel: Die Anweisung: §§ 783 - 792	129
§ 70 Der Begriff der Anweisung	129
I. Die „Anweisungsfälle“	129
II. Die Anweisung gemäß den §§ 783 ff.	129
§ 71 Die Sonderformen der Anweisung: Scheck und Wechsel	130
I. Der Scheck	130
1) Das Deckungsverhältnis	130
2) Das Valutaverhältnis	130
3) Die Doppelermächtigung des Schecks	131
II. Der Wechsel.....	131
1) Die Ausstellung des Wechsels	131
2) Die Annahme des Wechsels.....	132
3) Die Fälligkeit.....	132
4) Die Übertragung des Wechsels	132
§ 72 Die Anweisung gemäß den §§ 783 ff.....	133
I. Die einzelnen Rechtsverhältnisse	133
II. Die Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen: § 784	133
2. Kapitel: Die Inhaberschuldverschreibung: §§ 793 - 806	135
§ 73 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Inhaberschuldverschreibung	135
I. Die Form	135
II. Der Inhalt	135
III. Die Entstehung der Verpflichtung	135
§ 74 Die Übertragung der Inhaberschuldverschreibung	136
I. Die Übereignung der Schuldurkunde gemäß den §§ 929 ff.	136
II. Die gesteigerte Verkehrsfähigkeit der Inhaberschuldverschreibung	136
§ 75 Die Legitimationswirkungen der Urkunde.....	137
I. Die Legitimation zugunsten des Papierbesitzers	137
II. Die Legitimation zugunsten des Schuldners.....	137
III. Die Legitimation zugunsten des Erwerbers der Forderung	137
IV. Die Legitimation zugunsten des Schuldners bei der Leistung.....	137
§ 76 Die Einwendungen des Schuldners	138

3. Kapitel: Kleine Inhaberpapiere und Namenspapiere mit Inhaberklause:

§§ 807, 808	139
§ 77 Kleine Inhaberpapiere: § 807	139
I. Begriffsbestimmung: Was sind kleine Inhaberpapiere?.....	139
II. Die gesetzliche Regelung	139
III. Die Legitimationswirkungen	139
§ 78 Einfache Legitimationspapiere.....	140
I. Begriffsbestimmung	140
II. Die gesetzliche Regelung	140
§ 79 Qualifizierte Legitimationspapiere: Namenspapiere mit Inhaberklause: § 808	141
I. Die legitimierende Wirkung	141
II. Begriffsbestimmung	141
1) Qualifizierte Legitimationspapiere	141
2) Hinkende Inhaberpapiere.....	141
III. Die gesetzliche Regelung	141
Index	143

3. Teil: Verträge über ein Tätigwerden

1. Kapitel: Der Dienstvertrag: §§ 611 - 630

Vorbemerkung

1) Das Wesen des Dienstvertrags

Der Dienstvertrag ist ein formlos möglicher gegenseitiger Vertrag, bei dem der eine Teil (= **Dienstverpflichteter**) zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet wird und der andere Teil (= **Dienstberechtigter**) die vereinbarte Vergütung zahlen muss. Wie § 611 II zeigt, können Dienste jeder Art geschuldet sein, so dass die Palette von der einmaligen Trainerstunde eines Tennislehrers über die spezialisierte Tätigkeit eines Arztes oder Anwalts bis zur leitenden Tätigkeit des Vorstandsvorsitzenden eines Multimilliarden-Konzerns reicht.

2) Arbeitnehmer - Selbständige - Arbeitnehmerähnliche Personen

Auch der Arbeitsvertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer ist ein Dienstvertrag i.S.d. §§ 611 ff., wobei die Regeln der §§ 611 ff. aber nur dann gelten, wenn das Arbeitsrecht keine Sonderregeln enthält. **Das Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der abhängig beschäftigten Arbeitnehmer und der zumindest wirtschaftlich abhängigen arbeitnehmerähnlichen Personen i.S.d. § 5 I 2 ArbGG.**

Es besteht aus dem **Arbeitsvertragsrecht** (§§ 611 - 630 BGB, Sonderregeln des HGB, der GewO, dem KSchG), dem **Arbeitsschutzrecht**, dem **Berufsverbands- und Tarifvertragsrecht** (Tarifvertragsgesetz, Betriebsverfassungsgesetz) und einem **eigenen Verfahrensrecht** (Arbeitsgerichtsgesetz) mit einer **eigenen Gerichtsbarkeit** (Arbeitsgerichte); teilweise enthält es eigene rechtliche Regeln (z.B. betriebliche Übung, Lehre vom Betriebsrisiko, faktische Arbeitsverhältnisse etc.). Das Arbeitsrecht soll vor allem den abhängig beschäftigten Arbeitnehmer schützen und für einen fairen Interessensausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sorgen.

-Klausurtyp:

Vor allem im Hinblick auf die unterschiedliche Zuständigkeit der Gerichte (Zivilgerichte - Arbeitsgerichte) kommt es darauf an, ob es sich um einen Dienstverpflichteten i.S.d. §§ 611 ff. oder um einen Arbeitnehmer handelt, der bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis gemäß § 2 I Nr. 3 a ArbGG vor dem Arbeitsgericht prozessieren würde. Der Unterschied zwischen einem Dienstverpflichteten und einem Arbeitnehmer liegt vor allem im Grad der Abhängigkeit sowie in der Art und Weise, wie sich der Dienstverpflichtete/Arbeitnehmer die Arbeit einteilt:

a) **Der Arbeitnehmer leistet abhängige Arbeit und ist von seinem Arbeitgeber nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich abhängig** (BAG NZA 2007, 424).

Er kann weder Ort noch Zeit seiner Tätigkeit selbst bestimmen und muss auch bei der Ausführung der Tätigkeit die Weisungen seines Arbeitgebers befolgen. Er ordnet sich einem fremden Organisations- oder Produktionsplan unter und ist in einen fremden Betriebsablauf eingebunden. Zudem arbeitet der Arbeitnehmer **fremdnützig**: Er bietet seine Arbeit nicht wie ein Unternehmer nach selbst gesetzten Zielen unter eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko am Markt an, sondern er überlässt seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verwertung nach dessen Planung (BAG AP - Abhängigkeit - Nr. 73 m.w.N.; Lieb, Arbeitsrecht, 5 ff.; Weber, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, 258 ff.).

Beispiele für Arbeitnehmer: Assessor, der halbtags in einer Anwaltskanzlei arbeitet (BAG AP § 2 ArbGG Nr. 32), Chefarzt (BAG - Abhängigkeit - Nr. 20, 22), Fußball-Lizenzspieler (BAG AP § 138 Nr. 29; BUrIG § 11 Nr. 10, 34); ständig beschäftigte Nachrichtensprecher im Hörfunk (BAG - AP - Abhängigkeit - Nr. 21); Orchestermusiker (BAG - Abhängigkeit - Nr. 19); Werkstudent (BAG AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 25).

b) **Der Dienstverpflichtete arbeitet *selbständig* und *auf eigene Rechnung* und teilt sich seine Arbeit frei ein.**

Er trägt das unternehmerische Risiko seiner Arbeit, wird also nicht bezahlt, wenn er nichts zu tun hat oder aufgrund äußerer Faktoren nicht arbeiten kann (BAG NJW 2010, 2455).

Beispiele für freie Mitarbeiter: Aushilftaxifahrer (BAG AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 2); Bildberichterstatter einer Zeitung, der in der Übernahme der Fototermine frei ist (BAG AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 47), Gastregisseur (BAG - Abhängigkeit - Nr. 23).

(Näher zur Unterscheidung BAG NJW 2009, 1434, 2478; Palandt/Weidenkaff § Rz. 10 ff. vor §§ 611 ff.)

c) **Auf *arbeitnehmerähnliche* Personen treffen zwar die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs nicht zu, doch sind sie ähnlich wie Arbeitnehmer *wirtschaftlich und sozial abhängig* und müssen daher ähnlich geschützt werden.**

Für Rechtsstreitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis sind gemäß § 5 I 2 ArbGG die Arbeitsgerichte zuständig. Der Urlaubsanspruch ist in den §§ 2, 12 BUrlG geregelt. Gemäß § 12 a TVG können für diese Personen Tarifverträge geschlossen werden. Darüber hinaus gilt zwar das Arbeitsrecht nicht allgemein, doch können einzelne Regeln des Arbeitsrechts entsprechend angewendet werden (Palandt/Weidenkaff Rz. 9 vor §§ 611 ff.; Erman/Hanau § 611 Rz. 143 ff. m.w.N.).

Beispiele: Zu diesen arbeitnehmerähnlichen Personen zählen Heimarbeiter, Einfirmenvertreter (BAG NJW 2010, 2455), Künstler und Schriftsteller, die wirtschaftlich und sozial von ihrem Auftraggeber abhängig sind.

§ 31 Die Pflichten der Vertragsparteien

I. Die Pflichten des Dienstverpflichteten

1) Die Hauptpflicht

Die im Synallagma des Dienstvertrags stehende Hauptpflicht des Dienstverpflichteten besteht darin, die vereinbarten Dienste zu leisten. Wie § 611 II zeigt, können Dienste jeder Art geschuldet sein, so dass sich aufgrund der Weite des Begriffs „Dienste“ die verschiedensten Tätigkeiten subsumieren lassen.

Der Dienstverpflichtete handelt mal mehr, mal weniger selbständig, was von der Art des geschuldeten Dienstes abhängt: Die freiberufliche Übersetzerin muss den Brief übersetzen, den man ihr vorlegt; der Anwalt muss den Prozess zwar mit der erforderlichen Sorgfalt führen, aber letztlich so, wie er es aus juristischen und prozesstaktischen Gründen für richtig hält. Auch wenn Dienste höherer Art geschuldet werden (z.B. Arzt, Anwalt), muss der Dienstverpflichtete aber die Weisungen des Dienstberechtigten befolgen; ist er dazu nicht bereit, muss er den Dienstvertrag gemäß § 627 kündigen.

Gemäß § 613, 1 muss der Dienstverpflichtete die Dienste im Zweifel persönlich leisten, weil der Dienstberechtigte gerade ihn aufgrund seiner persönlichen Kompetenz ausgesucht hat. Der Dienstverpflichtete darf aber natürlich Hilfspersonen hinzuziehen, wenn er sich dadurch nicht seiner ihm selbst treffenden „Hauptpflicht“ entzieht.

Beispiele:

- 1) Der Arzt muss nicht selbst den Blutdruck messen, aber den Patienten operieren.
- 2) Der Anwalt muss nicht selbst die Klageschrift tippen, aber den Prozess selbst führen.

2) Die Nebenpflichten

Der Dienstverpflichtete ist im Rahmen einer aus § 242 resultierenden allgemeinen **Treuepflicht** gehalten, auf die Interessen des Dienstberechtigten Rücksicht zu nehmen. Diese Treuepflicht ist umso stärker, je größer das Vertrauensverhältnis ist.

Beispiel: Der Anwalt oder Steuerberater ist zur Verschwiegenheit und Schutz von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet.

Weitere Ausprägungen der Treuepflicht sind neben der **Verschwiegenheitspflicht** z.B. noch die **Pflicht zur Schadensabwendung** und das **Wettbewerbsverbot** während der Dauer des Dienstes. Soll ein Wettbewerbsverbot auch für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses gelten, so kann dieses Verbot nicht mehr auf „nachwirkende Treuepflichten“ gestützt werden, sondern es muss gesondert vertraglich vereinbart werden. Wirksam ist es nur in den Grenzen der §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO.

Verletzt der Dienstverpflichtete diese Treuepflicht schuldhaft, ist er gemäß § 280 I 1 zum Schadensersatz verpflichtet. Auch bei schuldloser Pflichtverletzung kann der Dienstberechtigte Unterlassung verlangen sowie außerordentlich gemäß § 626 kündigen.

II. Die Pflichten des Dienstberechtigten

1) Die Zahlung der vereinbarten Vergütung: §§ 611, 612

- a) **Die Hauptpflicht des Dienstberechtigten besteht darin, die vereinbarte Vergütung zu zahlen.** Diese Vergütung wird gemäß § 614 ohne gesonderte Abrede erst nach erbrachter Dienstleistung oder nach dem jeweiligen Zeitabschnitt fällig.
Ist über eine Vergütungspflicht nicht explizit gesprochen worden, so gilt gemäß § 612 I eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn der Dienstberechtigte den Umständen nach nicht erwarten konnte, dass der Verpflichtete eine derartige Tätigkeit unentgeltlich ausführen würde. Dadurch soll verhindert werden, dass der Dienstvertrag an einem Dissens über die Vergütung scheitert. Ist zwar über die Vergütung an sich, aber nicht über deren Höhe gesprochen worden, so gilt § 612 II: Geschuldet ist die taxmäßige Vergütung, ansonsten die übliche Vergütung.
- b) Neben Lohn und Gehalt werden häufig besondere Zahlungen vereinbart, die zur geschuldeten Vergütung i.S.d. § 611 gehören und daher ein Arbeitseinkommen darstellen. Dabei können wir wie folgt unterscheiden: **Prämien** sind ein zusätzliches Entgelt für einen eingetretenen Erfolg, dessen Eintritt der Dienstverpflichtete beeinflusst hat wie z.B. die Ergebnisse der Arbeit, die Qualität, der geringe Materialverbrauch, das unfallfreie Fahren eines Außendienstmitarbeiters oder der Sieg eines Berufssportlers. **Gewinnbeteiligungen** werden gerade leitenden Angestellten oftmals gewährt. **Provision** ist die prozentuale Beteiligung an abgeschlossenen oder vermittelten Geschäften. **Sonderzahlungen** wie z.B. Gratifikationen sind Vergütungen, die aus besonderem Anlass (z.B. Weihnachtsgeld) zusätzlich zur vertraglich vereinbarten Vergütung gezahlt werden, allerdings in der Regel nur innerhalb von Dauerschuldverhältnissen.

2) Vergütungspflicht ohne Gegenleistung

Normalerweise kann der Dienstverpflichtete seine Vergütung gemäß § 614 erst verlangen, wenn er die Dienste erbracht hat; ist ihm die Dienstleistung unmöglich geworden, entfällt die Vergütungspflicht gemäß § 326 I. Abweichend von § 326 I kann der Dienstverpflichtete in 2 Fällen die vereinbarte Vergütung aber auch dann verlangen, wenn er die Dienste nicht verrichtet hat:

- a) **§ 615: Der Dienstberechtigte ist mit der Annahme der angebotenen Dienste in Verzug.** Dies setzt gemäß den allgemeinen Regeln der §§ 293 ff. voraus, dass der Berechtigte die Dienste nicht annimmt, die der Dienstverpflichtete zur rechten Zeit am rechten Ort und in der rechten Art und Weise angeboten hat. Auf ein Verschulden des Berechtigten kommt es nicht an. **§ 615 geht über die allgemeine Regelung des § 326 II hinaus:**
Während bei § 326 II die angebotene Leistung während des Annahmeverzugs unmöglich wird, kann der Dienstverpflichtete seine Vergütung auch dann verlangen, wenn er die unterlassenen Dienste nachholen könnte. Zu einer derartigen Nachholung ist er nicht verpflichtet: Zeit ist Geld. Dies gilt auch bei kurzzeitigen oder vorübergehenden Dienstverhältnissen und zwar auch dann, wenn der Dienstverpflichtete seine Tätigkeit noch gar nicht angetreten hat.

Der Dienstverpflichtete muss sich gemäß § 615, 2 nur das von seiner Vergütung abziehen lassen, was er durch das Unterbleiben seiner Tätigkeit erspart (z.B. Fahrtkosten) bzw. böswillig nicht anderweitig hinzuverdient hat.

b) **§ 616: Der Dienstverpflichtete kann auch ohne eigene Arbeit die Zahlung der Vergütung verlangen, wenn er für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum durch einen Umstand verhindert ist, der zwar in seiner Person liegt, den er aber nicht verschuldet hat.** Da § 616 I als anspruchserhaltende Ergänzungsnorm dem Dienstverpflichteten den Anspruch auf die Vergütung erhält, muss er die Voraussetzungen des § 616 beweisen. Die Voraussetzungen des § 616 lauten:

aa) **Der Verpflichtete war für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum verhindert.** Ob der Zeitraum, in der der Verpflichtete nicht arbeiten konnte, erheblich war oder nicht, richtet sich nach dem Verhältnis der Verhinderung zur voraussichtlichen Dauer der Tätigkeit: Gerade bei kurzzeitiger Tätigkeit ist bereits eine Verhinderung von wenigen Tagen „verhältnismäßig erheblich“ und befreit von der Vergütungspflicht.

Beispiel: Der Mandant muss dem kranken Anwalt nicht die Gebühren fortzahlen, wenn dieser das Mandat infolge Krankheit nicht betreuen kann.

bb) **Der Verhinderungsgrund muss in der Person des Dienstverpflichteten liegen.** Dies ist der Fall bei Krankheit, Hochzeit, Geburten oder Todesfällen von nahen Familienangehörigen. Dieses persönliche Element fehlt bei Ereignissen, die viele betreffen und mit der Person des Verpflichteten nichts zu tun haben, wie z.B. bei Arbeitsverhinderung durch Stau (BAG NJW 1983, 1078, 1079) oder schlechtes Wetter.

cc) **Die Verhinderung muss unverschuldet sein.** Dabei kommt die Rspr. dem Dienstverpflichteten weit entgegen: Nur eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung ist verschuldet; selbst die Teilnahme an gefährlichen Sportarten oder ein Selbstmordversuch gelten als unverschuldet (ausführlich dazu MünchKomm/Schaub § 616 Rz. 62 ff.); auch Alkoholismus gilt als Krankheit (BAG BB 1991, 2225).

Für **Arbeiter** und **Angestellte** sowie die zur Berufsausbildung Beschäftigten gelten gemäß **§ 1 II EFZG** die Sonderregeln des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG).

§ 32 Leistungsstörungen bei Dienstverträgen

Da die §§ 611 - 630 keine Sonderregeln enthalten, können und müssen wir auf die allgemeinen Regeln des Schuldrechts zurückgreifen.

I. Der Ausschluss der Leistungspflicht

- 1) Ist die vereinbarte Dienstleistung i.S.d. § 275 I unmöglich oder i.S.d. § 275 II, III dem Verpflichteten nicht zumutbar, so wird der Dienstverpflichtete von seiner Leistungspflicht frei; andererseits verliert er regelmäßig gemäß § 326 I den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.
- 2) Hat der Dienstverpflichtete den Ausschluss seiner Leistungspflicht zu vertreten (was nach § 280 I 2 gesetzlich vermutet wird), so kann der Dienstberechtigte gemäß den §§ 280 I, III, 283 Schadensersatz verlangen.
- 3) Auch wenn der Dienstverpflichtete unverschuldet verhindert ist, kann der Berechtigte gemäß § 323 zurücktreten. Gerade bei teilweise vollzogenen Dauerschuldverhältnissen wird das in § 323 vorgesehene Rücktrittsrecht durch das Recht auf außerordentliche Kündigung gemäß § 626 ersetzt. Dadurch soll verhindert werden, dass das bereits vollzogene Dauerschuldverhältnis insgesamt rückabgewickelt werden muss.

II. Der Schuldnerverzug

- 1) Ist der Dienstverpflichtete mit der Erbringung seiner Dienste in Verzug, so gelten die §§ 280 I, II, 286 ff. bzw. §§ 280 I, III, 281, so dass der Dienstberechtigte darüber entscheiden kann, ob er an seinem Erfüllungsanspruch festhält und Ersatz des Verzögerungsschadens verlangt oder unter Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung fordert.
- 2) Selbst wenn der Verpflichtete ohne Verschulden nicht in Verzug gerät (§ 286 IV), kann der Berechtigte unter Nachfristsetzung gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten. Auch hierbei wird - zumindest bei teilweise vollzogenen Dauerschuldverhältnissen - das Rücktrittsrecht durch das Recht auf sofortige Kündigung gemäß § 626 ersetzt.

AL-Klausurtyp: Oftmals handelt es sich bei den geschuldeten Diensten um ein Fixgeschäft, bei dem der Dienstverpflichtete die geschuldete Leistung nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht mehr nachholen kann: Hier liegt kein Verzug, sondern (Teil)Unmöglichkeit vor.

III. Die Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 280 I bei schuldhafter Schlechtleistung

- 1) Da das Dienstvertragsrecht kein gesetzliches Gewährleistungsrecht enthält, gelten die Regeln der Generalklausel des § 280 I: **Erfüllt der Dienstverpflichtete seine dienstvertraglichen Pflichten schuldhaft (§§ 276, 278) schlecht, so haftet er nach den Regeln des § 280 I, wenn kein Fall des Ausschlusses der Leistungspflicht oder des Verzugs vorliegt:** Wir müssen also zwischen einer Schlechtleistung und einer Nichtleistung unterscheiden.
- 2) Dabei trägt der Dienstberechtigte die Beweislast für die folgenden Voraussetzungen des § 280 I: Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Anschließend muss der Verpflichtete wegen der Beweislastumkehr gemäß § 280 I 2 beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

§ 33 Die Beendigung des Dienstverhältnisses

Vorbemerkung

Das Dienstverhältnis endet bereits nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts, wenn beide Parteien ihre vertraglichen Pflichten erfüllt haben (§ 362 I) oder wenn dem Dienstverpflichteten die Erbringung der Dienstleistung unmöglich bzw. unzumutbar ist (§ 275 I - III). Darüber hinaus endet das Dienstverhältnis durch den Tod des Dienstverpflichteten (§ 613, 1), durch Zeitablauf (§ 620 I) oder durch ordentliche (§§ 620 II - 624) bzw. außerordentliche (§§ 626, 627) Kündigung.

I. Die Voraussetzungen der Beendigung

1) Die Beendigung durch den Tod des Dienstverpflichteten: § 613, 1

Da die vertraglich vereinbarte Dienstleistung nach der Auslegungsregel des § 613, 1 regelmäßig in Person zu leisten ist, endet das Dienstverhältnis mit dem Tod des Dienstverpflichteten.

Stirbt der Dienstberechtigte, endet das Dienstverhältnis nur, wenn die Erben es kündigen oder wenn die Leistung unmöglich wird, weil die Leistung untrennbar mit der Person des Dienstberechtigten verknüpft war.

Beispiel: Der mit dem Arzt geschlossene Dienstvertrag endet, wenn der Patient gestorben ist.

2) Die Beendigung durch Zeitablauf: § 620 I

Das auf einen bestimmten Zeitraum befristete Dienstverhältnis endet ohne Kündigung von selbst mit dem Ablauf der Frist, für die es eingegangen ist. Eine derartige Befristung kann aber - gerade bei langfristigen Verträgen - unzulässig sein, weil sie entweder den Dienstberechtigten oder den Dienstverpflichteten unzulässig benachteiligt:

- a) Eine Befristung durch den Dienstberechtigten nimmt dem Dienstverpflichteten den Kündigungsschutz (vgl. hier insbesondere das Problem der Kettenarbeitsverträge im Arbeitsrecht).
- b) Eine Befristung durch den Dienstverpflichteten hindert den Dienstberechtigten daran, den Vertrag gemäß den §§ 621, 622 ordentlich zu kündigen und kann daher gegen § 138 I bzw. § 307 verstoßen (BGH NJW 1993, 326).

3) Die Beendigung durch Kündigung

Eine Kündigung ist eine formfrei mögliche, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die eine der Vertragsparteien das Dienstverhältnis mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) beendet. Die Kündigung ist als Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich, weil die Gegenseite wissen muss, woran sie ist. Zulässig ist aber eine Potestativbedingung, bei der der Bedingungseintritt allein vom Verhalten der Gegenseite abhängt (z.B. Änderungskündigung).

Bei der Kündigung müssen wir zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung unterscheiden:

a) Die ordentliche Kündigung: §§ 620 II - 624

- aa) **Ein Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, kann von beiden Seiten innerhalb der in § 621 genannten Kündigungsfristen ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.** Ein Kündigungsschutz besteht nicht, da dieser Schutz nur für Arbeitsverhältnisse gilt. Die Kündigungsfrist bestimmt sich danach, wie die Vergütung bemessen war.

Beispiel: Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so kann das Dienstverhältnis gemäß § 621 Nr. 1 an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tags gekündigt werden.

- bb) Bei sehr langfristigen Verträgen soll durch § 624 verhindert werden, dass sich der Dienstverpflichtete übermäßig lange bindet. Der Dienstverpflichtete kann daher nach dem Ablauf von 5 Jahren mit einer **Kündigungsfrist von 6 Monaten** ordentlich kündigen.

b) **Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626**

aa) **Der Kündigungsgrund: § 626 I**

Gemäß § 626 I kann jede Partei den Dienstvertrag fristlos kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, bei denen eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigung oder bis zur vereinbarten Beendigung unzumutbar ist. Diese Tatsachen müssen in einem Zivilprozess von demjenigen bewiesen werden, der gekündigt hat; anschließend muss das Gericht entscheiden, ob die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar war.

Reichen die geltend gemachten Tatsachen für eine fristlose Kündigung nicht aus, so kann die (unwirksame) außerordentliche Kündigung gemäß § 140 in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn der Kündigende das Dienstverhältnis auf jeden Fall beenden will.

Typischerweise wird der wichtige Grund in der schuldhaften Vertragspflichtverletzung der Gegenseite liegen, doch ist eine derartige Pflichtverletzung nicht zwingend: Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kann auch ohne Pflichtverletzung oder Verschulden des anderen gegeben sein. **Entscheidend ist allein, dass Tatsachen vorliegen, die nicht einseitig in den Risikobereich des Kündigenden fallen** und die es für den Kündigenden unzumutbar erscheinen lassen, das Dienstverhältnis fortzusetzen. Dabei müssen alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden wie z.B. die bisherige Dauer des Dienstverhältnisses, Leistung und Führung des Dienstverpflichteten, frühere Verfehlungen, Wiederholungsgefahr oder der Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit.

Wichtige Kündigungsgründe für den Dienstberechtigten sind z.B. die Vorlage gefälschter Zeugnisse bei der Einstellung, falsche Angaben über Vorstrafen, wenn diese für die Tätigkeit von Bedeutung sind (z.B. bei Vertrauensstellung), die rechtswidrige nachhaltige Verweigerung der geschuldeten Dienste, eine vorge-täuschte Krankheit, schwere Trunkenheit während der Dienstzeit, vorsätzliche Treuepflichtverletzungen wie Vollmachtsmissbrauch, ein bewusster Verstoß gegen ein vereinbartes Wettbewerbsverbot, die Annahme von Schmiergeld oder die Begehung von Straftaten wie z.B. Diebstahl, Betrug oder Untreue bei einer Vertrauensstellung.

Wichtige Kündigungsgründe für den Dienstverpflichteten sind z.B. der wiederholte Zahlungsverzug, die grob fahrlässige Verletzung von Fürsorgepflichten i.S.d. §§ 617, 618, eine drohende Gesundheitsgefährdung oder die Begehung von Straftaten des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten.

bb) **Die Kündigungsfrist: § 626 II**

Gemäß § 626 II muss die Kündigung innerhalb der Ausschlussfrist von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte von den Tatsachen erfährt, die die außerordentliche Kündigung rechtfertigen; nach Fristablauf ist das Kündigungsrecht erloschen. Eine verspätete Kündigungserklärung ist als außerordentliche Kündigung unwirksam, kann aber gemäß § 140 in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn für den Gekündigten erkennbar ist, dass der Kündigende das Dienstverhältnis auf jeden Fall beenden will.

c) **Die fristlose Kündigung bei Diensten höherer Art gemäß § 627**

Leistet der Dienstberechtigte Dienste höherer Art, die nur aufgrund eines besonderen Vertrauens übertragen werden, so können beide Parteien auch dann fristlos kündigen, wenn die Voraussetzungen des § 626 nicht vorliegen. Wenn kein wichtiger Grund vorliegt, darf der Dienstverpflichtete aber nur so kündigen, dass sich der andere die Dienste anderweitig be-

schaffen kann. Kündigt er „zur Unzeit“, ist er gemäß § 627 II zum Schadensersatz verpflichtet.

Beispiele für höhere Dienste: Rechtsanwalt (BGH NJW 1985, 41; Steuerberater (BGH NJW -RR- 1993, 374), Wirtschaftsprüfer (OLG Koblenz NJW 1990, 3159), Heirats- oder Partnerschaftsvermittler (BGH NJW 1991, 2763; 1987, 2808).

Das Recht der außerordentlichen Kündigung soll bei höheren Diensten verhindern, dass das Dienstverhältnis fortgesetzt werden muss, obwohl der Kündigende sein Vertrauen zum Dienstverpflichteten verloren hat. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 627 ist aber nicht auf den Fall des Vertrauensverlusts beschränkt, sondern schützt ganz allgemein die Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten bei höheren Diensten: Der Dienstberechtigte soll auch dann kündigen können, wenn er an der Erbringung der Dienstleistung nicht mehr interessiert ist.

Beispiele:

- 1) Dem Patienten ist das Risiko der Schönheitsoperation nach zahlreichen Presseberichten zu groß geworden.
- 2) Der Mandant hat sich vor Erhebung der Klage mit seinem Kontrahenten gütlich geeinigt und will den Dienstvertrag mit seinem Anwalt kündigen.

Das Recht der sofortigen Kündigung kann nur durch individuelle Vereinbarung, aber nicht unter Verwendung von AGB abbedungen werden (BGH NJW 1989, 1479).

II. Die Rechtsfolgen der Beendigung des Dienstverhältnisses

1) Das Erlöschen der Erfüllungsansprüche

Wenn das Dienstverhältnis endet, erlöschen zunächst die beiderseitigen Erfüllungsansprüche: Der Dienstberechtigte verliert seinen Anspruch auf die Dienstleistung, der Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf die Vergütung.

2) Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf Teilvergütung: § 628 I 1

Wenn das Dienstverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung gemäß den §§ 626 bzw. 627 endet, hat der Dienstverpflichtete einen Anspruch darauf, dass seine **bisherigen Leistungen vergütet** werden. Hat er durch sein Verhalten die außerordentliche Kündigung des anderen veranlasst oder kündigt er selbst außerhalb des § 626, so kann er diese Teilvergütung nicht verlangen, wenn seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung keinen Wert für die Gegenseite haben.

3) Der Anspruch des Kündigenden auf Schadensersatz: § 628 II

Hat die Gegenseite durch ein vertragswidriges Verhalten die außerordentliche Kündigung veranlasst (= **Auflösungverschulden**), so muss sie den Schaden ersetzen, der dem Kündigenden durch die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses entstanden ist. Der Haftungsumfang bestimmt sich gemäß den §§ 249, 252, deckt also das volle Erfüllungsinteresse ab.

4) Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf Erteilung eines Zeugnisses: § 630

Wenn ein dauerndes Dienstverhältnis endet, kann der Verpflichtete ein schriftliches Zeugnis verlangen, wobei er zwischen einem einfachen und einem qualifizierten Zeugnis wählen kann: Das einfache Zeugnis beschreibt nur die Art der Dienste und deren Dauer, das qualifizierte Zeugnis auch Leistung und Führung des Dienstverpflichteten. Dabei kann der Dienstberechtigte in eine Zwickmühle geraten: Das Zeugnis muss einerseits richtig sein, um eine Haftung auf Schadensersatz gemäß § 826 gegenüber einem künftigen Arbeitgeber zu vermeiden. Andererseits soll das Zeugnis positiv formuliert sein, um dem Verpflichteten die Suche nach einem anderen Arbeitsplatz zu erleichtern.

2. Kapitel: Werkvertrag und Werklieferungsvertrag: §§ 631 - 651

Vorbemerkung

1) Das Wesen des Werkvertrags

- a) **Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem sich der Unternehmer gegenüber dem Besteller verpflichtet, gegen Zahlung des Werklohns ein körperliches Werk (Herstellung oder Veränderung einer Sache; beachte aber § 651) oder ein unkörperliches Werk (geistige Tätigkeit; Vornahme einer erfolgsbezogenen Handlung, z.B. Personenbeförderung, Gutachten etc.) herzustellen.** Der Besteller schuldet die Zahlung des Werklohns, der Unternehmer die mangelfreie und rechtzeitige Herstellung des individuellen Werks, so dass der Unternehmer seine Vertragspflicht erst dann erfüllt hat, wenn das Werk mit den vereinbarten Eigenschaften hergestellt worden ist. Vertragsgegenstand ist also eine entgeltliche Wertschöpfung dadurch, dass der Unternehmer durch seine Arbeitsleistung für den Besteller das vereinbarte Werk schafft.
- b) Der vom Unternehmer geschuldete Erfolg ist aber auf den Erfolg beschränkt, den der Unternehmer durch seine eigene Tätigkeit herbeiführen kann. Den Erfolg, den der Besteller letztlich wirtschaftlich anstrebt, schuldet der Unternehmer nicht.

Beispiel: Lässt ein Investor durch einen Bauunternehmer ein Mehrfamilienhaus errichten, so schuldet der Bauunternehmer nur die mangelfreie Erstellung des Bauwerks, nicht aber die Vermietbarkeit des Hauses.

2) Die gesetzliche Systematik des Werkvertragsrechts im Überblick

- a) Die §§ 631, 632 enthalten die **Hauptleistungspflichten** der Parteien, die durch die §§ 633, 640, 641, 646 ergänzt werden: Der Unternehmer schuldet gemäß den §§ 631, 633 die **mangelfreie Herstellung des Werks**, der Besteller **Zahlung des Werklohns**, wobei der Anspruch auf Werklohn aber gemäß § 641 I erst mit Abnahme des Werks (§ 640) bzw. dessen Vollendung (§ 646) fällig wird.
- b) Die §§ 634 - 639 regeln die **Mängelansprüche des Bestellers des Werks**: Der Besteller kann gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 **Beseitigung des Mangels durch Nacherfüllung** verlangen, gemäß den §§ 634 Nr. 3, 323 I nach vergeblicher Fristsetzung **zurücktreten** bzw. gemäß den §§ 634 Nr. 3, 638 **mindern** oder bei verschuldetem Mangel gemäß den §§ 634 Nr. 4, 311 a II, 280 ff. **Schadensersatz statt der Leistung** fordern.
- c) Die §§ 642, 643 gewähren dem Unternehmer einen Anspruch auf **Entschädigung** oder räumen ihm ein **Kündigungsrecht** ein, wenn der Besteller gegen seine **Mitwirkungspflicht** bei der Herstellung des Werks verstößt.
- d) Die §§ 644, 645 regeln die **Gefahrtragung** im Hinblick auf die Leistungs- und Gegenleistungsgefahr.
- e) Da der Unternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig ist und auch oftmals durch Verbindung mit dem Werk sein Eigentum an eingebauten Teilen verliert, räumen ihm die §§ 647 - 648 a durch ein **Unternehmerpfandrecht** (§ 647), eine **Bauwerksicherungshypothek** (§ 648) bzw. eine **Bauhandwerkerhypothek** (§ 648 a) eine dingliche Sicherheit für seine Ansprüche gegen den Besteller ein.

- f) Zum Abschluss sehen die §§ 649, 650 ein **Kündigungsrecht des Bestellers** vor Fertigstellung des Werks vor: Gemäß § 649 kann der Besteller den Werkvertrag vor der Vollendung des Werks jederzeit kündigen, muss dann aber die vereinbarte Vergütung abzüglich vom Unternehmer ersparter Aufwendungen bezahlen. Der Besteller kann gemäß § 650 I auch dann kündigen, wenn sich das Werk nicht ohne wesentliche Überschreitung des **Kostenvoranschlags** realisieren lässt, wobei der Unternehmer dann nur einen Anspruch auf Teilvergütung gemäß § 645 I hat.

3) Die Abgrenzung des Werkvertrags zu anderen Vertragstypen

- a) Als Abgrenzung zum **Kaufvertrag** schuldet der Unternehmer nicht die Übereignung einer bereits bei Vertragsschluss existierenden Kaufsache, sondern die Herstellung eines bis dato noch nicht existierenden Werks. Es fehlt also dem Kaufvertrag die für den Werkvertrag typische Wertschöpfung für den Besteller.

Beachte: Ist der Vertrag auf den Erwerb eines Grundstücks mit einem darauf vom Verkäufer zu errichtenden Haus gerichtet, so liegt ein gemischter Vertrag vor, der Elemente von Kauf- und Werkvertrag enthält: Mängel des Grundstücks werden nach Kaufrecht, Mängel des Gebäudes nach den Regeln des Werkvertrags behandelt. Dies gilt auch, wenn das neu errichtete Bauwerk bei Abschluss des Vertrags bereits ganz oder teilweise errichtet war. Wenn sich aus dem Inhalt, dem Zweck oder der wirtschaftlichen Bedeutung eine Verpflichtung des Veräußerers zur Errichtung eines mangelfreien Gebäudes ergibt, gilt das Gewährleistungsrecht des Werkvertrags, auch wenn der Veräußerer das Haus zunächst als Musterhaus für sich selbst errichtet oder sogar einige Monate selbst bewohnt hatte. Auch die Tatsache, dass die Parteien den Vertrag als „Kaufvertrag“ bezeichnet haben und auch die kaufrechtlichen Regeln anwenden wollten, ändert nichts daran, dass Werkvertragsrecht gilt.

Ausführlich dazu: Wittler/Sieberg NJW 2010, 3617 mit zahlreichen weiteren Nachweisen

- b) Der **Reisevertrag** ist ein Werkvertrag, den der Gesetzgeber durch das Reisevertragsrecht in den §§ 651 a - 651 l verselbständigt und eigenen Regeln unterworfen hat.
- c) Auch beim **Garantievertrag** des § 311 I hat der Garant für einen bestimmten Erfolg einzustehen, doch muss der Garant nicht tätig werden, insbesondere kein Werk erstellen, um den garantierten Erfolg sicherzustellen.
- d) Als Abgrenzung zum **Dienstvertrag** wird beim Werkvertrag nicht die Arbeitsleistung als solche (die Bemühung) geschuldet; diese ist nur das Mittel für den herzustellenden Erfolg i.S.d. § 631 II, der den primär geschuldeten Leistungsgegenstand bildet. Erst die erfolgreiche Tätigkeit stellt Erfüllung dar, erst nach Erfolgseintritt schuldet der Besteller die Gegenleistung, so dass der Unternehmer (im Gegensatz zu § 611) das Risiko der erfolgreichen Tätigkeit trägt. Daher braucht die zur Herstellung erforderliche Arbeit auch nicht vom Unternehmer persönlich geleistet werden, es sei denn, dass der Erfolg des Werks untrennbar mit seiner Person verbunden ist (z.B.: künstlerische Leistung).

AL-Klausurtipp: Ob sich der Schuldner verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (= Werkvertrag/§ 631) oder ob er nur die Tätigkeit an sich verspricht (= Dienstvertrag/§ 611), hängt davon ab, ob er das Risiko des Erfolgseintritts übernehmen will (§ 631), ob die Vergütung nur nach dem Arbeitsaufwand (§ 611) oder auch nach der Qualität des Werks bemessen wird (§ 631), ob eine Risikoprämie gezahlt wird und ob der Erfolg im wesentlichen von der Tätigkeit des Schuldners abhängt (§ 631) oder auch von Faktoren, die er nicht beeinflussen kann (§ 611).

Beispiel: Zwischen dem Patienten und dem Arzt besteht ein Dienstvertrag: Der Arzt schuldet nicht die Heilung des Patienten, sondern nur eine fachgerechte Behandlung. Dies gilt auch bei Operationen (BGH NJW 1980, 1452), sogar bei kosmetischen Operationen (OLG Köln MDR 1988, 317) sowie bei zahnärztlichen und zahnprothetischen Behandlungen (OLG Düsseldorf VersR 1985, 456; OLG Koblenz NJW -RR- 1994, 52). Nur für die reine Anfertigung der Prothese gilt, auch im Verhältnis zwischen Zahnarzt und Zahnlabor, Werkvertragsrecht (BGH NJW 1975, 305; a.A. Jakobs NJW 1975, 1437). Ausführlich dazu Greiner AcP 2011, 221 ff.

- e) Der **Auftrag** i.S.d. §§ 662 ff. verpflichtet den Beauftragten zwar ebenfalls zum Tätigwerden, doch werden dem Beauftragten gemäß § 670 nur dessen Aufwendungen ersetzt. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist also die eigentliche Tätigkeit unentgeltlich.
- f) Beim **Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.d. § 675 wird der Geschäftsbesorger gegen Entgelt im Rechtskreis des Gläubigers selbständig tätig und erledigt Aufgaben, die eigentlich der Gläubiger wahrnehmen müsste. Wird nicht nur die Tätigkeit an sich, sondern auch ein bestimmter Erfolg geschuldet, handelt es sich um einen Unterfall des Werkvertrags. Da der Geschäftsbesorger aber im Rechtskreis eines anderen tätig wird, gelten schwerpunktmäßig die Regeln des Auftragsrechts, was auch zum treuhänderischen Charakter der Tätigkeit passt.
- g) Der **Baubetreuer** führt als Vertreter des Bauherrn in dessen Namen und auf dessen Rechnung und in der Regel auf dessen Grundstück die planerische, meist organisatorische, wirtschaftliche und finanzielle Gestaltung, Durchführung, Beaufsichtigung und Abrechnung des Baugeschehens aus und erhält dafür eine Vergütung. Der Vertrag zwischen ihm und dem Bauherrn ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter (BGH NJW 1994, 2825).
- h) Der **Bauträger** errichtet das Bauvorhaben im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Er wird als Bauherr Vertragspartner der Bauhandwerker und baut in der Regel auf eigenem oder von ihm zu beschaffendem Grund und Boden. Der Bauträgervertrag ist ein gemischter Vertrag, der sich aus Elementen des Kaufs und des Werkvertrags zusammensetzt: Beim Erwerb des Grundstücks gilt Kaufrecht, bezüglich des errichteten Gebäudes gilt Werkvertragsrecht und zwar unabhängig davon, ob das Gebäude zur Zeit des Vertragsschlusses bereits errichtet ist oder nicht (BGHZ 74, 204, 206; 68, 272, 273; Palandt/Sprau § 633 Rz. 4 m.w.N.).

§ 34 Die Pflichten der Vertragsparteien

Wie bei jedem anderen Vertrag auch können wir zwischen den Hauptpflichten und den Nebenpflichten einer jeden Vertragspartei unterscheiden:

I. Die Pflichten des Unternehmers

1) Die Hauptpflichten des Unternehmers: §§ 631, 633

Der Unternehmer muss das vereinbarte Werk rechtzeitig (§ 636) und mangelfrei (§§ 631, 633) herstellen und es abliefern, d.h. dem Besteller zugänglich machen. Wie bereits der Wortlaut des § 631 II zeigt, kann Gegenstand des Werkvertrags sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder auch ein unkörperliches Werk sein, das durch den Unternehmer erstellt wird.

a) Bei einem **körperlichen Werk** muss der Unternehmer eine Sache herstellen, reparieren oder verändern und das Werk dem Besteller aushändigen.

AL-Klausurtyp: Achten Sie dabei auf die Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651: Gemäß § 651 ist auf jeden Vertrag das Kaufrecht anzuwenden, bei dem die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen geschuldet ist! Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt oder ob der Besteller oder der Unternehmer das Ausgangsmaterial zur Verfügung stellt. Es gilt das Kaufrecht in der für diesen Fall anzuwendenden Erscheinungsform, also ggf. die Regeln über den Handelskauf (§ 377 HGB!) oder über den Verbrauchsgüterkauf gemäß den §§ 474 ff.. § 651, 2, 3 ordnen lediglich die zusätzliche Anwendung bestimmter Vorschriften an, die das Kaufrecht überlagern.

Beispiele:

Bei der Herstellung und Lieferung einer Einbauküche gilt ebenso das Kaufrecht wie bei der Herstellung eines Maßanzugs durch den Schneider.

Werkvertragsrecht gilt für Arbeiten an nicht beweglichen Gegenständen wie z.B. an Grundstücken. So ist die Erstellung oder Reparatur eines Bauwerks ebenso ein Werkvertrag wie die damit verbundene Herstellung von Einzelteilen, soweit gleichzeitig deren Einbau übernommen wird (z.B. Türen, Treppen, Fenster).

Die praktischen Auswirkungen des § 651 sind aber geringer als man zunächst vermuten würde, weil sowohl die Voraussetzungen als auch die Folgen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts dem Werkvertragsrecht sehr stark angenähert sind. Die Unterscheidung spielt also nur dort eine Rolle, wo sich der Werkvertrag noch vom Kaufvertrag unterscheidet:

- Abschlagszahlung: § 632 a
- Recht zur Ersatzvornahme: § 637
- Fälligkeit der Vergütung erst nach Abnahme: § 641
- Gefahrtragsregeln: §§ 644, 645
- Gesetzliche Sicherung des Werklohns: §§ 647 ff.

AL-Klausurtyp:

Selbst wenn der Unternehmer die Herstellung beweglicher Sachen schuldet, gelten die Regeln der §§ 631 ff., wenn der Unternehmer seine Leistung an einer bereits bestehenden Sache des Bestellers erbringen soll (z.B. Reparatur eines Pkw) und der Schwerpunkt der Tätigkeit nicht nur auf der Herstellung der Sache oder der Übertragung des Eigentums liegt, sondern in einem darüber hinausgehenden Erfolg, etwa einer geistigen Leistung (z.B. Konstruktion und anschließender Bau einer Maschine) oder der Einpassung in ein Gesamtwerk (z.B. Einbau einer Treppe). Steht also nicht die Herstellung an sich, sondern die geistige, planerische Leistung im Vordergrund, so gelten die Regeln der §§ 631 ff..

- b) **Unkörperliche Werke** muss der Unternehmer herstellen und dem Besteller so zur Verfügung stellen, dass dieser sie zweckentsprechend verwenden kann. Gutachten, Expertisen oder Pläne müssen schriftlich abgeliefert und erläutert, sonstige nicht verkörperte Leistungen (Beförderung, künstlerische Darbietungen) einfach erbracht werden.

2) Die Nebenpflichten des Unternehmers

Nebenpflichten sind allgemein gehaltene **Aufklärungs-, Treue- und Sorgfaltspflichten**, die den Schuldner dazu anhalten sollen, die Rechtsgüter seines Vertragspartners sorgfältig zu behandeln und auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen. Er muss also alles tun, was eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung ermöglicht, alles unterlassen, was sie gefährden könnte. Diese Nebenpflichten ergeben sich von Fall zu Fall aus dem jeweiligen Vertragsinhalt, dessen Zweck und der allgemeinen Treuepflicht eines jeden Vertragspartners. Verletzt der Unternehmer eine dieser Nebenpflichten, gelten die allgemeinen Regeln des Schuldrechts wie z.B. die Regeln des **§ 280 I** oder der **§§ 311 II, 241 II, 280 I 1**.

Beispiele:

- 1) Der Unternehmer muss den Besteller über alle relevanten Umstände aufklären, die dieser nicht kennt, die aber für dessen Willensbildung von Bedeutung sind.
- 2) Der Unternehmer muss auf Risiken und Gefahren des Werks hinweisen (BGH NJW -RR- 1987, 664), insbesondere auf seine Bedenken gegen die Brauchbarkeit einer noch nicht erprobten Technik (BGH DB 1993, 26; 1281), und auf die wirtschaftliche Unsinnigkeit des geplanten Vorhabens (OLG Hamm NJW -RR- 1992, 1329).
- 3) Der Unternehmer muss die Gegenstände des Bestellers pfleglich behandeln, soweit er mit ihnen in Berührung kommt (BGH NJW 1983, 113), Vorarbeiten anderer Unternehmer (BGHZ 95, 128) und auch das vom Besteller zur Verfügung gestellte Material überprüfen, ob es zur Herstellung des vereinbarten Werks geeignet ist, aber auch die eigene Leistung daraufhin überprüfen, ob sie als Grundlage für Folgearbeiten geeignet ist.

II. Die Pflichten des Bestellers

Hier müssen wir zwischen Hauptpflichten, Nebenpflichten und der Obliegenheit zur Mitwirkung unterscheiden.

1) Die Hauptpflichten des Bestellers

a) Die Pflicht zur Zahlung des Werklohns: §§ 631, 632

Bei der Frage, *ob* und *in welcher Höhe* der Besteller eine Vergütung schuldet, müssen wir zwischen 3 Fallgruppen unterscheiden:

- aa) **§ 631 I: In der Regel haben sich die Parteien sowohl über die Vergütungspflicht an sich als auch über die Höhe des Werklohns ausdrücklich geeinigt, so dass der Besteller den vertraglich vereinbarten Werklohn gemäß § 631 I bezahlen muss.** Die Beweislast für die Vergütungsabrede trägt der Unternehmer, der sich ja auf die anspruchsbegründende Tatsache der entsprechenden Vereinbarung beruft.
- bb) **§§ 631, 632 II: Die Parteien haben sich zwar - in der Regel konkludent - über die Vergütungspflicht an sich geeinigt, aber nicht über die Höhe des Werklohns gesprochen.** Hier steht dem Unternehmer eine **taxmäßige Vergütung** zu, wenn es eine gesetzliche oder gesetzlich zugelassene Gebührenordnung gibt (z.B. RVG; GOÄ, etc.). Wenn es keine derartige Gebührenordnung gibt, kann der Unternehmer gemäß den §§ 631, 632 II die **ortsübliche Vergütung** verlangen, also das, was für dieses Werk an diesem Ort zur Zeit des Vertragsschlusses üblicherweise gezahlt wird.

Lässt sich die ortsübliche Vergütung nicht ermitteln (was kostet ein Rechtsgutachten über die Zulässigkeit der Errichtung eines Braunkohlekraftwerks?), so gelten die §§ 315, 316: Der Unternehmer als Gläubiger der Werklohnforderung kann die Höhe der Vergütung nach billigem Ermessen festlegen, wobei der Besteller die Höhe im Streitfall gemäß § 315 III gerichtlich überprüfen lassen kann.

- cc) §§ 631, 632 I: Haben die Parteien zunächst nicht darüber gesprochen, ob die Leistung des Unternehmers überhaupt vergütet werden soll, so kann es sich entweder um einen unentgeltlichen Auftrag i.S.d. § 662 handeln oder um einen entgeltlichen Werkvertrag: **Gemäß § 632 I gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen Zahlung einer Vergütung erwartet werden konnte.** Um einen Dissens zu verhindern, wird also eine stillschweigende Einigung über die Vergütungspflicht fingiert. Dabei kommt es nicht auf den Willen der Parteien, sondern nur darauf an, ob die Umstände objektiv eine Vergütung erwarten lassen, wobei der Unternehmer diese Umstände beweisen muss. Wenn entsprechende Umstände für eine Vergütung sprechen, muss der Besteller die vereinbarte Unentgeltlichkeit beweisen (BGH NJW 1987, 2742).
- dd) Ein Kostenvoranschlag ist ohne abweichende Vereinbarung gemäß § 632 III im Zweifel nicht zu vergüten. Dies gilt auch für sonstige Vorarbeiten des Unternehmers.
Beispiel: Hat eine Partei im Zuge der Vertragsverhandlungen bereits Entwürfe, Modelle oder Voranschläge angefertigt, so kann dafür nur dann ein Entgelt gefordert werden, wenn sie als Einzelleistungen in Auftrag gegeben worden sind, wenn also eine Vergütung vereinbart worden ist (MünchKomm/Soergel § 632 Rz. 4). Ansonsten kommt es darauf an, in wessen Interesse diese Vorarbeiten erfolgt sind (OLG Hamm MDR 1992, 378): Sollten die Vorarbeiten nur das Angebot des Unternehmers erläutern, müssen die Vorarbeiten gemäß § 632 III nicht vergütet werden.
- ee) **Die Sicherung des Werklohnanspruchs: §§ 647 - 648 a**
 Da der Unternehmer vorleistungspflichtig ist, räumt ihm das Gesetz Sicherheiten für seine Ansprüche gegen den Besteller ein. Das Werkunternehmerpfandrecht an einer beweglichen Sache des Bestellers entsteht gemäß § 647 kraft Gesetzes. Die §§ 648, 648 a gewähren dem Unternehmer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung einer dinglichen Sicherheit.
- (1) **Das Werkunternehmerpfandrecht des § 647**
- (a) **Der Erwerb vom Berechtigten: Das Unternehmerpfandrecht entsteht kraft Gesetzes an der Sache, die der Unternehmer für den Besteller herstellt oder repariert, wenn die Sache dabei in den Besitz des Unternehmers gelangt. Es sichert sämtliche Ansprüche, die dem Unternehmer gegen den Besteller zustehen,** also nicht nur die Werklohnforderung des § 631, sondern auch den Entschädigungsanspruch des § 642 bei unterlassener Mitwirkung, den Anspruch auf Teilvergütung aus § 645 I sowie Ansprüche aus Verzug gemäß den §§ 280 I, II, 286 und sonstiger Pflichtverletzung gemäß § 280 I. Das Pfandrecht gewährt dem Unternehmer ein Recht zum Besitz gemäß § 986 I 1 und berechtigt ihn, die verpfändete Sache wie auch beim vertraglich bestellten Pfandrecht versteigern zu lassen: §§ 1257, 1228.
- (b) **Der Erwerb vom Nichtberechtigten:** In vielen Fällen gehört die Sache aber nicht dem Besteller, weil dieser sie entweder unter Eigentumsvorbehalt gekauft, zur Sicherheit an Dritte übereignet oder gemietet, geleast oder geliehen hat. Dann stellt sich die - sehr examensträchtige - Frage, ob der Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht gutgläubig - also nach rechtsgeschäftlichen Regeln - erwerben konnte. Diese Frage gehört ins Sachenrecht und wird dort von mir auch ausführlich besprochen (Langels, Sachenrecht 1 § 20 III 2 b).

Hier in aller Kürze:

- (aa) **Nach einer Ansicht gelten die Regeln über das vertraglich bestellte Pfandrecht in analoger Anwendung des § 1257 auch für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts**, so dass der Unternehmer das Unternehmerpfandrecht gemäß den §§ 1257 analog, 1204, 1205, 1207, 932 I gutgläubig vom Nichtberechtigten erwerben kann.
- (bb) Die **Rspr.** (BGHZ 34, 122), aber auch ein Teil der Lit. (z.B. Medicus BR Rz. 592 m.w.N.) lehnt den gutgläubigen Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts ab, weil § 1257 seinem klaren Wortlaut nach das gesetzliche Pfandrecht nur den rechtsgeschäftlich bereits bestellten (!) Pfandrechten gleichstellt. Der BGH hilft dem Unternehmer aber über ein **Zurückbehaltungsrecht aus § 1000**, weil der Unternehmer Verwendungen auf die fremde Sache i.S.d. §§ 994 ff. gemacht habe. Der Umstand, dass zum damaligen Zeitpunkt der Unternehmer berechtigter Besitzer gewesen ist und daher noch gar keine Vindikationslage vorgelegen habe, spiele dabei keine Rolle.
- (c) **Nach einer weiteren Auffassung (Medicus BR 591) hat der Unternehmer das Pfandrecht in entsprechender Anwendung des § 185 I gemäß § 647 vom Berechtigten erworben**, weil der Eigentümer den Besteller ermächtigt habe, durch die Reparatur das Pfandrecht kraft Gesetzes entstehen zu lassen.

(d) **▲ -Klausurtyp:**

Bei allen Unterschieden in der Begründung ist das Ergebnis nahezu identisch: Nach der 1. und 3. Ansicht hat der Unternehmer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 I, nach Auffassung der Rspr. ein Zurückbehaltungsrecht i.S.d. § 1000, so dass der Eigentümer die Reparatur wird bezahlen müssen, um seine Sache heraus verlangen zu können.

(2) **Der Anspruch des Unternehmers auf Bestellung einer Sicherungshypothek gemäß § 648**

Der Unternehmer eines Bauwerks kann vom Eigentümer des Grundstücks verlangen, dass er ihm eine Sicherungshypothek i.S.d. § 1184 einräumt. Unternehmer eines Bauwerks ist jeder, der eine Bauleistung erbringt, die den Wert des Grundstücks erhöht, also nicht nur der Bauunternehmer und Bauhandwerker, sondern auch der Architekt (BGHZ 51, 190). Die Bauleistung muss bereits begonnen haben und den Wert des Grundstücks erhöhen. Hat die Bauleistung einen Mangel, der den Wertzuwachs des Grundstücks verhindert, so kann der Eigentümer nicht nur die Zahlung des Werklohns, sondern auch die Bestellung der Sicherheit verweigern (BGHZ 91, 142).

(3) **Der Anspruch des Unternehmers auf Bestellung einer Sicherheit: § 648 a**

- (a) Da eine Sicherungshypothek natürlich nur vom Eigentümer des Grundstücks bestellt werden kann, ist § 648 für den Unternehmer keine Hilfe, wenn der Besteller nicht Eigentümer des Grundstücks ist. In derartigen Fällen kann der Unternehmer den Besteller gemäß § 648 a I 1 auffordern, für seine Vorleistungen eine Sicherheit bis zur Höhe des Vergütungsanspruchs zu stellen und bis dahin seine Leistungen verweigern. Die Sicherheit kann gemäß § 648 a II durch Garantie oder sonstiges Zahlungsverprechen eines Kreditinstituts geleistet werden, wobei der Sicherungsgeber nur dann an den Unternehmer zahlen darf, wenn der Besteller den Vergütungsanspruch anerkannt hat oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung verurteilt wurde.

- (b) Kommt der Besteller seiner Verpflichtung zur Stellung einer Sicherheit nicht nach, so kann der Unternehmer die Bestellung nicht einklagen. Ihm steht aber nach § 648 a V ein Anspruch auf Teilvergütung gemäß den §§ 643, 645 I zu. Gilt der Vertrag nach diesen Regeln als aufgehoben, kann der Unternehmer darüber hinaus gemäß § 648 a V 2 noch Ersatz seines Vertrauensschadens verlangen.

b) Die Verpflichtung zur Abnahme des Werks: § 640

Der Vergütungsanspruch des Unternehmers entsteht zwar bereits mit Abschluss des Werkvertrags, doch wird er ohne abweichende Vereinbarung gemäß § 641 I erst *fällig und damit durchsetzbar*, wenn der Besteller das Werk *abgenommen* hat. Da der Unternehmer beim Werkvertrag auch wegen der weiteren Konsequenzen der Abnahme (dazu unten ee) ein gesteigertes Interesse an der Abnahme hat, ist die Abnahme beim Werkvertrag eine **synallagmatische Hauptpflicht des Bestellers**.

aa) Die Voraussetzungen der Abnahme

- (1) Die Abnahme besteht regelmäßig aus 2 Teilen: **Zum einen nimmt der Besteller das Werk körperlich entgegen, zum anderen billigt er das Werk als im wesentlichen vertragsgemäß** (OLG Stuttgart NJW -RR- 2011, 669, 670; BGHZ 48, 257, 262; NJW 1993, 1972); wenn der Besteller das Werk ohnehin bereits besitzt, genügt die Erklärung, dass er das Werk billige und als Erfüllung akzeptiere (BGHZ 94, 119; 72, 261). Ist das Werk mangelhaft, so hat der Unternehmer seine vertragliche Pflicht noch nicht erfüllt, so dass der Besteller ein mangelhaftes Werk nicht abnehmen muss.
- (2) Die Billigung kann auch durch **schlüssiges Verhalten** erfolgen, doch setzt auch die konkludente Abnahme eine körperliche Entgegennahme sowie die stillschweigende Erklärung voraus, dass der Besteller das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt (BGH NJW -RR- 2010, 748; NJW 1993, 1063, 1064). Auch kann von einer konkludenten Billigung erst nach Ablauf einer gewissen Überprüfungsfrist gesprochen werden (BGH WM 1992, 1579): Die Entgegennahme eines Gutachtens mit 300 Seiten ist ebenso wenig eine stillschweigende Billigung wie die erstmalige Benutzung der hergestellten Sache. Nicht die erste feststellbare Nutzung ist Billigung, sondern die anschließende Nutzung von einer gewissen Dauer, die jeweils vom Einzelfall abhängt (OLG Bamberg, NJW -RR- 2006, 891).

Beispiele für eine konkludente Billigung:

- 1) Dem Unternehmer gegenüber zum Ausdruck gekommene längere Benutzung des im Wesentlichen funktionstüchtigen Werks, tagelange Benutzung des reparierten Pkw (OLG Düsseldorf NJW 1995, 142).
- 2) Bei der Herstellung von individueller Software liegt eine Abnahme erst vor, wenn das Benutzerhandbuch und weitere erforderliche Unterlagen ausgehändigt (BGH NJW 1993, 1063) und das Personal eingewiesen wurde und wenn die Anlage im Betrieb des Bestellers eine gewisse Zeit mangelfrei gearbeitet hat (BGH NJW -RR- 2004, 782; OLG Düsseldorf BB 1989, 520). Eine entgegenstehende Vereinbarung in den AGB des Unternehmers ist unwirksam (OLG Hamm NJW 1990, 1609).

Gegenbeispiele:

- 1) Im Einzug in ein gebautes Haus liegt keine konkludente Abnahme des Bauwerks, wenn der Besteller vor dem Einzug bereits die Abnahme aufgrund von Mängeln verweigert, die auch beim Einzug noch nicht beseitigt sind (BGH WM 1999, 2116).
- 2) Hat der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt und das Werk in der Zwischenzeit aus betrieblichen Zwängen durch Dritte reparieren lassen und weiterbenutzen müssen, so liegt darin keine konkludente Abnahme (BGH ZIP 1996, 839).
- (3) Ist eine Abnahme des Werks aufgrund der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen (z.B. bei einer künstlerischen Darbietung, einer Beförderung oder Filmvorführung), so tritt gemäß § 646 die **Vollendung** des Werks an die Stelle der Abnahme.

- (4) Da der Vergütungsanspruch erst nach Abnahme fällig wird, wird der Besteller versuchen, die Abnahme möglichst lange zu verzögern und sich dabei auf – möglicherweise geringfügige – Mängel berufen. Um dies zu verhindern, gilt **§ 640 I 2: Wegen unwesentlicher Mängel darf der Besteller die Abnahme nicht verweigern**. Bei der Frage, wann der Mangel geringfügig ist, kommt es auf die dadurch bedingte Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit sowie die Kosten der Mängelbeseitigung an.
- (5) **Nach § 640 I 3 steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist abgenommen hat.** Dem § 12 VOB/B wird entnommen, dass regelmäßig eine Frist von 12 Tagen als angemessen gilt. Eine zu kurz bemessene Frist setzt wie auch bei § 281 eine angemessene Frist in Gang. Die Abnahmefiktion des § 640 I 3 setzt aber voraus, dass das Werk frei von wesentlichen Mängeln ist, was der Unternehmer im Streitfall beweisen muss.

bb) **Die Konsequenzen der Abnahme:**

- (1) **Der Vergütungsanspruch des Unternehmers wird gemäß § 641 I fällig.** Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so wird der Vergütungsanspruch für den jeweiligen Teil bei dessen Abnahme fällig (OLG Brandenburg, NJW -RR- 2011, 603, 604 mwN).

Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird gemäß § 641 II spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller seine Vergütung vom Dritten erhalten hat oder wenn das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen wurde oder es als abgenommen gilt. Man spricht hier von einer „**Durchgriffsfälligkeit**“: § 641 II schützt den vom Generalunternehmer beauftragten Subunternehmer bzw. vom Bauträger beauftragte Handwerker, denn der Generalunternehmer kann die Bezahlung des Werklohns nicht mit dem Hinweis auf vermeintliche Mängel verweigern. Wäre das Werk der Subunternehmer tatsächlich mangelhaft gewesen, hätte ja auch der Generalunternehmer seinerseits keine Vergütung von seinem eigenen Vertragspartner verlangen dürfen.

Beachte: Da der Subunternehmer vom Dritten nicht erfahren wird, ob und wann er an den Generalunternehmer gezahlt hat, steht dem Subunternehmer gemäß § 242 ein **Auskunftsanspruch** gegen den Generalunternehmer zu.

- (2) Der Besteller muss den Werklohn nach der Abnahme gemäß **§ 641 IV verzinsen**.
- (3) **Die Verjährungsfrist des § 634 a I beginnt gemäß § 634 a II mit der Abnahme des Werks.**
- (4) **Die Beweislast kehrt sich um:** Bis zur Abnahme muss der Unternehmer beweisen, dass er seine Pflicht durch die Herstellung eines mangelfreien Werks erfüllt hat (§ 362). Nach der Abnahme muss der Besteller gemäß § 363 den Mangel des Werks beweisen, da der Mangel den Anspruch auf Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 begründet (BGH NJW 1994, 942, 943).
- (5) **Leistungs- und Gegenleistungsgefahr gehen gemäß § 644 I 1 auf den Besteller über.**

2) Die Nebenpflichten des Bestellers

Die Nebenpflichten des Bestellers bestimmen sich im Einzelfall gemäß § 242 nach Treu und Glauben. Geschuldet wird regelmäßig **Sorgfalt** im Umgang mit den Rechtsgütern des Unternehmers sowie entsprechende **Aufklärung** und **Information**. Verletzt der Besteller eine seiner Nebenpflichten, so gelten die Regeln des allgemeinen Schuldrechts wie z.B. die Regeln über die **Pflichtverletzung gemäß § 280**, der **c.i.c.** gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I oder des anspruchsmindernden Mitverschuldens gemäß § 254 I.

Beispiele:

- 1) Der Bauherr muss dem Bauunternehmer ebenso wie der Hauptunternehmer dem Subunternehmer zuverlässige Pläne und Unterlagen zur Verfügung stellen, wobei der Architekt der Erfüllungsgehilfe des jeweiligen Bestellers ist (BGH NJW 1987, 644).
- 2) Der Besteller muss analog § 618 Fürsorge für das Personal des Unternehmers treffen, das beim Besteller arbeitet (OLG Düsseldorf NJW -RR- 1995, 403). Gleiches gilt für die Gerätschaften des Unternehmers, wenn dies dem Besteller zumutbar ist, doch kann die Fürsorgepflicht in beiden Fällen vertraglich abbedungen werden (BGHZ 56, 269).

3) Die Obliegenheit zur Mitwirkung: §§ 642, 643

In vielen Fällen kann der Unternehmer das vertraglich vereinbarte Werk nur herstellen, wenn der Besteller daran mitwirkt: Wer beim Schneider einen Anzug in Auftrag gibt, muss seine Maße nehmen lassen und zur Anprobe kommen, wer seinen Wagen reparieren lassen will, muss ihn in die Werkstatt bringen.

Kommt der Besteller dieser Mitwirkungspflicht nicht nach, so gerät er bereits nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts in **Annahmeverzug**, so dass er gemäß § 304 die **Mehraufwendungen** des Unternehmers ersetzen muss, die diesem durch das erfolglose Anbieten seiner Leistung entstehen. Über diese allgemeinen Regeln hinaus enthält aber das Werkvertragsrecht Sonderregeln, weil gerade der Werkunternehmer seine Arbeit und sein Kapital bereithält und weil durch die unterlassene Mitwirkung seine zeitliche Disposition durchkreuzt wird: Zeit ist Geld.

a) Der Entschädigungsanspruch des § 642 I

Wenn der Besteller durch seine unterlassene Mitwirkung in Annahmeverzug gerät, so kann der Unternehmer gemäß § 642 I eine angemessene Entschädigung verlangen, die über den Aufwendungsersatzanspruch des § 304 hinausgehen kann. Obwohl der Besteller auch unverschuldet in Annahmeverzug geraten kann, muss er (in abgemilderter Form) dem Unternehmer den Schaden ersetzen, den dieser durch die Bereithaltung von Arbeitskraft und Kapital erlitten hat, auf deutsch: weil er tatenlos herumgesessen ist.

Dieser Entschädigungsanspruch des § 642 I tritt neben den Erfüllungsanspruch auf Zahlung des Werklohns, wenn das Werk doch noch fertig gestellt wird, ansonsten neben den Anspruch auf Teilvergütung für das bisher Geleistete gemäß § 645 I 2 oder den weitergehenden Schadensersatzanspruch des § 645 II, wenn das Werk durch das Verschulden des Bestellers nicht mehr hergestellt werden kann (BGHZ 50, 175, 179).

b) Das Kündigungsrecht des Unternehmers nach Fristsetzung gemäß § 643

Zusätzlich kann der Unternehmer dem Besteller eine Frist zur Mitwirkung setzen. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Unternehmer den Werkvertrag **kündigen** und dadurch für klare Verhältnisse sorgen. In diesem Fall kann er gemäß § 645 I 2 verlangen, dass seine **bisher erbrachten Leistungen vergütet** werden und zwar auch dann, wenn diese Leistungen für den Besteller völlig wertlos sind.

c) Die Verpflichtung des Bestellers zum Schadensersatz gemäß § 280 I

Jeder Vertragspartner ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks gefährden könnte, aber auch alles zu tun, damit der Vertrag durchgeführt werden kann (= Verpflichtung zur Leistungstreue). Wenn der Werkvertrag ohne Mitwirkung des Bestellers nicht erfüllt werden kann, ist diese Mitwirkung keine *Obliegenheit* mehr, sondern so gesehen eine *Vertragspflicht* des Bestellers im weiteren Sinne, die unterlassene Mitwirkung eine Leistungsstörung. Verletzt der Besteller in derartigen Fällen seine Mitwirkungspflicht schuldhaft, schuldet er dem Unternehmer Schadensersatz nach den Regeln des § 280 I, wobei die Regeln der Generalklausel gemäß § 280 I nicht durch die §§ 642 ff. verdrängt werden.

d) Die Mitwirkung des Bestellers als einklagbare Leistungspflicht

Die Parteien können aber auch - ggf. konkludent - vereinbaren, dass die Mitwirkung des Bestellers zur Hauptpflicht des Vertrags erhoben wird. Dies geschieht häufig, wenn größere Projekte erstellt werden sollen und wenn Unternehmer und Besteller daher für einen längeren Zeitraum zusammenarbeiten müssen und aufeinander angewiesen sind. In derartigen Fällen ist die Mitwirkung keine reine Obliegenheit mehr, sondern eine einklagbare Leistungspflicht des Bestellers: Kommt der Besteller seiner Mitwirkungspflicht schuldhaft nicht nach, so gerät er in Schuldnerverzug und muss dem Unternehmer gemäß den §§ 280 I, II, 286 den **Verzögerungsschaden** ersetzen, ihn also in Geld so stellen, wie dieser bei rechtzeitiger Mitwirkung stehen würde.

§ 35 Der Mangel des Werks

I. Der Sachmangel: § 633 II

1) § 633 II 1 – Subjektiver Fehlerbegriff

- a) **Das Werk hat gemäß § 633 II 1 einen Sachmangel, wenn es nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat.** Durch das Abstellen auf die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit gilt also auch im Werkvertragsrecht zunächst der **subjektive Fehlerbegriff: Das Werk hat einen Sachmangel, wenn es aus der Sicht des Bestellers negativ von dem Zustand abweicht, den die Parteien bei Abschluss des Werkvertrags ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben** (OLG Brandenburg ZGS 2011, 330). Vereinbart ist die Beschaffenheit, wenn sie im Vertrag – ausdrücklich oder konkludent - festgelegt ist. Es genügt jede verbindliche Beschreibung, die allerdings bei formbedürftigen Verträgen (z.B. § 311 b I) ebenso formbedürftig ist. Auf ein Verschulden des Unternehmers (zB bei Selbstbelieferung mit nicht erkennbar mangelhaften Zubehörteilen) kommt es nicht an (OLG Nürnberg NJW 2011, 100, 105 mwN).
- b) **Das Werk kann sowohl nach der Art der Ausführung als auch nach dem vereinbarten Verwendungszweck beschrieben sein.** Auch eine **zugesicherte Eigenschaft** ist Teil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Dabei ist die Eigenschaft konkludent zugesichert, wenn diese Eigenschaft für die Brauchbarkeit der Sache zum vertraglich vereinbarten Zweck unerlässlich ist (z.B. eine bestimmte Stärke von Brettern bei der Herstellung eines Bücherregals). Ebenso gilt als stillschweigend vereinbart, dass der Unternehmer anerkannte Regeln des Handwerks befolgen wird, wie z.B. DIN-Normen oder VOB-Vorschriften oder der Energiesparverordnung (dazu BGH NJW 2013, 370).

2) § 633 II 2 Nr. 1: Das Werk eignet sich nicht für den vereinbarten Zweck

Wenn die Parteien keine – ausdrückliche oder konkludente – Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben, gilt **§ 633 II 2 Nr. 1: Das Werk hat einen Sachmangel, wenn es sich nicht für die vertraglich vereinbarte Verwendung eignet.** Diese Verwendung muss aber – ausdrücklich oder konkludent – vereinbart sein (BGH NJW 2008, 511). Die bloße einseitige Erwartung des Bestellers, das Werk in einer bestimmten Art und Weise verwenden zu können, begründet keinen Mangel, sondern ist das persönliche Risiko des Bestellers.

3) § 633 II 2 Nr. 2: Abweichung von der Normalbeschaffenheit

Haben die Parteien weder über die Beschaffenheit noch über den Verwendungszweck gesprochen, gilt **§ 633 II 2 Nr. 2: Das Werk ist mangelhaft, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder nicht so ist, wie Werke dieser Art normalerweise sind.** Hier gilt ebenso wie beim Kauf der **Erwartungshorizont eines Durchschnittsdritten** als Maßstab.

- 1) **Computer:** Das individuell hergestellte Computerprogramm stürzt bei geringfügigen Fehlern ab, ohne dass im Handbuch erklärt ist, wie die Fehlbedienung vermieden werden kann. Das Softwareprogramm hat inhaltliche Fehler, die Programmbeschreibung ist entweder schwer verständlich oder fehlt ganz. Die Speicherkapazität der Festplatte genügt nicht.
- 2) **Errichtung eines Gebäudes:** Zu geringe Deckenhöhe, so dass ein Wohnen unmöglich ist; mangelnde Isolierung des Gebäudes gegen Feuchtigkeit oder Schall.
- 3) Bei **künstlerischer Leistung** hat der Unternehmer eine gewisse Gestaltungsfreiheit, die seiner künstlerischen Eigenart entspricht und seiner schöpferischen Kraft Ausdruck verleiht (BGHZ 19, 382). Diese Gestaltungsfreiheit kann aber zum einen vertraglich beschränkt werden und geht z.B. bei der Erstellung eines Portraits nicht soweit, dass man den Portraitierten nicht mehr erkennen kann (OLG Karlsruhe Justiz 1974, 123).

- 4) **Sonstige Werke:** Technischer Minderwert, der den Gebrauchs- oder Veräußerungswert des Werks mindert; Herstellung des Werks unter Verstoß gegen anerkannte Regeln wie DIN-Normen, VDE-Bestimmungen. Auf der anderen Seite kann ein Werk auch dann fehlerhaft sein, wenn der Unternehmer alle einschlägigen Bestimmungen eingehalten hat, das Werk aber dennoch nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder nicht zum vereinbarten Zweck benutzt werden kann.

4) **Materialbedingter Sachmangel**

Ist das Werk aber nur deshalb fehlerhaft, weil der Besteller ein ungeeignetes Material zur Verfügung gestellt hat oder weil ein anderer Unternehmer fehlerhaft gearbeitet hat, so haftet der Unternehmer nur dann für den Fehler „seines“ Werks, wenn er dies hätte erkennen können. Wie wir oben bereits gesehen haben, muss der Unternehmer das ihm gelieferte Material und die Vorarbeiten anderer Unternehmer auf die jeweilige Tauglichkeit zur Verwendung hin untersuchen (BGH NJW 1987, 643).

5) **§ 633 II 3: Zuweniglieferung bzw. aliud-Lieferung**

Gemäß § 633 II 3 wird auch eine Zuweniglieferung oder eine aliud- Lieferung als Sachmangel behandelt.

-Klausurtipp:

Dieser Mangel wird aber im Werkvertragsrecht selten auftreten, weil bei der Neuherstellung einer beweglichen Sache gemäß § 651 ausschließlich Kaufrecht gilt!

II. Der Rechtsmangel: § 633 III

Das Werk hat gemäß § 633 III einen Rechtsmangel, wenn Dritte Rechte gegen den Besteller geltend machen können. Da der Stoff, aus dem der Unternehmer das Werk herstellen soll, beim Werkvertrag ohnehin dem Besteller gehört, kommt ein Rechtsmangel nur in Betracht, wenn der Unternehmer bestimmte Zutaten beschaffen soll oder bei Werken, deren Gebrauch Rechte Dritter wie z.B Urheber- oder Patentrechte verletzen kann.

Beispiel: Der mit der Komposition eines Musicals beauftragte Komponist verarbeitet in seinem Werk große Teile erfolgreicher Stücke anderer Komponisten, so dass das Musical aus urheberrechtlichen Gründen nicht aufgeführt werden darf.

§ 36 Die Rechte des Bestellers bei Herstellung eines mangelhaften Werks

Vorbemerkung

-Klausurtyp:

Gemäß § 633 I ist der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller das Werk frei von Sach- oder Rechtsmängeln zu verschaffen. Hat das Werk einen Mangel, so hat der Unternehmer die Pflicht aus § 633 I verletzt mit der Folge, dass jetzt das im Schuldrecht AT geregelte allgemeine Recht der Leistungsstörungen gilt. Das Werkvertragsrecht enthält daher grundsätzlich kein eigenes Gewährleistungsrecht, sondern verweist in § 634 auf die allgemeinen Regeln der Pflichtverletzung. Diese allgemeinen Regeln der Pflichtverletzung werden jedoch durch Sonderbestimmungen des Werkvertragsrechts über die Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638) und das Recht der Ersatzvornahme (§§ 634 Nr. 2; 637) überlagert. Ferner gelten gemäß § 636 besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz sowie vor allem eine eigenständige Verjährungsregelung gemäß § 634 a, die von der allgemeinen Verjährungsregelung der §§ 195 ff. in Bezug auf die Dauer als auch den Beginn der Verjährung erheblich abweicht.

-Klausurtyp:

Obwohl das Werkvertragsrecht bei Mangelhaftigkeit des Werks auf die allgemeinen Regeln der Leistungsstörungen verweist, bestehen zwischen den Rechten des Bestellers gemäß den §§ 633 ff. und den allgemeinen Regeln der Leistungsstörungen erhebliche Unterschiede; man denke nur an die Verjährungsregelung des § 634 a oder das Recht der Minderung bzw. Ersatzvornahme. **Achten Sie daher auf die zeitliche Zäsur:**

Da alle in § 634 genannten Rechte des Bestellers bei mangelhaftem Werk im Grundsatz auf dem Nacherfüllungsanspruch aufbauen, liegt diese Zäsur beim **Gefahrübergang**, also regelmäßig bei der **Abnahme** des Werks. **Sie müssen daher in Ihrer Klausur zwischen den Rechten des Bestellers vor und nach der Abnahme unterscheiden (vgl. auch BGH NJW -RR- 2010, 748)!**

1) Die Rechte des Bestellers vor der Abnahme des Werks

Bevor der Besteller das Werk i.S.d. § 640 abgenommen hat oder die Abnahme gemäß § 640 I 3 fingiert wird, hat der Besteller folgende Rechte:

- a) Zunächst einmal kann der Besteller vor der Abnahme die **Zahlung des Werklohns verweigern**, weil der Vergütungsanspruch gemäß § 641 erst mit der Abnahme des Werks fällig wird.
- b) Der Besteller kann gemäß den §§ 631, 633 I die **Herstellung eines mangelfreien Werks verlangen**. Dieser Anspruch ist der ursprüngliche Erfüllungsanspruch, der nach den allgemeinen Regeln der §§ 195 ff. verjährt.
Der Erfüllungsanspruch des Bestellers ist jedoch gemäß § 275 ausgeschlossen, wenn die Herstellung einer mangelfreien Sache dem Unternehmer unmöglich ist (§ 275 I) bzw. – z.B. wegen eines unzumutbaren finanziellen Mehraufwandes – nicht zuzumuten ist (§ 275 II). Hier gilt § 635 III analog: Da der Erfüllungsanspruch die gleiche Rechtsnatur wie der Nacherfüllungsanspruch hat, muss er auch unter den gleichen Voraussetzungen entfallen.
- c) **Kommt der Unternehmer der Pflicht zur Herstellung einer mangelfreien Sache nicht nach, gelten die allgemeinen Regeln über die Leistungsstörungen ohne die Verweisung über § 634:** Der Besteller kann ohne den Umweg über § 634 vorgehen, muss also die Sache nicht abnehmen, um seine in § 634 genannten Gewährleistungsrechte geltend machen zu können. Das bedeutet:

- aa) Der Besteller kann (und muss!) dem Unternehmer zur Wahrung seiner Rechte gemäß den §§ 280 I, III, 281 bzw. § 323 I eine angemessene Nachfrist zur Herstellung des mangelfreien Werks setzen.
- bb) Kommt der Unternehmer seiner Pflicht aus den §§ 631, 633 I nicht innerhalb dieser Frist nach, so kann der Besteller gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten.
- cc) Hat der Unternehmer den Mangel zu vertreten (was gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet wird), so kann der Besteller gemäß den §§ 280 I, III, 281 I bzw. 311 a II Schadensersatz statt der Leistung verlangen.
- dd) **Die §§ 634 ff. sind vor der Abnahme in 2 Fällen anwendbar:**
 - (1) **wenn der Unternehmer das Werk hergestellt hat und sich der Erfüllungsanspruch des Bestellers trotz des Mangels auf dieses eine Werk beschränkt.** Jetzt ist bereits vor der Abnahme die Gefahr auf den Besteller übergegangen.
Beispiel: Der Mangel ist derart geringfügig, dass der Besteller die Abnahme gemäß § 640 I 2 nicht verweigern darf. Lehnt er die Abnahme ab, gerät er in Annahmeverzug, so dass die Gegenleistungsgefahr gemäß § 644 I 2 auf ihn übergeht.
 - (2) **wenn offensichtlich ist, dass der Unternehmer das Werk nicht vertragsgerecht herstellen wird.** Hier kann der Besteller z.B. bereits vor der Abnahme den Mangel im Wege der Ersatzvornahme gemäß den §§ 634 Nr. 2, 637 beseitigen (lassen) oder den Werklohn gemäß den §§ 634 Nr. 3, 638 mindern.

2) Die Rechte des Bestellers nach der Abnahme

Nach der Abnahme beschränken sich die Rechte des Bestellers auf das mangelhaft hergestellte und durch die Abnahme als Erfüllung angenommene Werk. Sehen wir uns die Rechte des Bestellers nach der Abnahme des Werks zunächst im Überblick an:

- a) §§ 634 Nr. 1, 635: **Nacherfüllung:** Der Besteller kann – und muss! – zunächst verlangen, dass der Unternehmer den Mangel auf eigene Rechnung beseitigt. Dabei kann im Gegensatz zum Kaufrecht der Unternehmer darüber entscheiden, ob er den Mangel am vorhandenen Werk beseitigt oder ob er ein neues Werk herstellt.
- b) §§ 634 Nr. 2; 637: **Ersatzvornahme:** Kommt der Unternehmer dem Verlangen auf Nacherfüllung nicht innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist nach oder schlägt die Nacherfüllung fehl, so kann der Besteller den Mangel selbst auf Kosten des Unternehmers beseitigen (lassen).
- c) §§ 634 Nr. 3; 323, 326 V: **Rücktritt:** Kommt der Unternehmer der ihm gesetzten Frist zur Nacherfüllung nicht nach oder schlägt die Nacherfüllung fehl, so kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten. Dabei verweist § 634 Nr. 3 (ebenso wie § 437 Nr. 2) auf das Rücktrittsrecht der allgemeinen Pflichtverletzung aus § 323.
- d) §§ 634 Nr. 3, 2. Alt.; 638: Unter den Voraussetzungen des Rücktritts kann der Besteller den Werklohn durch Minderung einseitig herabsetzen.
- e) §§ 634 Nr. 4; 280, 281, 283, 311 a II: **Schadensersatz:** Wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk liefert, so verletzt er seine Pflicht aus § 633 I. Hat er diese Pflichtverletzung zu vertreten (was gemäß den §§ 280 I 2, 311 a II 2 widerlegbar vermutet wird), so kann der Besteller unter den Voraussetzungen der §§ 280 – 283 bzw. 311 a II Schadensersatz verlangen.

I. Der Erfüllungsanspruch des Bestellers auf Herstellung eines mangelfreien Werks: §§ 631, 633 I

- 1) Stellt der Besteller bereits vor der Abnahme fest, dass das vom Unternehmer hergestellte Werk mangelhaft ist, so kann er die **Abnahme verweigern** und die **Herstellung eines mangelfreien Werks verlangen**.
- 2) Der Unternehmer kann den Mangel in 2facher Form beseitigen: entweder durch komplette Neuherstellung oder durch die Beseitigung des Mangels am vorhandenen Werk. **Ob der Besteller eine Neuherstellung verlangen oder sich mit einer Mängelbeseitigung am vorhandenen Werk zufrieden geben muss, wird durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessenlagen gemäß § 242 ermittelt:**
 - a) Wenn sich der Mangel problemlos durch Nachbesserung des bereits vorhandenen Werks beseitigen lässt, kann der Besteller aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur Beseitigung des Mangels, aber keine Neuherstellung verlangen.
 - b) Ist eine Nachbesserung jedoch entweder nicht möglich, bereits fehlgeschlagen oder dem Besteller aus besonderen Gründen nicht zuzumuten, so kann der Besteller Neuherstellung verlangen.
- 3) **Aber: Der Besteller kann weder Neuherstellung noch Mängelbeseitigung verlangen, wenn**
 - a) der Mangel des Werks seine Ursache im Verantwortungsbereich des Bestellers hat oder
 - b) wenn die Herstellung eines mangelfreien Werks unmöglich geworden ist (z.B. bei Planungsfehlern des Architekten nach Errichtung des Baus; dazu BGHZ 43, 227, 232) oder
 - c) wenn der für den Unternehmer erforderliche Aufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen stünde, die der Besteller durch Neuherstellung/Mängelbeseitigung hätte (BGHZ 111, 123). Bei dieser Einschränkung muss aber auch das Verschulden des Unternehmers berücksichtigt werden: Die Nachbesserung/Neuherstellung bleibt zumutbar, wenn der Mangel auf einer groben Fahrlässigkeit des Unternehmers beruht (OLG Düsseldorf NJW -RR- 1987, 1167).

II. Der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung: §§ 634 Nr. 1; 635

- 1) **Wenn der Besteller das mangelhafte Werk gemäß § 640 abgenommen hat, ist sein Erfüllungsanspruch aus den §§ 631, 633 I auf Herstellung eines mangelfreien Werks erloschen.** Dies gilt auch, wenn er den Mangel bei der Abnahme nicht erkannt hat, vielleicht auch gar nicht erkennen konnte. Nach der Abnahme beschränkt sich die Verpflichtung des Unternehmers auf das bereits hergestellte Werk: **Der Besteller kann jetzt grundsätzlich nur Beseitigung des Mangels am hergestellten Werk, in Ausnahmefällen aber auch Neuherstellung verlangen, wenn sich der Mangel anders als durch Neuherstellung nicht beseitigen lässt** (BGHZ 99, 111) und die Neuherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand i.S.d. § 635 III erfordert.
- 2) Der Besteller kann aber gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 eine Beseitigung des Mangels durch Nacherfüllung verlangen. **Dabei steht es – im Gegensatz zum Kaufrecht – im Ermessen des Unternehmers, ob er den Mangel am vorhandenen Werk beseitigt oder ob er ein neues Werk herstellt.** Die Abweichung vom Kaufrecht wird damit begründet, dass der Unternehmer im Gegensatz zum Verkäufer das Werk selbst herstellt und daher auch viel besser beurteilen kann, ob der Mangel durch Nachbesserung oder Neuherstellung behoben werden soll und was nicht zuletzt für ihn auch kostengünstiger wäre. Dieses Wahlrecht des Unternehmers verletzt auch nicht die

Interessen des Bestellers, der ja letztlich ein mangelfreies Werk erhält. Sollte die eine oder andere Art der Nacherfüllung für ihn jedoch unzumutbar sein, so kann er sie nach Treu und Glauben gemäß § 242 verweigern.

- 3) Der Anspruch auf Mangelbeseitigung setzt nur einen **objektiven Mangel** voraus, **der seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich des Bestellers hat**. Worauf der Mangel ansonsten beruht, spielt keine Rolle; **insbesondere auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es nicht an**. Der Besteller kann also auch dann Mangelbeseitigung verlangen, wenn der Unternehmer kein Fachmann ist oder wenn der Unternehmer den Mangel gar nicht erkennen konnte.
- 4) Das Beseitigungsverlangen des Bestellers muss so **konkret bestimmt** sein, dass sich der Mangel lokalisieren und bestimmen lässt sowie erkennen lassen, dass eine Beseitigung erwartet wird. Dabei kann der Besteller die Beseitigung des Mangels bereits vor der Ablieferung des Werks verlangen.
- 5) § 635 II stellt klar, dass der Unternehmer die **Kosten** tragen muss, die mit der Mangelbeseitigung am ursprünglichen Abnahmeort verbunden sind. Dies gilt auch für Nebenkosten wie z.B. Transport-, Wege-, Material- und Arbeitskosten. **Darüber hinaus muss der Unternehmer gemäß § 635 II auch alle Kosten übernehmen, die durch vorbereitende Arbeiten auf dem Weg zur Mangelbeseitigung entstehen sowie die Kosten, die zur Wiederherstellung des früheren Zustands erforderlich sind**. Werden bei der Beseitigung des Mangels sonstige Rechtsgüter des Bestellers außerhalb des mangelhaften Werks beschädigt, so muss der Unternehmer diese Schäden beheben.

AL-Klausurtipp:

Der darauf gerichtete Anspruch des Bestellers basiert auf den §§ 634 Nr. 1, 635, nicht auf den §§ 634 Nr. 4, 280 I und setzt daher auch kein Verschulden des Unternehmers voraus! Daher muss der Unternehmer gemäß § 635 II auch nicht jeden Schaden ersetzen, der durch den Mangel adäquat kausal verursacht worden ist, sondern nur den, der geradezu zwingend bei der Beseitigung des Mangels entsteht.

Beispiel: Hat der Unternehmer ein Wasserrohr fehlerhaft verlegt, so muss er gemäß § 635 II nicht nur den Mangel am Wasserrohr beseitigen, sondern auch die Kosten ersetzen, die beim Aufstemmen und anschließenden Verputzen/Tapezieren der Wand entstehen werden. Schäden an anderen Rechtsgütern wie z.B. Feuchtigkeitsschäden an Bildern oder einen dem Besteller entgangenen Gewinn bei gewerblich genutzten Räumen muss der Unternehmer nach den Regeln der §§ 634 Nr. 4, 280 – 283 nur dann ersetzen, wenn er den Mangel verschuldet hat

- 6) Wie auch beim Kauf müssen wir bei der Frage der Zumutbarkeit der Nachbesserung zwischen § 275 I und § 635 III unterscheiden:
 - a) Der Unternehmer ist nicht zur Nacherfüllung verpflichtet, wenn die Nacherfüllung i.S.d. § 275 I unmöglich ist.
 - b) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unter Berufung auf § 635 III verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre (dazu BGH NJW 2014, 2802; 2013, 370 mwN). Im Gegensatz zu § 439 III bezieht sich § 635 III nicht auf die eine oder andere Art der Nacherfüllung, weil ja beim Werkvertrag der Unternehmer selbst entscheiden darf, wie er den Mangel beseitigen will. Ist jedoch die Funktionsfähigkeit des Werks durch den Mangel spürbar beeinträchtigt, so kann die Nachbesserung auch bei hohen Kosten regelmäßig nicht verweigert werden (BGH NJW 2014, 2802 mwN).

Selbst wenn sich der Unternehmer aber zu Recht unter Berufung auf den unverhältnismäßigen Aufwand gemäß § 635 III die Nacherfüllung verweigert, kann der Besteller anschließend gemäß den §§ **634 Nr. 4, 280 I, III; 281** Schadensersatz statt der Leistung verlangen (BGH NJW 2013, 370, 371). Da der Geschädigte in diesem Fall gemäß § **281 IV** seinen Anspruch auf vertragsgemäße Erfüllung verloren hat, muss er in Geld entschädigt werden.

Verlangt der Besteller Schadensersatz in Höhe der Kosten der Mangelbeseitigung, so gelten im Rahmen des § 251 II 1 bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit die Wertungen des § 635 III. Damit soll verhindert werden, dass der Besteller im Wege des Schadensersatzes Geld für etwas erhält, was der Unternehmer im Wege der Nacherfüllung gemäß § 635 III zu Recht verweigert hat. Der Besteller kann Schadensersatz in Geld daher nur in Höhe der mangelbedingten Wertminderung verlangen, wenn der Besteller die Nacherfüllung unter Berufung auf § 635 III zu Recht verweigert (BGH NJW 2013, 370, 372).

- 7) Sollte sich der Unternehmer entscheiden, ein neues Werk herzustellen, so kann er das mangelhafte Werk gemäß den §§ 635 IV, 346 I vom Besteller zurückverlangen.

8) **AL-Klausurtipp:**

Der Unterschied zwischen dem Erfüllungsanspruch der §§ 631, 633 I und dem Anspruch auf Nacherfüllung gemäß den § 634 Nr. 1, 635 besteht in 4 Punkten:

- a) **Neuherstellung:** Nach der Abnahme beschränkt sich der Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers auf das hergestellte Werk. Neuherstellung kann der Besteller nur dann verlangen, wenn der Mangel anders als durch Neuherstellung nicht beseitigt werden kann (BGHZ 99, 111).
- b) **Verjährung:** Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 verjährt gemäß § 634 a. Der Erfüllungsanspruch der §§ 631, 633 I verjährt gemäß § 195.
- c) **Beweislast:** Wie wir bereits oben gesehen haben, kehrt die Abnahme die Beweislast um: Bis zur Abnahme muss der Unternehmer beweisen, dass er durch Herstellung eines fehlerfreien Werks erfüllt hat. Nach der Abnahme muss der Besteller den Mangel beweisen, da der Mangel den Anspruch auf Nacherfüllung gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 begründet (BGH NJW 1994, 942; 1993, 2054).
- d) **Zahlung des Werklohns:** Hat der Besteller das mangelhafte Werk noch nicht abgenommen, so kann er die Zahlung des Werklohns verweigern, weil dieser gemäß § 641 I erst mit der Abnahme fällig wird. Nach der Abnahme kann der Unternehmer Zahlung des Werklohns Zug um Zug (§§ 320, 322 I) gegen Beseitigung des Mangels verlangen (BGH NJW 1983, 805).

- 9) Hat der Auftraggeber den Unternehmer zu Unrecht aufgefordert, vermeintliche Mängel zu beheben, und hatte der Unternehmer von sich aus ausdrücklich erklärt, dass er für die Untersuchung des Werks für den Fall der Mangelfreiheit eine Vergütung verlangt, so wird bezogen auf die Untersuchungskosten ein Werkvertrag geschlossen, der gemäß § 158 I unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass das Werk mangelfrei ist (OLG Koblenz, NJW 2015, 1967). Dabei muss der beklagte Auftraggeber die Mangelhaftigkeit des Werks beweisen, nicht der klagende Unternehmer die Mangelfreiheit, weil die Beweislast nicht anders verteilt sein soll als wenn der Besteller die Mangelbeseitigung verlangt.

III. Die Ersatzvornahme: §§ 634 Nr. 2; 637

- 1) **Wenn der Unternehmer den Mangel nicht innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist beseitigt, kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen (lassen) und vom Unternehmer Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangen.** Erforderlich sind alle Kosten, die ein wirtschaftlich vernünftig denkender Besteller nach sachkundiger Beratung für eine vertretbare Maßnahme der Mangelbeseitigung aufwenden würde (BGH BB 1991, 651). Dazu gehören zunächst die **Kosten für das Material** und den **Werklohn**, der bei der Beauftragung eines anderen Unternehmers gezahlt werden muss. Vergütet wird aber auch die **eigene Arbeitskraft** des Bestellers oder befreundeter Dritter, wobei hier die Höhe nach § 287 ZPO anhand des Lohns festgesetzt wird, den ein abhängig Beschäftigter für diese Arbeit von seinem Arbeitgeber erhalten hätte (BGHZ 59, 328). Ersetzt werden aber auch Kosten, die bei der Suche nach den Ursachen des Mangels entstehen sowie nutzlose Aufwendungen, die dennoch erforderlich waren.
- 2) Gemäß **§ 637 III** kann der Besteller bereits vor der erfolgten Mangelbeseitigung einen **Vorschuss** für dabei entstehende Aufwendungen verlangen.
- 3) Auf der anderen Seite darf der Besteller den Mangel natürlich nicht auf Kosten des Unternehmers beseitigen (lassen), wenn der Unternehmer die Beseitigung des Mangels wegen unverhältnismäßig hoher Kosten gemäß § 635 III zu Recht verweigert (BGH NJW 2013, 370).

4) -Klausurtyp:

Wenn der Besteller im Zuge einer **eigenmächtigen Ersatzvornahme** den Mangel beseitigt, ohne dem Unternehmer zuvor eine Nachfrist gesetzt zu haben, kann er zumindest nicht verlangen, dass ihm seine dabei entstandenen Kosten in voller Höhe ersetzt werden. Ob er zumindest die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die dem Unternehmer erspart geblieben sind, ist sehr umstritten.

Der BGH (ständige Rspr. seit BGH NJW 2005, 1348 für das Kaufrecht; für das Mietrecht BGH NJW 2008, 1216) sieht in den gesetzlich geregelten Vorschriften der Ersatzvornahme (§§ 536 a II, 637, 651 c III) eine abschließende Regelung. Dadurch soll vermieden werden, dass der Werkunternehmer oder Vermieter die Möglichkeit der Untersuchung der Sache und die damit verbundene Beweissicherung verliert, wenn er durch eigenmächtige Ersatzvornahme vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern (BGH NJW 2008, 1216).

Die Gegenansicht (Palandt/Weidenkaff § 536 a Rz. 17 mwN) will dem Besteller unter Berufung auf die Regeln der GoA (§§ 684, 1; 818 I, II) § 812 I 1, 2. Alt. oder § 326 II 2 analog zumindest die Aufwendungen ersetzen, die dem Unternehmer erspart geblieben sind, damit dieser bei eigenmächtiger Ersatzvornahme des Bestellers nicht besser steht als er bei Setzen einer Nachfrist im Rahmen des § 637 stehen würde.

Vergleichen Sie dazu bitte die ausführliche Kursmitschrift zur eigenmächtigen Ersatzvornahme im Kaufrecht und im Mietrecht.

IV. Der Rücktritt: §§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 (326 V)

Kommt der Unternehmer der Aufforderung zur Nacherfüllung nicht fristgerecht nach oder schlägt der Versuch der Nacherfüllung fehl, so kann der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten. Dabei verweist § 634 Nr. 3 auf das allgemeine Rücktrittsrecht des § 323 I, das für jeden gegenseitigen Vertrag gilt, bei dem eine Seite entweder nicht oder nicht vertragsgemäß leistet.

1) Das -Prüfungsschema zum Rücktritt des Bestellers**a) Das Rücktrittsrecht des Bestellers entsteht unter folgenden Voraussetzungen:**

aa) **Wirksamer Werkvertrag**

bb) **Abnahme des Werks**

cc) **Rücktrittserklärung:** Da der Rücktritt ein Gestaltungsrecht ist, kann der Besteller durch einseitige Erklärung zurücktreten, die mit Zugang beim Unternehmer gemäß § 349 wirksam wird.

dd) **Rücktrittsgrund i.S.d. § 323 I** ist die nicht vertragsgemäße Leistung des Unternehmers, wenn das Werk einen Sachmangel i.S.d. § 633 II oder einen Rechtsmangel i.S.d. § 633 III hat.

ee) **Ergebnisloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist i.S.d. § 323 I zur Nacherfüllung:**

(1) Die dem Unternehmer gesetzte Frist muss **angemessen** sein. Dies ist der Fall, wenn der Unternehmer den Mangel innerhalb dieser Zeit unter normalen Umständen beseitigen kann (BGH NJW -RR- 1993, 309). Eine zu kurz bemessene Frist ist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang (BGH WM 1986, 1255). Die Fristsetzung ist jedoch unwirksam, wenn der Besteller vor Ablauf der Frist bereits erklärt, dass er weitere Leistungen des Unternehmers nicht mehr annehmen werde (BGH a.a.O.).

(2) Ob es dem Besteller zuzumuten ist, wegen ein und desselben Mangels zum wiederholten Mal eine Frist zu setzen, bestimmt sich im Einzelfall nach Treu und Glauben.

(3) Zeigt sich der Mangel des Werks bereits vor der Ablieferung, so kann der Besteller die Frist zur Mängelbeseitigung bereits vor der Abnahme setzen, weil er das Werk in diesem Zustand ohnehin nicht abzunehmen braucht. Die Nachfrist zur Mängelbeseitigung darf aber natürlich nicht so kurz bemessen sein, dass sie vor dem Zeitpunkt ablaufen würde, der für die eigentliche Ablieferung des Werks vereinbart worden war.

(4) **Die nach § 323 I erforderliche Nachfristsetzung ist in den folgenden Fällen entbehrlich:**

(a) **§ 326 V:** wenn der Mangel innerhalb der angemessenen Frist objektiv nicht beseitigt werden kann. Das persönliche Unvermögen des Unternehmers macht die Fristsetzung nicht entbehrlich (MünchKomm/Soergel § 634 Rz. 14).

(b) **§ 323 II Nr. 1:** wenn der Unternehmer - egal ob berechtigt oder unberechtigt - die Beseitigung des Mangels ernstlich und endgültig verweigert, den Mangel und/oder seine Nacherfüllungspflicht derart bestreitet, dass ihn auch eine Nachfristsetzung nicht zur Beseitigung des Mangels bewegen wird.

(c) § 323 II Nr. 3: wenn der Besteller ein besonderes Interesse an einem sofortigen Rücktritt hat, z.B., weil er das Werk sofort benötigt und ihm eine zeitaufwendige Nacherfüllung nicht zugemutet werden kann (BGH NJW -RR- 1993, 560).

(d) § 323 IV: wenn offensichtlich ist, dass der Mangel nicht in zumutbarer Zeit beseitigt werden kann.

(e) § 636, 1. Alt.: wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 III verweigert.

(f) § 636, 2. Alt.: wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist

(g) § 636, 3. Alt.: wenn die Nacherfüllung dem Besteller nicht zugemutet werden kann.

b) Die Einwendungen des Unternehmers

aa) Das Rücktrittsrecht ist gemäß § 323 V 2 ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist.

bb) Der Rücktritt ist gemäß § 323 VI ausgeschlossen, wenn der Besteller für den Mangel allein oder überwiegend verantwortlich ist oder der Mangel erst eingetreten ist, als der Besteller bereits mit der Annahme des Werks in Verzug war.

cc) § 640 II: Hat der Besteller das Werk in Kenntnis des Mangels abgenommen, so sind seine in § 634 Nr. 1 – 3 genannten Rechte ausgeschlossen, wenn er sie sich nicht ausdrücklich vorbehalten hat.

dd) Der Rücktritt ist kann aufgrund eines vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses ausgeschlossen sein.

ee) Der Rücktritt ist gemäß den §§ 634 a IV 1, 218 ausgeschlossen, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und sich der Unternehmer auf den Verjährungseinwand beruft.

c) Die Rechtsfolgen des Rücktritts

Ist der Besteller berechtigterweise zurückgetreten, so verwandelt sich der Werkvertrag mit Zugang der Rücktrittserklärung beim Unternehmer gemäß den §§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 in ein Rückgewährschuldverhältnis. Es gelten jetzt die §§ 346 ff., so dass beide Parteien der Gegenseite das zurückgeben müssen, was sie bisher erhalten haben. Im Einzelnen:

aa) Der Unternehmer muss gemäß § 346 I den bereits erhaltenen Werklohn zurückzahlen – aber gemäß § 348 nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Werks und abzüglich einer Nutzungsvergütung gemäß § 346 I, wenn der Besteller das mangelhafte Werk trotz des Mangels benutzt hat.

bb) Ist der Besteller zu einer Rückgabe des Werks nicht in der Lage, so muss er gemäß § 346 II den Wert des Werks vergüten, den das Werk trotz des Mangels für ihn hatte. Dies gilt aber gemäß § 346 III Nr. 2 nicht, wenn der Unternehmer den Untergang des Werks zu vertreten hat oder das Werk auch bei ihm untergegangen wäre.

cc) Hat der Besteller das Werk beschädigt, so muss er den dadurch entstandenen Wertverlust gemäß § 346 III Nr. 3 nur dann ersetzen, wenn er die Sorgfalt verletzt hat, die er ansonsten in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

V. Die Minderung: §§ 634 Nr. 3, 2. Alt.; 638

Möchte der Besteller das Werk trotz des Mangels behalten, so wird er sich anstelle des Rücktritts für eine Minderung entscheiden. Die Minderung ist ebenso wie der Rücktritt **ein einseitig ausübendes Gestaltungsrecht**, so dass sich der Werklohn mit Zugang der Minderungserklärung beim Unternehmer kraft Gesetzes mindert. **Da der Besteller gemäß § 634 Nr. 3 aber nur unter den Voraussetzungen des Rücktritts mindern kann, muss er zunächst einmal die Voraussetzungen dafür schaffen, zurücktreten zu dürfen**, so dass wir bei der Struktur der Minderung fast vollständig auf das zurückgreifen können, was wir uns gerade beim Rücktritt erarbeitet haben.

1) Das -Prüfungsschema zur Minderung

a) Die Voraussetzungen der Minderung

- aa) Wirksamer Werkvertrag
- bb) Abnahme des Werks
- cc) Minderungsgrund: Sach- oder Rechtsmangel des Werks i.S.d. § 633 II, III
- dd) Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen Nachfrist zur Nacherfüllung i.S.d. § 323 I
Ausnahmen: Die Nachfristsetzung ist aus den o.g. Gründen gemäß den §§ 323 II, 636 entbehrlich
- ee) Die Minderung darf nicht aus den Gründen ausgeschlossen sein, aus denen auch der Rücktritt ausgeschlossen sein würde. Eine Ausnahme gilt gemäß § 638 I 2 nur für die Geringfügigkeit des Mangels, die zwar den Rücktritt, aber nicht die Minderung ausschließt.
- ff) Zugang der Minderungserklärung beim Unternehmer

b) Die Berechnung des geminderten Werklohns

- aa) Durch die Minderung wird der vertraglich vereinbarte Werklohn in dem Maße herabgesetzt, wie der tatsächliche Wert des mangelhaften Werks zum Wert des Werks ohne Mangel steht. Auf diese Art und Weise wird das durch den Vertrag ausgehandelte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung gewahrt.

- bb) Der geminderte Werklohn berechnet sich wie folgt:

$$\frac{\text{tatsächlicher Wert des mangelhaften Werks} \times \text{vereinbarter Werklohn}}{\text{Wert des mangelfreien Werks}}$$

Beispiel: Wert des mangelfreien Werks: 100 Euro; Wert des mangelhaften Werks 50 Euro; vereinbarter Werklohn 80 Euro.

$$\text{geminderter Werklohn} = \frac{50 \text{ Euro} \times 80 \text{ Euro}}{100 \text{ Euro}} = 40 \text{ Euro}$$

cc) **Folge:** Der Besteller erhält auch das mangelhafte Werk noch unter seinem wirklichen Wert, da auch der vereinbarte Werklohn unter dem Wert einer mangelfreien Sache lag: Ein gutes Geschäft bleibt auch nach erfolgter Minderung ein gutes Geschäft. Im umgekehrten Fall bleibt aber auch ein schlechtes Geschäft nach erfolgter Minderung ein schlechtes Geschäft, weil der Besteller auch nach erfolgter Minderung für das Werk mehr bezahlen muss, als es eigentlich wert ist, doch wird sich der Besteller hier für einen Rücktritt entscheiden.

2) Die Rückforderung des Werklohns: § 638 IV 1

Oftmals bemerkt der Besteller den Mangel erst, nachdem er bereits den vollen Werklohn gezahlt hat. In diesem Fall kann er nachträglich mindern und den zuviel gezahlten Betrag gemäß § 638 IV 1 (eigenständige Anspruchsgrundlage!) zurückfordern.

3) Der Ausschluss der Minderung gemäß den §§ 634 a IV 1; V, 218

§ 634 a V stellt durch die Verweisung auf die §§ 218 und § 634 a IV 2 folgendes klar:

- a) Gemäß den §§ 634 a IV 1; V, 218 kann der Besteller nicht mehr mindern, wenn sein Anspruch auf die vertragsgemäße Leistung oder auf die Nacherfüllung verjährt wäre und wenn sich der Unternehmer auf die Verjährung beruft. Daraus folgt, dass der Besteller gemäß § 634 a I Nr. 1 nach Ablauf von 2 Jahren nicht mehr mindern kann.
- b) Etwas anderes gilt gemäß den §§ 634 a IV 2, V, wenn der Besteller noch nicht vollständig bezahlt hat. Obwohl der Besteller den nach erfolgter Minderung zuviel gezahlten Werklohn nicht zurückverlangen könnte (wg. Verjährung!), darf er die Zahlung des ungeminderten Werklohns insoweit verweigern, als er dazu infolge der Minderung berechtigt wäre.

4) **AL-Klausurtipp:** Nach erfolgter Minderung ist der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung, das Recht auf Ersatzvornahme sowie sein Rücktrittsrecht sowie der Anspruch auf Schadens- bzw. Aufwendungsersatz erloschen, weil eine dem § 325 vergleichbare Regelung bei der Minderung fehlt (Palandt/Sprau § 634 Rz. 5 mwN; str.).

VI. Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281, 283, 311 a II

Liefert der Unternehmer ein sach- oder rechtmangelbehaftetes Werk, so kann der Besteller unter den Voraussetzungen der §§ 634 Nr. 4, 280, 281, 283, 311 a II Schadensersatz verlangen, wenn der Unternehmer den Mangel i.S.d. § 276 zu vertreten hat.

Wir können zwischen den folgenden Schadensersatzansprüchen unterscheiden:

1) Schadensersatz bei unmöglicher Nacherfüllung

AL-Klausurtipp: Wie oben bereits erwähnt, muss der Besteller bei mangelhafter Lieferung dem Unternehmer zunächst unter Fristsetzung die Chance geben, den Mangel durch Nacherfüllung zu beseitigen, bevor er zu den anderen in § 634 genannten Rechten übergeht. Es gibt aber Fälle, in denen diese Nachfristsetzung sinnlos ist, weil der Unternehmer den Mangel nicht beseitigen kann. Dabei müssen wir zwischen der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung unterscheiden:

a) **Anfängliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung: §§ 634 Nr. 4, 311 a II**

Hier hat der Unternehmer ein Werk hergestellt, das bereits bei Vertragsschluss einen Sach- oder Rechtsmangel hatte, den er nicht beseitigen kann. Hat der Unternehmer den Mangel zu vertreten, so schuldet er dem Besteller nach dessen Wahl entweder gemäß § 311 a II Schadensersatz statt der Leistung oder gemäß den §§ 311 a II, 284 Aufwendungsersatz.

Das -Prüfungsschema der §§ 634 Nr. 4, 311 a IIaa) **Die Voraussetzungen der §§ 634 Nr. 4, 311 a II**

- (1) Wirksamer Werkvertrag (§ 311 a I; Vertrag ist wirksam)
- (2) Abnahme des Werks
- (3) Anfänglicher Sachmangel (§ 633 II) oder Rechtsmangel (§ 633 III)
- (4) Unternehmer ist zur Nacherfüllung i.S.d. § 635 I gemäß den §§ 275 I bzw. 635 III nicht verpflichtet:
 - (a) § 275 I: weil er den Mangel nicht beseitigen kann
 - (b) § 635 III: weil die Nacherfüllung unverhältnismäßig aufwendig wäre
- (5) Vertretenmüssen des Unternehmers (wird nach § 311 a II 2 vermutet)

bb) **Die Rechtsfolgen der §§ 634 Nr. 4; 311 a II**

Der Unternehmer muss nach Wahl des Bestellers entweder gemäß den §§ 311 a II, 284 die nutzlosen Aufwendungen des Bestellers ersetzen oder gemäß § 311 a II Schadensersatz statt der Leistung leisten. Dabei ist der Schadensersatzanspruch des Bestellers grundsätzlich auf den **kleinen Schadensersatz** beschränkt: Der Besteller muss also das Werk trotz des Mangels behalten und darf nur den Differenzbetrag zwischen seinem mangelhaften und dem Wert eines mangelfreien Werks verlangen.

Den **großen Schadensersatz** erhält er gemäß den §§ 311 a II, 281 I 3 nur dann, wenn der Besteller trotz der Schadensersatzleistung in Geld kein Interesse daran hat, das mangelhafte Werk zu behalten: Hier kann der Besteller das mangelhafte Werk zurückgeben (§§ 311 a II 3, 281 V, 346 ff.) und gemäß den §§ 311 a II, 281 I 3 verlangen, er wolle in Geld so gestellt werden, wie stünde, wenn er von Anfang an ein mangelfreies Werk bekommen hätte.

b) **Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283**

Hier war das Werk bei Vertragsschluss entweder mangelfrei oder der Mangel zumindest behebbar, doch ist der Unternehmer nachträglich von seiner Nacherfüllungspflicht gemäß den §§ 275 I, 635 III frei geworden.

Das -Prüfungsschema der §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283aa) **Die Voraussetzungen der §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283**

- (1) Wirksamer Werkvertrag
- (2) Abnahme des Werks
- (3) Sachmangel (§ 633 II) oder Rechtsmangel (§ 633 III)
- (4) Verpflichtung des Unternehmers zur Nacherfüllung ist nach Vertragsschluss gemäß den §§ 275 I, 635 III weggefallen
 - (a) § 275 I: Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
 - (b) § 635 III: wirtschaftliche Unzumutbarkeit
- (5) Vertretenmüssen des Verkäufers (wird gemäß § 280 I 2 vermutet)

bb) Die Rechtsfolgen der §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 entsprechen den o.g.:

- (1) Grundsatz: Kleiner Schadensersatz: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283, 1
- (2) Ausnahme: Großer Schadensersatz: §§ 634 Nr. 4, 283, 2; 281 I 3
- (3) Alternative: Aufwendungsersatz gemäß § 284

2) Schadensersatz nach Fristsetzung: §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I

-Klausurtyp:

Ist die Nacherfüllung noch möglich, so müssen wir bei der Frage nach der richtigen Anspruchsgrundlage zwischen einem **Mangelschaden** und einem **Mangelfolgeschaden** unterscheiden, denn:

Gemäß § 280 III kann der Besteller Schadensersatz statt der Leistung (= Nichterfüllungsschaden) nur unter den Voraussetzungen des § 281 I verlangen, muss also dem Unternehmer zuvor durch eine Nachfristsetzung die Chance der Nacherfüllung geben. Daraus folgt, dass der Anspruch aus § 280 I (der auf die Nachfristsetzung verzichtet!) nicht den Mangelschaden erfasst, der im Mangel des Werks selbst liegt. **§ 280 I ersetzt daher nur die Mangelfolgeschäden**, also die Nachteile, die infolge des Mangels an anderen Rechtsgütern außerhalb des mangelhaften Werks entstanden sind und die durch eine Nacherfüllung nicht zu beseitigen sind; deshalb wird ja gerade im Gegensatz zu § 281 I auf das Setzen einer Nachfrist verzichtet.

a) §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 – Ersatz des Mangelschadens

aa) Der Mangelschaden

Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk, so kann der Besteller nach erfolgloser Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 281 I Ersatz des Mangelschadens verlangen. **Mangelschäden sind Schäden, die am Werk selbst eingetreten sind.** Dazu zählen zum einen der **Reparaturaufwand**, der erforderlich ist, um das Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, zum anderen der durch den Mangel bedingte **Minderwert**, aber auch weitere Mangelschäden wie z.B. ein **entgangener Gewinn**, **Gutachterkosten** zur Entdeckung des Mangels, aber auch **Mehrkosten**, die jetzt bei der Anschaffung einer anderen Sache entstehen (BGH NJW-RR 2004, 1462; 2005, 1039).

-Klausurtyp:

Wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 verlangt, so erlischt gemäß § 281 IV sein Anspruch auf Nacherfüllung (Palandt/Sprau § 634 Rz. 7 mwN)!

bb) Die Berechnung des Schadens: kleiner bzw. großer Schadensersatz


Wie bereits mehrfach erwähnt, kann der Besteller nicht frei zwischen dem kleinen und dem großen Schadensersatz wählen: Grundsätzlich muss er die Sache behalten und gemäß § 281 I 1 die Wertdifferenz zwischen seiner mangelhaften und dem Wert einer mangelfreien Sache verlangen. In diesem Fall kann der Mangel entweder nach der mangelbedingten Wertminderung oder nach den Kosten berechnet werden, die bei der Mängelbeseitigung entstehen. Wie wir oben bereits im Rahmen der Nacherfüllung gesehen haben, kann er jedoch nicht die Kosten der Mängelbeseitigung ersetzt verlangen, wenn der Unternehmer unter Berufung auf § 635 III die Nacherfüllung zu Recht verweigert hat (BGH NJW 2013, 370).

Der Unternehmer muss aber nicht nur die Kosten der Mangelbeseitigung, sondern auch den merkantilen Minderwert des mangelhaften Werks ersetzen; dies gilt auch dann, wenn der Besteller das Werk zunächst noch gar nicht verkaufen will.

Ob der Besteller mit dem Geld den Schaden beheben lässt, geht den Unternehmer nichts an (BGHZ 61, 28). Deshalb kann der Besteller auch nach erfolgter Veräußerung des mangelhaften Werks noch Ersatz der fiktiven Reparaturkosten verlangen, die zur Mängelbeseitigung erforderlich gewesen wären (BGHZ 99, 81).

Auf der anderen Seite kann der Besteller nur die tatsächlich angefallenen und nicht die in einem Gutachten festgestellten fiktiven Reparaturkosten ersetzt verlangen, wenn er den Mangel fachgerecht hat reparieren lassen. Der Vortrag des Bestellers, der im Gutachten des Sachverständigen festgelegte fiktive Betrag sei zur Naturalrestitution iSd § 249 II 1 erforderlich, ist dann durch sein eigenes Verhalten unschlüssig geworden. Im Übrigen soll der Schadensersatz den Geschädigten nicht bereichern (OLG Köln NJW 2015, 2046; zum Ersatz von Kfz-Schäden BGH NJW 2014, 535).

Nur wenn das Interesse des Bestellers am Erhalt einer mangelfreien Leistung dies erfordert, kann er gemäß § 281 I 3 die mangelhafte Sache zurückgeben und verlangen, dass der Unternehmer ihn in Geld so stellen möge, wie er beim Erhalt eines mangelfreien Werks stehen würde. Je größer aber der Mangel ist und je schwerer er zu beheben ist, desto eher wird man dieses Interesse des Bestellers anerkennen dürfen.

cc) **Daraus ergibt sich folgendes -Prüfungsschema der §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281**

(1) **Die Voraussetzungen**

- (a) Wirksamer Werkvertrag
- (b) Abnahme des Werks
- (c) Sachmangel (§ 633 II) oder Rechtsmangel (§ 633 III)
- (d) Vertretenmüssen des Unternehmers i.S.d. § 276 (wird nach § 280 I 2 vermutet):
 - (aa) Verschuldensunabhängige Garantie durch Zusicherung einer fehlenden Eigenschaft
 - (bb) Arglistiges Verschweigen des Mangels
 - (cc) Fahrlässige Pflichtverletzung des Unternehmers
- (e) Erfolgreiche Nachfristsetzung zur Mangelbeseitigung
Ausnahmen: § 281 II, 636

- (2) **Rechtsfolge:** Ersatz des Mangelschadens, also des Schadens am Werk selbst sowie des mangelbedingten allgemeinen Vermögensschadens. Grundsätzlich kann der Besteller auch hier nur den kleinen Schadensersatz verlangen, muss also das Werk trotz des Mangels behalten. Den großen Schadensersatz kann er gemäß § 281 I 3 nur bei Interessewegfall verlangen.

dd) **Das Vertretenmüssen des Unternehmers**

-Klausurtyp:

Der Unternehmer haftet nur dann auf Ersatz des Mangelschadens, wenn er den Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. § 276 zu vertreten hat. Dabei müssen wir zwischen **3 Fallgruppen** unterscheiden:

(1) Der Unternehmer hat den Mangel gekannt und arglistig verschwiegen

Dies setzt voraus, dass der Unternehmer verpflichtet gewesen wäre, auf den Fehler hinzuweisen, also eine ihn treffende Aufklärungspflicht verletzt hat. Da der Unternehmer nicht verpflichtet ist, den Besteller von sich aus über alle ihm bekannten Umstände aufzuklären, muss diese Aufklärungspflicht von Fall zu Fall gesondert festgestellt werden. **Der Unternehmer muss den Besteller ungefragt auf die Umstände hinweisen, die für den Besteller erkennbar von besonderer Bedeutung waren**, weil sie z.B. die Brauchbarkeit des Werks zum vertraglich vereinbarten Zweck gefährdeten oder weil der Besteller bestimmte Umstände mangels eigener Sachkunde nicht erkennen konnte und daher auf eine Information durch den Unternehmer angewiesen war. Dabei muss der Unternehmer den Besteller nicht nur über die für jedermann bedeutsamen Umstände aufklären, sondern auch auf Punkte hinweisen, von denen er weiß, dass sie nur für den Besteller persönlich wichtig sind. Manchmal ist der Unternehmer sogar verpflichtet, bloße Vermutungen oder Zweifel an den Umständen zu äußern, die der Besteller erkennbar für wichtig hält.

(a) Die Arglist des Unternehmers

(aa) Der Unternehmer handelt bereits dann arglistig, wenn er auch nur mit der Möglichkeit eines Mangels rechnet und ihn dem Besteller verschweigt, weil er glaubt, dass der Besteller in Kenntnis des Mangels das Werk zumindest zu diesem Preis nicht in Auftrag gegeben hätte. Dabei kommt es im Gegensatz zum Betrug des § 263 StGB nicht darauf an, ob der Unternehmer den Besteller schädigen will: Er handelt bereits dann arglistig, wenn er billigend in Kauf nimmt, dass der Besteller diesen Vertrag mit diesem Inhalt in Kenntnis des Mangels nicht geschlossen hätte.

(bb) Auch eine „**Erklärung ins Blaue hinein**“ kann eine arglistige Täuschung darstellen, wenn der Unternehmer der Sache eine Eigenschaft zusichert, ohne das Vorhandensein der Eigenschaft überprüft zu haben oder wenn er weiß, dass er mangels eigener Sachkunde dies überhaupt nicht beurteilen kann.

(2) Der Unternehmer hat dem Werk ausdrücklich oder konkludent eine Eigenschaft zugesichert und damit eine **verschuldensunabhängige Garantie** übernommen.

(a) Da die Zusicherung Bestandteil des Vertrags ist, muss sie in der **Form** erfolgt sein, die für den Vertragsschluss vorgesehen ist, doch kann auch an dieser Stelle der ursprüngliche Formmangel durch Vollziehung des Vertrags geheilt worden sein. Die Zusicherung muss nicht im Werkvertrag selbst enthalten sein, sondern kann auch durch Erklärungen nach Vertragsschluss abgegeben werden, wenn diese noch in Zusammenhang mit dem Vertrag stehen (OLG Brandenburg NJW -RR- 1997, 428/Ausstellen einer Garantieurkunde).

(b) Ob der Unternehmer eine derartige Garantiezusage abgegeben hat, muss gemäß § 157 durch eine **Auslegung vom Empfängerhorizont des Bestellers aus nach Treu und Glauben** ermittelt werden (BGHZ 122, 256, 259 m.w.N.): Durfte der Besteller die Erklärung des Unternehmers dahingehend verstehen, dass der Unternehmer auch ohne persönliches Verschulden die Verantwortung für alle Folgen übernehmen würde, die sich aus dem anfänglichen Fehlen der Eigenschaft ergeben oder handelte es sich nur um eine unverbindliche werbehaftete Anpreisung des Werks? Hat der Unternehmer als Fachmann ein besonderes Vertrauen in Anspruch genommen? Hat der Unternehmer auf eine vorherige Qualitätskontrolle hingewiesen oder bestimmte Eigenschaften des Werks mehrfach besonders hervorgehoben? Worauf hat der Besteller in einer für den Unternehmer erkennbaren Weise Wert gelegt?

(3) Der Unternehmer hat den Mangel fahrlässig verkannt.

Gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 I muss der Unternehmer Schäden auch dann ersetzen, wenn er eine Pflicht verletzt, z.B. den Mangel fahrlässig verkannt hat. Die fahrlässige Pflichtverletzung des Unternehmers muss dabei von Fall zu Fall positiv festgestellt werden. Es wird daher entscheidend darauf ankommen, welche Sorgfaltsanforderungen man an den Unternehmer stellt. Dies ist natürlich immer eine Frage des Einzelfalles, doch wird man u.a. von folgenden Kriterien ausgehen dürfen:

- (a) **Ist der Unternehmer Fachmann oder Privatmann?** Da der Kunde bei der Herstellung des Werks vom Fachmann den Sachverstand des Unternehmers mitbezahlt, wird man von einem Fachhändler eher eine besonders sorgfältige Herstellung des Werks verlangen können.
- (b) **Handelt es sich bei dem hergestellten Werk um ein hochwertiges Produkt oder um industriell gefertigte Massenware?** Da eine zeitintensive Untersuchung in die Kalkulation einfließt, darf ich als Kunde bei der Herstellung eines teuren Produkts eher eine Untersuchung erwarten als bei der Bestellung billiger Massenware.

b) Schadensersatz bei Mangelfolgeschäden: §§ 634 Nr. 4, 280 I

- aa) **Mangelfolgeschäden entstehen infolge des Mangels, aber außerhalb des Werks selbst, also an anderen Rechtsgütern des Bestellers.** Der Unternehmer muss also die Nachteile ausgleichen, die über das reine Erfüllungsinteresse des Bestellers hinausgehen.

Beispiele:

- 1) Ein fehlerhafter Ölwechsel führt durch die unzureichende Schmierwirkung zu einem Mangelfolgeschaden am Motor.
- 2) Mangelhafte Rohr- oder Putzarbeiten bei der Errichtung eines Bauwerks führen zu Mangelfolgeschäden am Bauwerk.
- 3) Der Datenverlust, der durch eine unterlassene Datensicherung bei der Installation eines neuen Computerprogramms entsteht, ist ein Mangelfolgeschaden.

- bb) Bei einem mangelhaften **geistigen Werk** überträgt sich der Mangel notwendigerweise auf die Sache, die nach diesen Vorgaben konstruiert wurde. Dieser „**Abbildungsschaden**“ ist ein ebenfalls ein Mangelfolgeschaden.

Beispiele: Fehler eines Architekten, eines Statikers oder eines Vermessungsingenieurs führen zwangsläufig zu Schäden am nach diesen Vorgaben errichteten Bauwerk.

- cc) **Begleitschäden**, die an anderen Rechtsgütern des Besteller durch die Verletzung von Nebenpflichten wie Aufklärungs-, Sorgfalts- und Obhutspflichten entstehen, werden nach den Regeln des § 280 I ersetzt.

Beispiele: Vermögensschaden bei Kreditgewährung nach fehlerhafter Grundstücksbewertung (BGHZ 67, 1; falsche Kreditauskunft)

- dd) **Sachverständigenkosten, die zur Feststellung von Ursache und Ausmaß von eingetretenen oder zu erwartenden Mängeln anfallen, sind vom Unternehmer zu ersetzende Mangelfolgeschäden** (BGH NJW 2014, 2802), Dies gilt aber nicht für Kosten eines Sachverständigen, den der Besteller zur Überwachung der Nacherfüllung einschaltet, weil diese nicht erforderlich sind (BGH NJW 2014, 2802).

ee) Die Fallgruppen der §§ 634 Nr. 4, 280 I

Auch für Mangelfolgeschäden der Unternehmer über die Generalklausel des § 280 I nur in 3 Fällen:

- (1) Der Unternehmer hat den Mangel arglistig verschwiegen.
- (2) Der Unternehmer hat dem Werk eine bestimmte Eigenschaft zugesichert. Da es sich bei dieser Haftung um eine **verschuldensunabhängige Garantiehaftung** handelt, wird man die Haftung auf die Schäden begrenzen müssen, die aufgrund der zugesicherten Eigenschaft gerade nicht hätten eintreten dürfen. Der Unternehmer soll also nicht weiter haften müssen, als er aufgrund der **Reichweite seiner Zusicherung** haften wollte.
- (3) **Schäden, die von der Reichweite der Zusicherung nicht erfasst werden, werden nach der Generalklausel des § 280 I 1 ersetzt, aber nur, wenn der Unternehmer schuldhaft eine Pflicht verletzt hat.** Die schuldhafte Pflichtverletzung des Unternehmers muss auch hier im Einzelfall gesondert festgestellt werden.

ff) Das -Prüfungsschema der §§ 634 Nr. 4, 280 I

- (1) Wirksamer Werkvertrag
- (2) Abnahme des Werks
- (3) Sach- oder Rechtsmangel
- (4) Vom Unternehmer zu vertretende Pflichtverletzung:
 - (a) Verschuldensunabhängige Garantie durch Zusicherung einer fehlenden Eigenschaft
 - (b) Arglistiges Verschweigen des Mangels
 - (c) Fahrlässige Pflichtverletzung
- (5) Durch die Pflichtverletzung adäquat kausal verursachter Schaden

c) Die Beweislastverteilung beim Schadensersatzanspruch

-Klausurtyp:

Unabhängig davon, ob der Besteller einen Mangelschaden oder einen Mangelfolgeschaden ersetzt verlangt, folgt die Beweislastverteilung den folgenden Regeln: **Zwar wird nach § 280 I 2 das Verschulden des Schuldners widerlegbar vermutet, doch muss der Gläubiger des § 280 I die Pflichtverletzung sowie die Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden beweisen!** Diese generelle Verteilung der Beweislast variiert aber je nach Vertragstyp, Parteiabrede, Art der Pflichtverletzung und Schutzbedürftigkeit des Gläubigers.

aa) Der Beweis der Pflichtverletzung:

Der Besteller muss beweisen, dass der Unternehmer eine ihn treffende Pflicht objektiv verletzt hat. Hier wird aber die Beweislast umgekehrt, wenn die Umstände, die den Vorwurf der Pflichtverletzung begründen, ihre Ursache in der Sphäre des Schuldners haben.

Beispiel: Der Kfz-Meister montiert beim Austausch der Bremsen die falschen Bremsscheiben.

bb) Der Kausalitätsnachweis

Steht die objektive Pflichtverletzung fest, so muss der Besteller beweisen, dass gerade diese Pflichtverletzung zum eingetretenen Schaden geführt hat. Dabei kehrt aber der BGH (BGH WM 1991, 1993) die Beweislast um, wenn der Unternehmer Aufklärungs- oder Beratungspflichten verletzt hat. Jetzt muss der Unternehmer beweisen, dass der einge-

treten Schaden auch bei entsprechender Aufklärung entstanden wäre, z.B., weil der Besteller entsprechende Ratschläge ohnehin nicht beachtet hätte.

cc) **Die Vermutung des Vertretenmüssens: § 280 I 2**

Kann der Besteller sowohl die Pflichtverletzung als auch die Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden nachweisen, dann hat er gute Karten, denn das jetzt noch erforderliche Vertretenmüssen des Schuldners oder seines Erfüllungsgehilfen wird gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet.

3) **Schadensersatz wegen verzögerter Nacherfüllung: §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286**

a) Da der Besteller bei der Herstellung eines mangelhaften Werks gemäß den §§ 634 Nr. 1; 635 Nacherfüllung durch Mangelbeseitigung verlangen kann (und regelmäßig auch gemäß den §§ 281 I, 323 I zuvor verlangen muss!), haftet der Unternehmer nach den normalen Regeln des Verzugs, wenn er die Nacherfüllung schuldhaft verzögert. Er muss daher gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 den Verzögerungsschaden ersetzen.

b) Da man in der Nachfristsetzung zur Nacherfüllung stets eine Mahnung i.S.d. § 286 sehen darf, wird der Unternehmer allein durch die Aufforderung zur Nacherfüllung in Verzug geraten, doch müssen wir bei der Wahl nach der richtigen Anspruchsgrundlage zwischen 2 Arten von Schäden unterscheiden:

aa) **Tritt der Schaden des Bestellers bereits durch die Herstellung eines mangelhaften Werks an sich ein, so gelten die §§ 634 Nr. 4, 280 I.**

Beispiel: Die mangelhaft reparierte Maschine kann nicht rechtzeitig in Betrieb genommen werden. Der dadurch entstandene Produktionsausfall beruht allein auf der Mangelhaftigkeit und könnte innerhalb der zur Nacherfüllung gesetzten Nachfrist ohnehin nicht aus der Welt geschafft werden.

bb) **Den über den mangelbedingten Nutzungsausfall hinausgehenden Schaden muss der Unternehmer gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 nach den Regeln des Verzugs ersetzen.**

Beispiel: Kosten der Rechtsverfolgung, wenn der Unternehmer den Mangel bestreitet oder die Nacherfüllung des § 635 aus sonstigen Gründen verweigert.

4) **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen: §§ 634 Nr. 4, 284**

a) Anstelle von Schadensersatz (also nur unter den Voraussetzungen eines in § 634 Nr. 4 genannten Schadensersatzanspruchs!) kann der Besteller verlangen, dass ihm der Unternehmer die Aufwendungen ersetzt, die der Besteller im Vertrauen auf die Herstellung eines mangelfreien Werks gemacht hat und billigerweise machen durfte. Dazu zählen:

- Kosten, die durch den Vertragsschluss an sich entstehen
- Kosten, die den vertragsgemäßen Gebrauch des Werks gewährleisten sollen, also Kosten für Transport oder Einbau des Werks
- Kosten für die erforderliche Untersuchung des Werks.

b) Nicht ersetzt werden die Gutachterkosten zur Entdeckung des Mangels, die Anwaltskosten oder die Kosten, die bei der Finanzierung des Werklohns entstanden sind.

§ 37 Die Verjährung der Mängelansprüche: § 634 a

Ist das Werk mangelhaft, so kann der Besteller verlangen, dass der Unternehmer den Mangel beseitigt (§§ 634 Nr. 1, 635).

Nach erfolgloser Fristsetzung zur Nacherfüllung kann der Besteller

- gemäß § 634 Nr. 2, 637 verlangen, dass der Unternehmer ihm die dafür erforderlichen Aufwendungen ersetzt (§§ 634 Nr. 2; 637),
- gemäß den §§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 zurücktreten oder
- gemäß den §§ 634 Nr. 3, 2. Alt. 638 mindern sowie
- gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 – 283 bzw. 311 a II Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Für die Verjährung gilt die Frist des § 634 a, wobei die Dauer der Frist von dem Werk abhängt, das der Unternehmer herstellen sollte:

I. Die Verjährungsfrist: § 634 a I, III

- 1) Soll der Unternehmer ein Werk herstellen, warten oder verändern, so beträgt die Frist gemäß § 634 a I Nr. 1 2 Jahre. Diese Frist gilt auch für entsprechende Planungs- und Überwachungsleistungen.
- 2) Bei der Herstellung oder Veränderung eines Bauwerks sowie dazu gehörender Planung und Überwachung beträgt die Verjährungsfrist gemäß § 634 a I Nr. 2 5 Jahre. Ein Bauwerk ist eine unbewegliche Sache, die durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellt wird (BGHZ 57, 60), also der Neubau, Umbau oder Einbau sowie der Hoch- und Tiefbau.
- 3) Bei sonstigen Werkleistungen gilt gemäß § 634 I Nr. 3 die Regelverjährung der §§ 195 ff..

II. Der Beginn der Frist: § 634 a II

- 1) Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 634 a II mit der *Abnahme* (§ 640) bzw. *Fertigstellung* des Werks (§ 646).
- 2) Bei geistigen Werken oder arglistig verschwiegenen Mängeln gilt § 634 a I Nr. 3: Hier beginnt die Frist des § 195 gemäß § 199 I Nr. 2 erst mit Ende des Jahres zu laufen, in dem der Besteller den Mangel kennt bzw. grob fahrlässig verkennt.

III. Der Ausschluss des Rücktritts bzw. der Minderung gemäß den §§ 634 a IV 1, V, 218

- 1) Rücktritt und Minderung sind einseitig auszuübende Gestaltungsrechte, die nicht der Verjährung unterliegen, weil gemäß § 194 nur Ansprüche verjähren können. Um aber zu vermeiden, dass der Besteller ohne zeitliche Begrenzung zurücktreten oder mindern kann, gilt **§ 634 a IV, V: Gemäß den §§ 638 IV 1, V, 218 kann der Besteller nicht mehr zurücktreten oder mindern, wenn sein Anspruch auf die vertragsgemäße Leistung oder auf die Nacherfüllung verjährt wäre und wenn sich der Unternehmer auf die Verjährung beruft.**
- 2) **Etwas anderes gilt gemäß den §§ 634 IV 2, wenn der Besteller noch nicht vollständig bezahlt hat:** Hier kann der Besteller die Zahlung des Werklohns soweit verweigern, wie er aufgrund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so kann der Unternehmer jedoch gemäß **§ 634 a IV 3** zurücktreten und das Werk gemäß § 346 I herausverlangen.
- 3) Dies gilt gemäß den §§ 634 V, IV 2 auch für die Minderung, wenn der Besteller noch nicht vollständig bezahlt hat. Obwohl der Besteller den nach erfolgter Minderung zuviel gezahlten Werklohn nicht zurückverlangen könnte (wg. Verjährung!), darf er die Zahlung des ungeminderten Werklohns insoweit verweigern, als er dazu infolge der Minderung berechtigt wäre.

§ 38 Das Verhältnis der §§ 633 ff. zu den allgemeinen Regeln des Schuldrechts

I. Das Verhältnis zu § 320

Bei der Einrede des noch nicht erfüllten Werkvertrags müssen wir zwischen der Rechtslage vor und nach der Abnahme des Werks unterscheiden:

- 1) Entdeckt der Besteller den Mangel bereits **vor der Abnahme**, so hat er immer noch seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines mangelfreien Werks gemäß den §§ 631, 633 I. Dennoch braucht er sich gegenüber der Werklohnforderung nicht auf § 320 zu berufen, sondern nur die **Abnahme zu verweigern** mit der Folge, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers dann gemäß § 641 I nicht fällig wird.
- 2) Hat der Besteller den Mangel erst **nach der Abnahme** entdeckt, so steht ihm noch sein Anspruch auf Nacherfüllung gemäß den §§ 634 Nr. 1; 635 zu. Jetzt kann sich der Besteller gegenüber dem Werklohnanspruch des Unternehmers auf § 320 berufen, so dass er den Werklohn nur Zug um Zug gegen Beseitigung des Mangels zahlen muss. Ist der Mangel jedoch geringfügig oder bei einem größeren Werk auf einen Teil des Werks beschränkt, so kann er die Vergütung gemäß § 320 II nicht ganz zurückhalten, sondern muss einen Teil bereits vor Mangelbeseitigung bezahlen.

II. Das Verhältnis zu § 326

- 1) § 326 I, II beantwortet die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistung, wenn der Anspruch auf das vereinbarte Werk gemäß § 275 ausgeschlossen ist. Denken Sie aber daran, dass der Unternehmer erst dann erfüllt hat, wenn das Werk mangelfrei hergestellt ist, so dass die Regeln über den Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 nur dann gelten, wenn das Werk überhaupt nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand hergestellt werden kann. Bleibt eine (Neu)Herstellung möglich (z.B., wenn das begonnene Portrait im Atelier des Malers verbrennt), so bleibt der Unternehmer zur Neuherstellung verpflichtet.

- 2) **AL-Klausurtyp**: Bei der Anwendung des § 326 kommt es darauf an, wann die Herstellung des Werks unmöglich geworden ist:

- a) Wird die Herstellung des Werks unmöglich, bevor der Unternehmer mit dessen Herstellung angefangen hat, so wird er gemäß § 275 I von seiner Leistungspflicht frei; auf der anderen Seite muss der Besteller gemäß § 326 I den Werklohn nicht zahlen.
Hat der Besteller die Unmöglichkeit zu vertreten, bleibt er gemäß § 326 II, 1. Alt. zur Zahlung des Werklohns verpflichtet.
Hat der Unternehmer die Unmöglichkeit zu vertreten, schuldet er dem Besteller gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 bzw. 311 a II Schadensersatz statt der Leistung.
- b) Hatte der Unternehmer bereits mit der Herstellung begonnen, als das Werk unterging, so gilt § 326 I, der aber durch die Gefahrtragungsregeln der §§ 644, 645 überlagert wird. Die §§ 644, 645 regeln dabei die Frage, ob und inwieweit der Unternehmer eine Vergütung für seine bisherige Arbeit verlangen kann (dazu ausführlich § 39 II 2).
- c) Nach der Abnahme des Werks ist der Erfüllungsanspruch des Bestellers erloschen. Zeigt sich jetzt noch ein Mangel, so kann der Besteller gemäß den §§ 634 Nr. 1, 635 Beseitigung des Mangels durch Nacherfüllung verlangen. Geht das Werk nach der Abnahme, aber vor der Mangelbeseitigung unter, so wird der Besteller von der Pflicht zur Zahlung des Werklohns gemäß § 326 I frei.

§ 39 Die Gefahrtragung im Werkvertragsrecht

I. Die Leistungsgefahr

1) Der Grundsatz: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Leistungsgefahr.

Wie wir bereits mehrfach festgestellt haben, hat schuldet der Unternehmer die Herstellung eines mangelfreien Werks. Alle Maßnahmen bis zur mangelfreien Herstellung sind Erfüllungsversuche, die auf Kosten des Unternehmers gehen. Der Unternehmer trägt daher bis zur Abnahme die **Leistungsgefahr**, also das **Risiko, seine Leistungsanstrengungen wiederholen zu müssen, bis das Werk mangelfrei hergestellt ist**.

2) Die Ausnahmen: Der Übergang der Leistungsgefahr auf den Besteller vor der Abnahme

Die Leistungsgefahr geht bereits vor der Abnahme in den folgenden Fällen auf den Besteller über:

- a) § 275 I, II: Der Anspruch auf (Neu)Herstellung ist ausgeschlossen, wenn dies unmöglich ist oder mit einem unverhältnismäßig hohen und daher nicht geschuldeten Aufwand verbunden ist.
- b) § 635 III: Der Besteller kann keine Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung verlangen, wenn dies einen Aufwand erfordern würde, der in keinem Verhältnis zum Interesse des Bestellers an der Beseitigung dieses Mangels stünde.
- c) § 644 I 2: Die Leistungsgefahr geht bereits vor der Abnahme auf den Besteller über, wenn er sich in Annahmeverzug befindet.
- d) §§ 644 II, 447: Die Leistungsgefahr geht vor der Abnahme auf den Besteller über, wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet.

II. Die Gegenleistungsgefahr

1) Der Grundsatz: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Gegenleistungsgefahr.

Der Vergütungsanspruch des Unternehmers wird erst nach der Abnahme des Werks (§ 641) bzw. nach der Vollendung (§ 646) fällig. Bis dahin trägt der Unternehmer auch die Gegenleistungsgefahr, also das **Risiko, den Werklohn nicht zu erhalten, wenn das Werk vor Abnahme/Vollendung untergeht oder beschädigt wird**.

2) Die Ausnahmen: Der Übergang der Gegenleistungsgefahr vor der Abnahme

Die Gegenleistungsgefahr geht aber in folgenden Fällen bereits vor Abnahme/Vollendung auf den Besteller über:

- a) § 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 Essen verdirbt.

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

- Zum einen trägt B jetzt die **Leistungsfahr**, so dass W kein neues Essen bereitstellen muss, obwohl er dazu in der Lage wäre.
- Zum anderen trägt B die **Gegenleistungsfahr**, muss also das bestellte Essen bezahlen, obwohl er bzw. die Betriebsangehörigen es gar nicht gegessen haben.

b) **§ 644 I 3: Der Besteller muss den Werklohn auch dann bezahlen, wenn der vom Besteller zur Verfügung gestellte Stoff zufällig untergeht oder verschlechtert wird.** Der Besteller kann also das Risiko, dass eine ihm gehörende Sache untergeht, nicht auf den Unternehmer abwälzen: „casum sentit dominus“. Wie wir aber gleich sehen werden, schuldet der Besteller gemäß § 645 I grundsätzlich nur eine Teilvergütung.

c) **§ 644 II:** Die Gegenleistungsfahr geht auf den Besteller über, wenn der Unternehmer das Werk auf Wunsch des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. Hier gilt über § 644 II die Gefahrtragungsregel des uns bereits bekannten § 447 (dazu Langels, Schuldrecht BT 1 § 3 II 2 c).

d) **Der Anspruch auf Teilvergütung gemäß § 645**

Fall: Der Werkunternehmer W soll die Fassade eines Mehrfamilienhauses streichen. Nachdem er bereits eine Woche lang 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 auf Werklohn gemäß § 326 I erloschen zu sein, da W das geschuldete Werk nicht mehr herstellen kann; wie wir gerade gesehen haben, trägt ja der Unternehmer bis zur Abnahme/Vollendung die Gegenleistungsfahr. Andererseits könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es in die Risikosphäre des Bestellers fällt, wenn er den Leistungsgegenstand nicht mehr zur Verfügung stellen kann, an dem das Werk hätte erbracht werden sollen, so dass der Besteller gemäß § 326 II zur vollen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verpflichtet bliebe.

Das Gesetz hat sich bei diesem Konflikt in § 645 I für einen Mittelweg zwischen § 326 I und § 326 II entschieden: **Unter den Voraussetzungen des § 645 I hat der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung seiner bisher erbrachten Leistungen:**

- aa) Das Werk ist vor der Abnahme/Vollendung verschlechtert, untergegangen oder aus sonstigen Gründen undurchführbar geworden.
- bb) Der Unternehmer hat die Verschlechterung, den Untergang oder die Undurchführbarkeit 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 auf Teilvergütung, also auf anteilige Zahlung des Werklohns für die eine Woche, aber auch auf volle Vergütung für bereits getroffene Aufwendungen (z.B. angemischte Farbe etc.).

Zur Variante:

Hatte der Besteller den Brand fahrlässig verursacht, so gilt über § 645 II die weitergehende Regelung des § 326 II, 1. Alt.: Jetzt hat der Unternehmer einen Anspruch auf Zahlung des gesamten vereinbarten Werklohns und muss sich nur anspruchsmindernd abziehen lassen, was er an Aufwendungen erspart und was er in der freigewordenen Zeit durch Einsatz seiner Arbeitskraft anderweitig verdient hat.

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

Fall nach BGHZ 40, 71: B lässt vom Werkunternehmer W eine Scheune errichten, die er bereits vor der Fertigstellung zur Lagerung von Heu benutzt. Als sich das Heu bei starker Sonneneinstrahlung selbst entzündet, brennt die Scheune vor Fertigstellung ab. B weigert sich, den Werklohn zu zahlen, weil er die Scheune noch nicht abgenommen habe. Zu Recht?

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 (Werkstatt, Atelier) befindet. § 644 I 1 gilt daher nicht, wenn sich das Werk in der Sphäre des Bestellers befindet und dort aufgrund von Umständen untergeht, die dem Besteller und dessen Risikosphäre zuzuordnen sind.

§ 645 I sieht einen Teilvergütungsanspruch des Unternehmers in den Fällen vor, in denen das Werk aufgrund einer fehlerhaften Weisung des Bestellers oder durch dessen Stoff untergeht. Dem wird über die analoge Anwendung des § 645 I ein gefährliches Verhalten des Bestellers gleichgestellt.

Folge:

B muss in analoger Anwendung des § 645 I dem Unternehmer anteilig dessen Werklohn und in vollem Umfang das Verbrauchsmaterial bezahlen.

§ 40 Die Kündigungsrechte des Bestellers

I. Das Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 649

Der Besteller kann den Werkvertrag gemäß § 649, 1 jederzeit und ohne Angaben von Gründen bis zur Vollendung des Werks kündigen:

Das Gesetz geht davon aus, dass nur der Besteller an der Herstellung des Werks interessiert ist und den Unternehmer nur der Werklohn interessiert. Den erhält er auch nach erfolgter Kündigung: Er kann gemäß § 649, 2 trotz der Kündigung den vereinbarten **Werklohn** verlangen und muss sich nur das abziehen lassen, was er durch die Kündigung an weiteren Aufwendungen erspart. Der Unternehmer kann jedoch keinen Werklohn für noch nicht erbrachte Leistungen verlangen, wenn der Besteller den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos kündigt (BGHZ 31, 225).

II. Das Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 650

- 1) **Der Kostenvoranschlag ist ohne zusätzliche Garantie des Unternehmers (dazu BGH NJW -RR- 1987, 337) kein Vertragsbestandteil**, sondern nur eine unverbindliche fachmännische Berechnung der voraussichtlichen Kosten. Kann das Werk nicht ohne wesentliche Überschreitung der veranschlagten Kosten hergestellt werden (Richtschnur 15 - 20 %), so kann der Besteller den Vertrag bis zur Abnahme kündigen, weil die Überschreitung der Kosten aus dem Risikobereich des Unternehmers stammt.
- 2) Statt der Kündigung kann der Besteller bei schuldhafter Überschreitung des Kostenvoranschlags Schadensersatz nach den Regeln der c.i.c. gemäß den §§ **311 II, 241 II, 280 I 1** verlangen, es sei denn, dass die Mehrkosten zu einem Wertzuwachs geführt haben.

3. Kapitel: Das Reisevertragsrecht: §§ 651 a - m

Vorbemerkung

1) Das Wesen des Reisevertrags

- a) Der Reisevertrag ist ein gegenseitiger Vertrag zwischen Reiseveranstalter und Reisendem: Der Reiseveranstalter schuldet die Planung, Gestaltung und Durchführung der Reise, der Reisende schuldet die vereinbarte Vergütung. Für die Anwendung der §§ 651 a ff. kommt es nicht darauf an, ob der Reiseveranstalter zur Gewinnerzielung oder in sonstiger Weise gewerblich handelt: Auch die Reise eines Sportvereins ins Trainingslager oder die vom Zeitungsverlag einmalig veranstaltete Leserreise („Mit dem ‚Tennis-Magazin‘ zu den US-Open“) fällt unter das Reisevertragsrecht.
- b) Der Reisevertrag ist eine **Sonderform des uns bereits bekannten Werkvertrags**: Wie auch beim Werkvertrag schuldet der Reiseveranstalter den Erfolg der Reise und haftet für Reismängel. Speziell geregelt sind nur die Vorschriften über die Gewährleistung bei Reismängeln (§§ 651 c ff.), den Rücktritt vor Reisebeginn (§ 651 i), die Kündigung bei höherer Gewalt (§ 651 j) und den Verbraucherschutz (§ 651 k).

Im Unterschied zum Werkvertrag schuldet der Reiseveranstalter aber nicht nur ein bestimmtes Werk, sondern ein ganzes Bündel von Einzelleistungen, die er im Vorfeld des Vertragsschlusses auswählt, aufeinander abstimmt und als Paket zu einem Gesamtpreis anbietet: Anreise per Flugzeug, Schiff, Bus oder Bahn, Transfer zum Hotel, Übernachtung mit Halb- oder Vollpension, Ausflüge, etc.. Zu diesem Zweck schließt der Reiseveranstalter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Vertrag mit dem Beförderungsunternehmen, er bucht beim Hotelier die Hotelzimmer, er organisiert bei örtlichen Busunternehmen den Transfer zum Hotel etc..

2) Die erforderliche Gesamtheit der Reiseleistungen

- a) Das Wesen des Reisevertrags besteht also darin, dass der Reiseveranstalter eine **Gesamtheit von Reiseleistungen** schuldet. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Veranstalter **mindestens 2 Leistungen** schuldet, **die nahezu gleichwertig sind** und zu einer Gesamtleistung zusammengefasst sind.
Beispiel: Bei einer Pauschalreise schuldet der Veranstalter die Beförderung, die Unterkunft, den Transfer zum Hotel sowie ggf. die im Preis enthaltenen Mahlzeiten.
Gegenbeispiel: Keine Gesamtleistung liegt vor, wenn die beiden Reiseleistungen nicht einmal annähernd gleichwertig sind, wie z.B. die Flugreise mit Bustransfer in die Innenstadt des Zielorts oder die Busreise von Hamburg nach München mit eingeschlossenem Mittagessen.
- b) **Das Reisevertragsrecht gilt erst recht nicht, wenn der Unternehmer nur eine einzige Reiseleistung schuldet:** Der Vertrag über die bloße Beförderung ist ein reiner Werkvertrag, der Vertrag über die Gebrauchsüberlassung eines Ferienhauses ist ein reiner Mietvertrag.
Beispiel: Der Chartervertrag über ein Boot ist Mietvertrag, aber kein Reisevertrag, wenn der Unternehmer die Reise nicht gestalten soll.
- c) **Dennoch wendet die Rspr. die Regeln des Reisevertrags entsprechend an, wenn ein Reisebüro als Veranstalter auftritt und in eigener Verantwortung für den Erfolg ein Ferienhaus zu Urlaubszwecken anbietet** (BGH NJW 1996, 2629; 1985, 906). Hier haftet der Veranstalter für Mängel des Hauses analog § 651 f II (BGH NJW 1985, 609).

§ 41 Die Pflichten der Vertragsparteien

I. Die Pflichten des Reiseveranstalters und des Vermittlers

1) Der Reiseveranstalter

Der Reiseveranstalter ist der Vertragspartner des Reisenden: Er schuldet gemäß § 651 a I die Organisation und mangelfreie Durchführung der Reise sowie gemäß den §§ 1 - 4 InfVO eine ausreichende Information über die Prospektangaben (z.B. Transportmittel, Unterbringung, Mahlzeiten), die Reiseroute, Pass- und Visaerfordernisse, die allgemeinen Reisevertragsbedingungen (Verhalten bei Reismängeln, einzuhaltende Fristen, AGB) sowie die Reisemodalitäten (Tag, Zeit, Ort der Abreise und Rückkehr) etc..

2) Reiseveranstalter und Leistungsträger

- a) Da der Reiseveranstalter nicht sämtliche Reiseleistungen selbst erbringen kann, schließt er Verträge mit anderen Unternehmern: Der Reiseveranstalter chartert Flüge bei Fluggesellschaften, mietet Hotelzimmer, organisiert den Transfer oder Tagesausflüge bei lokalen Busunternehmern etc.. Das Gesetz nennt diese Unternehmer (Fluggesellschaft, Hotelier etc.) in § 651 a II **Leistungsträger. Der Leistungsträger ist Erfüllungsgehilfe des Reiseveranstalters**, so dass sich der Veranstalter das Verschulden des Leistungsträgers gemäß § 278 als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss. Der Veranstalter haftet auch für das beim Leistungsträger angestellte Personal über § 278: Der Angestellte ist Erfüllungsgehilfe des Leistungsträgers, der Leistungsträger ist Erfüllungsgehilfe des Veranstalters.
- b) Der Reiseveranstalter schließt die jeweiligen Verträge mit den Leistungsträgern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab, aber zugunsten des Reisenden, so dass derartige Verträge **Verträge zugunsten des Reisenden i.S.d. §§ 328 ff.** sind (BGH NJW 1985, 1457; MünchKomm/Tonner Rz. 11 vor § 651 a). **Der Reisende ist zwar nicht Vertragspartner des Leistungsträgers, hat aber dennoch eigene Erfüllungsansprüche und ggf. auch Sekundäransprüche bei Leistungsstörungen gegen den Leistungsträger** (Palandt/Sprau § 651 a Rz. 11).
- c) Durch die Vertragsaufspaltung kann der Reisende auf den ersten Blick in eine missliche Lage geraten, weil der Leistungsträger als Versprechender normalerweise gemäß § 334 Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis (Reiseveranstalter - Leistungsträger) auch gegenüber dem Dritten geltend machen kann: Hat der Reiseveranstalter den Hotelier nicht bezahlt, könnte dieser gegenüber dem Reisenden die Bereitstellung des Hotelzimmers verweigern. **Die Rspr. schließt aber zugunsten des Reisenden die Anwendung des § 334 aus** (BGHZ 93, 271).
- d) Die Tatsache, dass der Reiseveranstalter der alleinige Vertragspartner des Reisenden ist, hat für diesen weitreichende Konsequenzen: Er haftet gemäß den § 651 c ff. für alle Reismängel; dies gilt auch dann, wenn er diese Mängel vor Antritt der Reise gar nicht erkennen konnte oder wenn er zu einer Beseitigung dieses Mangels persönlich außerstande ist. Ihm bleibt nur der Regress gegen seine Vertragspartner (= Leistungsträger).

3) Der Vermittler

Im Gegensatz zum Reiseveranstalter schuldet der Vermittler nicht die Durchführung der Reise, sondern er vermittelt die Leistungen der einzelnen Unternehmer (Flugreisegesellschaft, Hotelier etc.). **Wenn aber der Vermittler die Durchführung der Reise nicht schuldet, haftet er auch nicht für Mängel der Reise**, sondern nur für unsorgfältige Auswahl der vermittelten Vertragspartner. Ansonsten muss sich der Reisende an den jeweiligen Unternehmer als seinen Vertragspartner halten, also gegen die Luftfahrtgesellschaft oder den Hotelier vor Ort vorgehen, was natürlich die Position des Reisenden zum Teil erheblich verschlechtert.

4) Das Reisebüro

- a) Das Reisebüro ist in aller Regel nicht der Veranstalter der Reise, sondern es vermittelt den Reisevertrag zwischen dem eigentlichen Veranstalter und dem Reisenden, insbesondere, wenn es die Pauschalreisen des Veranstalters anbietet. **Das Reisebüro wird als Handelsvertreter gemäß den §§ 84 ff. HGB für den Reiseveranstalter tätig und nimmt das Angebot des Reisenden auf Abschluss des Reisevertrags für den Veranstalter an.** Der Reisende schließt mit dem Inhaber des Reisebüros einen Geschäftsbesorgungsvertrag, so dass dieser wegen einer Pflichtverletzung des § 675 gemäß § 280 I 1 haftet, wenn er den Reisenden schuldhaft falsch berät, nicht ausreichend informiert oder den Reiseveranstalter schlecht auswählt.
- b) Auch außerhalb der Vermittlung von Pauschalreisen tritt das Reisebüro für den Reisenden erkennbar nur als Vermittler auf, wenn es einzelne Flugtickets oder sonstige nicht aufeinander abgestimmte Teilleistungen anbietet, die der Reisende in eigener Verantwortung zusammenstellt (OLG Frankfurt NJW -RR- 1991, 1018).

5) Problem: Ist der Unternehmer Reiseveranstalter oder Vermittler?

- a) Der Unternehmer wird stets versuchen, nur als Vermittler aufzutreten, um seiner eigenen vertraglichen Haftung für Reisemängel zu entgehen. Der Gesetzgeber hat derartigen Versuchen aber einen Riegel vorgeschoben: **Gemäß § 651 a II ist der Unternehmer entgegen seiner eigenen Behauptung nicht bloßer Vermittler, sondern selbst Reiseveranstalter und damit Schuldner der Reise, wenn er gegenüber dem Reisenden den Anschein begründet, die vorgesehenen Leistungen in eigener Verantwortung zu erbringen.** Wie auch im Rahmen des § 164 II entscheidet nicht, wie der Handelnde auftreten wollte (= als Vertreter), sondern wie er in den Augen des Reisenden aufgetreten ist (= als dessen Vertragspartner; dazu BGH NJW 1985, 906; JZ 1985, 844, 845). **Es entscheiden die äußeren Umstände** wie die Werbung, insbesondere in eigenen Katalogen (OLG Köln NJW -RR- 1995, 314), das Angebot von gebündelten Leistungen zu einem Gesamtpreis (BGHZ 77, 310) oder das Verlangen, ihm (und nicht dem eigentlichen „Veranstalter“) Mängel der Reise anzuzeigen (BGH WM 1992, 1948).
- b) Will der Reiseveranstalter für eine im Pauschalpreis enthaltene Einzelleistung (z.B. Tagesausflug, Sporttraining im Ferienclub) nur als Vermittler auftreten, so muss er dies in der Reisebeschreibung, in den Buchungsunterlagen und in der Reisebestätigung besonders hervorheben (OLG Frankfurt NJW -RR- 1988, 1328). Selbst wenn er dies tut, kann er sich zumindest bezüglich der Leistungen nicht auf eine Vermittlerrolle beschränken, die die Pauschalreise prägen.

Beispiel: Der Veranstalter einer Sprachreise kann bezüglich des vor Ort angebotenen Sprachunterrichts nicht als Vermittler auftreten, sondern haftet als Veranstalter für entsprechende Mängel gemäß den §§ 651 c ff..

II. Die Pflichten des Reisenden

1) Die Zahlung des Reisepreises

- a) Der Reisende schuldet zunächst die Zahlung des vereinbarten Reisepreises. Da das Reisevertragsrecht über die Fälligkeit der Vergütung keine gesonderte Regelung enthält, gilt das subsidiäre Recht des Werkvertrags, so dass der Reisende gemäß § 646 ohne gesonderte Vereinbarung eigentlich erst nach der Reise zahlen müsste (BGHZ 100, 163; MünchKomm/Tonner § 651 a Rz. 50). Jeder Reisevertrag wird aber davon abweichen und eine Vorleistung des Reisenden vorsehen, doch müssen sich abweichende AGB an der gesetzlich vorgesehenen Vorleistungspflicht des Reiseveranstalters messen lassen (MünchKomm/Tonner § 651 a Rz. 51 ff.). **Der Reisende muss erst dann zahlen, wenn ihm der Reiseveranstalter die Dokumente aushändigt, die den Anspruch des Reisenden gegen ihn und die jeweiligen Leistungsträger verbrieften** (BGHZ 100, 157).
- b) Auch bei der Frage nach der Zulässigkeit einer **Anzahlung** verhält sich das Reisevertragsrecht sehr kundenfreundlich. Eine Vorleistungspflicht des Reisenden ist nur in den Grenzen des **§ 651 k IV** zulässig. Einen Vorschuss auf den Reisepreis darf der Veranstalter vor Beendigung der Reise nur dann verlangen, wenn er dem Reisenden einen **Sicherungsschein** aushändigt. Von dieser Regelung darf gemäß § 651 m nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden.

Exkurs: Die nachträgliche Preiserhöhung gemäß § 651 a IV

Obwohl der Reisevertrag bereits abgeschlossen ist, darf der Reiseveranstalter aufgrund eines vertraglichen Vorbehalts gemäß § 651 a IV den Reisepreis noch einmal erhöhen, allerdings nur bis 20 Tage vor Reiseantritt und auch nur mit genauen Angaben zur Berechnung des neuen Preises. Diese Preiserhöhung darf nur auf eine Erhöhung der Beförderungskosten oder der Hafengebühren oder auf eine Veränderung der Wechselkurse gestützt werden. Hat sich der Reiseveranstalter das Recht der Preiserhöhung in seinen AGB vorbehalten, so ist diese Klausel nach § 309 Nr. 1 unwirksam, wenn zwischen Vertragsschluss und Reiseantritt nicht mehr als 4 Monate liegen.

2) Nebenpflichten

Neben der Bezahlung muss der Reisende das seinerseits erforderliche tun, um sich auf die Reise vorzubereiten, was natürlich davon abhängt, wohin er reist und was er dort machen möchte. So muss er sich ggf. ein Visum beschaffen, gegen drohende Krankheiten impfen lassen, entsprechende Ausrüstungsgegenstände erwerben etc..

§ 42 Die Rechte des Reisenden bei einem Reisemangel

I. Der Reisemangel

Der Begriff des Reisemangels ist in § 651 c I definiert: **Die Reise ist mangelhaft, wenn ihr entweder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn sie mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder mindert.**

1) Der Fehlerbegriff

Auch im Reisevertragsrecht gilt der **subjektive Fehlerbegriff: Die Reise ist fehlerhaft, wenn sie nicht so beschaffen ist, wie sie aufgrund der vertraglichen Vereinbarung oder der Normalbeschaffenheit sein soll.** Unabhängig davon, wohin die Reise gehen soll, werden Leistungen mittlerer Art und Güte nach inländischem Standard geschuldet (BGH NJW 1987, 1931, 1935; dazu MünchKomm/Wolter § 651 c Rz. 21: „touristische Kolonialisierung vor allem der nichteuropäischen Länder“).

Beispiele:

- 1) Das Zubringerflugzeug ist überbucht, so dass der Reisende die Chartermaschine zum Zielort nicht erreicht. Obwohl hier ein Teil der Reise unmöglich geworden ist, wendet der BGH (BGHZ 97, 255) nicht (Teil)Unmöglichkeitregeln, sondern das Gewährleistungsrecht der §§ 651 c ff. an.
- 2) Wesentliche Zielpunkte einer Kreuzfahrt können wegen schlechten Wetters und hoher See nicht angelaufen werden (BGHZ 77, 320).
- 3) Die gebuchte Villa, die als „Luxusbungalow mit einzigartigem Standard in paradiesischer Umgebung“ angeboten wird, ist in der letzten Zeit mehrfach von Räufern überfallen worden (BGH NJW 1982, 1521).
- 4) Die gebuchte Trekkingreise weicht wesentlich von der geplanten Route ab (OLG Düsseldorf VersR 1995, 592).
- 5) **Ein wesentlich schöneres Beispiel schildert uns das LG Frankfurt in NJW -RR- 1987, 951:** Geschuldet ist eine Karibik-Kreuzfahrt, wobei die Reise im Katalog wie folgt beschrieben ist: „Stil, Charme, Atmosphäre - eben das gewisse ‚Etwas‘, das der Gast meint, wenn er später mit glänzenden Augen von dem Schiff spricht. Die schwimmende Lady aus Griechenland zählt zu den Schiffen, zu denen man eine persönliche Beziehung entwickelt, von der man wehmütig Abschied nimmt, wenn der letzte Hafen unwiderruflich das Ende einer unvergesslichen Kreuzfahrt signalisiert.“

Der deutsche Kläger trägt vor, dass von den rund 550 Passagieren 500 auf eine schweizerische Reisegruppe entfielen, deren Reise von einem Schweizer Folkloreverein organisiert war. Deren Reiseprospekt lautete wie folgt: „Meisterhaft und sauber gespielte Volksmusik sind seit jeher unser Anliegen gewesen. Das garantiert Gemütlichkeit und fröhliches Beisammensein und jenes einzigartige Gefühl, in einer großen Familie geborgen zu sein.“

Entsprechend den Anweisungen der Reederei übernahm der Reiseleiter der Folkloregruppe die Gestaltung des gesamten Unterhaltungsprogramms an Bord. Es waren Folkloregruppen (Schrammelgruppen und Blaskapellen) im Einsatz, sowohl in den Sälen und Bars als auch im Freien an Deck. Ein Tagesprogramm lautete beispielsweise wie folgt: „9.30 Uhr Trachtentanz in der Disco Galaxy. 10.00 Uhr Kapelle ‚Echo vom Toedi‘ beim Schwimmbad. 10.30 Uhr Trachtengruppe auf dem Sun Deck. 20.15 Uhr rassige Unterhaltung mit den ‚Dorfspatzen Oberaegi‘ beim Schwimmbad auf dem Hinterdeck; Tanz mit der Kapelle ‚Echo vom Toedi‘ im Mayfair Ballsaal. 22.00 Uhr Kapelle ‚Hans Muff‘ in der Rendez Vous Bar sowie gemütlicher Folkloreabend im Mayfair Ballsaal.“

Das Gericht mindert den Gesamtreisepreis um 40 %. Begründung: „Bei einer Kreuzfahrt kann der Reisende nach der Verkehrssitte ein Programm in Form von Shows, Tanz und Unterhaltung erwarten, das sich an der Art der Kreuzfahrt orientiert. Bei einer Karibikkreuzfahrt kann man erwarten, dass das Programm der Reise angepasst ist, d.h. Palmen und südamerikanische Rhythmen berücksichtigt. Damit sind die Darbietungen der Schweizer Folkloregruppen nicht zu vereinbaren. Diese mit Kuhglocken, Blaskapellen, Jodlern, Schweizer Dorfspatzen und Trachtentänzern angereicherten Programme passen in die Schweizer Bergwelt, aber nicht auf ein Kreuzfahrtschiff, auf dem der Reisende diesen Darbietungen auch nicht ausweichen kann. Auch die Tatsache, dass man deutschen Gästen einen separaten Raum zur Verfügung stellte, ist keine Abhilfe, sondern eine zusätzliche Ausgrenzung und Beeinträchtigung.“

Ein ebenso schönes Gegenbeispiel: Ein Mann und seine Lebensgefährtin buchen ein Zimmer mit Doppelbett auf Menorca, finden im Zimmer aber nur 2 Einzelbetten vor. Nach Deutschland zurückgekehrt, verlangen sie eine Minderung des Reisepreises von 20 %, „weil ein friedliches und harmonisches Einschlaf- und Beischlaferlebnis (!) während der gesamten Dauer des Urlaubs nicht zustande gekommen sei, da die Betten bei der kleinsten Bewegung in der Mitte auseinandergegangen seien.“

Das AG Mönchengladbach (NJW 1995, 884) weist die Klage zurück. Begründung: „Der Kläger hat nicht dargelegt, welche besonderen Beischlafgewohnheiten er praktiziert, die festverbundene Doppelbetten voraussetzen. Dem Gericht sind mehrere allgemein anerkannte und übliche Variationen des Geschlechtsverkehrs bekannt, die auf einem einzelnen Bett ausgeübt werden können, und zwar durchaus zur Zufriedenheit aller Beteiligten. Davon abgesehen hätte der Kläger das Bett, z.B. mit seinem Hosengürtel, fest zusammenbinden können, der in seiner ursprünglichen Funktion in diesem Augenblick sicherlich nicht benötigt wurde.“

2) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

a) Die Eigenschaft

Eigenschaften sind die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse einer Sache sowie deren Beziehungen zur Umwelt, die für die Wertschätzung von Bedeutung sind.

b) Die Zusicherung

Im Reisevertragsrecht haftet der Veranstalter gemäß § 651 f nur dann auf Schadensersatz, wenn er den Reisemangel verschuldet hat, so dass man an eine derartige Zusicherung keine allzu strengen Anforderungen stellen muss. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Angaben im Reiseprospekt bereits eine Zusicherung der dort genannten Eigenschaft enthalten.

aa) Nach einer Ansicht (MünchKomm/Wolter § 651 c Rz. 10 m.w.N.) sichert der Veranstalter die Eigenschaft nur dann zu, wenn er gegenüber dem Reisenden erklärt, für alle Folgen des Fehlens eintreten zu wollen.

bb) **Nach h.M.** (Palandt/Sprau § 651 c Rz. 2; Soergel/Mühl § 651 c Rz. 3, jeweils m.w.N.) **ist jede vertragliche Vereinbarung über eine Eigenschaft eine Zusicherung, so dass auch Katalogangaben zugesicherte Eigenschaften sind.** Gerade bei einer Reise kann sich der Gläubiger vor Reiseantritt kein Bild von der Leistung machen und ist daher auf Katalogangaben in gesteigertem Maße angewiesen. Da der Reiseveranstalter dies auch weiß, nimmt er durch die Angaben des Katalogs ein gesteigertes Vertrauen in Anspruch, wenn es sich nicht ersichtlich um werbehaftete Anpreisungen handelt („die schönsten Wochen des Jahres“).

II. Die Rechte des Reisenden

1) Der Anspruch des Reisenden auf Abhilfe gemäß § 651 c II

a) **Ebenso wie im Kaufrecht, Mietrecht und im Werkvertragsrecht kann der Reisende gemäß § 651 c II 1 verlangen, dass der Reiseveranstalter den Mangel beseitigt.** Auch hier kann der Reiseveranstalter gemäß § 651 c II 2 die Mangelbeseitigung verweigern, wenn dies mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.

b) **Der Reisende muss sein Abhilfeverlangen an die Stelle richten, die in der Reiseinformation genannt sein muss,** hilfsweise an die örtliche Reiseleitung oder den verantwortlichen Leistungsträger. Der Reiseveranstalter kann dadurch abhelfen, dass er entweder die Ursache des Mangels beseitigt oder dem Reisenden eine objektiv gleichwertige Ersatzleistung (z.B. ein anderes Zimmer in einem gleichwertigen Hotel) anbietet.

c) Für den Zeitraum bis zur Abhilfe kann der Reisende gemäß § 651 d I den Reisepreis **mindern** oder unter den Voraussetzungen des § 651 f **Schadensersatz** verlangen.

2) Der Anspruch des Reisenden auf Ersatz seiner Aufwendungen zur Mangelbeseitigung gemäß § 651 c III = Ersatzvornahme

- a) **Wenn der Reisende den Mangel bemerkt, kann er dem Reiseveranstalter gemäß § 651 c III 1 eine angemessene Frist setzen, um den Mangel beseitigen zu lassen.** Die Dauer der Frist richtet sich nach Art und Schwere des Mangels und kann ggf. sehr kurz sein. Sie ist sogar gemäß § 651 c III 2 entbehrlich, wenn der Reiseveranstalter die Beseitigung des Mangels verweigert hat oder wenn der Reisende ein besonderes Interesse an der sofortigen Mangelbeseitigung hatte (z.B. bei Gesundheitsgefährdung).
- b) **Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Reisende den Mangel selbst beseitigen (lassen) und gemäß § 651 c III 1 Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen fordern.** Erforderlich sind die Aufwendungen für eine gleichwertige Ersatzleistung. Ist eine gleichwertige Ersatzleistung nicht verfügbar (z.B.: alle Hotels der vergleichbaren Kategorie sind ausgebucht), so kann der Reisende auf Kosten des Reiseveranstalters auch eine höherwertige Leistung in Anspruch nehmen, wenn die dadurch verursachten Mehrkosten nicht unverhältnismäßig hoch sind (OLG Köln NJW -RR- 1993, 252).

3) Die Minderung des Reisepreises gemäß § 651 d

- a) **Ist die Reise mangelhaft, so mindert sich gemäß § 651 d der Reisepreis.** Anders als beim Kauf- oder Werkvertrag, aber ebenso wie bei der Miete mindert sich der Preis **kraft Gesetzes, also auch ohne dass der Reisende die Minderung erklärt.**
- b) Hat der Reisende bereits den vollen Reisepreis bezahlt, so kann er den aufgrund der Minderung zuviel gezahlten Reisepreis gemäß den §§ **651 d I 2, 638 IV** zurückfordern.
- c) Der Gesamtpreis der Reise wird für die Dauer des Mangels, also bis zur Beseitigung durch den Reiseveranstalter oder den Reisenden selbst, nach § 638 III verhältnismäßig herabgesetzt. Dabei müssen Art, Intensität und Dauer des Reismangels berücksichtigt werden (MünchKomm/Wolter §651 d Rz. 7; Palandt/Sprau § 651 d Rz. 5 m.w.N.). Die Minderung erfolgt durch einen **prozentualen Abschlag vom Gesamtreisepreis**, wobei das LG Frankfurt, dessen 24. Zivilkammer für viele verklagte Reiseveranstalter örtlich zuständig ist, eine Tabelle für typische Reismängel aufgestellt hat = **Frankfurter Tabelle**

Exkurs: Diese Tabelle ermöglicht zugleich einen „Urlaub zum Nulltarif“, wie Köhler (JZ 1985, 1088) nachweist. Ein Reisevorschlag für Singles ab 40 Jahre: Doppelzimmer statt Einzelzimmer (20 %). Ausfall der Klimaanlage (10 %). Ungenügender Wäschewechsel (5 %). Nächtlicher Lärm (15 %). Ungenießbares Essen (25 %). Fehlende Reitmöglichkeit trotz Zusage (10 %). Fehlende Animation trotz Zusage (10 %). Fehlende Reiseleitung (5 %). Gesamtergebnis 100 % Minderung = kostenloser Urlaub. Es fehlt jedoch bis dato eine Frankfurter Tabelle, wo sich diese Mängel befinden, quasi ein „Mängel-Michelin“ (Köhler).

- d) **Die Minderung ist gemäß § 651 d II ausgeschlossen, wenn der Reisende es schuldhaft unterlassen hat, dem Reiseveranstalter durch eine Anzeige die Gelegenheit zur Mangelbeseitigung zu geben.** Diese Einwendung setzt aber voraus, dass der Reiseveranstalter den Reisenden zuvor auf dessen Obliegenheit zur Mangelanzeige hingewiesen hat und auch den dafür zuständigen Ansprechpartner benannt hatte. Davon abgesehen ist eine Mangelanzeige ohnehin entbehrlich, wenn der Reiseveranstalter den Mangel bereits kannte oder wenn der Mangel auch bei erfolgter Anzeige nicht hätte beseitigt werden können (MünchKomm/Wolter § 651 d Rz. 5).

4) Das Kündigungsrecht des Reisenden gemäß § 651 e

a) Die Voraussetzungen der Kündigung

Wird die Reise durch den Mangel erheblich beeinträchtigt, kann der Reisende entweder vor oder während der Reise (BGHZ 77, 310 m.w.N.) den Reisevertrag gemäß § 651 e I außerordentlich kündigen. Die Beeinträchtigung ist erheblich, wenn der Gesamtwert der Reise betroffen ist und eine Minderung um mindestens 50 % gerechtfertigt wäre (LG Köln MDR 1991, 840; a.A. LG Frankfurt in NJW -RR- 1992, 1083, wonach eine Minderung von 20 % genügen würde).

Der Reisende darf aber gemäß § 651 e II 1 nur dann kündigen, wenn er dem Reiseveranstalter zuvor erfolglos eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt hat. Die Fristsetzung ist jedoch gemäß § 651 e II 2 überflüssig, wenn der Mangel nicht zu beseitigen war, der Reiseveranstalter die Beseitigung verweigert hat oder wenn der Reisende ein besonderes Interesse an der sofortigen Kündigung hat.

b) Die Rechtsfolgen der Kündigung

aa) **Die Kündigung verwandelt den Reisevertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis:** Der Reisende verliert zwar den Anspruch auf weitere Reiseleistungen, doch muss der Reiseveranstalter gemäß § 651 e IV den Reisenden vorzeitig zurückbefördern, wenn An- und Abreise Vertragsbestandteil waren; gleiches gilt für sonstige Maßnahmen, die zur Rückabwicklung des Reisevertrags erforderlich waren. Etwaige Mehrkosten (z.B. für Linien- statt Charterflug) trägt gemäß § 651 e IV 2 der Reiseveranstalter.

bb) Durch die Kündigung verliert der Reiseveranstalter gemäß § 651 e III 1 den Anspruch auf Zahlung des Reisepreises. An dessen Stelle tritt gemäß § 651 e III 2 ein Anspruch auf Entschädigung für die bereits erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen, es sei denn, dass diese Leistungen für den Reisenden infolge des Mangels wertlos waren.

Exkurs: Das Kündigungsrecht des Reisenden gemäß § 651 j

Wird die Reise durch unvorhersehbare höhere Gewalt erheblich beeinträchtigt, so kann sowohl der Reiseveranstalter als auch der Reisende den Vertrag kündigen, wobei die Kündigung nur auf § 651 j und nicht auf den durch die höhere Gewalt bedingten Reisemangel gestützt werden darf. Höhere Gewalt ist ein von außen kommendes, nicht abwendbares Ereignis, das man auch durch äußerste Sorgfalt nicht hätte abwenden können (BGHZ 100, 185, 188).

Beispiel nach BGH NJW 1990, 572: Eine Busreise nach Prag muss wegen des Reaktorunglücks in Tschernobyl abgesagt werden.

Bei einer Kündigung des Reisenden gemäß § 651 j steht sich der Reiseveranstalter im Verhältnis zu einer Kündigung des Reisenden gemäß § 651 e um einiges günstiger: Der Reisende muss dem Reiseveranstalter ebenso wie bei § 651 e III eine **angemessene Entschädigung für die bereits erbrachten Reiseleistungen** zahlen. Die Mehrkosten für den vorzeitigen Rücktransport werden aber im Gegensatz zu § 651 e IV 1 zwischen Reisenden und Reiseveranstalter geteilt. Die übrigen Mehrkosten trägt anders als bei § 651 e IV 2 der Reisende.

Stornokosten des Veranstalters im Verhältnis zum Leistungsträger werden aber nach § 651 j II nicht ersetzt, weil sie ihre Ursache in einem Vertragsverhältnis haben (Reiseveranstalter - Leistungsträger), an dem der Reisende nicht beteiligt ist. Sie können nicht als erbrachte Reiseleistungen i.S.d. § 651 e III 2 angesehen werden, sondern werden nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 I ersetzt (BGH NJW 1990, 572, 573).

5) Der Anspruch des Reisenden auf Schadensersatz gemäß § 651 f I

a) Die Voraussetzungen des § 651 f I

- aa) Die Reise muss einen **Mangel i.S.d. § 651 c I** haben.
- bb) **Der Reisende muss den Mangel angezeigt und eine Abhilfe verlangt haben** (BGHZ 92, 177; Palandt/Sprau § 651 f Rz. 3; a.A. MünchKomm/Tonner § 651 f Rz. 17). Dies steht so zwar nicht im Gesetz, ergibt sich aber daraus, dass Schadensersatz anstelle von Minderung/Kündigung verlangt werden kann, aber nur unter den gleichen Voraussetzungen.
- cc) **Der Reiseveranstalter muss den Mangel zu vertreten haben, was aber kraft Gesetzes vermutet wird.** Der Reiseveranstalter muss also beweisen, dass weder er selbst (§ 276) noch einer seiner Leistungsträger (§ 278) den Mangel verschuldet haben.
Beispiele für Verschulden: Mangelhafte oder fehlende Prospektangaben, Überbuchung von Flugzeug oder Hotel, fehlender Hinweis auf einen voraussehbaren Streik im Zielland (LG Frankfurt NJW 1980, 1696) oder einen drohenden Hurrican (LG Frankfurt NJW -RR- 1991, 313).

Der Reiseveranstalter hat Umstände nicht zu vertreten, die außerhalb seines Einflussbereichs lagen, wie z.B. höhere Gewalt oder Umstände in der Person des Reisenden.

b) Die Rechtsfolgen des § 651 f I

- aa) Der Reiseveranstalter schuldet dem Reisenden gemäß § 651 f I **Schadensersatz wegen Nichterfüllung**, muss ihn also in Geld so stellen, als wenn die Reise mangelfrei gewesen wäre. Dabei werden auch **Mangelfolgeschäden** ersetzt, weil der Reisende sich ebenso wie der Mieter zur Vertragsabwicklung in eine fremde Sphäre begibt und dem Veranstalter bzw. Leistungsträger seine Rechtsgüter wie Körper, Gesundheit und Eigentum anvertraut (BGHZ 100, 157, 180; MünchKomm/Tonner § 651 f Rz. 6; Staudinger/Schwerdtner § 651 f Rz. 24).
Beispiel: Der Reiseveranstalter muss die Kosten der ärztlichen Heilbehandlung übernehmen, wenn sich der Reisende nach einem verdorbenen Essen in ärztliche Behandlung begeben musste.

AL-Klausurtipp: Die Schadensersatzpflicht des Reiseveranstalters ist in § 651 f abschließend geregelt, so dass die Vorschrift des § 280 I nicht anwendbar ist!

- bb) Darüber hinaus muss der Reiseveranstalter bei erheblich beeinträchtigter Reise gemäß **§ 651 f II** eine **angemessene Entschädigung** dafür zahlen, dass der Reisende nutzlos Urlaubszeit aufgewendet hat. Dieser Anspruch steht nicht nur Berufstätigen zu, sondern auch Hausfrauen, Studenten und Rentnern (BGHZ 85, 168).

Bei der Höhe der Entschädigung müssen u.a. folgende Faktoren berücksichtigt werden: die Höhe des vereinbarten Reisepreises, die Einkommensverhältnisse des Reisenden, die Schwere der Beeinträchtigung, der Grad des Verschuldens des Reiseveranstalters, aber auch die Möglichkeit des Reisenden, die Reise zu verschieben.

Kommt es zu einem Zivilprozess, so kann der Reisende den geltend gemachten Entschädigungsanspruch der Höhe nach zunächst nicht beziffern. Er darf aber zunächst einen unbezifferten Klageantrag stellen und die Höhe der Entschädigung gemäß **§ 287 ZPO** durch das Gericht festsetzen lassen.

c) Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung

- aa) **§ 651 h I**

Der Reiseveranstalter kann seine Haftung durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Reisenden gemäß § 651 h beschränken, soweit es sich nicht um den Ersatz von

Körperschäden handelt. Bei entsprechender Vereinbarung haftet der Reiseveranstalter für Sachschäden nur bis zum 3fachen Reisepreis, wenn der Schädiger (Reiseveranstalter oder Leistungsträger) weder grob fahrlässig noch vorsätzlich gehandelt hat oder wenn der Reiseveranstalter nur für das Verschulden des Leistungsträgers über § 278 und nicht zugleich für ein eigenes Auswahlverschulden haften würde.

bb) **§ 651 h II**

Eine weitere Haftungsbeschränkung ergibt sich aus § 651 h II: Danach haftet der Reiseveranstalter für seinen Leistungsträger nicht weiter, als dieser nach den für ihn geltenden internationalen Übereinkommen (z.B. Warschauer Abkommen/Fluggesellschaft) selbst haften würde. **Der Reisende erhält also vom Veranstalter nur das, was er auch vom Leistungsträger selbst bekäme, wenn er direkt mit diesem den Vertrag geschlossen hätte.**

d) **Die Konkurrenz zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen**

Vertragliche und deliktische Ansprüche stehen nebeneinander in freier Anspruchskonkurrenz. Der Reiseveranstalter haftet daher auch dann nach deliktischen Regeln, wenn der Anspruch aus § 651 f gemäß § 651 g I ausgeschlossen bzw. gemäß § 651 g II verjährt ist oder wenn die vertragliche Haftung für Sachschäden gemäß § 651 h I summenmäßig beschränkt ist. Dabei müssen wir aber bei der deliktischen Haftung des Reiseveranstalters wie folgt unterscheiden:

aa) **Der Reiseveranstalter haftet für ein Fehlverhalten seines Leistungsträgers nicht gemäß § 831 I 1,** weil der Leistungsträger mangels der erforderlichen Weisungsgebundenheit kein Verrichtungsgehilfe des Veranstalters ist.

bb) **Der Veranstalter haftet aber gemäß § 823 I, wenn er den Leistungsträger schuldhaft schlecht ausgesucht oder seine Verkehrssicherungspflicht verletzt hat,** weil er den Sicherheitsstandard der Urlaubsanlage nicht persönlich überprüft hat (BGHZ 103, 298; NJW 1988, 1380, 1382; OLG Köln NJW -RR- 1992, 1185).

III. Der Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 651 g

Den Gewährleistungsrechten des Reisenden droht Gefahr von 2 Seiten:

1) **Die Ausschlussfrist des § 651 g I**

Der Reisende muss seine Gewährleistungsansprüche der § 651 c - f innerhalb eines Monats nach der vertraglich vorgesehenen Beendigung der Reise geltend machen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Gewährleistungsansprüche erloschen, weil danach der Reiseveranstalter die Berechtigung der Gewährleistungsansprüche in aller Regel nicht mehr überprüfen und eigene Regressansprüche gegen seine Vertragspartner (= Leistungsträger) kaum noch durchsetzen kann. Der Reisende muss den Mangel gegenüber dem Reiseveranstalter angezeigt und Ansprüche geltend gemacht haben; die mündliche Mängelanzeige an die örtliche Reiseleitung genügt nicht, denn sie dient nur der Abhilfe. Hat der Reisende aber bereits während der Reise gegenüber einem Vertreter des Veranstalters eindeutig und vorbehaltlos Gewährleistung (und nicht nur Abhilfe!) verlangt, so braucht er dies nicht mehr innerhalb eines Monats zu wiederholen (BGHZ 102, 80).

2) **Die Verjährung des § 651 g II**

Gewährleistungsansprüche verjähren innerhalb von 2 Jahren ab dem vereinbarten Reisende. Die Verjährungsfrist kann jedoch gemäß § 651 m, 2 durch Vertrag auf 1 Jahr verkürzt werden.

§ 43 Sonderfragen des Reisevertragsrechts

I. Die Vertragsübertragung gemäß § 651 b

1) Da die Person des Reisenden dem Reiseveranstalter egal ist, kann der Reisende bis zum Reisebeginn verlangen, dass ein Dritter durch eine rechtsgeschäftliche Übertragung an seine Stelle in die Rechte und Pflichten aus dem Reisevertrag eintritt. Dem darf der Reiseveranstalter gemäß § 651 b I 2 nur dann widersprechen, wenn der Dritte besonderen Erfordernissen der Reise nicht entspricht. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach der Art, dem Ziel oder dem Programm der Reise.

Beispiele: Dem Dritten fehlt beim Segeltörn jegliche Segelerfahrung; bei einer Extremtour im Gebirge kann er nicht klettern etc..

2) Als Folge der Vertragsübertragung muss auch der Dritte den Reisepreis bezahlen, soweit er noch nicht entrichtet ist, wobei der ursprüngliche und der spätere Reisende gemäß § 651 b II als Gesamtschuldner haften.

II. Das Rücktrittsrecht vor Reisebeginn gemäß § 651 i

1) **Vor Reisebeginn kann der Reisende auch ohne Angabe von Gründen durch formfreie Erklärung gegenüber dem Reiseveranstalter zurücktreten.** Anders als beim Werkvertrag (§ 649) verliert der Reiseveranstalter den Anspruch auf Zahlung des Reisepreises und erhält nur eine **angemessene Entschädigung**. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach dem Preis der Reise abzüglich der vom Reiseveranstalter durch den Rücktritt ersparten Aufwendungen; auch muss berücksichtigt werden, was der Reiseveranstalter durch die anderweitige Verwertung der Reise erlangt hat. Dabei trifft den Veranstalter die Beweislast dafür, dass er die Reise nicht anderweitig verwerten konnte.

2) In den meisten Reiseverträgen ist die Höhe der Entschädigung durch Verwendung von AGB pauschaliert. **Die pauschale Entschädigung besteht dann gemäß § 651 i III in einem prozentualen Anteil des Reisepreises, der je nach der Zeitspanne gestaffelt wird, die zwischen Rücktritt und geplantem Reiseantritt liegt:** Je näher der Reisetminus liegt, desto unwahrscheinlicher wird eine anderweitige Verwertung und desto eher wird der Veranstalter den ursprünglichen Reisepreis herabsetzen müssen („last minute“).

III. Die Pflicht des Veranstalters zur Sicherstellung des Reisenden gemäß § 651 k

Der Reisende soll vor den Gefahren geschützt werden, die sich aus einer Insolvenz des Reiseveranstalters ergeben. Der Reiseveranstalter muss daher gemäß § 651 k eine Versicherung abschließen, die dem Reisenden den bereits gezahlten Reisepreis sowie notwendige Aufwendungen ersetzt, die der Reisende z.B. am Zielort aus eigener Tasche machen musste, weil der Reiseveranstalter seine Leistungsträger nicht mehr bezahlen konnte.

4. Kapitel: Der Maklervertrag

Vorbemerkung

1) Das Wesen des Maklervertrags

Wer für den Nachweis zur Gelegenheit des Vertragsschlusses oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Maklerlohn verspricht, muss den Makler gemäß § 652 I 1 nur dann bezahlen, wenn der Vertrag durch den Nachweis oder die Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist. Da der Makler nicht zum Tätigwerden verpflichtet ist, handelt es sich nicht um einen gegenseitigen, sondern um einen **einseitig verpflichtenden Vertrag: Der Maklervertrag besteht aus dem Provisionsversprechen des Auftraggebers, das durch die erfolgreiche Tätigkeit des Maklers aufschiebend bedingt ist.**

2) Nachweismakler und Vermittlungsmakler

Bei der Frage, wofür der Makler entlohnt wird, müssen wir zwischen einem Nachweismakler und einem Vermittlungsmakler unterscheiden:

- a) Der **Nachweismakler** verdient sich die Provision bereits dann, wenn er die Möglichkeit des Vertragsschlusses nachweist.
- b) Der **Vermittlungsmakler** muss einen Vertrag zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten vermitteln und wird nur dann entlohnt, wenn durch seine Vermittlung ein wirksamer Vertrag geschlossen worden ist.

3) Die Stellung des Auftraggebers

Obwohl der Makler nur bei erfolgreicher Vermittlung, also erst nach erfolgtem Vertragsschluss seines Auftraggebers, entlohnt wird, bleibt der **Auftraggeber der Herr des Geschehens**: Er allein entscheidet darüber, ob er den vermittelten Vertrag abschließt oder nicht. Der Auftraggeber kann ohne abweichende Vereinbarung den Maklervertrag jederzeit widerrufen, kündigen, daneben andere Makler einschalten und sich auch unabhängig von der Tätigkeit des Maklers selbst um den Vertragsschluss bemühen. Er kann die ihm vermittelten Angebote sogar dann ablehnen, wenn diese Angebote genau seinen geschilderten Bedürfnissen entsprechen oder sogar noch günstiger sind. Die Regel des § 162 I, wonach eine Bedingung als eingetreten gilt, wenn ihr Eintritt treuwidrig vereitelt wird, gilt nur dann, wenn der Auftraggeber beim Vertragsschluss die Entstehung eines Provisionsanspruchs treuwidrig vereitelt.

4) Sonderregeln

Die §§ 652 - 656 regeln die Tätigkeit des Maklers nicht abschließend, sondern werden durch Sonderregeln überlagert: **Die §§ 93 - 104 HGB regeln die Tätigkeit des Handelsmaklers**, der Waren oder Wertpapiere, Beförderungsleistungen oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs vermakelt. Da aber unbewegliche Sachen wie Grundstücke oder Wohn- und Geschäftsräume von § 93 II HGB ausdrücklich ausgeklammert werden, ist der typische Zivilmakler der Immobilienmakler sowie der Dienst- und Heiratsmakler.

§ 44 Die Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs

Der Auftraggeber muss die mit dem Makler vereinbarte Provision unter den folgenden vier Voraussetzungen zahlen:

- I. Wirksamer Maklervertrag
- II. Erbringen der geschuldeten Maklerleistung
- III. Wirksamer Abschluss des vermittelten Vertrags
- IV. Kausalität der Maklertätigkeit für diesen Vertrag

I. Wirksamer Maklervertrag

1) Angebot und Annahme

- a) Wie jeder andere Vertrag auch kommt der Maklervertrag gemäß den §§ 145 ff. durch Angebot und Annahme zustande. Wie wir gerade gesehen haben, besteht der Maklervertrag aber eigentlich nur aus dem Provisionsversprechen des Auftraggebers, da der Makler nicht zum Tätigwerden verpflichtet ist.
- b) Dieses Provisionsversprechen muss zwar nicht ausdrücklich, sondern kann gemäß § 653 I auch konkludent erfolgen (BGHZ 95, 393, 395; NJW 1984, 232), doch geht auch hier das Gesetz mit dem Makler hart ins Gericht, indem es sowohl den Sachverhalt als auch die AGB-Klauseln des Maklers kundenfreundlich auslegt: **Die bloße Ausnutzung der Maklertätigkeit verpflichtet nicht zur Zahlung der Provision** (BGH NJW -RR- 1987, 173). Für den konkludenten Abschluss eines Maklervertrags ist es erforderlich, dass der auf Provisionszahlung gerichtete Wille des Auftraggebers eindeutig erkennbar ist (ausführlich dazu MünchKomm/Roth § 652 Rz. 40 ff. mit zahlreichen Beispielen). **Konkludent verspricht nur derjenige eine Provision, der Maklerdienste entgegennimmt und dabei weiß oder wissen muss, dass der Makler hierfür gerade von ihm eine Provision verlangen wird, wenn es zum Abschluss des vermittelten Vertrags kommt** (OLG Köln WM 1989, 693). Unklarheiten gehen zu Lasten des Maklers, der selbst für klare Verhältnisse sorgen muss (BGH WM 1983, 865; OLG Düsseldorf NJW -RR- 1997, 368).

Beispiel: Meldet sich der Interessent auf die Zeitungsanzeige eines Immobilienmaklers und lässt er sich den Verkauf eines Hauses nachweisen, dann muss der Interessent nicht davon ausgehen, dass der Makler gerade für ihn als Interessenten und nicht nur für den Verkäufer tätig werden will. Auch wenn das Provisionsverlangen aus den AGB ersichtlich ist, die dem angeforderten Angebot beigelegt sind, kommt kein Maklervertrag zustande, weil die AGB erst dann gelten, wenn ein Maklervertrag zustande kommt.

Gegenbeispiel: Ein Maklervertrag mit dem Interessenten kommt zustande, wenn der Makler klar zum Ausdruck bringt, dass er auch vom Interessenten eine Provision verlangen wird oder wenn der Interessent nach Zugang eines an ihn gerichteten Provisionsverlangens weitere Maklerdienste in Anspruch nimmt (BGH NJW -RR- 1991, 371; vgl. aber auch OLG Düsseldorf NJW -RR- 1997, 368).

2) Die Form des Maklervertrags

- a) Der Maklervertrag kann **grundsätzlich formfrei** geschlossen werden, denn der Auftraggeber ist ja auch nach erfolgtem Nachweis nicht verpflichtet, von der ihm nachgewiesenen Möglichkeit zum Vertragsschluss Gebrauch zu machen.
- b) Der Maklervertrag muss jedoch ebenso wie der vermittelte Grundstückskaufvertrag aus Gründen des Übereilungsschutzes gemäß § 311 b I notariell beurkundet werden, wenn ein **indirekter Abschlusszwang** vermieden werden soll. Dies ist bereits dann der Fall, wenn sich der Auftraggeber verpflichtet, das Grundstück zu vorher festgelegten Bedingungen an jeden vermittelten Kaufinteressenten verkaufen zu wollen (BGH NJW 1970, 1915) oder wenn sich der Auftraggeber durch ein hohes Vertragsstrafeversprechen selbst unter Druck setzt, wenn z.B. der Auftraggeber unabhängig von einem späteren Vertragsschluss 15 % der bei Vertragsschluss zu

zahlenden Provision verspricht (BGH NJW 1980, 1622; für eine noch geringere Quote (10 - 15 %: BGH NJW 1987, 54; BB 1989, 1015; NJW -RR- 1990, 57; Dehner NJW 1991, 3254, 3256).

Abweichend von § 652 II darf sich ein Makler seine **Aufwendungen** durch entsprechende vertragliche Abrede vergüten lassen, doch nur in Höhe eines „mäßigen Höchstbetrags“, nicht als Prozentsatz des Kaufpreises (BGHZ 99, 374; dort: 0, 4 % des Kaufpreises).

Auf der anderen Seite wird der Formmangel des ausnahmsweise formbedürftigen Maklervertrags geheilt, wenn der vermittelte Grundstückskaufvertrag notariell beurkundet wird (BGH NJW 1987, 1628).

3) Die Dauer des Maklervertrags

Maklerverträge werden ohne gesonderte Vereinbarung zunächst auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. **Der Auftraggeber kann den Maklervertrag ohne gesonderte Abrede jederzeit kündigen.** Hat der Makler seine Leistung aber bereits während der Vertragsdauer erbracht, so kann sich der Auftraggeber der Pflicht zur Provisionszahlung natürlich nicht durch eine Kündigung des Vertrags entziehen.

Auch der Makler kann den Vertrag kündigen, doch ist dessen Kündigungsrecht relativ sinnlos, weil er ja ohnehin nicht verpflichtet ist, für den Auftraggeber tätig zu werden.

II. Die Leistung des Maklers

Der Makler ist entweder Nachweismakler oder Vermittlungsmakler, oftmals jedoch beides zugleich, denn: Auch wenn der Nachweismakler einen zunächst unbekanntem Interessenten benannt hat, wird er den Vertragsschluss fördern, weil er ja nur dann seine Provision bekommt, wenn der Interessent einen wirksamen Vertrag mit dem Auftraggeber des Maklers geschlossen hat.

1) Der Nachweismakler

a) **Der Nachweismakler weist seinem Auftraggeber eine bisher unbekannte Möglichkeit zum Vertragsschluss nach.** Dabei ist grundsätzlich egal, woher der Makler weiß, dass die Möglichkeit des Vertragsschlusses besteht; auch wenn der Makler erst durch eine Zeitungsanzeige auf das Objekt aufmerksam geworden ist, kann er von seinem Auftraggeber die vereinbarte Provision verlangen. Der Nachweis muss regelmäßig sowohl das Objekt als auch die Person des Vertragspartners so konkret beschreiben, dass der Auftraggeber entsprechende Vertragsverhandlungen aufnehmen kann (BGH NJW 1987, 1628, 1629; OLG Koblenz WuM 1992, 319).

b) Wenn der Makler den Auftraggeber an einen anderen Makler verweist, der den Vertragsschluss vermittelt (= **indirekter Nachweis**), muss nur der 2. Makler bezahlt werden, es sei denn, dass aufgrund einer besonderen Vereinbarung auch der indirekte Nachweis vergütet werden sollte (BGH NJW -RR- 1994, 559, 460; WM 1991, 918).

2) Der Vermittlungsmakler

Der Vermittlungsmakler bewegt einen anderen durch Verhandlungen dazu, mit seinem Auftraggeber einen Vertrag zu schließen (BGH NJW 1986, 50; MDR 1981, 211). Ist der Dritte durch Vermittlung des Maklers nunmehr zum Vertragsschluss bereit, so hat sich der Makler die Provision bereits verdient: Er muss weder erneut mit dem Auftraggeber verhandeln noch beim eigentlichen Vertragsschluss mitwirken.

III. Der Auftraggeber muss einen wirksamen Vertrag mit dem nachgewiesenen/-vermittelten Dritten geschlossen haben.

Gemäß § 652 I 1 trägt der Makler das Risiko, dass seine Mühen umsonst waren, denn er kann die vereinbarte Provision nur dann verlangen, wenn der nachgewiesene/vermittelte Vertrag zustande kommt. § 652 I 1 verlangt aber nur einen Vertragsschluss, nicht dessen Erfüllung: Der Makler kann daher ohne abweichende Vereinbarung auch dann die vereinbarte Provision fordern, wenn die Gegenseite den nachgewiesenen/vermittelten Vertrag nicht erfüllen kann: **Der Makler trägt das Risiko der Wirksamkeit des Vertrags, der Auftraggeber das Risiko der Erfüllung.**

1) Die Wirksamkeit des Vertrags

- a) **Der Vertrag muss wirksam zustande gekommen sein und darf nicht nachträglich aufgrund eines Umstandes wieder aufgehoben werden, der bereits bei Vertragsschluss gegeben war.**

Beispiel: Der Makler kann keine Provision verlangen, wenn der vermittelte Vertrag formnichtig ist, die erforderliche (z.B. vormundschaftsgerichtliche) Genehmigung nicht erteilt wird oder wenn der Dritte den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfight. Dies gilt selbst dann, wenn die Täuschung vom Auftraggeber ausgegangen ist, denn dann wäre ja ohne die Täuschung des Auftraggebers ohnehin kein Vertrag zustande gekommen.

- b) **Auf der anderen Seite bleibt der Provisionsanspruch ohne abweichende Vereinbarung erhalten, wenn der Vertrag aus Gründen rückabgewickelt wird, die ihre Ursache nicht im Vertragsabschluss selbst haben.** Hier scheidet der Vertrag nicht an einem anfänglichen Abschlusshindernis, sondern an einer späteren Leistungsstörung.

Beispiel: Der Makler kann seine Provision selbst dann fordern, wenn der Käufer aufgrund eines Sach- oder Rechtsmangels zurücktritt. Bei der Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts muss eine Auslegung des Vertrags ergeben, ob die Provision dennoch gezahlt werden muss (BGH WM 1993, 342).

2) Die Identität des Vertrags

Der Provisionsanspruch setzt voraus, dass der Makler durch seine Vermittlung oder seinen Nachweis den Vertrag zustande gebracht hat, für den der Auftraggeber die Provision versprochen hatte (BGH WM 1993, 302, 304). **Der nachgewiesene/vermittelte Vertrag darf dabei nicht wesentlich von dem abweichen, was der Auftraggeber in Bezug auf den wirtschaftlichen Inhalt oder die Person des Vertragspartners angestrebt hatte.** Entscheidend ist daher die Objektbeschreibung im Maklervertrag: Je präziser der Auftraggeber beschreibt, was er sucht, desto schwieriger ist für den Makler dieser Nachweis zu führen.

- a) **Inhaltliche Übereinstimmung:** Bei inhaltlicher Abweichung wird die Provision nur dann geschuldet, wenn mit dem vermittelten Geschäft wirtschaftlich der gleiche Erfolg erzielt wird (BGH NJW 1997, 1583; 1988, 967; MünchKomm/Roth § 652 Rz. 131 ff. mit zahlreichen Beispielen).

Beispiel: Keine wirtschaftliche Gleichwertigkeit liegt vor, wenn ein Tausch statt dem geplanten Kauf oder ein Mietverhältnis statt einem geplanten Kauf vereinbart wird.

- b) **Persönliche Übereinstimmung:** Die Provision ist nur verdient, wenn gerade der Auftraggeber des Maklers den nachgewiesenen/vermittelten Vertrag abschließt (BGH NJW -RR- 1992, 687). Etwas anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber bereits während der Tätigkeit des Maklers in einer festen dauerhaften (familiären, gesellschaftsrechtlichen) Beziehung zu demjenigen stand, der den Vertrag anschließend geschlossen hatte (BGH NJW 1991, 490) oder wenn der Auftraggeber den Dritten zum Kauf des durch den Makler nachgewiesenen Objekts bewegt und ihm anschließend das Objekt wieder abkauft. Hier soll verhindert werden, dass der Auftraggeber durch bewusstes Zusammenwirken mit dem Dritten den Provisionsanspruch des Maklers

vereitelt. Makler vereinbaren daher häufig mit ihren Auftraggebern, dass der Kunde dem Nachweismakler auch dann die vereinbarte Provision schuldet, wenn der Kunde den Nachweis an Dritte weiterreicht und dieser den Vertrag abschließt (wirksam; BGH NJW 1987, 2431). Der Dritte selbst schuldet jedoch keine Maklerprovision, es sei denn, dass auch mit ihm ein Maklervertrag geschlossen worden ist (BGH WM 1983, 1287, 1288).

3) Der Makler als Vertragspartner

- a) Nach dem gesetzlichen Leitbild vermittelt der Makler als neutraler Dritter den Vertragsschluss zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten: Der Makler kann daher keine Provision verlangen, wenn er selbst der Vertragspartner des nachgewiesenen/vermittelten Vertrags wird (BGH WM 1992, 1193, 1994).

Beispiel: Der Vermieter kann sich vom Mieter keine Provision für die Vermietung der eigenen Wohnung versprechen lassen; vgl. § 2 II Nr. 2 WoVermG.

- b) Dabei kommt es nicht auf eine rein *juristische*, sondern auf eine *wirtschaftliche* Betrachtung an: Der nachgewiesene/vermittelte Dritte muss in der Lage sein, unabhängig vom Makler einen eigenen Willen zu bilden (BGH NJW 1985, 2473). Makler kann also nicht sein,

- wer mit einer der Vertragsparteien wirtschaftlich identisch ist (= **echte Verflechtung**; ausführlich dazu MünchKomm/Roth § 652 Rz. 105 m.w.N.) oder
- wer zum Vertragspartner des Auftraggebers in einer Beziehung steht, bei der er sich unabhängig vom Einzelfall aufgrund eines institutionalisierten Interessenkonflikts im Streitfall regelmäßig auf die Seite des Vertragspartners und nicht auf die des Auftraggebers stellen wird (= **unechte Verflechtung**; dazu BGHZ 112, 240).

Beispiele: Kein Makler des Käufers kann sein, wer als **Verwalter** einer Wohnanlage die nach § 12 WEG erforderliche Zustimmung erteilen muss, wer als **Baubetreuer** dem Verkauf zustimmen muss oder wer als **Testamentsvollstrecker** das Vermögen der veräußernden Erbengemeinschaft verwaltet.

Eine derartige Verflechtung ist jedoch unschädlich, wenn der Auftraggeber sie kennt und dennoch die Provision verspricht (BGHZ 112, 224).

- c) **Der Provisionsanspruch entfällt aber nicht allein deshalb, weil der Makler mit dem Vertragspartner des Auftraggebers gut bekannt oder sogar verheiratet ist**, es sei denn, dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Auftraggeber aufgrund des Interessenkonflikts keine sachgemäßen Maklerdienste erbringen konnte (BVerfG NJW 1987, 2733). Selbst dann kann der Makler die Provision verlangen, wenn der Auftraggeber vorher wusste, dass der Makler mit dem Dritten verheiratet war (BVerfG NJW 1988, 2603).

IV. Die Maklertätigkeit muss für den Vertragsschluss ursächlich gewesen sein.

1) Die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit

Auch wenn der Makler dem Auftraggeber die Möglichkeit des Vertragsschlusses nachgewiesen oder diese Möglichkeit vermittelt hat, kann er die vereinbarte Provision nur dann verlangen, wenn sein Handeln für den späteren Vertragsschluss zumindest mitursächlich war (ausführlich dazu MünchKomm/Roth § 652 Rz. 156 ff.). **Dafür genügt es, dass der Makler dem Interessenten den Anstoß gegeben hat, sich konkret um den Vertragsschluss über das in Rede stehende – gegebenenfalls auch bekannte Objekt - zu bemühen** (BGH BB 1990, 1225).

2) Die Vorkenntnis des Auftraggebers

Der Makler war für den Vertragsschluss nicht ursächlich, wenn der Interessent sowohl das Objekt als auch die Verhandlungsbereitschaft seines späteren Vertragspartners bereits kannte (OLG Karlsruhe NJW -RR- 1994, 509). Der Auftraggeber ist zwar nicht verpflichtet, den Makler auf seine entsprechende Vorkenntnis hinzuweisen (OLG Karlsruhe a.a.O.), doch kann der fehlende Hinweis treuwidrig sein (OLG Koblenz -RR- 1991, 249). Auf der anderen Seite sind AGB-Klauseln, wonach der Auftraggeber das nachgewiesene Objekt nicht kannte, wenn er seine Vorkenntnis nicht sofort anzeigt, unwirksam (BGH NJW 1976, 2346). Entsprechende Individualvereinbarungen sind jedoch zulässig (BGH NJW 1971, 1133, 1135).

3) Die Beweislastverteilung

Klagt der Makler seinen Provisionsanspruch ein, so muss er den Zugang seines Nachweises beweisen, der beklagte Auftraggeber, dass er das Objekt und die Verhandlungsbereitschaft der Gegenseite bereits kannte (BGH NJW 1984, 232). Selbst dann steht aber dem Makler der Nachweis offen, dass er trotz der Vorkenntnis für den Vertragsschluss noch mitursächlich war, weil er z.B. letzte Hindernisse aus dem Weg geräumt hat. Ist dem Auftraggeber das Objekt von verschiedenen Maklern angeboten worden, so muss der einzelne Makler nachweisen, dass gerade er und nicht seine Kollegen für den Vertragsschluss ursächlich war.

§ 45 Die Rechtsfolge: Der Provisionsanspruch

I. Die Höhe des Provisionsanspruchs

1) Die vertraglich vereinbarte Provision

Die Höhe der Maklerprovision bestimmt sich zunächst nach der vertraglichen Vereinbarung und richtet sich in aller Regel nach der Höhe der Gegenleistung, die bei dem nachgewiesenen/vermittelten Vertrag vereinbart wird. Zulässig ist es aber auch, wenn sich der Makler den Teil des Kaufpreises versprechen lässt, der oberhalb einer vorher festgelegten Mindestsumme liegt. Ohne ausdrückliche Vereinbarung lässt sich die Höhe der Provision auch durch – ggf. ergänzende – Vertragsauslegung (BGHZ 94, 88) oder durch Heranziehen von Handelsbräuchen ermitteln.

2) Die gesetzlich festgelegte Provision: § 653

Lässt sich die Maklerprovision auf diesem Weg nicht ermitteln, so gilt § 653, der den uns bereits bekannten Regelungen der §§ 612, 632 entspricht und einen Dissens verhindern soll:

- a) Zunächst geht es gemäß § 653 I um die Frage, ob überhaupt ein Maklerlohn geschuldet wird: Hier wird eine **stillschweigende Einigung über die Vergütungspflicht** vermutet, wenn die Ausführung der dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen Vergütung erwartet werden durfte. Dabei muss der Makler die Umstände beweisen, die eine Vergütung erwarten ließen, z.B. eine bestehende Übung, Art, Umfang und Dauer der Maklertätigkeit sowie die Beziehung der Beteiligten.
- b) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so wird gemäß § 653 II die **taxmäßige Vergütung**, ansonsten die **übliche Vergütung** geschuldet. Lässt sich die Höhe so nicht ermitteln, darf der Makler die Höhe seiner Provision gemäß den §§ 315, 316 selbst festsetzen, doch kann die Höhe richterlich überprüft und herabgesetzt werden.

II. Sonderregeln

- 1) Bei der **Arbeitsvermittlung** dürfen nach der **Arbeitsvermittlungsordnung** Höchstsätze nicht überschritten werden, die sich nach dem Arbeitsentgelt des Vermittelten bestimmen.
- 2) Für die **Wohnungsvermittlung** gelten die Sonderregeln des **Wohnungsvermittlungsgesetzes**: Nach § 2 I ist ein Maklerlohn nur bei erfolgreicher Vermittlung eines Mietvertrages geschuldet. Gemäß § 2 II schuldet der Mieter keine Provision, wenn keine echte Maklertätigkeit vorliegt, wenn z.B. unter Mitwirkung des Maklers nur das bisherige Mietverhältnis verlängert wird oder wenn der Makler mit dem vermietenden Eigentümer/Verwalter/Vermieter wirtschaftlich oder rechtlich eng verflochten ist.
Der Makler muss gemäß § 3 I die Höhe der Provision in einem Vielfachen der Nettomonatsmiete angeben. Von Wohnungssuchenden darf nur der Höchstsatz von maximal 2 Monatsmieten, die Vergütung weiterer Leistungen nur in den Grenzen des § 3 III verlangt werden. Eine unzulässig hohe Provision wird auf die gesetzlich zulässige Provision reduziert; der zuviel gezahlte Anteil kann innerhalb der 4jährigen Verjährung über § 812 I 1, 1. Alt. zurückgefordert werden.

III. Abweichende Vereinbarungen

Da der Makler vom Gesetz nicht allzu gut behandelt wird, versucht er häufig, das Gesetz durch AGB zu umgehen, was natürlich nur in engen Grenzen zulässig ist. Der Auftraggeber wird sowohl durch die §§ 305 ff. als auch durch die Rechtsprechung vor unzulässigen Vereinbarungen geschützt.

Beispiele:

- 1) Verlangt der Makler eine Provision, die unabhängig von der Kausalität seiner Tätigkeit für den Vertrag gezahlt werden soll, so verstößt diese Klausel gegen das gesetzliche Leitbild des Maklervertrags gemäß § 652 I 1. Eine derartige Klausel kann daher gemäß § 307 nicht durch Verwendung von AGB, sondern nur individuell ausgehandelt werden und muss unmissverständlich formuliert sein.
- 2) Eine Vorkenntnisklausel, die den Auftraggeber zwingt, seine Vorkenntnis des vermittelten Objekts innerhalb einer bestimmten Frist anzuzeigen, kann nur durch individuelle Vereinbarung die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit fingieren (BGH DB 1976, 1711).

§ 46 Sonderformen des Maklers

I. Der Alleinauftrag

- 1) Der Alleinauftrag beschneidet die Rechte des Auftraggebers und erweitert die Pflichten des Maklers:
 - a) **Der Auftraggeber verzichtet im Alleinauftrag auf das Recht, die Dienste anderer Makler in Anspruch zu nehmen.**
Ohne abweichende individuelle Vereinbarung (= erweiterter Alleinauftrag) ist aber der Auftraggeber nach wie vor berechtigt, sich selbst um einen Vertragsschluss zu bemühen (BGH NJW 1961, 307). Das davon abweichende Verbot des Direktabschlusses muss individuell vereinbart (BGH NJW 1987, 1634) werden und zeitlich befristet sein (BGH MDR 1994, 444).
 - b) **Auf der anderen Seite verpflichtet der Alleinauftrag den Makler zum Tätigwerden.**
Das ist logisch: Wer sollte den angestrebten Vertrag sonst vermitteln, wenn der Auftraggeber keine anderen Makler einschalten und sich auch selbst nicht um einen eigenen Abschluss bemühen darf? Zudem treffen den Makler erhöhte Treuepflichten im Verhältnis zum Auftraggeber und verbieten ihm, auch für den Dritten den Vertragsschluss zu vermitteln (BGH NJW 1964, 1467).
- 2) Durch den **Ausschluss des Widerrufsrechts** verzichtet der Auftraggeber auf sein Recht, den Maklervertrag jederzeit zu widerrufen, doch ist eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 jederzeit möglich, z.B. bei Untätigkeit des Maklers (BGH NJW 1969, 1626).
- 3) Auch bei Erteilung eines Alleinauftrags und/oder beim Verzicht auf einen Widerruf bleibt die **Abschlussfreiheit des Auftraggebers** erhalten: Er allein entscheidet, ob er den vermittelten Vertrag abschließen will oder nicht (BGH WM 1972, 444).

Diese Abschlussfreiheit wollen manche Makler durch davon abweichende Vereinbarungen beschneiden: In diesen Klauseln verpflichtet sich der Auftraggeber unter den vertraglich vereinbarten Voraussetzungen zur Zahlung der vollen Vergütung, wobei durch Auslegung ermittelt werden muss, ob es sich um ein **erweitertes Provisionsversprechen** (Provisionspflicht auch bei nicht vom Makler verursachten Geschäft), um einen **pauschalierten Schadensersatzanspruch** oder um ein herabgesetztes **Vertragsstrafversprechen** gemäß § 343 handelt (BGHZ 49, 84). **Derartige Klauseln sind in individuellen Vereinbarungen solange zulässig, als die Zahlungspflicht an einen vertragswidrig herbeigeführten Hauptvertrag zwischen Auftraggeber und dem Dritten anknüpft**, weil dadurch nur die gesetzliche Regelung konkretisiert wird. Soll die Abschlussfreiheit des Auftraggebers durch AGB beschnitten oder der Auftraggeber unabhängig vom Zustandekommen des nachgewiesenen/vermittelten Vertrags zur Provisionszahlung verpflichtet werden, so sind derartige AGB-Klauseln nichtig, weil sie das gesetzliche Leitbild des Maklervertrags verändern (BGH NJW -RR- 1994, 510).

II. Der Ehemakler: § 656

- 1) Der Ehemaklervertrag ist ein Unterfall des Maklervertrags, wobei der Ehemakler abweichend von § 652 I auch nach vermittelter Eheschließung keinen Anspruch auf die eigentlich vereinbarte Provision hat: **Bei dieser Naturalobligation kann der Ehemakler die Provision nicht fordern, aber die bereits bezahlte Provision behalten, obwohl er zunächst keinen Anspruch auf sie hat** (BGH WM 1989, 759). Ehemakler arbeiten daher nur gegen Vorkasse.

- 2) § 656 I 2 schließt aber nicht jeden Rückforderungsanspruch aus, denn der Makler darf die bereits erhaltene Provision oder den Aufwendungsersatz nur dann behalten, wenn er einen wirksamen Vertrag geschlossen und erfolgreich gearbeitet hat. Liegt ein derartiger Rechtsgrund nicht vor, so kann der Auftraggeber die bereits gezahlten Beträge nach § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern.

Beispiele für eine mögliche Rückforderung:

- 1) Der Maklervertrag war aufgrund von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen nicht wirksam geschlossen oder später gekündigt worden (BGHZ 106, 347).
- 2) Die Vermittlungsbemühungen des Maklers waren ohne Erfolg (BGH NJW 1984, 2407).
- 3) Der Ehemaklervertrag ist nicht sittenwidrig und berechtigt daher den Auftraggeber, Schadensersatz aus c.i.c. gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 oder gemäß § 280 I 1 zu verlangen, wenn der Makler seine (vor)vertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt, z.B. einen mehrfach vorbestraften Heiratsschwindler vermittelt (BGHZ 25, 124). Schadensersatz statt der Leistung schuldet der Ehemakler natürlich nicht, weil er ohnehin nicht zum Tätigwerden verpflichtet ist.
- 4) Häufig versuchen Ehemakler, die Rechte des Auftraggebers zu beschneiden. Durch AGB kann aber weder das Kündigungsrecht des § 627 ausgeschlossen (BGHZ 106, 341) noch der Auftraggeber zur Zahlung einer erfolgsunabhängigen Provision verpflichtet werden (BGHZ 87, 309).
- 5) Beim **finanzierten Ehemaklervertrag** nimmt der Auftraggeber ein Darlehen auf, mit dem er die Maklerprovision bezahlt. Dieser Darlehensvertrag ist aber nicht allein deshalb nichtig, weil das Darlehen der Erfüllung dieses Provisionsversprechens dient. **Sind aber wie regelmäßig Maklervertrag und Darlehensvertrag verbundene Geschäfte i.S.d. § 358, so kann der Darlehensnehmer die Rückzahlung des Darlehens verweigern.** Dies ergibt sich aus einer dem Zweck des § 358 gerecht werdenden Auslegung, den Darlehensnehmer so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er es nur mit dem Ehemakler zu tun hätte. Zwar könnte er von diesem die vorab bereits gezahlte Provision nicht zurückverlangen, aber er könnte bei entsprechender Kreditierung der Provision deren Zahlung verweigern. So soll er auch gegenüber dem Darlehensgeber gestellt werden, der sich durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Ehemakler schützen kann (ausführlich Compensis BB 1991, 2457).
Über § 359 kann der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber auch andere Einwendungen wegen Nicht- oder Schlechterfüllung entgegenhalten, die diesem gegenüber dem Ehemakler ein Zurückbehaltungsrecht geben würden.

5. Kapitel: Der Auftrag: §§ 662 - 674

Vorbemerkung

1) Das Wesen des Auftrags

Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte gemäß § 662, für den Auftraggeber unentgeltlich tätig zu werden. Der Auftrag ist ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag:

Der Beauftragte ist gemäß § 662 zum Tätigwerden, der Auftraggeber zum Ersatz dabei erforderlicher Aufwendungen verpflichtet, doch sind beide Pflichten nicht synallagmatisch verknüpft: Da der Beauftragte gemäß § 670 nur das ersetzt bekommt, was er im Zuge der Geschäftsführung vorverauslagt hat, ist die eigentliche Geschäftsführung unentgeltlich, der Aufwendungsersatz also keine Gegenleistung, so dass die §§ 320 ff. nicht anwendbar sind.

2) Abgrenzungen

a) Gefälligkeitsverträge - Gefälligkeiten des Alltags - Gefälligkeitsverhältnisse

Will der eine dem anderen einen Gefallen tun, so verspricht er, unentgeltlich für den anderen tätig zu werden (= Auftrag), auf dessen Sachen aufzupassen (= Verwahrung) oder ihm eine Sache unentgeltlich auf Dauer (= Schenkung) oder zeitweise (= Leihe) zu überlassen. Da der Versprechende aber keinerlei Vorteile daraus zieht, müssen Sie in besonderem Maße prüfen, ob der Erklärende sich durch Abgabe einer Willenserklärung mit entsprechendem Rechtsbindungswillen zu diesem Verhalten verpflichten wollte. Dabei müssen Sie zwischen 3 Situationen unterscheiden (ausführlich dazu Langels, BGB AT 1 § 13 I 3 b):

- aa) Bei einem **Gefälligkeitsvertrag** entstehen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen ein **Verpflichtungsvertrag**, bei dem der Erklärungsgegner einen gerichtlich einklagbaren Anspruch darauf hat, dass der Versprechende unentgeltlich für ihn tätig wird. Gefälligkeitsverträge sind **Schenkungen, Leihe, Auftrag und Verwahrung**. Bei schuldhaft schlechter Ausführung haftet der Gefällige nach den Regeln der Leistungsstörungen, wobei die Haftungsmilderung der §§ 521, 599, 690 auch die konkurrierende deliktische Haftung aus § 823 I, II erfasst.
- bb) Bei einer **Gefälligkeit des Alltags** handelt es sich um eine **rechtlich unverbindliche Zusage** auf rein gesellschaftlicher Ebene (z.B. Einladung zum Abendessen). Es besteht **keine einklagbare Leistungspflicht**. Bei schuldhaft schlechter Ausführung haftet der Gefällige nur nach Deliktsrecht, wobei nach vorzugswürdiger Ansicht (vgl. BGB AT a.a.O.) die Haftungsmilderung der §§ 521, 599, 690 analog gilt, wenn der Gefällige auch bei bestehendem Schuldverhältnis nur für grobe Fahrlässigkeit haften würde.
- cc) In der Mitte liegt das **Gefälligkeitsverhältnis**: Hier besteht im Gegensatz zum Gefälligkeitsverhältnis durch die alleinige Zusage noch **keine einklagbare Leistungspflicht**, doch haftet der Gefällige bei schuldhafter Schlechtleistung nicht nur nach Deliktsrecht, sondern auch nach den Regeln der vertraglichen Leistungsstörungen (§§ 280 I, III, 281, 283), wobei auch hier die Haftungsmilderung der §§ 521, 599, 690 analog gilt.

b) Auftrag - entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge

Von entgeltlichen Verträgen, die auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind, unterscheidet sich der Auftrag durch seine Unentgeltlichkeit. Wird für die Geschäftsbesorgung ein Entgelt vereinbart, so handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675, der jedoch gemäß § 675 weitgehend den Regeln des Auftrags folgt. Speziellere Geschäftsbesorgungsverträge sind der Maklervertrag, der Kommissions-, Speditions- oder Handelsvertretervertrag.

c) Auftrag und Vollmacht

Soll der Beauftragte für den Auftraggeber tätig werden, so erteilt ihm der Auftraggeber oftmals durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung eine Vollmacht, so dass der Beauftragte den Auftraggeber im Außenverhältnis vertreten kann. Die Vollmachtserteilung beruht zwar auf dem Auftrag, doch müssen Sie wegen des **Abstraktionsprinzips** streng zwischen Innenverhältnis (= Auftrag) und Außenverhältnis (= Vollmacht) unterscheiden: **Rechtliches Können im Außenverhältnis und internes Dürfen sind zweierlei!**

- aa) So kann zwar die interne Anweisung, von der Vollmacht nur in einem bestimmten Umfang Gebrauch zu machen, den Umfang der Vollmacht beschränken, aber auch nur eine Konkretisierung der internen Pflichten bedeuten, die auf den Umfang der Vollmacht keinen Einfluss hat. Ob das eine oder das andere gewollt ist, muss durch eine Auslegung vom Empfängerhorizont gemäß den §§ 133, 157 ermittelt werden. Dabei schränken allgemein gehaltene Weisungen den Umfang der Vollmacht regelmäßig nicht ein. Vergleichen Sie dazu die in Langel, BGB AT 2 § 27 V 1 d genannten Beispiele!
- bb) Abgesehen davon ergibt sich in manchen Fällen bereits aus dem Gesetz (§§ 50 I, 56, 126 II HGB), dass man als Auftraggeber zwar die internen Befugnisse, aber nicht den Umfang der Vertretungsmacht beschränken kann.

§ 47 Das Zustandekommen des Vertrags

I. Angebot und Annahme

Wie jeder andere Vertrag auch kommt der Auftragsvertrag durch Angebot und Annahme gemäß den §§ 145 ff. zustande, doch sollten Sie hier wegen der Unentgeltlichkeit auf der einen und der strengen, nicht gesetzlich gemilderten Haftung auf der anderen Seite in besonderem Maße überprüfen, ob sich der „Beauftragte“ rechtlich bindend zu dieser Geschäftsführung verpflichtet oder sie nur unverbindlich zugesagt hatte („wenn ich dazu komme, daran denke etc.“). Entscheidend ist dabei nach der **Lehre vom Empfängerhorizont** nicht, was der Erklärende gewollt hat, sondern ob der Erklärungsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen derartigen Rechtsbindungswillen vertrauen durfte. **Eine vertragliche Bindung wird insbesondere zu bejahen sein, wenn für den „Beauftragten“ erkennbar ist, dass für den anderen wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen und er sich auf die Zusage verlässt.**

II. Die Form

Angebot und Annahme bedürfen grundsätzlich keiner besonderen Form und können daher auch mündlich und sogar ohne ausdrückliche Erklärung konkludent erfolgen, z.B. durch Beginn der zugesagten Tätigkeit. Der Auftrag muss aber ausnahmsweise gemäß § 311 b I notariell beurkundet werden, wenn er den Beauftragten oder den Auftraggeber verpflichtet, ein Grundstück zu erwerben (BGH NJW 1994, 3347). Verpflichtet sich der Beauftragte, sich für den Auftraggeber zu verbürgen, so muss die Erklärung des Beauftragten zumindest dann analog § 766, 1 schriftlich erfolgen, wenn die Kündigungsmöglichkeit des § 671 I ausgeschlossen ist (MünchKomm/Seiler § 662 Rz. 7).

III. Der Inhalt des Auftrags

- 1) Der Beauftragte muss für den Auftraggeber **tätig werden**, so dass ein bloßes Unterlassen, Dulden oder Geben einer Sache nicht genügt. In derartigen Fällen würde bei entsprechender rechtsgeschäftlicher Verpflichtung des Gefälligen kein Auftrag, sondern ein anderes Gefälligkeitsschuldverhältnis i.S.d. § 311 I vorliegen.
- 2) **Auf der anderen Seite ist kein rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich**, so dass auch eine rein tatsächliche Handlung geschuldet sein kann. Im Gegensatz zur Geschäftsführung i.S.d. § 675 können auch einfache Verrichtungen ohne besondere Bedeutung und ohne eigenen Entscheidungsspielraum geschuldet sein (z.B. Beförderung, Blumengießen).
- 3) **Das Wesen des Auftrags besteht darin, dass die eigentliche Geschäftsführung unentgeltlich erfolgt**. Dem Beauftragten werden nur dessen Aufwendungen ersetzt, damit er nicht für den Geschäftsherrn in dessen Geschäftskreis tätig wird, aber mit eigenen Vermögensopfern belastet wird.
 - a) Die Parteien müssen sich über die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit **einigen**. Haben die Parteien nicht über eine Vergütung gesprochen, so ist die Tätigkeit gemäß den §§ 612, 632 entgeltlich und daher kein Auftrag vereinbart, wenn die Tätigkeit den Umständen nach nur gegen Entgelt zu erwarten war.
 - b) **Auf der anderen Seite liegt auch dann ein Auftrag i.S.d. § 662 vor, wenn sich der Geschäftsherr für die Tätigkeit finanziell erkenntlich zeigt, solange darin keine echte Gegenleistung liegt**. Für die Unterscheidung zwischen Entgelt und Anerkennung müssen sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden: die Bezeichnung der Leistung („Belohnung, Trinkgeld“), der Wert der Leistung, der Umstand, dass die Zahlung ins Belieben der Gegenseite gestellt wurde, aber auch der Zeitpunkt der Zahlung, denn bei Vertragsschluss nicht vereinbarte Leistungen sprechen für Unentgeltlichkeit.

§ 48 Die Pflichten der Vertragsparteien

I. Die Pflichten des Beauftragten

1) Die Pflicht zur Geschäftsbesorgung: § 662

- a) **Die Hauptpflicht des Beauftragten besteht gemäß § 662 darin, das versprochene Geschäft mit der verkehrüblichen Sorgfalt im Interesse des Auftraggebers zu führen.** Gegenstand sowie Art und Weise der Tätigkeit richten sich in erster Linie nach der im Vertrag getroffenen Vereinbarung sowie den später erteilten Weisungen des Auftraggebers (§ 665). Darüber hinaus sind auch das (ggf. unausgesprochene) erkennbare Interesse des Auftraggebers und Sinn und Zweck der aufgetragenen Tätigkeit maßgebend.
- b) Neben dieser gesetzlich geregelten Hauptpflicht können aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses von Fall zu Fall weitere gesetzlich nicht geregelte Pflichten zur **Prüfung, Belehrung** und **Warnung** bestehen, insbesondere, wenn der Beauftragte besonders sachverständig ist. Rat und Empfehlung können alleiniger Gegenstand des Auftrags sein (z.B. bei Geldanlage, Steuer- oder Rechtsberatung), aber auch Nebenpflicht des Auftrags gemäß § 242 sein.
- c) **Durch die Fremdnützigkeit der Tätigkeit ist der Beauftragte in besonderem Maße zur Loyalität verpflichtet.** Grad und Inhalt der zu wahrenen Treue hängen dabei von Gegenstand und Dauer des Auftrags ab sowie von dem Maß an Vertrauen, das der Auftraggeber dem Beauftragten entgegenbringt. Dies gilt insbesondere bei der Vermögensberatung, Steuer- oder Rechtsberatung und bei Bankgeschäften i.S.d. § 675.
- d) Verletzt der Beauftragte schuldhaft seine Pflicht, so ist er dem Auftraggeber zum Schadensersatz verpflichtet. Es gelten die **allgemeinen Regeln der Leistungsstörungen**: §§ 280 I, III, 283/Ausschluss der Leistungspflicht, §§ 280 I, II, 286/Verzug sowie die Regelung des § 280 I bei Schlechterfüllung oder der Verletzung von Nebenpflichten.

2) Die Weisungsgebundenheit: § 665

- a) Trotz der Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Beauftragten muss dieser **Weisungen des Auftraggebers befolgen**, weil er in dessen Geschäftskreis handelt. Von diesen Weisungen darf der Beauftragte gemäß § 665, 1 nur dann abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Gefordert ist also „**denkender, nicht blinder Gehorsam**“. Wenn die Zeit noch reicht, muss der Beauftragte gemäß § 665, 2 vor der Abweichung den Auftraggeber informieren und dessen Entschließung abwarten; auch wenn die Zeit dafür zu knapp ist, darf der Beauftragte nur dann von den erteilten Weisungen abweichen, wenn er mit einer Billigung des Auftraggebers rechnen durfte. Der sachkundige Beauftragte muss den Auftraggeber bei Bedenken gegen die erteilten Weisungen warnen. Eine allgemeine Pflicht, vor riskanten Geschäften zu warnen, besteht aber nicht.
- b) Bei unberechtigter schuldhafter Abweichung muss der Beauftragte gemäß § 280 I 1 den Schaden ersetzen, der durch die Abweichung entstanden ist.

3) Substitution und Haftung für Hilfspersonen: § 664

- a) Da der Beauftragte im Geschäftskreis des Auftraggebers tätig wird, besteht zwischen den beiden typischerweise ein **besonderes Vertrauensverhältnis**. **Aus diesem Grund darf der Beauftragte ohne abweichende Vereinbarung die Ausführung der Tätigkeit nicht auf einen Dritten übertragen (= Substitution)**; tut er es dennoch, so ist er auch dann zum Ersatz des

daraus resultierenden Schadens verpflichtet, wenn dieser Schaden für den Beauftragten nicht vorhersehbar war oder wenn der Dritte nicht schuldhaft gehandelt hat.

- b) **Ist dem Beauftragten die Substitution gestattet, haftet er gemäß § 644 I 2 nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion, aber nicht für die fehlerhafte Ausführung der Tätigkeit.** Auch eine Überwachung des Substituten ist ohne entsprechende Vereinbarung nicht geschuldet. § 278 gilt nicht, weil nach gestatteter Substitution der ursprünglich Beauftragte die Geschäftsführung nicht mehr schuldet.
- c) Etwas anderes gilt, wenn der Beauftragte die Geschäftsführung nicht überträgt, sondern Dritte zur Erfüllung einer nach wie vor ihn treffenden Pflicht hinzuzieht. Für diese Hilfsperson haftet er gemäß § 664 I 3 über § 278.

4) Die Herausgabe des Erlangten: § 667

Gemäß § 667 ist der Beauftragte verpflichtet, alles herauszugeben, was er zur Ausführung des Auftrags vom Geschäftsführer erhalten und durch die Geschäftsführung erlangt hat. Dabei muss der Auftraggeber beweisen, dass der Beauftragte etwas erlangt hat, der Beauftragte muss nachweisen, was er mit dem Erlangten gemacht hat (BGH NJW 1991, 1884).

- a) **Zur Ausführung des Auftrags** kann der Beauftragte vom Auftraggeber selbst oder auf dessen Weisung durch Dritte Geld, aber auch Material, Urkunden oder sonstige Unterlagen erhalten haben (BGHZ 109, 260). Soweit der Beauftragte Geld nicht ordnungsgemäß im Zuge der Geschäftsführung verbraucht hat, muss er es herausgeben. Hat er das Geld für sich verwendet, muss er den Geldbetrag gemäß § 668 verzinsen.
- b) **Aus der Geschäftsführung erlangt** hat der Beauftragte alle Sachen und Rechte, die er von dritter Seite in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsführung erhalten hat (BGH NJW 1994, 3346). Darunter fallen Eigentum und Besitz, Rechte, Geld, Ansprüche gegen Dritte, aber auch Schmiergelder, die der Beauftragte ohne Billigung des Auftraggebers von dritter Seite erhalten hat (BGH NJW -RR- 1991, 483) unabhängig von der Frage, ob der Auftraggeber durch das Handeln des Beauftragten einen Schaden erlitten hat.
- c) Da im Auftragsrecht das Erlangte nicht automatisch auf den Auftraggeber übergeht, beurteilen sich die Rechtsverhältnisse an den erlangten Gegenständen nach allgemeinen sachenrechtlichen Regeln. So kann der Beauftragte zunächst Eigentümer des Erlangten geworden sein, aber auch als Vertreter für den Auftraggeber aufgetreten sein und diesem direkt das Eigentum verschafft haben. Der Auftraggeber klagt je nach Gegenstand und seinem Recht daran auf Herausgabe, Übereignung oder Abtretung.

5) Die Pflicht zur Rechnungslegung: § 666

Um dem Auftraggeber die Durchsetzung seines Herausgabeanspruchs zu ermöglichen, ist der Beauftragte gemäß § 666 verpflichtet, durch eine geordnete Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben Rechnung zu legen. Kann der Auftraggeber seinen Herausgabeanspruch nicht spezifizieren, weil der Beauftragte keine Rechnung legt, so bietet sich eine **Stufenklage gemäß § 254 ZPO** an: Der Auftraggeber klagt auf der 1. Stufe auf Auskunft und Rechnungslegung (§§ 259 I, 260 I BGB), ggf. auf eidesstattliche Versicherung (§§ 259 II; 260 II BGB) und anschließend auf der 2. Stufe gemäß § 667 auf Herausgabe dessen, was der Beauftragte anhand der Rechnungslegung erlangt hat.

II. Die Pflichten des Auftraggebers

1) Die Pflicht zum Aufwendungsersatz gemäß § 670

- a) Hat der Auftraggeber keinen kostendeckenden **Vorschuss** i.S.d. § 669 geleistet, so kann der Beauftragte gemäß § 670 verlangen, dass man ihm seine **Aufwendungen** ersetzt und gemäß § 256 verzinst. Zu den Aufwendungen zählen **alle Vermögensopfer, die der Beauftragte im Zuge der Geschäftsführung freiwillig oder auf Weisung des Auftraggebers erlitten hat** sowie diejenigen, die **notwendige Folge der Geschäftsführung** sind, wie z.B. die Kosten eines Rechtsstreits. Hat der Beauftragte Geld vorverauslagt, kann er es zurückverlangen, ist er eine noch nicht erfüllte Verbindlichkeit eingegangen, kann er gemäß § 257 Befreiung von dieser Verbindlichkeit fordern.
- b) **Der Auftraggeber muss die Aufwendungen ersetzen, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags ex ante betrachtet für erforderlich halten durfte.** Nicht der Erfolg der Geschäftsführung, sondern eine vernünftige Betrachtung unter Berücksichtigung der Interessen des Auftraggebers und der Bedeutung des Geschäfts entscheiden über die Ersatzfähigkeit (MünchKomm/Seiler § 670 Rz. 9). **Der Beauftragte kann daher auch Ersatz der Aufwendungen verlangen, die sich nachträglich als nutzlos erwiesen haben.** Das Risiko, dass Aufwendungen fehlschlagen, trägt der Auftraggeber, weil die Aufwendungen in seinem Interesse gemacht werden und er auch bei erfolgreichen Aufwendungen den Nutzen aus der Geschäftsführung ziehen würde.
- c) **Schäden sind zwar unfreiwillige Vermögensopfer, doch werden sie dann ersetzt, wenn sich die typische Gefahr einer an sich bereits gefährlichen Tätigkeit realisiert hat.** Dazu zählen alle Schäden, deren Eintritt aufgrund einer gefährlichen Tätigkeit erkennbar und mit einer gewissen Zwangsläufigkeit verbunden war. Zu ersetzen sind sowohl die Schäden des Beauftragten an Leib, Leben oder Eigentum als auch die Freistellung von Schadensersatzansprüchen Dritter (BGH NJW 1985, 269). (Zur dogmatischen Begründung dieses Ersatzanspruchs lesen Sie bitte Langel, Schuldrecht BT 3 § 1 III 6 b)
- d) **Keinen Ersatz erhält der Beauftragte für den Einsatz der eigenen Arbeitskraft, für einen Verdienstausschlag während der Geschäftsführung oder für die normale Abnutzung von Sachen im Zuge der Geschäftsführung,** denn der Auftrag an sich ist unentgeltlich. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Tätigkeit zum Beruf oder Gewerbe des Beauftragten zählt; diese Tätigkeit wird nur dann honoriert, wenn sie zur Ausführung des Auftrags zunächst nicht erforderlich war, sondern erst später notwendig wurde (zur Rechtslage bei der GoA ausführlich Langel, Schuldrecht BT 3 § 1 III 6 b).

2) Nebenpflichten gemäß § 242

- a) In manchen Fällen kann der Beauftragte den Auftrag nur dann ausführen, wenn der Auftraggeber mitwirkt, indem er ihm Unterlagen aushändigt, Auskünfte, Genehmigungen oder Vollmacht erteilt, Geräte oder Räume bereitstellt. Diese Mitwirkungspflicht ist keine echte Vertragspflicht, sondern nur eine **Obliegenheit: Die Verletzung der Mitwirkungspflicht gibt dem Beauftragten daher keinen Anspruch auf Schadensersatz, sondern hindert ihn nur daran, den Auftrag ordnungsgemäß auszuführen.** Hat der Beauftragte eine angemessene Zeit auf die Mitwirkung gewartet, so wird er gemäß § 275 von seiner Leistungspflicht frei, wenn der Auftrag ohne Mitwirkung des Auftraggebers nicht ausgeführt werden kann. Ansonsten führt die unterlassene Mitwirkung zum Annahmeverzug, so dass der Beauftragte gemäß § 304 die erforderlichen Mehraufwendungen ersetzt verlangen kann.
- b) Darüber hinaus treffen den Auftraggeber von Fall zu Fall gemäß § 242 **allgemeine Sorgfaltspflichten.** Er muss den Beauftragten auf Schwierigkeiten und Gefahren aufmerksam machen und sonstige Schutzmaßnahmen ergreifen, um sich nicht nach den Regeln des § 280 I 1 schadensersatzpflichtig zu machen.

§ 49 Das Ende des Auftrags

I. Die Erfüllung

Wie jeder andere Vertrag auch endet der Auftrag gemäß § 362 I, wenn beide Parteien ihre Pflichten erfüllt haben.

II. Widerruf / Kündigung: § 671 I

Der Auftrag kann gemäß § 671 I vom Auftraggeber jederzeit widerrufen, vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden, wobei weder der Widerruf noch die Kündigung begründet werden müssen.

Der Beauftragte darf aber gemäß § 671 II nicht „zur Unzeit“ kündigen, sondern muss dem Auftraggeber die Chance geben, für Ersatz zu sorgen, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt. Kündigt der Beauftragte zur Unzeit, so ist die Kündigung zwar wirksam, doch muss der Beauftragte gemäß § 671 II 2 den daraus resultierenden Schaden ersetzen.

Beispiel: Wer durch den Auftrag die Verpflichtung übernommen hat, fremde Blumen zu gießen, kann den Auftrag auch dann kündigen, wenn der Auftraggeber noch im Urlaub ist, wenn er ihn dort benachrichtigt (§ 130 I 1!). Er schuldet allerdings gemäß § 671 II 2 Schadensersatz für die vertrockneten Blumen, wenn er keinen wichtigen Grund für die Kündigung vorweisen kann (z.B. schwere Erkrankung eines Angehörigen).

III. Der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers: § 672

Grundsätzlich endet der Auftrag nicht, wenn der Auftraggeber stirbt oder geschäftsunfähig wird, so dass der Beauftragte die Geschäftsführung für die Erben fortsetzen muss.

Die Norm des § 672 gilt nach § 168 auch für die mit dem Auftrag verknüpfte Vollmacht, um zu verhindern, dass der Beauftragte Vertreter ohne Vertretungsmacht ist und nach § 179 II den Vertrauensschaden ersetzen muss. Da auch die Vollmacht fortbesteht, müssen die Erben das Geschäft für und gegen sich gelten lassen. Soweit sich der Beauftragte im Rahmen des Auftrags und der Vollmacht bewegt, muss er bis zum - jederzeit möglichen - Widerruf von Auftrag und Vollmacht die Erben nicht konsultieren, ob sie mit der weiteren Geschäftsführung einverstanden sind, sofern sich aus Treu und Glauben nichts anderes ergibt.

Auch wenn der Auftrag ausnahmsweise durch den Tod des Auftraggebers endet, muss der Beauftragte in Notfällen gemäß § 672, 2 die ihm übertragene Tätigkeit aufnehmen bzw. fortsetzen, bis der Erbe entsprechende Maßnahmen ergreifen kann.

IV. Der Tod des Beauftragten: § 673

Anders als beim Tod des Auftraggebers erlischt der Auftrag im Zweifel durch den Tod des Beauftragten.

Wie bereits § 664 I 1 zeigt, ist eine Substitution der geschuldeten Tätigkeit wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses im Zweifel nicht erwünscht, so dass die Erben des Beauftragten auch nicht verpflichtet werden. Sie müssen aber gemäß § 673, 2 den Tod des Beauftragten anzeigen und unaufschiebbare Maßnahmen treffen.

§ 50 Die Haftung für falschen Rat oder Empfehlung

Gemäß § 676 schuldet derjenige keinen Schadensersatz, der einem anderen durch einen falschen unentgeltlichen Rat einen Schaden zugefügt hat. Eine vertragliche oder deliktische Haftung bleibt davon aber unberührt:

I. Die deliktische Haftung gemäß den §§ 823 ff.

Ein schuldhaft falscher Rat kann eine unerlaubte Handlung darstellen, so dass der Ratgeber gemäß den §§ 823 ff. zum Schadensersatz verpflichtet wäre. Eine deliktische Haftung für Vermögensschäden würde aber wegen des im Rahmen des § 823 I geltenden Enumerationsprinzips voraussetzen, dass der Ratgeber entweder vorsätzlich falsch beraten hat (§ 826) oder ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II (z.B. § 263 StGB) verletzt hat, das einen derartigen Schaden verhindern wollte.

II. Der konkludent geschlossene Beratungsvertrag

Diese Lücke des Deliktsrechts kann nur durch eine vertragliche Haftung geschlossen werden, die aber den Abschluss eines wirksamen Vertrags voraussetzt. **Den für den konkludenten Abschluss eines Beratungsvertrags erforderlichen Rechtsbindungswillen sieht die Rspr. als gegeben an, wenn die Auskunft in einer für den Berater erkennbaren Weise große wirtschaftliche Bedeutung hat und der Beratene erkennbar auf die Richtigkeit der Auskunft vertraut.** Dies gilt insbesondere dort, wo der Ratgeber besonders sachkundig ist und ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt. Für den stillschweigenden Abschluss eines Beratungsvertrags ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände den Rückschluss darauf zulassen, dass beide Teile nach dem Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (BGH NJW 1992, 2082).

6. Kapitel: Der Geschäftsbesorgungsvertrag: § 675

§ 51 Das Wesen des Geschäftsbesorgungsvertrags

Der Geschäftsbesorgungsvertrag ist ein **gegenseitiger Dienst- oder Werkvertrag über eine Geschäftsbesorgung**. Es gelten daher nicht nur je nach Art der Geschäftsführung die Regeln über den *Dienst- oder Werkvertrag*, sondern auch die Regeln des *Auftragsrechts*, weil der Geschäftsbesorger selbständig fremde Vermögensinteressen wahrnimmt. Zwar deckt sich der Begriff der „Geschäftsbesorgung“ zunächst mit dem des Auftragsrechts, doch muss man ihn wie folgt einschränken:

- I. Es muss sich um eine **wirtschaftliche Tätigkeit** handeln, damit die im Wesentlichen vermögensbezogenen Regeln des Auftragsrechts anwendbar sind.
- II. Die Tätigkeit muss im wesentlichen **selbständig betrieben** werden, also Raum für ein eigenverantwortliches Handeln des Geschäftsbesorgers lassen. Für eine vom Geschäftsherrn im Einzelnen angeleitete Tätigkeit genügen die Regeln über den Dienst- oder Werkvertrag, so dass eine Verweisung auf die Auftragsregeln zu dieser unselbständigen Tätigkeit nicht passen würde.
- III. Der Geschäftsbesorger wird **im Geschäftskreis des Geschäftsherrn** tätig, weil er etwas tut, was ansonsten der Geschäftsherr tun müsste, um seine Vermögensinteressen zu wahren.
Beispiele für eine entgeltliche Geschäftsbesorgung: Verträge mit Rechtsanwälten, Steuerberatern, Vermögensverwaltung, der Vertrag mit einer Bank über die Errichtung und Führung eines Girokontos, der Baubetreuer- und Bauträgervertrag, der Kreditkartenvertrag zwischen Kreditkartenunternehmen und Karteninhaber.

§ 52 Die Rechtsfolgen des Geschäftsbesorgungsvertrags

Der Geschäftsbesorgungsvertrag folgt zum einen den Regeln des Dienst- oder Werkvertrags, verweist aber auch auf die §§ 663, 665- 670 und § 672 - 674. Daraus folgt:

- I. Der Geschäftsherr hat gemäß § 675 einen Anspruch auf **Ausführung der vereinbarten Tätigkeit**: bei erfolgsbezogener Tätigkeit gemäß den §§ 675, 631, ansonsten gemäß den §§ 675, 611.
- II. Der Geschäftsführer hat gemäß den §§ 675, 611/631 einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte **Vergütung**. Ist über Geld nicht gesprochen worden, gelten auch hier die §§ 612, 632.
- III. Der Geschäftsherr hat gemäß den §§ 675, 666 einen Anspruch auf **Rechnungslegung** und gemäß den §§ 675, 667 einen Anspruch auf **Herausgabe des für die Geschäftsführung Erhaltenen** oder des **durch die Geschäftsführung Erlangten**.
- IV. Der Geschäftsführer kann gemäß den §§ 675, 670 **Ersatz seiner Aufwendungen** verlangen, wenn diese Aufwendungen nicht bereits durch die Tätigkeitsvergütung abgegolten werden.

7. Kapitel: Der Verwahrungsvertrag: §§ 688 - 700

§ 53 Das Zustandekommen des Verwahrungsvertrags

I. Das Wesen des Verwahrungsvertrags

Der Verwahrungsvertrag ist ebenso wie der Darlehensvertrag ein formfrei möglicher *Konsensualvertrag*, der mit der Einigung zustande kommt und mit der Übergabe der zu verwahrenden Sache in Vollzug gesetzt wird.

II. Entgeltliche /unentgeltliche Verwahrung

Die Verwahrung kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, wobei § 689 eine den §§ 612, 632 entsprechende Auslegungsregel enthält: Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung erwartet werden durfte. Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem die §§ 320 ff. gelten; die unentgeltliche Verwahrung ist ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag.

AL-Klausurtyp: Gerade wenn die Verwahrung nicht vergütet werden sollte, müssen Sie ebenso wie beim Auftrag sorgfältig prüfen, ob sich der „Verwahrer“ überhaupt durch eine rechtlich bindende Erklärung zur Verwahrung verpflichten wollte oder aber ob er nur eine rechtlich nicht einklagbare Gefälligkeit zugesagt hatte.

III. Die Verwahrungspflicht als Nebenpflicht

Die Verwahrungspflicht ist häufig Nebenpflicht eines anderen Vertrags, so z.B. beim Leihvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag. Hier gelten vorrangig die Regeln des jeweiligen Vertragstyps, so dass die §§ 688 ff. nur ergänzend herangezogen werden können und dies auch nur dann, wenn eine Verpflichtung zur Verwahrung übernommen wurde und nicht nur die Gelegenheit geboten wurde, Sachen unterzustellen oder Kleidung abzulegen.

Beispiel: Stellen Rechtsanwalt, Arzt oder Wirt ihren Kunden/Klienten eine Garderobe zur Verfügung, so übernehmen sie dadurch keine Pflicht, die Kleidung zu verwahren. Kommt die Kleidung abhanden, haftet der Anwalt/Arzt/Wirt nur nach deliktischen Regeln, aber nicht gemäß den §§ 280 I, III, 283 (Palandt/Sprau Rz. 3 vor § 688).

Gegenbeispiel: Die Pflicht zur Aufbewahrung ergibt sich insbesondere dann als Nebenpflicht des Vertrags, wenn eine Notwendigkeit oder ein Zwang zum Ablegen der Kleidung besteht, z.B. bezüglich der Kleidung in der Umkleidekabine eines Sportvereins oder der Mäntel an der Theatergarderobe; diese Nebenpflicht zur Verwahrung ergibt sich auch ohne zusätzliche Vergütung aus dem Vertrag, der durch den Verkauf der Theaterkarte geschlossen wird (Palandt/Sprau § 688 Rz. 2).

IV. Regelmäßige und unregelmäßige Verwahrung

Bei der Frage, was der Verwahrer zurückgeben muss, müssen wir zwischen einer regelmäßigen und einer unregelmäßigen Verwahrung unterscheiden:

- 1) Bei der *regelmäßigen* Verwahrung muss der Verwahrer genau die Sache zurückgeben, die er in Verwahrung genommen hat.

Beispiel: Abgabe eines Mantels an der Theatergarderobe.

- 2) Bei der *unregelmäßigen* Verwahrung i.S.d. § 700 werden vertretbare Sachen so hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen soll und dieser verpflichtet wird, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben. Hier gelten die Regeln der Verwahrung nur für Ort und Zeit der Rückgabe, ansonsten gelten die Regeln über den Darlehensvertrag gemäß den §§ 488 ff..

Beispiel: Zahlt ein Kontoinhaber eine Geldsumme auf sein Bank-, Postscheck- oder Sparkonto ein, so werden die Geldscheine dem Kreditinstitut übereignet und als Darlehen gewährt. Das Kreditinstitut verwahrt nicht die Geldscheine des Kunden, sondern erhält von diesem ein Darlehen über die jeweilige Summe.

§ 54 Die Pflichten der Vertragsparteien

I. Die Pflichten des Verwahrers

1) Die Pflicht zur Verwahrung

- a) Der Verwahrer verpflichtet sich, für die verwahrte Sache einen entsprechenden Raum zur Verfügung zu stellen und die Obhut über die Sache zu übernehmen, wobei derartige Obhutspflichten auch konkludent übernommen werden können (z.B. durch das Vorhandensein von Kontrollpersonal oder die Ausgabe legitimierender Marken). Soll der Schuldner nur einen Raum zur Verfügung stellen, ohne auf die dort abgestellte Sache achten zu müssen, handelt es sich um eine (entgeltliche) Raummiete oder eine (unentgeltliche) Raumleihe (BGHZ 3, 200).

Beispiele:

- 1) Bei Verträgen über die Aufbewahrung von Sachen in einem Schließfach liegt kein Verwahrungsvertrag, sondern ein Mietvertrag vor (BGHZ 3, 200): Die Bank kommt ja gar nicht an den Inhalt des Schließfachs heran und schuldet diesem daher keine Obhut.
 - 2) Stellt jemand sein Fahrzeug auf einem unbewachten Parkplatz ab, so liegt kein Verwahrungsvertrag vor, weil der andere für den Pkw keine Verantwortung übernehmen will (BGHZ 63, 333).
- b) Wie auch der Auftrag ist der Verwahrungsvertrag durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer gekennzeichnet: Ohne gesonderte Vereinbarung darf der Verwahrer die hinterlegte Sache gemäß § 691 nicht bei einem Dritten hinterlegen.
- c) Ein Verwahrungsvertrag kann nur über bewegliche Sachen geschlossen werden. Soll der andere auf Grundstücke oder Räumlichkeiten achten, liegt kein Verwahrungsvertrag, sondern ein (entgeltlicher) Dienstvertrag oder ein (unentgeltlicher) Auftrag vor.
- d) Ohne gesonderte Nebenabrede ist der Verwahrer nicht berechtigt, die verwahrte Sache zu benutzen. In Ausnahmefällen ist er jedoch zu einer Benutzung sogar verpflichtet, wenn die Benutzung zur Erhaltung der Sache erforderlich ist, wie z.B. beim Bewegen eines verwahrten Pferdes.
- e) Die Verwahrungspflicht erstreckt sich auf die gesamte Sache, bei einem Pkw auch auf den Inhalt einschließlich des Kofferraums (OLG Köln NJW -RR- 1994, 25/bewachter Parkplatz).

2) Die Pflicht zur Herausgabe: § 695

Der Hinterleger kann die Sache gemäß § 695 jederzeit ohne Kündigung und ohne Begründung herausverlangen. Dies gilt auch dann, wenn eine bestimmte Verwahrungsdauer vereinbart war. Der Hinterleger muss die Sache aber gemäß § 697 beim Verwahrer **abholen**.

3) Die Verpflichtung zum Schadensersatz

- a) Wenn der Verwahrer die Sache nicht mit der geschuldeten Sorgfalt behandelt, gelten die allgemeinen Regeln der **Leistungsstörungen**: Ist dem Verwahrer die Herausgabe schuldhaft unmöglich geworden, so haftet er gemäß den §§ **280 I, III, 283**, bei einer Beschädigung gemäß **§ 280 I 1**.
- b) Achten Sie aber darauf, dass sich bei unentgeltlicher Verwahrung der **Haftungsmaßstab** ändert: Hier schuldet der Verwahrer gemäß **§ 690** nur die **Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt**, wobei er gemäß § 277 jedoch stets für grobe Fahrlässigkeit haftet. Dieser gemilderte Haftungsmaßstab gilt jedoch nicht, wenn die Verwahrungspflicht Nebenpflicht eines entgeltlichen Werkvertrags oder Geschäftsbesorgungsvertrags ist.

II. Die Pflichten des Hinterlegers

1) Die Pflicht zur Vergütung: §§ 688, 689

Ist eine entgeltliche Verwahrung ausdrücklich vereinbart worden, so muss der Hinterleger die vereinbarte Vergütung zahlen. Ist über Geld nicht ausdrücklich gesprochen worden, so will § 689 als Auslegungsregel verhindern, dass der Vertrag durch einen Dissens nichtig ist: In Zweifelsfällen gilt eine Vergütung als vereinbart, wenn die Aufbewahrung der Sache den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Über die Höhe der Vergütung entscheiden eine Taxe oder die Üblichkeit, wobei die §§ 612, 632 entsprechend gelten. Die Vergütung wird gemäß § 699 I entweder bei der Rückgabe oder periodisch fällig, wenn sie nach Zeitabschnitten zu entrichten ist.

2) Die Pflicht zur Rücknahme: § 696

Ist für die Verwahrung keine bestimmte Zeitdauer vereinbart, so kann der Verwahrer jederzeit verlangen, dass der Hinterleger die Sache zurücknimmt. Kommt der Hinterleger dieser Pflicht nicht nach, so gerät er sowohl in Annahmeverzug (§§ 293 ff.), als auch in Schuldnerzug (§§ 280 I, II, 286).

3) Die Pflicht zum Aufwendungsersatz: § 693

Macht der Verwahrer auf die verwahrte Sache Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, so kann er gemäß § 693 Ersatz verlangen. Dies gilt jedoch nicht für Aufwendungen, die der Verwahrer bereits aufgrund des Verwahrungsvertrags machen muss, wie z.B. für die Raumgewährung.

4) Die Verpflichtung zum Schadensersatz: § 694

a) Der Hinterleger muss dem Verwahrer nach den Regeln der c.i.c. gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 bzw. gemäß § 280 I 1 den Schaden ersetzen, den dieser durch die Beschaffenheit der verwahrten Sache erlitten hat.

Beispiel: Der in Verwahrung gegebene Hund ist besonders bissig oder leidet an einer ansteckenden Krankheit.

b) Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Hinterleger die Gefährlichkeit der Sache weder kannte noch kennen musste oder wenn er sie dem Verwahrer angezeigt hatte bzw. sie diesem bekannt war.

c) Hätte der Hinterleger den Verwahrer bereits vor Abschluss des Verwahrungsvertrags auf die Gefährlichkeit der verwahrten Sache hinweisen müssen, haftet er nach den Regeln der c.i.c. gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1. Liegt die Pflichtverletzung zeitlich nach Vertragsschluss, haftet der Hinterleger gemäß § 280 I 1. In beiden Fällen wird sein erforderliches Verschulden gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet.

8. Kapitel: Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten: §§ 701 - 704

Vorbemerkung

Gemäß § 701 muss ein gewerbsmäßig handelnder Gastwirt seinem Gast den Schaden ersetzen, der durch den Verlust, die Beschädigung oder die Zerstörung von eingebrachten Sachen entstanden ist. Es handelt sich um eine **verschuldensunabhängige gesetzliche Gefährdungshaftung** (BGHZ 32, 149) für die Gefahren des Betriebs: Der beherbergte Gast lässt seine eingebrachten Sachen auf dem Zimmer eine Zeit lang unbeaufsichtigt und gerät wegen der Vielzahl des Personals und der im Hotel verkehrenden Gäste in Beweisnot, wer ihm den Schaden zugefügt hat.

Gemäß § 701 haftet der Wirt verschuldensunabhängig nur für Sachschäden; Personenschäden werden nach § 280 I 1 sowie nach deliktischen Regeln ersetzt.

§ 55 Die Haftungsvoraussetzungen der Gastwirthaftung

I. Der Schuldner

- 1) **Es haftet nur der Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt**, also nur der Inhaber eines Hotels oder Gasthauses, nicht aber der Schank- oder Speisegastwirt. Schank- oder Speisegastwirte haften für die Beschädigung oder den Diebstahl von eingebrachten Sachen nur aufgrund des Bewirtungsvertrags und auch nur dann, wenn dieser Vertrag als Nebenpflicht die Verwahrung der eingebrachten Sachen vorsieht (s.o.).
- 2) **Die Gastwirthaftung gilt nicht für den gewerblichen Zimmervermieter, der nur vermietet, aber nicht beherbergt.** Auch in Krankenhäusern oder Schlafwagen gelten die §§ 701 ff. nicht, da die Beherbergung nur Nebenpflicht des Behandlungs- bzw. Beförderungsvertrags ist (Palandt/Sprau § 701 Rz. 2; str.).

II. Der Gläubiger

Der Wirt haftet nur gegenüber dem zur Beherbergung aufgenommenen **Gast**. Die Gastaufnahme ist ein rein tatsächlicher Vorgang, die Gastwirthaftung eine **gesetzliche Haftung**, die keinen wirksamen Vertrag voraussetzt.

III. Das Haftungsobjekt

Der Gastwirt haftet für die Sachen, die der Gast im Zuge der Beherbergung einbringt. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an, so dass der Wirt auch Schäden an Sachen ersetzen muss, die seinem Gast nicht gehörten (= **gesetzliche Drittschadensliquidation**).

- 1) Eingebracht sind gemäß § 701 II Nr. 1 zum einen die Sachen, die während der Beherbergung in die Gastwirtschaft oder an einen vom Wirt zugewiesenen Ort gebracht werden, aber auch Sachen, die der Gastwirt oder dessen Leute in Obhut genommen haben.
- 2) **Der Wirt haftet aber gemäß § 701 II Nr. 2 auch für die Sachen, die in einem angemessenen Zeitraum vor der Anreise bzw. nach der Abreise in Obhut genommen worden sind** (z.B. vorausgeschicktes Gepäck). Für versehentlich zurückgelassenes Gepäck haftet der Wirt aber nur nach den allgemeinen Regeln (GoA, §§ 823 ff.). Die §§ 701 ff. gelten erst, nachdem er das Gepäck gesondert in Obhut genommen hat.

- 3) **Der Gastwirt haftet gemäß § 701 IV nicht für Fahrzeuge oder deren Inhalt.** Dies gilt auch dann, wenn die Fahrzeuge in einer hoteleigenen Garage abgestellt werden, wobei sich der Haftungsausschluss des § 701 IV natürlich nur auf die Gefährdungshaftung des § 701 bezieht: Eine Haftung gemäß § 823 I bleibt ebenso unberührt wie die vertragliche Haftung aus einem separat abgeschlossenen Miet- oder Verwahrungsvertrag.

IV. Der Haftungsumfang der Gastwirthaftung: § 702

1) Der Haftungshöchstbetrag

Die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung des § 701 gilt nur bis zu einem Höchstbetrag von 3.500 Euro; für Geld, Wertpapiere oder Kostbarkeiten sogar nur bis 800 Euro. Unbeschränkt haftet der Gastwirt gemäß § 702 II nur dann, wenn er entweder den Verlust oder die Beschädigung verschuldet hat (§§ 276, 278) oder wenn er die Übernahme zur Aufbewahrung pflichtwidrig abgelehnt hat.

2) Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss

- a) **Die summenmäßig beschränkte Haftung des § 702 I ist zwingend,** kann also weder durch Individualvereinbarung noch durch AGB ausgeschlossen werden.
- b) **Auch die unbeschränkte Haftung des Gastwirts gemäß § 702 a II kann nur unter engen Voraussetzungen ausgeschlossen werden:** Zum einen muss der Haftungsausschluss gemäß § 702 a II schriftlich erfolgen; zum anderen kann er sich nur auf leichte Fahrlässigkeit des Wirts bzw. seines Personals oder auf die Sachen beziehen, die der Gastwirt zur Aufbewahrung an sich genommen hat (§ 702 II Nr. 2).
- c) **Den Gast trifft eine Obliegenheit zur Anzeige des Schadens:** Gemäß § 703 erlischt der gemäß den §§ 701, 702 bestehende Anspruch, wenn der Gast den Schaden nicht ohne schuldhaftes Zögern anzeigt, um dem Wirt die Ermittlungen nach Schadensgrund und -höhe zu ermöglichen. Ansonsten bleibt der Anspruch nur dann erhalten, wenn der Gastwirt die Sachen zur Aufbewahrung übernommen hat oder wenn er oder seine Leute den Schaden verschuldet haben.
- d) **Die Gastwirthaftung ist in 3 Fällen ausgeschlossen:**
- wenn der Gast selbst oder sein Begleiter den Schaden verursacht haben;
 - wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der Sache selbst entstanden ist;
 - bei höherer Gewalt, also einem betriebsfremden Ereignis, das bei aller Sorgfalt nicht zu verhindern war.

§ 56 Das Gastwirtspfandrecht: § 704

Der Gastwirt hat gemäß § 704 ein **gesetzliches Pfandrecht an den pfändbaren Sachen, die dem Gast gehören.** Gehören die Sachen einer Begleitperson des Gastes, besteht ein Pfandrecht nur dann, wenn der Wirt auch einen Anspruch gegen die Begleitperson hat.

Das Pfandrecht sichert alle Forderungen, die aus dem Beherbergungsvertrag resultieren; ist der Vertrag nichtig, sichert es die Forderung aus den §§ 812 ff.. Anders als der Vermieter darf der Gastwirt auch dann gewaltsam die Fortschaffung dieser Sachen verhindern, wenn die Fortschaffung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht, da ansonsten das Gastwirtspfandrecht wirtschaftlich sinnlos wäre.

4. Teil: Verträge über ein Risiko

1. Kapitel: Spiel, Wette und Differenzgeschäft: §§ 762 - 764

§ 57 Spiel und Wette

I. Die Rechtsnatur von Spiel und Wette

- 1) **Spiel- und Wettverträge sind gegenseitige schuldrechtliche Verträge, die den Geschäftserfolg von einer Ungewissheit oder vom Zufall abhängig machen.** Spiel- und Wettverträge sind aber nur unvollkommene Verbindlichkeiten („Naturalobligationen“): Der Schuldner ist nach verlorenem Spiel/Wette nicht zur Leistung verpflichtet, doch kann der Schuldner das aufgrund des Spiels Geleistete nicht allein deshalb zurückverlangen, weil keine Verbindlichkeit bestand.
- 2) Solange Spiel und Wette nicht gegen Gesetze (z.B. §§ 284 ff. StGB) oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind die Verträge wirksam, können aber nicht gerichtlich geltend gemacht werden: „Spieleschulden sind Ehrensulden“. Hat der Spieler jedoch entweder vorher geleistet oder nachher erfüllt, kann er das Geleistete nicht mit der Begründung zurückfordern, er habe ja gar nicht leisten müssen, weil der wirksame Spiel- oder Wettvertrag einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen bildet. War jedoch der Spiel- oder Wettvertrag sittenwidrig, so kann das Geleistete gemäß § 817, 1 zurückgefordert werden, wenn nicht auch der Leistende sittenwidrig gehandelt hat (§ 817, 2). Ist der Spieler arglistig getäuscht worden („Falschspiel“), so kann er das Geleistete sowohl gemäß § 812 I 1, 1. Alt. als auch als Schadensersatz gemäß den §§ 823 II/263 StGB; 826 zurückverlangen.

II. Der Ausschluss des Erfüllungsanspruchs

- 1) **Gemäß § 762 II kann auch die Erfüllung einer an sich abstrakten Verbindlichkeit nicht verlangt werden, die der Verlierer zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld eingegangen ist.** Auch das abstrakte Schuldversprechen oder -anerkenntnis muss daher nicht erfüllt werden, so dass hier die Abstraktheit durch § 762 II aufgehoben wird: Der Schuldner kann die Schuldurkunde zurückverlangen.
- 2) **Der Ausschluss des Erfüllungsanspruchs gilt auch für sonstige Sicherheiten, die der Spieler oder ein Dritter bestellt haben,** wie z.B. Bürgschaft, Sicherungsübereignung oder Hypothek, die als Eigentümerhypothek fortbesteht.
- 3) **§ 762 II gilt auch für Neben- oder Hilfsverträge, die in einem engen Zusammenhang mit Spiel und Wette stehen** wie z.B. für einen Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, einen Gesellschaftsvertrag oder einen Darlehensvertrag. Daraus folgt:
 - a) **Ein Gesellschaftsvertrag, der auf Beteiligung an einem Spiel gerichtet ist, ist unverbindlich,** so dass der einzelne Gesellschafter nicht verpflichtet ist, seine versprochene Einlage zu leisten oder entstandene Verluste zu decken.
 - b) **Gewährt ein Mitspieler oder ein Dritter einem Spieler ein Darlehen, so kann die Rückzahlung des zu Spielzwecken gewährten Darlehens nicht verlangt werden** (MünchKomm/Pechner § 762 Rz. 34 ff.).
 - c) **Hat sich ein Spieler verpflichtet, unentgeltlich (Auftrag) oder entgeltlich (Geschäftsbesorgungsvertrag) für einen anderen zu spielen, so kann weder der Spieler Ersatz seiner Aufwendungen noch der andere Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.** Nach gewonnenem Spiel kann der Auftraggeber aber Herausgabe des Gewinnes abzüglich der Aufwendungen fordern (OLG Düsseldorf, NJW 1980, 1966; MünchKomm/Pechner § 762 Rz. 31).

- 4) **Forderungen aus Spiel und Wette sind gemäß § 763 I 1 ausnahmsweise klagbare Verbindlichkeiten, wenn sie aus einer staatlich genehmigten Lotterie stammen.** Der Lotterie- oder Ausspielvertrag verpflichtet eine Partei („Spieler“) unbedingt zur Zahlung eines Einsatzes, während die andere Partei nur bedingt nach einem bestimmten Spielplan zur Zahlung eines Geldbetrages („Lotterie“) oder zur Leistung anderer Sachen („Ausspiel“) verpflichtet ist. Dazu zählen staatliche Lotterien („Nordwestdeutsche und Süddeutsche Klassenlotterie“), Zahlenlotto, Fußballtoto, Rennwetten sowie staatlich konzessionierte Spielbanken und der genehmigte Betrieb von Glücksspielautomaten. Die volle Verbindlichkeit rührt bei staatlicher Konzession aus dem berechtigten Vertrauen in die reguläre Abwicklung des Geschäfts (Mugdan II 362).

III. Der Unterschied zwischen Spiel und Wette

Da das Gesetz zwischen Spiel und Wette nicht unterscheidet, ist der Unterschied nur für den Sprachgebrauch von Bedeutung:

- 1) Das **Spiel ist ein gegenseitiges Zahlungsverprechen: Der Verlierer soll dem Gewinner eine bestimmte Geldsumme zahlen**, wobei der Gewinn entweder vom Glück oder von der Geschicklichkeit der Spieler abhängt.
- 2) Die **Wette ist ein Zahlungsverprechen für den Fall, dass sich eine zwischen den Parteien streitige Behauptung als richtig oder falsch erweist**. Bei der Wette geht es also im Gegensatz zum Spiel um einen ernsthaften Meinungsstreit. Streiten die Parteien über Umstände, die in der Zukunft liegen, handelt es sich in der Regel um ein Spiel.

IV. Abgrenzungen

Da die Forderungen aus Spiel und Wette nicht erfüllt werden müssen, ist eine Abgrenzung zu anderen spekulativen, aber verbindlichen Verpflichtungen erforderlich. Nicht jedes spekulative, mehr oder minder vom Zufall abhängige Geschäft ist ein Spiel oder eine Wette: Voll verbindlich sind alle die Verpflichtungen, die über die Spekulation hinaus billigenwerte Zwecke verfolgen, wie z.B. Versicherungsverträge, die Auslobung oder das Prämienversprechen für bestimmte Leistungen.

§ 58 Das Differenzgeschäft: § 764

- I. **Bei einem Differenzgeschäft ist eine Seite verpflichtet, der anderen die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis einer Sache und dem Börsen- oder Marktpreis zum vereinbarten Zeitpunkt zu zahlen.** Rechtlich gesehen handelt es sich um ein Spiel: **Der Verlierer soll dem Gewinner den Spekulationsgewinn aus der Preisschwankung zahlen** (BGH NJW 1980, 391). Derartige Differenzgeschäfte ohne jeglichen Warenumsatz verdienen aber nicht den vollen Schutz und werden wie ein Spiel behandelt, so dass das Differenzgeschäft den Verlierer nicht zur Zahlung verpflichtet (§§ 764 I 1, 762 I 1), aber den Gewinner berechtigt, das freiwillig Geleistete zu behalten (§§ 764 I 1, 762 I 2).
- II. **Sonderregeln gelten für Börsentermingeschäfte** (§ 52 ff. BörsenG) über Wertpapiere und Waren, die an einer deutschen Börse zugelassen sind. Diese Termingeschäfte dienen nicht nur der reinen Spekulation, sondern sichern auch gegen künftige Preisschwankungen ab und werden daher unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig anerkannt.

2. Kapitel: Die Bürgschaft: §§ 765 - 778

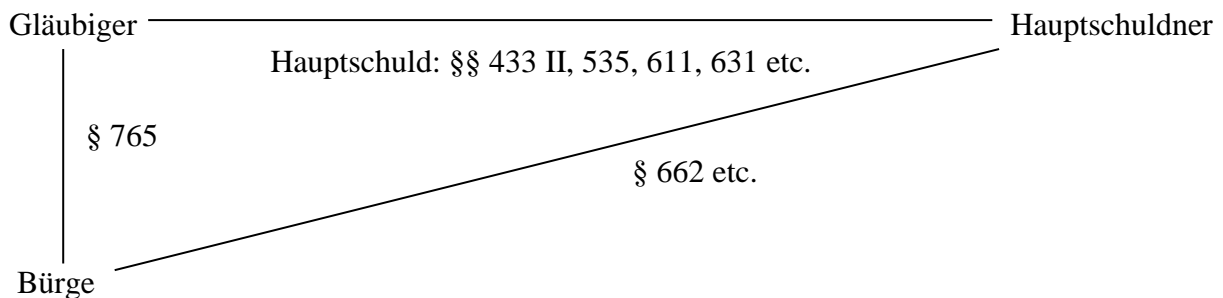
Vorbemerkung

1) Die Sicherungsfunktion der Bürgschaft

Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gemäß § 765 I gegenüber dem Gläubiger einseitig verpflichtet, für eine fremde Schuld einzustehen. Der Bürgschaftsvertrag verschafft dem Gläubiger eine Sicherheit für seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner, weil der Gläubiger jetzt einen zusätzlichen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Bürgen hat.

Im Verhältnis zu anderen Sicherheiten hat die Bürgschaft für den Gläubiger Vor- und Nachteile: Der Gläubiger hat im Gegensatz zum Realkredit (z.B. Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung, Sicherungszession) kein dingliches wirkendes vorrangiges Zugriffs- und Befriedigungsrecht an bestimmten Gegenständen, das ihm in der Insolvenz des Hauptschuldners oder in der Einzelzwangsvollstreckung etwaige Sonderrechte (z.B. Aussonderung/Drittwiderrspruchsklage, abgesonderte Befriedigung) verschaffen würde. Der Wert der Sicherheit steht und fällt daher mit der Solvenz des Bürgen. Der Vorteil der Bürgschaft im Verhältnis zum Realkredit besteht allerdings darin, dass der Bürge mit seinem gesamten Vermögen und nicht nur mit einer einzelnen Sache haftet.

2) Die beteiligten Personen



Die Bürgschaft ist ein 3-Personen-Verhältnis:

- Hauptschuld:** Der Gläubiger hat einen - wie auch immer gearteten - Anspruch gegen den Hauptschuldner, der aus einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis stammen kann.
- Bürgschaftsvertrag:** Der Bürgschaftsvertrag wird (in aller Regel) zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossen. Denkbar wäre aber auch, dass der Bürge den Hauptschuldner in der Form des § 766, 1 gemäß den §§ 164 ff. bevollmächtigt, ihn gegenüber dem Gläubiger zur Abgabe eines Bürgschaftversprechens zu vertreten oder dass der Bürge (in spe) mit dem Hauptschuldner (!) einen Bürgschaftsvertrag schließt, der als Vertrag zugunsten Dritter gemäß den §§ 328 ff. zugunsten des Gläubigers wirkt.

AL-Klausurtipp: Obwohl die Bürgschaft vom Bestand und Inhalt der Hauptschuld abhängig ist, entsteht die Bürgschaft unabhängig von der Hauptschuld und kann daher auch ohne Wissen oder auch gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen werden.

- Innenverhältnis Bürge - Hauptschuldner:** Bevor der Bürge den Bürgschaftsvertrag abschließt, wird er regelmäßig eine schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Hauptschuldner treffen, warum er sich mit seinem gesamten persönlichen Vermögen für fremde Schuld verbürgt. Dieses Innenverhältnis bestimmt nicht nur die Rechte und Pflichten der Beteiligten, sondern gewährt dem Bürgen nach Befriedigung des Gläubigers auch einen (neben der gesetzlich übergebenen Hauptschuld/§ 774 I 1) zusätzlichen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner.

Dabei können wir wie folgt unterscheiden:

- aa) Will sich der Bürge aus reiner Freundschaft oder sonstiger persönlicher Verbundenheit verbürgen, ohne sich das mit der Bürgschaft verbundene Risiko gesondert honorieren zu lassen, liegt ein **Auftrag i.S.d. §§ 662 ff.** vor. Hatte der Hauptschuldner jedoch versprochen, dem Bürgen eine Risikoprämie (= **Avalprovision**) zu zahlen, handelt es sich um einen entgeltlichen **Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675** (z.B. Bankbürgschaft). Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, kann er gemäß den §§ 662, 670 bzw. 675, 670 beim Hauptschuldner Regress nehmen.

In beiden Fällen hat der Hauptschuldner aber einen klagbaren Anspruch gegen den Bürgen, der diesen zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung verpflichtet. Um den Bürgen vor einer übereilten Verpflichtung zu bewahren, wollen manche (Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht Rz. 47; vgl. BGH WM 1996, 762) das Schriftformerfordernis des **§ 766, 1** bereits auf den Vertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen anwenden (a.A. Staudinger/Horn § 766 Rz. 3).

- bb) Hat der Bürge von vornherein auf einen Regress gegen den Hauptschuldner verzichtet und ist er sich mit dem Hauptschuldner über die Unentgeltlichkeit einig, handelt es sich um eine (gemäß § 518 I formbedürftige) **Schenkung** (BGH WM 1976, 1053).
- cc) Hat sich der Bürge ausnahmsweise ohne vorherige Rücksprache mit dem Hauptschuldner verbürgt, liegt eine **Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. § 677 ff.** vor. War der Hauptschuldner mit der Übernahme der Bürgschaft einverstanden (= echte berechnete GoA), kann der Bürge nach der Befriedigung des Gläubigers gemäß den §§ 683, 670 Aufwendungsersatz verlangen; ansonsten (echte nichtberechnete GoA) gemäß den §§ 684, 1; 818 II Wertersatz in Geld dafür, dass der Hauptschuldner im Verhältnis zum Gläubiger von seiner Leistungspflicht frei geworden ist.

3) Die Akzessorietät der Bürgschaft

Die Verpflichtung des Bürgen beruht zwar auf einem von der gesicherten Schuld zu unterscheidenden Vertrag, doch ist die Bürgschaftsschuld von der gesicherten Hauptschuld in mehrfacher Weise abhängig:

a) Die Entstehungsakzessorietät

Ist die Hauptschuld nicht entstanden, so ist auch der Bürgschaftsvertrag nicht wirksam geworden. Etwas anderes gilt nur, wenn sich durch eine **Auslegung des Bürgschaftsvertrags** gemäß den §§ 133, 157 ermitteln lässt, dass sich der Bürge auch für die Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche des Gläubigers verbürgen wollte, die dem Gläubiger ggf. infolge der Nichtigkeit der Hauptschuld gegen den Hauptschuldner zustehen (z.B. §§ 122; 812 I 1, 1. Alt.). Dies wird regelmäßig dann angenommen, wenn das Wirksamkeitshindernis der Hauptschuld aus der Sphäre des Hauptschuldners stammt, wie dies bei Geschäftsunfähigkeit oder einer Irrtumsanfechtung durch den Hauptschuldner der Fall ist. Der kluge Gläubiger beugt vor und sorgt durch AGB für Klarheit, wobei eine Klausel, die den Bürgen für sämtliche Ansprüche in Zusammenhang mit der Hauptschuld (Erfüllung, Rücktritt, Anfechtung; dazu BGH NJW 2009, 1879; etc.) haften lässt, weder i.S.d. § 305 c I überraschend noch i.S.d. § 307 inhaltlich unzulässig ist (BGH NJW 1992, 1234, 1235).

b) Die Inhaltsakzessorietät

- aa) Das Bürgschaftsrisiko wird durch § 767 präzisiert, aber auch begrenzt: Nach § **767 I 1** ist für die Haftung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend. **Inhalt und Umfang der Bürgenhaftung bestimmen sich nach der Hauptschuld**, so dass die Bürgschaft erlischt, wenn die Hauptschuld durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate (§§ 364 I, 372, 387, 397) erloschen ist. Auch wenn der Gläubiger infolge einer Leistungsstörung des Hauptschuldners (z.B. gemäß § 323 I) zurücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung fordert, kommt dies dem Bürgen zugute, wenn die Bürgschaft nicht auch derartige Ansprüche sichern sollte.
- bb) **Die Akzessorietät wird allerdings dort durchbrochen, wo sich die Hauptschuld gerade infolge der Insolvenz des Hauptschuldners ändert**, für die der Bürge haftet:
- (1) Gemäß § **768 I 2** kann sich der Bürge auf die haftungsbeschränkenden Maßnahmen des Erben nicht berufen, der den Hauptschuldner beerbt.
 - (2) Gemäß § **254 II 1 InsO** wirkt auch die Herabsetzung der Hauptschuld durch Vergleich oder Zwangsvergleich nicht zugunsten des Bürgen.
- cc) Die Haftung des Bürgen erweitert sich gemäß den §§ **767 I 2, 767 II**, wenn sich die Hauptschuld durch eine Leistungsstörung des Hauptschuldners um einen entsprechenden Schadensersatz (z.B. Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286) erhöht oder wenn dem Gläubiger Kosten für die Kündigung der Hauptschuld oder für die Rechtsverfolgung des Hauptschuldners nach Übernahme der Bürgschaft entstehen. Dies gilt auch dann, wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hatte, so dass der Gläubiger auch sofort gegen den Bürgen hätte vorgehen können (Staudinger/Horn § 767 Rz. 15 m.w.N.). Zum Verzug des Bürgen seinerseits BGH NJW 2011, 1120.
- dd) Auf der anderen Seite stellt § **767 I 3** klar, dass sich die Bürgschaft durch ein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht mehr erweitern kann, weil dieses Rechtsgeschäft ein Vertrag zu Lasten des Bürgen wäre.

c) Die Durchsetzbarkeitsakzessorietät

Der Bürge haftet akzessorisch nur für den Fall, dass der Hauptschuldner leisten muss, aber nicht leisten kann. Der Gläubiger kann daher seinen Anspruch aus der Bürgschaft nur dann durchsetzen, wenn auch die Hauptschuld durchsetzbar ist. Gemäß § 768 I kann sich der Bürge daher auf die dem Hauptschuldner gegen die Hauptschuld zustehenden Einreden berufen (dazu ausführlich unten § 61 III 1). Zudem kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers gemäß § 770 I, II solange verweigern, wie sich der Hauptschuldner durch Anfechtung oder Aufrechnung noch von seiner Hauptschuld befreien kann (dazu unten § 61 III 2).

d) Die Zuständigkeitsakzessorietät

Tritt der Gläubiger die durch Bürgschaft gesicherte Forderung gemäß § 398 an den Erwerber ab, so geht auch die Bürgschaft als akzessorische Sicherheit gemäß § 401 auf den Erwerber über. Dies gilt über die §§ 412, 401 auch, wenn die gesicherte Forderung kraft Gesetzes übergeht. Im Gegensatz dazu erlischt die Bürgschaft gemäß § 418 I 1 bei einem vom Bürgen nicht genehmigten Schuldnerwechsel durch befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415), weil ja das Risiko des Bürgen mit der Person des Hauptschuldners steht und fällt.

§ 59 Die Struktur der Bürgenhaftung im Überblick

I. Die Hauptschuld

- 1) Der Anspruch aus der Hauptschuld ist entstanden. Handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, können **rechtshindernde Einwendungen**, also Nichtigkeitsgründe (z.B. §§ 125, 1; 138 I, II) oder ausgeübte Anfechtungsrechte (z.B. §§ 119 I, II, 123 I i.V.m. § 142 I) die Hauptschuld entfallen lassen (BGH NJW 2009, 1879). Dann muss durch ergänzende Auslegung des Bürgschaftsvertrags gemäß den §§ 133, 157 ermittelt werden, ob die Bürgschaft auch die Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche des Gläubigers sichern sollte, die infolge der Nichtigkeit der Hauptschuld entstehen.
- 2) Der Anspruch aus der Hauptschuld war bei der Übernahme der Bürgschaft noch nicht durch **rechtsvernichtende Einwendungen** des Hauptschuldners (z.B. §§ 362, 364 I, II, 326 I, 818 III etc.) erloschen. Hier bestehen zwei Möglichkeiten:
 - a) Ist die Hauptschuld bereits vor der Übernahme der Bürgschaft erloschen, so ist die Bürgschaftsverbindlichkeit aufgrund ihrer Akzessorietät gemäß § 765 I erst gar nicht entstanden.
 - b) Ist der Anspruch aus der Hauptschuld erst nach der Übernahme der Bürgschaft erloschen, so ist der Anspruch aus der Bürgschaft zunächst entstanden, aber aufgrund der Akzessorietät gemäß § 767 I 1 erloschen.

II. Die Bürgschaftsverbindlichkeit

- 1) **Der Anspruch aus der Bürgschaft ist entstanden.** Dabei gibt es folgende Problemkreise:
 - a) Erforderlicher **Inhalt** der Bürgschaftserklärung: Person des Gläubigers und des Hauptschuldners, Hauptschuld, Verbürgungswille
 - b) Die **Form** der Bürgschaftserklärung: Kaufleute und Scheinkaufleute können sich gemäß § 350 HGB auch mündlich, Privatleute gemäß § 766, 1 nur schriftlich verbürgen.
 - c) **Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe:** Die Bürgschaftserklärung kann wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I nichtig sein, wegen eines Irrtums gemäß den §§ 119 I, 123 I angefochten oder gemäß § 158 I, II unter eine aufschiebende/auflösende Bedingung gestellt werden.
- 2) Der Anspruch aus der Bürgschaft kann durch eine **rechtsvernichtende Einwendung** des Bürgen erloschen sein:
 - a) Kündigung, wenn die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis ist;
 - b) Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313;
 - c) Freigabe von Sicherheiten durch den Gläubiger: § 776.

- 3) Der Anspruch aus der Bürgschaft ist aufgrund einer **rechtshemmenden Einrede** des Bürgen nicht durchsetzbar:
- a) Einreden des Bürgen aus der Hauptschuld gemäß § 768 I (z.B. Verjährung der Hauptschuld);
 - b) die Einreden der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit gemäß § 770 I, II;
 - c) die Einrede des Bestehens sonstiger Gestaltungsrechte (wie z.B. die Einrede der Rücktrittsmöglichkeit) gemäß § 770 I analog;
 - d) die Einrede der Vorausklage gemäß § 771.
 - e) die Einrede der Verjährung gemäß § 214 I: Der Anspruch aus der Bürgschaft verjährt unabhängig davon, wann der Anspruch aus der Hauptschuld verjährt (OLG Stuttgart, NJW-RR-2010, 895).

§ 60 Vertragsinhalt und Vertragspflichten

I. Der Bürgschaftsvertrag

1) Das Zustandekommen des Vertrags

- a) Wie jeder andere Vertrag auch kommt der Bürgschaftsvertrag gemäß den §§ 145 ff. durch **Angebot und Annahme** zustande. Das Angebot des Bürgen ist ebenso wie dessen Annahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wobei der Bürge auf den Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 verzichten kann.
- b) In aller Regel schließt der Bürge den Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger, wobei eine Mitwirkung des Hauptschuldners nicht erforderlich ist. Die Bürgschaftserklärung ist aber trotz des damit verbundenen Risikos keine höchstpersönliche Erklärung, so dass sich der Bürge durch Dritte gemäß den §§ 164 ff. vertreten lassen kann. Dabei muss aber die Bevollmächtigung entgegen § 167 II aus Gründen des Übereilungsschutzes gemäß § 766, 1 schriftlich erfolgen, wenn der Bürge kein Kaufmann ist (BGH WM 1996, 762). Auch der Hauptschuldner kann den Bürgen bei entsprechender Vertretungsmacht vertreten und sich im Namen des Bürgen für seine eigene Schuld verbürgen. Das Verbot des § 181 steht dem nicht entgegen, weil zwischen dem Bürgen, vertreten durch den Hauptschuldner auf der einen und dem Gläubiger auf der anderen Seite keine Personenidentität besteht (BGH NJW 1996, 1467, 1468; 1994, 798). Der Bürge wird jedoch durch die Regeln über den **Missbrauch der Vertretungsmacht** geschützt:
- aa) Hat der Hauptschuldner mit dem Gläubiger bewusst zum Nachteil des Bürgen zusammengewirkt, ist die Bürgschaft **wegen Kollusion** gemäß § 138 I nichtig (Langel, BGB AT 2 § 27 IX 1 a).
- bb) Musste sich für den Gläubiger der Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Hauptschuldner geradezu aufdrängen, so wäre eine Inanspruchnahme des Bürgen eine **unzulässige Rechtsausübung** iSd § 242 (Langel, BGB AT 2 § 27 IX 1 b).
- c) In Ausnahmefällen kann der Bürgschaftsvertrag auch zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zugunsten des Gläubigers geschlossen werden, so dass der Gläubiger nach den Regeln über den Vertrag zugunsten Dritter gemäß den §§ 765, 328 I gegen den Bürgen vorgehen kann (BGH NJW -RR- 1989, 315, 317). Im Zweifel erklärt sich der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner aber nur zu einer späteren (!) Übernahme der Bürgschaft gegenüber dem Gläubiger bereit.

2) Der Inhalt der Bürgschaftserklärung

Der Bürgschaftsvertrag ist nur dann wirksam, wenn sich die Parteien über die wesentlichen Elemente des vom Bürgen übernommenen Risikos verständigt haben. Die Bürgschaftserklärung muss daher die zu sichernde Hauptschuld, die Person des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie den Willen des Bürgen erkennen lassen, für die Erfüllung der Hauptschuld eintreten zu wollen (BGH NJW 1995, 1886). Im Einzelnen:

a) Die Hauptschuld

Wenn die Hauptschuld bereits zur Zeit des Bürgschaftsvertrags existiert, muss sie durch die Person des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie durch den Inhalt der Schuld individualisiert werden (BGH NJW 1993, 724, 725). Dabei ist der Schuldgrund bereits dann ausreichend bestimmt, wenn in der Bürgschaftserklärung auf bestehende und künftige Forderungen verwiesen wird, die aus einem festgelegten Kreis von Rechtsbeziehungen stammen können. Dieser Kreis kann auch durch die Bezeichnung „Geschäftsbeziehung“ ausreichend konkret beschrieben werden (BGH NJW 1994, 1341, 1342).

Ist die Hauptschuld selbst nicht genannt, so genügt es, wenn die Personen von Gläubiger und Hauptschuldner den erforderlichen Hinweis auf die Hauptschuld liefern. Hat sich der Bürge für eine künftige Hauptschuld verbürgt, muss diese Forderung in der Bürgschaftserklärung so umschrieben werden, dass man bei ihrer Entstehung zweifelsfrei erkennt, dass der Bürge für die Erfüllung dieser Schuld eintreten will.

Da sich der Bürge auch für eine künftige Hauptschuld verbürgen kann, ist auch eine „Globalbürgschaft“ denkbar, durch die sich der Bürge für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verbürgt. Eine derartige Globalbürgschaft kann aber nur durch eine individuelle Vereinbarung erfolgen. Eine formularmäßige Ausdehnung der Bürgenhaftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners durch AGB verstößt gegen § 307 II, weil das Leitbild der Bürgenhaftung eine begrenzte Haftung ist (vgl. § 767 I 3) und weil bei der Globalbürgschaft der Bürge seine eigene Haftung nicht beeinflussen kann. Dies ist auch dann eine i.S.d. § 307 unangemessene Benachteiligung, wenn der Bürge Kaufmann ist (BGH NJW 1998, 3708).

b) Die Person des Gläubigers

Die Bürgschaftserklärung muss die Person des Gläubigers enthalten, weil der Gläubiger der Anspruchsberechtigte sein wird. Der Bürge kann aber ausnahmsweise die Person des Gläubigers in seiner Bürgschaftserklärung offenlassen und den Hauptschuldner bevollmächtigen, die **Blankobürgschaft** zu vervollständigen (BGH NJW 1996, 1467, 1468). Dabei muss aber die Bevollmächtigung des Hauptschuldners zur Komplettierung der Bürgschaft entgegen § 167 II **schriftlich** erfolgen, um den Bürgen vor einer übereilten Erklärung zu bewahren (BGH WM 1996, 762). Hat der Hauptschuldner später die Blankobürgschaft durch Eintragung des Gläubigers vervollständigt, so muss der Bürge den durch die Aushändigung der Blankobürgschaft gesetzten Rechtsschein **analog § 172 II** gegen sich gelten lassen, wenn der Gläubiger nicht weiß, dass der Hauptschuldner die Erklärung ergänzt hat; ansonsten ist er nicht schutzwürdig (BGH a.a.O.).

c) Die Person des Hauptschuldners

Auch die Person des Hauptschuldners muss in der Bürgschaftserklärung genannt sein, weil nur durch sie die gesicherte Schuld und damit auch das vom Bürgen übernommene Risiko bestimmt werden kann (BGH NJW 1995, 959; BB 1993, 1035).

3) Die Form der Bürgschaftsverpflichtung

a) Die erforderliche Form

Die erforderliche Form des Bürgschaftsversprechens hängt davon ab, ob der Bürge ein Kaufmann ist oder nicht.

aa) Der Bürge ist ein Kaufmann bzw. Scheinkaufmann: § 350 HGB

Ist der Bürge ein Kaufmann oder muss er sich aufgrund seiner Handelsregistereintragung (§ 5 HGB) oder seines Auftretens (§ 5 HGB analog) wie ein Kaufmann behandeln lassen, so kann er sich gemäß § 350 HGB auch mündlich verbürgen, wenn die Abgabe der Bürgschaftserklärung zu seinem Handelsgewerbe zählt, was zunächst nach § 344 I HGB widerlegbar vermutet wird.

Nach einer Ansicht (K. Schmidt ZIP 1986, 1510, 1515; Canaris HandelsR § 24 II 1 c) gilt § 350 HGB analog, wenn sich der geschäftsführende Kommanditist einer KG oder der Geschäftsführer einer GmbH für die Schuld der Gesellschaft verbürgen. Eine derartige Bürgschaftserklärung könne daher auch mündlich erfolgen.

Der BGH (ZIP 2006, 68) lehnt eine analoge Anwendung des § 350 HGB für den GmbH-Geschäftsführer ab: Zwar könne gerade bei der 1-Mann-GmbH, bei der der Geschäftsführer oftmals auch der alleinige Gesellschafter der GmbH ist, der Geschäftsführer das Unternehmen genauso beherrschen wie der Kaufmann das von ihm betriebene Unternehmen, doch sei für die Kaufmannseigenschaft gemäß den §§ 1 ff. HGB charakteristisch, dass der Kaufmann für die Betriebsverbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen hafte. Auch eine planwidrige Regelungslücke für die analoge Anwendung des § 1 HGB auf Geschäftsführer/Gesellschafter lehnt der BGH ab, weil diese Überlegungen weder bei der HGB-Reform 1998 (§§ 1 ff. HGB) noch bei der Schuldrechtsreform (§§ 13, 14 BGB) eine Rolle gespielt hätten. Dies führe auch nicht zu untragbaren Ergebnissen, da die Banken jederzeit die Möglichkeit hätten, den Geschäftsführer der Gesellschaft zu einer schriftlichen und damit formgerechten Bürgschaftserklärung zu veranlassen.

bb) Der Bürge ist Privatmann: § 766, 1 BGB

- (1) **Ist der Bürge Privatmann, so muss die Bürgschaftserklärung gemäß § 766, 1 schriftlich erfolgen,** um den Bürgen durch die Schriftform vor einer übereilten Erklärung zu bewahren. Die Erteilung der Bürgschaft in elektronischer Form ist gemäß § 766, 2 ausgeschlossen.
- (2) **Nimmt man die Warnfunktion dieser Schriftform ernst, so sollte man die Einhaltung der Schriftform für jedes Rechtsgeschäft verlangen, das eine Bürgschaftsverpflichtung zur Folge haben kann:** Dies kann zum einen das Versprechen des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner sein, er werde sich für dessen Schuld verbürgen, zum anderen aber auch die Bevollmächtigung zur Abgabe eines Bürgschaftsversprechens (BGH WM 1996, 762) sowie die nachträgliche Genehmigung der Vertretung, wenn der Vertreter zunächst keine Vertretungsmacht hatte. Die dem entgegenstehenden §§ 167 II, 182 II müssten dann allerdings durch den Übereilungsschutz des § 766, 1 teleologisch reduziert werden.
- (3) Wie man die gesetzliche Schriftform einhält, ergibt sich aus § 126: **Der Bürge (oder dessen Vertreter) muss die Bürgschaftserklärung eigenhändig namentlich so unterschreiben, dass die Unterschrift die Erklärung räumlich abschließt.** Später hinzugefügte Zusätze müssen erneut unterschrieben werden, soweit sie nicht über der Unterschrift stehen und noch vom Willen des Bürgen gedeckt sind.
Die Schriftform kann durch notarielle Beurkundung (§ 126 IV) oder durch einen protokollierten Prozessvergleich (§ 127 a BGB; 160 ff. ZPO) ersetzt werden, nicht aber durch telegraphische Übermittlung des Bürgschaftsversprechens. Dies gilt auch dann, wenn der Bürge das Aufgabeformular eigenhändig unterschrieben hat.
- (4) Die Schriftform ist trotz schriftlicher Erklärung des Bürgen nur dann gewahrt, wenn der Bürge dem Gläubiger die Erklärung i.S.d. § 766, 1 erteilt. **Der Begriff „Erteilung“ setzt voraus, dass der Bürge dem Gläubiger selbst oder dessen Hilfsperson die schriftliche Originalerklärung aushändigt.** Eine Übermittlung per Telefax genügt also nicht, da der Absender beim Fax naturgemäß die Verfügungsgewalt über das Originaldokument behält (BGH NJW 1993, 1126; 1991, 2154; Vollkommer/Gleußner JZ 1993, 1007).

b) Die Rechtsfolgen des Formverstößes

- aa) Hat der Privatmann die Bürgschaftserklärung nicht formgerecht erteilt, ist die Bürgschaftserklärung gemäß § 125, 1 nichtig. § 125, 1 ist eine **rechtshindernde Einwendung**, die in einem Rechtsstreit **von Amts wegen** berücksichtigt werden muss. Als zwingende Regelung kann sie von den Parteien nicht abbedungen werden.

Der Bürge darf sich aber nach den Regeln der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 nicht auf den Formmangel berufen, wenn er selbst den Gläubiger über das Formerfordernis getäuscht hat oder wenn er aus dem verbürgten Kredit (z.B. als Gesellschafter der Hauptschuldner-Gesellschaft) bereits erhebliche Vorteile gezogen hat (BGH NJW 1996, 1467, 1469; 1993, 1126).

- bb) **Soweit der Bürge an den Gläubiger leistet, wird der Formmangel der Bürgschaft gemäß § 766, 3 geheilt**, so dass der Bürgschaftsvertrag *ex nunc* wirksam wird und den Gläubiger zum Behalten des Erlangten berechtigt. Hat der Bürge freiwillig erfüllt, hat sich die durch § 766, 1 beabsichtigte Warnfunktion der Schriftform erledigt. Wie wir aber bereits aus dem BGB AT (Langels, BGB AT 1 § 15 IV 3 c) wissen, heilt die Erfüllung nur den Formmangel, aber keine sonstigen Nichtigkeitsgründe.

Beispiel: War die Bürgschaftserklärung wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I nichtig, so kann der Bürge das Geleistete gemäß § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern.

Wie bereits der Wortlaut des § 766, 3 („soweit“) zeigt, wird der Formmangel bei einer Teilleistung des Bürgen nur soweit geheilt, wie der Bürge geleistet hat, so dass der Gläubiger die noch nicht erfüllte Restforderung nach wie vor nicht geltend machen kann.

II. Die Pflichten der Vertragsparteien

1) Die Pflichten des Bürgen

Der Bürge haftet dafür, dass der Hauptschuldner seine Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger erfüllt. **Die Bürgschaft kann für jede schuldrechtliche Verpflichtung des Hauptschuldners übernommen werden, unabhängig von deren Inhalt oder der jeweiligen Anspruchsgrundlage.** In den meisten Fällen verbürgt sich der Bürge für eine Zahlungspflicht des Hauptschuldners, doch kann sich der Bürge auch für andere vertretbare oder unvertretbare und sogar für höchstpersönlich zu erbringende Leistungen des Hauptschuldners verbürgen. **Bei unvertretbaren oder höchstpersönlich zu erbringenden Leistungen sichert die Bürgschaft das Erfüllungsinteresse des Gläubigers**, so dass der Gläubiger vom Bürgen Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen kann, wenn der Hauptschuldner nicht leistet. Dies gilt im Zweifel auch bei vertretbaren Leistungen (BGH NJW 1989, 1856, 1857).

2) Die Pflichten des Gläubigers

Obwohl die Bürgschaft ein einseitig verpflichtender Vertrag ist, muss der Gläubiger zugunsten des Bürgen gemäß **§ 242 Schutzpflichten** erfüllen (BGH NJW 1996, 1274, 1275; Larenz/Canaris II/2 § 60 III 4; Reinicke/Tiedtke Rz. 188). Bei diesen Schutzpflichten können wir wie folgt unterscheiden:

a) Vorvertragliche Schutzpflichten

aa) Unterlassungspflichten

Wenn der Gläubiger entweder auf Nachfrage des Bürgen oder von sich aus Angaben über das Bürgschaftsrisiko macht, so müssen diese Angaben sowohl die Sach- als auch die Rechtslage vollständig und zutreffend wiedergeben. Der Bürge verletzt diese Schutzpflicht, wenn er das Bürgschaftsrisiko verharmlost oder falsche Angaben über die Solvenz des Hauptschuldners macht.

bb) Aufklärungspflichten

Auf der anderen Seite ist der Gläubiger nicht von sich aus verpflichtet, den Bürgen auf das Bürgschaftsrisiko oder die finanziellen Schwierigkeiten des Hauptschuldners hinzuweisen (BGH NJW 1996, 1274, 1275; 1994, 2146, 2149; Gernhuber JZ 1995, 1995, 1086, 1090 m.w.N.). Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger den Bürgen „ins offene Messer laufen lässt“, weil er schon bei Bestellung der Bürgschaft weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Hauptschuldner nicht leisten kann, so dass er den Bürgen wird in Anspruch nehmen müssen.

b) Nachvertragliche Pflichten**aa) Aufklärungspflichten**

Da sich der Bürge nach Abschluss des Bürgschaftsvertrags ohnehin nicht mehr von seiner Bürgenhaftung lösen kann, beziehen sich die Aufklärungspflichten des Gläubigers nur auf den möglichen Regress des Bürgen beim Hauptschuldner. Soweit der Gläubiger keine etwaigen Geheimhaltungspflichten verletzt, muss er den Bürgen über die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners informieren.

bb) Sonstige Pflichten

Hat sich der Bürge für eine künftige Schuld des Hauptschuldners verbürgt, so muss der Gläubiger bei der Verpflichtung des Hauptschuldners auf die Interessen des Bürgen Rücksicht nehmen.

Beispiele:

- 1) Der Gläubiger darf eine ihm mögliche Bonitätsprüfung vor einer Kreditvergabe nicht deshalb unterlassen, weil ja der Bürge für die Rückzahlung des Kredits durch den Hauptschuldner haften wird.
- 2) Sichert die Bürgschaft Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, so muss der Gläubiger das tun, was er ohne Bürgschaft in seinem eigenen Interesse tun würde, um den eigenen Schaden so gering wie möglich zu halten, z.B. das Dauerschuldverhältnis kündigen. Kündigt er nicht, so haftet der Bürge nur für die Raten, die bis zur erstmöglichen Kündigungsmöglichkeit fällig geworden waren.

3) Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Gläubiger

Hat der Gläubiger eine der o.g. Pflichten schuldhaft verletzt, so ist er dem Bürgen zum Schadensersatz verpflichtet: aus **culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1**, wenn er eine vorvertragliche Pflicht verletzt hat, ansonsten wegen einer Pflichtverletzung des Bürgschaftsvertrags gemäß **§ 280 I 1**. Dies hat zur Folge, dass er den Bürgen aus der Bürgschaft nicht mehr in Anspruch nehmen kann (BGH NJW 1995, 1886, 1888). Eine formularmäßige Freizeichnung von einer derartigen Haftung ist unwirksam.

§ 61 Einwendungen und Einreden des Bürgen

Wir müssen wie immer zwischen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen und rechtshemmenden Einreden unterscheiden:

I. Rechtshindernde Einwendungen: Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe

Rechtshindernde Einwendungen lassen den Anspruch des Gläubigers aus der Bürgschaft erst gar nicht entstehen. Sie werden im Prozess gegen den Bürgen von Amts wegen beachtet, also auch dann, wenn sich der Bürge nicht auf diesen Umstand beruft.

1) Die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft gemäß § 138 I

AL-Klausurtyp: Hat der Gläubiger den Bürgen über das mit der Bürgschaft verbundene Risiko oder über die Solvenz des Hauptschuldners arglistig getäuscht oder den Bürgen unzulässig unter Druck gesetzt, so kann der Bürge die Bürgschaftserklärung gemäß § 123 I anfechten. Hatte der Gläubiger den Bürgen sehenden Auges „ins offene Messer laufen lassen“, weil er wusste, dass der Hauptschuldner ohnehin nicht würde zahlen können, so kann der Bürge nach den Regeln der culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1/§§ 249 ff. die Aufhebung des Bürgschaftsvertrags verlangen und sich dadurch seiner Haftung entziehen. In all diesen Fällen stellt sich die Frage nach einer möglichen Sittenwidrigkeit ohnehin nicht.

Übrig bleiben die Fälle, in denen der Gläubiger Angehörige des Hauptschuldners zur Übernahme einer Bürgschaft bewegt, von denen er weiß, dass sie nicht sonderlich vermögend und/oder geschäftlich unerfahren sind, das Bürgschaftsrisiko nicht erkennen und aufgrund der äußeren Umstände zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht in der Lage sind. Hier stellt sich die Frage, ob nach dem Grundsatz der Privatautonomie jeder selbst wissen muss, welche Verträge er abschließt oder ob die Gerichte zu einer inhaltlichen Kontrolle befugt sind und über § 138 I einschreiten müssen, wenn von einer ausgewogenen, fairen Regelung nicht mehr gesprochen werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage wollen wir zunächst mit dem Bundesverfassungsgericht die Grenzen der Privatautonomie herausarbeiten und im Anschluss mit dem BGH Fallgruppen einer möglichen Sittenwidrigkeit bilden.

a) Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW 1996, 2021; 1994, 36) hat den verfassungsrechtlichen Maßstab einer Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen wie folgt festgelegt: „Da alle Vertragsparteien ihre individuelle, den Schutz des Art. 2 I GG genießende Handlungsfreiheit wahrnehmen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht das Recht des Stärkeren gelten. Vielmehr sind die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden. Hat im Vertragsrecht einer der Beteiligten ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt einseitig bestimmen kann, so bedeutet dies für den anderen Teil eine Fremdbestimmung.“

Andererseits darf ein Vertrag nicht bereits bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine **typisierte Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit einer Partei erkennen lässt und sind die Folgen für den unterlegenen Teil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung eine Korrektur ermöglichen**. Das folgt aus der grundgesetzlich gewährleisteten Privatautonomie (Art. 2 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 GG). Für die Zivilgerichtsbarkeit folgt daraus die Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln wie z.B. des § 138 I darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Ist der Inhalt des

Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so muss das Gericht klären, ob die vereinbarte Regelung nicht als Folge einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke durch die Generalklauseln der §§ 138, 242 korrigiert werden muss.“

AL-Klausurtyp: Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Zivilgerichte müssen verhindern, dass Verträge entgegen dem Grundsatz der Privatautonomie als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Aus Gründen der Rechtssicherheit liegt eine derartige, nach § 138 I sittenwidrige Fremdbestimmung aber nur unter **zwei Voraussetzungen** vor:

- **Die Folgen der Bürgschaft sind für den Bürgen außergewöhnlich belastend.**
- **Die Umstände des Vertragsschlusses lassen eine typisierte Fallgestaltung erkennen, bei der der Gläubiger die strukturelle Unterlegenheit des Bürgen ausgenutzt hat.**

b) Die Reaktionen des BGH

Der BGH hat in zahlreichen Entscheidungen die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Anwendung des § 138 I umgesetzt und die AGB-Klauseln der Gläubiger gemäß den §§ 305 c I, 307, 309 inhaltlich scharf kontrolliert, die den Sicherungszweck und damit den Kreis der gesicherten Forderungen bestimmen. Im Einzelnen:

aa) **Zum erforderlichen Missverhältnis zwischen der Höhe der Verpflichtung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen:**

(1) **Die Bürgschaft ist nicht allein deshalb gemäß § 138 I sittenwidrig, weil kein vollständiger Interessenausgleich zwischen Gläubiger und Bürge vorliegt.** Die Bürgschaft ist von Haus aus ein einseitig verpflichtender Vertrag, der den Bürgen einseitig belastet und dem Gläubiger nur Vorteile verschaffen soll (BGH NJW 1994, 127).

(2) **Ein Rechtsgeschäft ist auch nicht allein deshalb sittenwidrig, weil der Schuldner bei Abschluss des Vertrags nicht über die finanziellen Mittel verfügt, den Vertrag zu erfüllen.**

Dazu BGH a.a.O.: „Die Privatautonomie gestattet jedem, riskante Rechtsgeschäfte abzuschließen, die er nur unter besonders günstigen Bedingungen, ggf. unter dauernder Inanspruchnahme seines pfändungsfreien Einkommens, erfüllen kann.“

(3) **Etwas anderes gilt nur, wenn die Bürgschaftsverbindlichkeit so hoch ist, dass bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass der Bürge diese Verpflichtung niemals wird erfüllen können.** Diese Verpflichtung ist zum einen für den Gläubiger wirtschaftlich sinnlos. Zum anderen droht dem Bürgen eine Schuld, von der er sich auf unabsehbare Zeit nicht befreien kann.

(a) **Die Bürgschaft ist sittenwidrig, wenn der Bürge innerhalb von 5 Jahren nicht die vertraglich vereinbarten Zinsen zahlen kann** (BGH NJW 2005, 971; 2004, 161; 2002, 2705). Da der Schuldner zunächst auf die Zinsen zahlt, würde er ohne Tilgungsleistungen von seiner Schuld nie herunterkommen. **Diese Rechtsprechung gilt auch nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung, die durch eine Restschuldbefreiung gemäß den §§ 286 ff. InSO eine lebenslange Verschuldung verhindern kann** (BGH NJW 2009, 2671; Krüger, NJW 2009, 3408 mwN; zur Sittenwidrigkeit bei geringen Bürgschaftsbeträgen OLG Celle, NJW -RR- 2006, 131). Auch die Pfändungsfreigrenzen der ZPO, die dem Schuldner ein wirtschaftliches Überleben sichern, haben ja an der Rechtsprechung zu § 138 I nichts ändern können.

- (b) **Entscheidender Zeitpunkt ist der Tag der Bürgschaftsübernahme.** Es kommt darauf an, ob aus Sicht eines vernünftigen Gläubigers aufgrund der Ausbildung oder anderer erwerbsrelevanter Fähigkeiten eine begründete Aussicht besteht, dass sich die finanzielle Lage des Bürgen wesentlich verbessern wird (BGHZ 132, 328, 334).
- (c) **Bei der Frage, ob die Haftung den Bürgen finanziell überfordert, muss das zur Zeit der Bürgschaft vorhandene Vermögen berücksichtigt werden.** Dingliche Belastungen des Vermögens müssen abgezogen werden. Die bloße potentielle Werthaltigkeit eines bis zur Höhe des Verkehrswerts belasteten Grundstücks spielt keine Rolle.
- (d) **Auch bei krasser finanzieller Überforderung ist die Bürgschaftsübernahme nicht sittenwidrig, wenn der Bürge ein eigenes Interesse an der Gewährung des Kredits an den Hauptschuldner hat.** Ein derartiges Interesse wird bei Ehegattenbürgschaften angenommen, wenn der dem Hauptschuldner gewährte Kredit der gemeinsamen ehelichen Lebensführung dient (BGH NJW 2002, 2705; was der Gläubiger im Streitfall beweisen muss, OLG Celle, NJW 2004, 2598), wird aber verneint, wenn sich ein Arbeitnehmer zur Sicherung seines Arbeitsplatzes für ein Darlehen seines Arbeitgebers verbürgt (BGH NJW 2004, 161).
Auch wenn das vom Ehemann aufgenommene Darlehen zur Renovierung des ihm gehörenden Hauses dient, das von den Eheleuten gemeinsam bewohnt wird, reicht dieser mittelbare Vorteil für die bürgende Frau nicht aus, um die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft zu entkräften. Auch die Möglichkeit, im Wege des Zugewinnausgleichs später an dieser Wertsteigerung zu partizipieren, genügt nicht. Die Bürgschaft der Frau bleibt also solange sittenwidrig, bis die Bank beweist, dass beide Ehegatten an der Verwendung des Darlehens ein gleichwertiges Interesse hatten und über die Verwendung des Geldes als gleichberechtigte Partner entscheiden. Über diesen Umstand muss sich die Bank im Vorfeld der Kreditgewährung informieren. Die bloße formularmäßige Feststellung im Bürgschafts- oder Darlehensvertrag reicht nicht aus (OLG Celle, NJW 2004, 2598).
- (4) **Der Gläubiger muss bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags das Missverhältnis zwischen der Höhe der Verpflichtung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen gekannt haben oder sich dieser Erkenntnis leichtfertig verschlossen haben** (BGH NJW 1996, 513, 514; 1995, 592; 1994, 1278). Dafür genügt es gerade bei hohen Verbindlichkeiten, dass er die Vermögensverhältnisse des Bürgen nicht überprüft hat.
- bb) **Die Umstände des Vertragsschlusses / das strukturelle Machtungleichgewicht der Vertragspartner**

Neben der fehlenden Leistungsfähigkeit des Bürgen setzt die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft gemäß § 138 I voraus, dass der Bürge - bedingt durch die äußeren Umstände des Vertragsschlusses - keinen eigenverantwortlichen Entschluss fassen konnte, weil **ein unerträgliches Ungleichgewicht der beiden Vertragspartner** bestand. Dabei kehrt sich jedoch die Beweislast zu Lasten des Gläubigers um: **Liegt eine finanzielle Überforderung vor, so wird zugunsten des Bürgen widerlegbar vermutet, dass er sich nur wegen der emotionalen Verbundenheit zum Hauptschuldner verbürgt und dass der Gläubiger dies in sittenwidriger Weise ausgenutzt hat** (BGH NJW 2002, 744, 745). Dabei haben sich in der Rechtsprechung folgende Fallgruppen herausgebildet:

(1) **Die Bürgenhaftung vermögensloser Kinder für ihre Eltern** (BGH NJW 1997, 52; 1996, 2088, 2089; 1994, 1278)

In aller Regel kann jede volljährige Person das Risiko einschätzen, das mit einer Bürgschaft einhergeht. Davon muss man grundsätzlich auch dann ausgehen, wenn sich ein naher Angehöriger verbürgt. Dies kann bei gerade erst volljährig gewordenen Erwachsenen anders sein. Gerade erst volljährig gewordene Kinder des Schuldners können in aller Regel nicht nüchtern abwägen, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen mit der Übernahme einer Bürgschaft vorhanden sind und in dieser Situation auch nicht frei entscheiden, ob sie dieses Risiko eingehen wollen. Sie werden der Bitte ihrer Eltern im Vertrauen auf sie oder aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Eltern ohne große Überlegung entsprechen.

Hinzu kommt, dass die Eltern gegen ihre **Pflicht zur familiären Rücksichtnahme gemäß § 1618 a** verstoßen, wenn sie ihre Kinder zu einer derart hohen Bürgschaft veranlassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie auf ihre Kinder besonderen Druck ausgeübt haben oder nicht. Die Eltern verstoßen bereits dann gegen § 1618 a, wenn kein vernünftiges Verhältnis zwischen den vom Kreditnehmer (= Eltern) erstrebten Vorteil und den Gefahren der Bürgschaft besteht (BGH NJW 1997, 52).

Wie wir oben bereits gesehen haben (§ 60 II 2 a/Pflichten des Gläubigers), kann sich die Unwirksamkeit der Bürgschaft auch bereits daraus ergeben, dass der Gläubiger gegenüber dem Bürgen das Risiko der Bürgschaft verharmlost oder die Bürgschaft als bloße Formalität darstellt (BGH NJW 1994, 1341, 1343; 1993, 322, 323; Westermann, FS für Lange 1995, 1005). Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger bereits bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags weiß, dass der Hauptschuldner nicht leisten können und so den Bürgen „ins offene Messer laufen lässt“ (BGH NJW 1996, 1274, 1276).

AL-Klausurtyp: Haben sich Kinder für ihre Eltern in einer Höhe verbürgt, die außer Verhältnis zu ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit steht, so wird die Bürgschaft in aller Regel sittenwidrig sein.

(2) **Die Bürgenhaftung von Ehegatten oder Lebensgefährten** (BVerfG ZIP 1996, 956; BGH ZIP 1997, 406; NJW 1996, 513; 1274; 1995, 592)

(a) Auch wenn sich ein Ehegatte oder ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für den anderen verbürgt, ergibt sich die Sittenwidrigkeit des § 138 I aus den beiden o.g. Faktoren:

- **Auffälliges Missverhältnis zwischen der Höhe der Forderung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen**
- **Äußere Umstände des Vertragsschlusses, die ein unerträgliches Ungleichgewicht der beiden Vertragspartner begründen**, wie z.B.
 - geschäftliche Unerfahrenheit des Bürgen, dessen
 - seelische Zwangslage oder eine
 - unzulässige Einwirkung auf dessen Willensbildung durch den Gläubiger.

(b) Aber: **Die Bürgschaft ist nicht gemäß § 138 I sittenwidrig, wenn der Bürge ein eigenes Interesse an der Übernahme der Bürgschaft hatte.** Dies ist dann der Fall, wenn der durch die Bürgschaft gesicherte Kredit der gemeinsamen Lebensführung dienen sollte. Dabei kann aber eine nachträgliche Ehescheidung zum **Wegfall der Geschäftsgrundlage der Bürgschaft** führen (MünchKomm/Habersack § 765 Rz. 45 m.w.N.).

Nach der Rspr. des XI. BGH-Senats genügen derart mittelbare Vorteile jedoch nicht; die Sittenwidrigkeit entfällt danach nur dann, wenn der Bürge auch tatsächlich unmittelbare Vorteile in ausreichendem Maße aus dem gewährten Kredit erhalten hat.

Will sich der Gläubiger durch die Mithaftung des Ehegatten nur gegen die Gefahr einer Vermögensverschiebung zwischen den Eheleuten absichern, so kann er dem Vorwurf des § 138 I dadurch entgehen, dass er die Haftung des zunächst vermögenslosen Bürgen unter die ausdrückliche Bedingung stellt, dass der Bürge später Vermögen erwirbt (Gernhuber JZ 1995, 1086, 1087; MünchKomm/Habersack § 765 Rz. 25; kritisch dazu BGH ZIP 1997, 406, 408).

Dazu aber einschränkend der BGH in NJW 2002, 2230: „Ohne besondere, vom Kreditgeber zu beweisende Anhaltspunkte kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass eine krass überfordernde Mithaftung inhaltlich von vornherein nur eine erhebliche Vermögensverlagerung verhindern soll. Eine solche Vereinbarung, die einer Personalsicherheit einen ganz anderen Sinn geben würde, ist keinesfalls üblich oder den außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Umständen zu entnehmen. Wer unter Berufung auf den wirklichen Willen verständiger Vertragsparteien eine solche einschränkende Auslegung der Mithaftung vornimmt, setzt sich über allgemein anerkannte Auslegungsregeln hinweg und verstößt überdies gegen das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion formularmäßiger Bürgschafts- oder anderer Mithaftungsverträge. Nimmt der Kreditgeber den Betroffenen in Anspruch, ohne auch nur ansatzweise zu behaupten, dass und in welchem Umfang eine im Verhältnis zur Kreditsumme erhebliche Vermögensverschiebung stattgefunden hat, der zeigt auch durch sein nachvertragliches Verhalten, dass die Annahme einer stillschweigenden Haftungsbeschränkung nicht gerechtfertigt ist. **Die Bürgschaft eines vermögenslosen Ehegatten ist also nur dann wirksam, wenn sie eine ausdrückliche Beschränkung auf diesen Zweck enthält.**“

(3) Die Bürgenhaftung von Geschwistern

Die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit krass überforderter Kinder und Lebenspartner findet auf Geschwister nur dann Anwendung, wenn im Einzelfall zwischen ihnen eine vergleichbar enge persönliche Beziehung zur Zeit der Verpflichtung bestanden hat (BGH NJW 1998, 597).

Dazu der BGH: „Zwischen erwachsenen Geschwistern bestehen nicht ohne weiteres vergleichbare enge persönliche Bindungen. Haben sich eigene, voneinander unabhängige Lebensbereiche geschaffen und wohnen die Geschwister infolgedessen räumlich getrennt voneinander, so kann sich der persönliche Kontakt und die innere Verbundenheit erheblich lockern. Von einer Verbundenheit wie unter Eheleuten oder zwischen Eltern und gerade volljährig gewordenen Kindern kann daher häufig keine Rede sein, so dass es Geschwistern wesentlich leichter fällt, sich emotionsfrei für oder gegen die Übernahme einer Bürgschaft zu entscheiden. Nur wenn die emotionale Bindung an den Hauptschuldner derart eng ist, dass diese Abhängigkeit der zwischen Eltern und Kindern vergleichbar ist, kann von einer entsprechenden Unterlegenheit des Bürgen gesprochen werden, die zur Sittenwidrigkeit führen kann. Diese Umstände müssen aber für den Gläubiger erkennbar gewesen sein und im Streitfall vom Bürgen bewiesen werden.“

(4) Die Bürgenhaftung außenstehender Dritter (BGH NJW 1997, 940; 1996, 1341, 1343)

Auch wenn sich sonstige Personen für den Hauptschuldner verbürgen, die nicht von ihm abstammen oder mit ihm verheiratet sind, kann die Bürgschaft aus den o.g. Gründen gemäß § 138 I sittenwidrig sein. Die Behauptung, dass der Gläubiger die Unerfahrenheit oder die seelische Zwangslage des Bürgen ausgenutzt hat, muss dann aber durch besondere Umstände belegt werden. Im Regelfall muss man davon ausgehen, dass der Bürge das Risiko kannte und auch in seiner Entscheidungsmöglichkeit frei war.

(5) Die Bürgenhaftung vermöglicher Angehöriger

Die Grundsätze über die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft gelten auch dann, wenn der sich verbürgende Angehörige sehr vermögend ist. Auch wenn die Rechtsprechung vor allem die vermögenslosen Angehörigen vor einer lebenslangen Überschuldung bewahren wollte, sind auch vermögende Bürgen schutzwürdig, wenn ansonsten die o.g. Voraussetzungen vorliegen. Dabei müssen Sie aber berücksichtigen, dass vermögende Angehörige oftmals in Geschäftsdingen so erfahren sind, dass dadurch der Vorwurf der Sittenwidrigkeit entfällt.

(6) Die Bürgenhaftung des Arbeitnehmers (BGH NJW 2004, 161 ff.)

- (a) Verbürgt sich ein Arbeitnehmer für eine Darlehensverbindlichkeit seines Arbeitgebers, so muss man zunächst einmal feststellen, dass zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber kein der Ehe vergleichbares emotionales Abhängigkeitsverhältnis besteht. Dies gilt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer erst kurze Zeit für den Arbeitgeber tätig ist: Hier wird die Entscheidung des Arbeitnehmers nicht durch Emotionen beeinträchtigt, die ein rationales Handeln erschweren, sondern es stehen die beiderseitigen, häufig gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Vordergrund.
- (b) Dennoch kann die Entscheidung des Arbeitnehmers zur Übernahme der Bürgschaft derart fremdbestimmt sein, dass von einer freiwilligen, autonomen Entscheidung keine Rede mehr sein kann. Wenn dann der Gläubiger diese Umstände in anstößiger Weise ausnutzt, ist die Bürgschaftserklärung gemäß § 138 I nichtig. Dies gilt insbesondere, wenn der Arbeitgeber ohne eine durch die Bürgschaft gesicherte Kreditgewährung den Betrieb in kürzester Zeit einstellen müsste, so dass der Arbeitnehmer die Wahl zwischen dem Risiko der Bürgschaftsübernahme einerseits und der nahezu sicheren Arbeitslosigkeit in einer Branche oder in einer Region hat, in der ein Arbeitsplatz schwer zu finden ist. Ist die in der Bürgschaftserklärung übernommene Schuld derart hoch, dass der Arbeitnehmer aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens oder Vermögens nicht einmal die Zinsen zahlen kann, so ist die Bürgschaftserklärung regelmäßig sittenwidrig.
- (c) Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn der Bürge ein unmittelbares Eigeninteresse an der Kreditgewährung an seinen Arbeitgeber hat, etwa, weil der Arbeitgeber ihn zum Ausgleich für das durch die Bürgschaft übernommene Risiko als Gesellschafter am Betrieb beteiligt. Die vermeintliche Sicherung seines Arbeitsplatzes ist demgegenüber kein ausreichendes Äquivalent, um den Vorwurf des § 138 I zu entkräften.
- (d) Folge: Wenn der Gläubiger die dadurch bedingte Zwangslage des Arbeitnehmers derart ausnutzt, so ist die Bürgschaft nach einer Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Umfang gemäß § 138 I sittenwidrig (BGH NJW 2004, 161, 162 mit Anmerkung von Seifert in NJW 2004, 1707).

cc) Die Zurechenbarkeit

Soweit das unerträgliche Ungleichgewicht zwischen Gläubiger und Bürge nicht auf dem Verhalten des Gläubigers, sondern auf dem des Hauptschuldners beruht (z.B.: psychische Beeinflussung des Bürgen) **oder in der Person des Bürgen liegt** (z.B.: geschäftliche Unerfahrenheit), **setzt die Sittenwidrigkeit des § 138 I voraus, dass der Gläubiger diese Umstände kannte.** Die Kenntnis von Wissensvertretern (Langels, BGB AT 2 § 27 VIII 2) oder sonstigen Hilfspersonen muss er sich dabei nach § 166 I zurechnen lassen. Grob fahrlässige Unkenntnis steht der positiven Kenntnis gleich (BGH NJW 1996, 513, 514; 1994, 1278).

Dazu der BGH in NJW 1997, 52: „Hat die Bank die finanzielle Abhängigkeit des bürgenden Kindes von seinen Eltern sowie dessen voraussichtliche wirtschaftliche Überforderung gekannt - oder wären diese Umstände bei einer Bonitätsprüfung des Bürgen erkennbar gewesen - so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Bank das rechtlich missbilligenswerte Verhalten der Eltern (= Verstoß gegen § 1618 a) gekannt oder sich dieser Erkenntnis bewusst verschlossen hat; eine entsprechende Bürgschaft ist regelmäßig sittenwidrig.“

2) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 119 I

- a) Der Bürge kann die Bürgschaftserklärung anfechten, wenn er sich bei deren Abgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt (= Inhaltsirrtum) oder sich verschrieben oder versprochen hat (= Erklärungsirrtum; beachte aber: § 766, 1!).

- b) Wie ein Inhaltsirrtum wird der Fall behandelt, dass der Bürge in der Situation keine Bürgschaftserklärung abgeben wollte: Es genügt, dass der Bürge hätte erkennen können, dass der insoweit schutzwürdige Gläubiger sein Verhalten als Bürgschaftserklärung verstehen durfte (= potentielles Erklärungsbewusstsein; dazu ausführlich Langel, BGB AT 1 § 13 I 2).
- c) Hat der Gläubiger dem Hauptschuldner aber gerade im Hinblick auf die Bürgschaft einen Kredit gewährt, so muss der Bürge nach erfolgter Anfechtung gemäß § 122 den Vertrauensschaden des Gläubigers ersetzen, so dass ihm die Anfechtbarkeit seiner Erklärung keine Hilfe ist.

3) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 119 II

Der Bürge kann den Bürgschaftsvertrag nicht mit der Begründung anfechten, er habe sich über die Solvenz des Hauptschuldners und damit über eine verkehrswesentliche Eigenschaft geirrt und er habe daher geglaubt, der Bürgschaftsfall werde nicht eintreten. Das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners fällt allein in den Risikobereich des Bürgen und berechtigt ihn auch dann nicht zur Anfechtung, wenn der Gläubiger ebenfalls diesem Irrtum erlegen ist (BGH NJW 1988, 3205, 3206; Flume § 24, 4).

4) Die Anfechtung der Bürgschaftserklärung gemäß § 123 I

- a) Hat der Gläubiger oder eine seiner Hilfspersonen den Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags arglistig getäuscht, so liegt darin eine Vertragspflichtverletzung, die den Gläubiger nach den Regeln der culpa in contrahendo zum Schadensersatz verpflichtet und somit den Bürgen ohnehin von seiner Leistungspflicht befreit (dazu bereits oben § 60 II 2 a/Pflichten des Gläubigers).

Die **arglistige Täuschung** als Anfechtungsgrund wird also in Ihrer Klausur nur dann relevant, wenn ein Dritter den Bürgen getäuscht hat und der Gläubiger diese Täuschung gemäß § 123 II kannte oder kennen musste. Hier kommt insbesondere eine Täuschung des Bürgen durch den Hauptschuldner (z.B. über dessen Solvenz oder das Risiko einer Bürgschaft) in Betracht. Zwar verpflichtet nicht bereits die schlechte Vermögenslage des Hauptschuldners den Gläubiger zu entsprechenden Nachforschungen, doch hat der Gläubiger die Täuschung des Hauptschuldners bereits dann fahrlässig verkannt, wenn sich für den Gläubiger aufgrund der äußeren Umstände der Verdacht aufdrängen musste, dass der Bürge die Bürgschaft nur aufgrund irreführender Angaben des Hauptschuldners übernehmen würde (BGH WM 1992, 1016).

- b) Der Bürge kann seine Bürgschaftserklärung auch dann gemäß § 123 I anfechten, wenn er sie nur infolge einer **widerrechtlichen Drohung** abgegeben hat. Dabei genügt es, dass das in Aussicht gestellte Übel zwar unmittelbar den Hauptschuldner betrifft, aber dadurch auch den Bürgen unter Druck setzt, weil dieser mit dem Hauptschuldner eng verbunden ist (BGH NJW 1996, 1274; ZIP 1997, 446, 447).

5) Bedingung und Befristung der Bürgschaftserklärung

Der Bürge kann seine Bürgschaftserklärung unter eine aufschiebende (§ 158 I) oder auflösende (§ 158 II) Bedingung stellen. Da es sich um haftungserleichternde Vorbehalte des Bürgen handelt, müssen diese Bedingungen/Befristungen nicht in der Form des § 766, 1 erfolgen.

Beispiel für eine aufschiebende Bedingung/§ 158 I: Der Bürge stellt seine Bürgschaftserklärung unter die aufschiebende Bedingung, dass der Gläubiger noch einen weiteren Sicherungsgeber findet.

Beispiel für eine auflösende Bedingung/§ 158 II: Der Ehegatte verbürgt sich unter der auflösenden Bedingung, dass die Ehe mit dem Hauptschuldner geschieden wird.

6) Der Widerruf der Bürgschaftserklärung nach § 312

Fall: Vater V betreibt ein Bauunternehmen und nimmt einen gewerblichen Kredit bei der B-Bank auf. Nach telefonischer Rücksprache mit V sucht ein Bankangestellter V in dessen Wohnung auf und lässt den Sohn S eine Bürgschaftserklärung für die Schuld seines Vaters unterschreiben. Über das Recht, die Bürgschaftserklärung widerrufen zu können, wird S nicht belehrt. Aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, widerruft S seine Bürgschaftserklärung unter Berufung auf § 312. Zu Recht?

Hat ein Verbraucher in seiner Wohnung oder an seinem Arbeitsplatz eine Bürgschaftserklärung gegenüber einem Unternehmer abgegeben, stellt sich die Frage, ob er diese Bürgschaftserklärung gemäß § 312 innerhalb der Frist des § 355 widerrufen kann. Dabei beginnt die Frist gemäß § 355 II erst, wenn der Bürge schriftlich über die Möglichkeit des Widerrufs belehrt wurde. Dies würde jedoch voraussetzen, dass die Übernahme einer Bürgschaft eine Willenserklärung ist, die i.S.d. § 312 I auf den **Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung** gerichtet ist. Nachdem der BGH die Frage dem EuGH vorgelegt und dieser entschieden hat (NJW 1998, 1295), steht der BGH mittlerweile auf folgendem Standpunkt (BGH NJW 2006, 845 **unter ausdrücklicher Aufgabe seines früheren Standpunkts**; dazu BGH NJW 1998, 2356):

„§ 312 I 1 dient dem Schutz des Verbrauchers vor der Gefahr, bei der Anbahnung eines Vertrags in einer ungewöhnlichen Situation überrumpelt und zu einem unüberlegten Vertragsabschluss veranlasst zu werden. Diese Gefahr droht einem Bürgen immer, wenn er sich in einer so genannten Haustürsituation befindet. Sie besteht unabhängig von der Frage, ob die Hauptschuld ein Verbraucherdarlehen oder ein gewerblicher Kredit ist und auch unabhängig davon, ob auch der Hauptschuldner durch die Kreditaufnahme ein Haustürgeschäft getätigt hat. Auch die Akzessorietät der Bürgenhaftung rechtfertigt keine andere Beurteilung: Der Bürgschaftsvertrag ist ein eigenes Schuldverhältnis und rechtfertigt unter den Voraussetzungen des § 312 ein eigenes Widerrufsrecht des Bürgen (BGH NJW 2006, 846 mit zahlreichen wN).“

7) Die Formvorschrift des § 491

Fall: Der Bürge B verbürgt sich schriftlich für die Verbindlichkeit aus einem Leasingvertrag, den der Geschäftsmann G für gewerbliche Zwecke abgeschlossen hatte. Als der Gläubiger aus der Bürgschaft gegen ihn vorgeht, wendet der Bürge ein, dass die Bürgschaft formnichtig sei, da sie nicht den Formvorschriften des § 491 entspreche. Hätten diese Formvorschriften eingehalten werden müssen?

Auch die Vorschrift des § 491 gelten nicht für Bürgschaften, die Kredite sichern, welche für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt oder gemäß § 491 vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind (BGH NJW 1998, 1939). **Im Übrigen fehlt es an der erforderlichen Entgeltlichkeit, weil § 491 nur entgeltliche Darlehensverträge betrifft** (Palandt/Putzo § 491 Rz. 12). Dazu der BGH:

„Die Bürgschaft ist ebensowenig wie der Schuldbeitritt ein Kreditvertrag i. S.d. § 491, der das Gewähren oder Versprechen eines entgeltlichen Kredits voraussetzt. Einen derartigen Kredit erhält eben derjenige nicht, der einer fremden Schuld beiträgt oder sich für dessen Schuld verbürgt. Trotzdem wendet der BGH (BGH NJW 1996, 2156) § 491 auf den Schuldbeitritt entsprechend an, weil der Beitretende die volle vertragliche Mitverpflichtung eingeht und deshalb ebenso schutzwürdig wie der eigentliche Kreditnehmer ist. Dies gilt aber nicht für den Bürgen, der von der Stellung des Hauptschuldners weiter entfernt ist als beim Schuldbeitritt. Die Bürgschaft ist eine einseitige Verpflichtung zur Absicherung einer fremden Schuld, so dass die Pflichten des Bürgen nicht mit denen des Schuldners übereinstimmen. Zudem wird der Bürge anders als bei einem formlos möglichen und gesetzlich nicht geregelten Schuldbeitritt durch die §§ 766, 768, 770, 771 geschützt, so dass auch insofern die Bürgschaft mit dem Schuldbeitritt nicht verglichen werden kann.“

II. Rechtsvernichtende Einwendungen des Bürgen

Die zunächst entstandene Bürgschaftsverbindlichkeit ist aus den folgenden Gründen erloschen:

1) Die Kündigung der Bürgschaft

Hat sich der Bürge auf unbestimmte Zeit für die Forderungen des Hauptschuldners aus laufender Geschäftsverbindung verbürgt, so ist die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis, das der Bürge kündigen kann. Dabei müssen wir zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung unterscheiden:

- a) **Die ordentliche Kündigung ist ohne Angabe von Gründen nach einer angemessenen Zeit und unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist möglich, deren Dauer durch die Interessen des Bürgen einerseits und das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers andererseits bestimmt wird.** Als Richtschnur kann man analog § 489 I Nr. 2 von einer Kündigungsfrist von 3 Monaten ausgehen (Derleder NJW 1986, 101 ff.); in Ausnahmefällen kann der Bürge aber auch fristlos kündigen (BGH NJW 1985, 3007, 3009).
- b) **Die außerordentliche Kündigung des Bürgen setzt gemäß § 314 einen wichtigen Grund voraus, der z.B. in einer erheblichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners bestehen kann.** Die Kündigung ist aus Sicht des Gläubigers keine unzulässige Benachteiligung, da die Kündigung natürlich nur ex nunc wirkt und die Haftung für bereits bestehende Verbindlichkeiten nicht berührt (BGH NJW -RR- 1993, 944). Für nach der Kündigung entstehende Forderungen haftet der Bürge gemäß § 767 I 2, II nur, wenn es sich um Nebenforderungen oder Kosten der bereits begründeten Verbindlichkeit handelt.

2) Der Widerruf der Bürgschaftserklärung

Haben Gläubiger und Bürge vertraglich nichts abweichendes vereinbart, so kann der Bürge weder zurücktreten noch seine Bürgschaftserklärung widerrufen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger nach der Übernahme der Bürgschaft, aber vor der Auszahlung des gesicherten Darlehens an den Hauptschuldner erkennen konnte, dass der Hauptschuldner nicht mehr kreditwürdig war, so dass der Gläubiger gemäß § 610 zum Widerruf des Darlehens berechtigt gewesen wäre: Hier darf der Gläubiger das Darlehen nicht einfach deshalb auszahlen, weil er ja die Bürgschaft als Sicherheit hat. Zahlt er das Darlehen dennoch aus, so kann der Bürge seine Bürgschaftserklärung widerrufen (BGH BB 1959, 866).

3) Der Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313

Alle Umstände, die die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners und das damit verbundene Bürgschaftsrisiko betreffen, gehören zum alleinigen Risikobereich des Bürgen, so dass selbst beim Eintritt unvorhersehbarer Umstände die Geschäftsgrundlage der Bürgschaft erhalten bleibt (BGH NJW 1995, 592; 1994, 2146, 2147). **Der Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt also nur dann in Betracht, wenn Umstände zur Geschäftsgrundlage gemacht werden, die außerhalb des Insolvenzrisikos liegen.** Dies hält der BGH zwar für möglich, doch geht er mit einem Wegfall der Geschäftsgrundlage sparsam um.

Beispiele:

- 1) Die Geschäftsgrundlage fällt weg, wenn der Bürge die Bürgschaft erkennbar nur übernommen hat, um einen Sanierungsvergleich zu ermöglichen, der später fehlschlägt.
- 2) Die Geschäftsgrundlage der Ehegattenbürgschaft entfällt mit der Ehescheidung, wenn die Bürgschaft eines nahezu vermögenslosen Ehegatten zu dem alleinigen Zweck erfolgte, die den Gläubiger benachteiligende Verschiebung des Schuldnervermögens zu verhindern. Nimmt der Gläubiger den Ehegatten dennoch in Anspruch, so liegt darin eine gemäß § 242 unzulässige Rechtsausübung (BGH WM 1996, 1124).

Gegenbeispiele:

- 1) Der Fortbestand oder die Bestellung anderer Sicherheiten ist keine Geschäftsgrundlage der Bürgschaft (BGH NJW 1994, 2146, 2147), doch kann der Bürge dies zur aufschiebenden/auflösenden Bedingung machen (s.o.).
- 2) Die Erwartung, der Hauptschuldner werde weitere Kredite oder öffentliche Fördermittel erhalten, ist auch dann keine Geschäftsgrundlage der Bürgschaft, wenn dies sowohl der Bürge als auch der Gläubiger geglaubt haben (BGH NJW 1989, 1276).

AL-Klausurtyp:

Sie sollten von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage nur dann ausgehen, wenn Sie bei einer ergänzenden Vertragsauslegung der Bürgschaft zu dem Ergebnis gelangen, dass Gläubiger und Bürge das Bürgschaftsrisiko einvernehmlich begrenzen wollten. Dies gilt insbesondere dann als vereinbart, wenn der Gläubiger in die künftige Entwicklung miteinbezogen werden soll, z.B. die Hauptschuld stunden soll.

4) Der Einwand der Freigabe von Sicherheiten gemäß § 776

Fall: Hauptschuldner S hatte beim Gläubiger G ein Darlehen in Höhe von 20.000 Euro aufgenommen, wobei seine Ehefrau E dem G ein Perlencollier im Werte von 20.000 Euro verpfändet hatte. Nachdem sich B, der Freund des S, für dessen Schuld verbürgt, gibt G der E das Perlencollier zurück, weil er die Bürgschaft für eine ausreichende Sicherheit hält. Als G gegen B vorgeht, weigert sich B, in voller Höhe zu leisten.

Variante: E hatte das Perlencollier nicht verpfändet, sondern dem G gemäß den §§ 929, 930 zur Sicherheit übereignet.

- a) Wenn der Gläubiger eine Sicherheit freigibt, die gemäß den §§ 774 I 1, 412, 401 gemeinsam mit der Hauptschuld auf den leistenden Bürgen übergegangen wäre, so hindert der Gläubiger den Bürgen daran, bei den anderen Sicherungsgebern Regress zu nehmen. Dies büßt er im Verhältnis zum Bürgen durch **§ 776, 1: Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers soweit verweigern, wie er ansonsten bei den anderen Sicherungsgebern hätte Regress nehmen können. Dies gilt gemäß § 776, 2 auch, wenn die Sicherheit erst nach Übernahme der Bürgschaft bestellt wurde**, der Bürge also zunächst auf einen Regress bei anderen Sicherungsgebern gar nicht vertrauen durfte.
- b) Da der Bürge neben den anderen Sicherungsgebern aber auf gleicher Stufe steht und gegen andere Sicherungsgeber nur nach den Regeln der Gesamtschuld hätte vorgehen können (ausführlich dazu unten § 54 II), wird der Bürge gemäß § 776, 1 nur in der Höhe seines ihm entgangenen anteiligen Ausgleichsanspruchs frei.
B kann daher im Ausgansfall die Leistung nur in Höhe von 10.000 Euro verweigern.
- c) § 776 gilt zum einen, wenn der Gläubiger auf Sicherheiten verzichtet, die gemäß den §§ 774 I 1, 412, 401 aufgrund ihrer Akzessorietät kraft Gesetzes mit der Hauptschuld auf den leistenden Bürgen übergehen: Pfandrecht und Hypothek. **§ 776 gilt aber auch für die Sicherheiten, die der Gläubiger rechtsgeschäftlich auf den leistenden Bürgen übertragen muss:** Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum und zur Sicherheit abgetretene Forderungen (BGH NJW 1978, 143). Der leistende Bürge hat hier analog § 401 einen Anspruch auf die Übertragung der vom Gläubiger nicht mehr benötigten Sicherheiten.
B ist daher auch in der Variante in Höhe von 10.000 Euro von seiner Leistungspflicht frei geworden.
- d) Beachte: Der formularmäßige Ausschluss des § 776 durch AGB verstößt gegen § 307 und ist somit inhaltlich unzulässig, weil er den Bürgen unangemessen benachteiligt (BGH NJW 2000, 1566; 2580).

III. Die rechtshemmenden Einreden des Bürgen

Vorbemerkung

„Exceptio ex iure tertii non datur“: Der Schuldner kann sich nicht auf Einwendungen berufen, die aus fremden Schuldverhältnissen stammen. Aber kein Grundsatz ohne Ausnahme: **Da der Bürge akzessorisch haftet, soll er nur für den Fall zahlen müssen, dass der Hauptschuldner leisten muss, aber nicht leisten kann: Ist der Hauptschuldner aufgrund einer rechtshindernden/rechtsvernechtenden Einwendung von seiner Leistungspflicht frei geworden, muss auch der akzessorisch haftende Bürge nicht leisten; ist die Hauptschuld aufgrund einer rechtshemmenden Einrede nicht durchsetzbar, so gilt dies über § 768 II auch für die akzessorische Bürgschaft.** Zudem werden die Einreden des Bürgen durch die §§ 770, 771 erweitert, so dass wir bei der Durchsetzbarkeit des Bürgschaftsanspruchs zwischen den folgenden Einreden des Bürgen unterscheiden müssen:

1) Die Einreden des Bürgen aus der Hauptschuld gemäß § 768 I 1

- a) **Der akzessorisch haftende Bürge kann alle auf Dauer (= peremptorisch) oder zeitweise (= dilatorisch) wirkenden Einreden geltend machen, die dem Hauptschuldner aus der Hauptschuld zustehen.** Ob der Bürge sie geltend macht, kann er frei entscheiden, doch ist er aus dem Innenverhältnis zum Hauptschuldner regelmäßig zu ihrer Geltendmachung verpflichtet. Der Bürge kann sich gemäß § 768 I 1 auf folgende Einreden berufen:
 - aa) **§ 214 / Die Hauptschuld ist verjährt:** Achten Sie darauf, dass die Ansprüche aus der Hauptschuld und aus der Bürgschaft verschiedene Ansprüche sind, so dass der Gläubiger sowohl die Verjährung der Hauptschuld als auch die Verjährung der Bürgschaft hemmen oder unterbrechen muss, um den Bürgen nicht zu verlieren (OLG Stuttgart, NJW-RR- 2010, 895; BGH NJW 1999, 278). Wenn der Gläubiger nur gegen den Bürgen klagt, unterbricht dies zwar die Verjährung des *Bürgschaftsanspruchs*, aber nicht die Verjährung der *Hauptschuld*! Dies gilt auch noch nach Rechtskraft des Urteils gegen den Bürgen: Selbst der rechtskräftig verurteilte Bürge kann mit der Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO geltend machen, dass die Hauptschuld mittlerweile verjährt ist (BGH NJW 1999, 278; 1973, 146). Die Regelung des § 216 gilt für die Bürgschaft nicht (BGH a.a.O.; OLG Hamm NJW 1995, 745).
 - bb) **§§ 821, 853:** Einrede, der Gläubiger sei um den Anspruch aus der Hauptschuld zu Unrecht bereichert oder er habe den Anspruch durch eine unerlaubte Handlung (z.B. durch eine arglistige Täuschung des Hauptschuldners gemäß § 123 I) erlangt. Dies ist wichtig, wenn der Hauptschuldner die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 versäumt hat.
 - cc) Der Gläubiger hat die Hauptschuld **gestundet**.
 - dd) Dem Hauptschuldner steht gemäß den §§ 273 bzw. 320 ein **Zurückbehaltungsrecht** zu. Wenn sich der Bürge darauf beruft, wird er allerdings Zug um Zug gegen Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner verurteilt.
 - ee) Die Hauptschuld ist noch **nicht fällig**.
 - ff) Einrede der **unzulässigen Rechtsausübung**.

- b) **Gemäß § 768 II kann sich der Bürge auf die o.g. Einreden auch dann noch berufen, wenn der Hauptschuldner auf sie verzichtet.** Wie wir bereits von § 767 I 3 her wissen, sind Vereinbarungen zwischen Hauptschuldner und Gläubiger nicht wirksam, wenn sie zu Lasten des Bürgen gehen würden. Steht aber dem Hauptschuldner die Einrede aus sonstigen Gründen nicht mehr zu, darf auch der Bürge seine Leistung nicht mehr verweigern.

Beispiel: Hat der Gläubiger die Gegenforderung des Hauptschuldners erfüllt, so ist dessen Zurückbehaltungsrecht aus den §§ 273 bzw. 320 erloschen und steht auch dem Gläubiger nicht mehr zu.

Der Bürge kann sich gemäß § 768 II auch dann noch auf die Einreden des Hauptschuldners berufen, wenn dieser rechtskräftig zur Leistung an den Gläubiger verurteilt worden ist, weil er sie im Prozess nicht geltend gemacht hat (BGH NJW 1980, 1460). Dies lässt sich bereits damit begründen, dass der Bürge ja im Prozess gegen den Hauptschuldner nicht beteiligt ist und diese Einreden daher gar nicht geltend machen kann.

2) Die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit gemäß § 770

Gestaltungsrechte müssen durch den Hauptschuldner persönlich ausgeübt werden: Ficht der Hauptschuldner mit rückwirkender Kraft an, so ist der Anspruch aus der Bürgschaft gar nicht erst entstanden; rechnet der Hauptschuldner mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger auf, so erlischt die Bürgschaft gemäß § 767 I 1.

§ 770 regelt jetzt den Fall, dass der Hauptschuldner noch nicht angefochten oder aufgerechnet *hat*, dies aber noch tun und sich dadurch seiner Leistungspflicht entziehen *kann*: Solange der Hauptschuldner dies noch kann, darf der Bürge gemäß § 770 I, II die Befriedigung des Gläubigers verweigern.

a) Die Einrede der Anfechtbarkeit gemäß § 770 I

Fall: Der Bürge B hat sich für die Kaufpreisschuld des H gegenüber dem Gläubiger G selbstschuldnerisch verbürgt. Als B erfährt, dass die Kaufsache mangelhaft ist, weigert er zunächst sich, an G zu leisten, weil er erst noch abwarten will, ob K die Kaufsache behalten oder lieber gemäß den §§ 437 Nr. 2; 323 I zurücktreten will. Zu Recht?

Gemäß § 770 I kann der Bürge die Leistung an den Gläubiger mit folgender Begründung verweigern:

- aa) Der Hauptschuldner kann gemäß den §§ 119, 120 anfechten. Da der Hauptschuldner dies aber gemäß § 121 ohne schuldhaftes Zögern tun muss, ist diese Einrede des Bürgen in der Praxis relativ wertlos.
- bb) Der Hauptschuldner kann gemäß § 123 I wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung anfechten. Selbst wenn der Hauptschuldner die einjährige Frist des § 124 verstreichen lässt, steht dem Bürgen immer noch die o.g. Einrede der §§ 768 I 1, 853 zu.
- cc) § 770 I gilt **analog**, wenn dem Hauptschuldner **sonstige Gestaltungsrechte** zustehen:
- (1) **Einrede der Mangelhaftigkeit:** Wenn der Hauptschuldner aufgrund eines Sach- oder Rechtsmangels gemäß den §§ 437 Nr. 2; 323 I bzw. §§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 I noch zurücktreten kann, steht ja noch gar nicht fest, ob der Hauptschuldner zahlen muss; dann soll auch der Bürge noch nicht zahlen müssen. Dies gilt gemäß den §§ 438 IV 2, 634 a IV auch dann noch, wenn der Rücktritt an sich gemäß den §§ 438 IV, 634 a IV, 218 an sich ausgeschlossen ist, weil der Anspruch auf Nacherfüllung bereits verjährt ist.

Auf der anderen Seite kann der Bürge die Leistung natürlich nicht verweigern, wenn der Hauptschuldner aus sonstigen Gründen (z.B. wegen einer unterlassenen Mängelrüge gemäß § 377 HGB) nicht zurücktreten kann oder er von sich aus bereits erklärt hat, dass er nicht zurücktreten will.

(Zur Klausurdarstellung vergleichen Sie bitte die Kursmitschrift!)

- (2) Dem Hauptschuldner steht ein vertraglich vereinbartes oder gesetzliches **Rücktrittsrecht** gemäß § 323 zu.
- (3) Der Hauptschuldner kann seine ihn verpflichtende Erklärung widerrufen:
 - (a) § 312: Haustürgeschäft
 - (b) § 312 d: Fernabsatzvertrag
 - (c) § 495, 355: Verbraucherdarlehen.

AL-Klausurtyp: Obwohl die o.g. Fälle scheinbar sehr vielschichtig sind, lassen sie sich auf ein einfaches Prinzip zurückführen: Solange der Hauptschuldner noch nicht mit letzter Konsequenz zahlen muss, kann auch der Bürge als akzessorisch haftender Sicherungsgeber die Zahlung verweigern!

b) Die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 II

Fall: H gewährt dem G am 1.4. ein Darlehen über 100.000 Euro, das am 1.12. zurückgezahlt werden soll. Am 1.10. verkauft G dem H einen gebrauchten Porsche zum Preis von 50.000 Euro, wobei sich B für die Kaufpreisschuld des H selbstschuldnerisch verbürgt. Als G am 15. 12. gegen B aus der Bürgschaft vorgeht, verweigert B die Zahlung. Zu Recht?

- aa) **Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, wenn sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger befriedigen könnte.** Auch hier zeigt sich, dass der Bürge nur subsidiär haften soll. Zudem wäre eine Inanspruchnahme des Bürgen wenig sinnvoll: Wenn der Bürge an den Gläubiger leistet, kann er anschließend beim Hauptschuldner Regress nehmen, der seinerseits im Anschluss aus seiner Forderung gegen den Gläubiger vorgeht: Dieses überflüssige „hin und her“ soll durch § 770 II vermieden werden.
- bb) **Die Einrede des § 770 II entfällt aber, wenn der Gläubiger nicht mehr aufrechnen kann.** Dies wäre zum einen der Fall, wenn der Gläubiger der Bürgschaft die Gegenforderung des Hauptschuldners erfüllt hat, zum anderen, wenn er gegen diese Forderung mit einer weiteren Forderung gegen den Hauptschuldner aufgerechnet hat: Steht dem Gläubiger sowohl eine durch Bürgschaft gesicherte als auch eine ungesicherte Forderung zu, kann er mit der ungesicherten Forderung aufrechnen und anschließend gegen den Bürgen vorgehen (BGH NJW 1984, 2455).
- cc) **§ 770 II gilt analog, wenn zwar nicht der Gläubiger gegen die Forderung des Hauptschuldners, aber der Hauptschuldner mit seiner Forderung gegen die gesicherte Forderung des Gläubigers aufrechnen könnte.** Dies ist der Fall, wenn Aufrechnungsverbote gemäß den §§ 393, 394 bestehen (Erman/Seiler § 770 Rz. 6; Reinicke/Tiedtke Rz. 211).
Beispiel: Der Gläubiger war mit dem Hauptschuldner über die Erfüllung der Hauptschuld in Streit geraten. Als der Streit eskalierte, gab der Gläubiger dem Schuldner eine schallende Ohrfeige, bei der auch die Brille des Hauptschuldners zerbrach. Der Gläubiger kann gemäß § 393 mit seiner Forderung nicht gegen die Forderung des Schuldners aus § 823 I aufrechnen, aber der Hauptschuldner mit der Forderung aus § 823 I gegen die gesicherte Hauptschuld.

dd) Oftmals enthalten AGB des Gläubigers Klauseln, nach denen der Bürge auf die Einrede des § 770 II formularmäßig verzichtet. Dies ist jedoch eine gegen § 307 verstoßende unangemessene Benachteiligung und damit unzulässig, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist (BGH NJW 2003, 1521).

3) Die Einrede der Vorausklage gemäß § 771

a) Auch hier zeigt sich, dass der Bürge nur subsidiär für den Fall haftet, dass der Hauptschuldner leisten muss, aber nicht leisten kann: **Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger nach der Übernahme der Bürgschaft zumindest einen erfolglosen Vollstreckungsversuch beim Hauptschuldner unternommen hat.**

-Klausurtyp:

Die Bezeichnung „Einrede der Vorausklage“ ist jedoch missverständlich: Die Erhebung der Klage genügt nicht; andererseits muss der Gläubiger den Hauptschuldner nicht unbedingt verklagt haben, sondern kann auch mit sonstigen Vollstreckungstiteln i.S.d. § 794 ZPO (z.B. Vollstreckungsbescheid) einen Vollstreckungsversuch unternommen haben. Besteht die Hauptschuld in einer Geldforderung, muss die Vollstreckung in der in § 772 beschriebenen Art und Weise erfolgen.

b) Die Subsidiarität der Bürgenhaftung zeigt sich auch in **§ 772 II: Solange sich der Gläubiger aus einem Pfandrecht, einer Hypothek oder Grundschuld an Sachen des Hauptschuldners oder aus Vorbehalts- oder Sicherungseigentum befriedigen kann, kann der Bürge seine Leistung verweigern.**

c) Die Einrede der Vorausklage ist aber in den folgenden Fällen ausgeschlossen:

aa) **§ 349 HGB:** Der Bürge ist Kaufmann und die Übernahme der Bürgschaft war ein Handelsgeschäft, was gemäß § 344 I HGB zunächst vermutet wird.

bb) **§ 773 I Nr. 1:** Der Bürge hatte in der Bürgschaftserklärung in der Form des § 766, 1 auf die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage verzichtet (= **selbstschuldnerische Bürgschaft**). Dieser Verzicht kann auch durch Verwendung von AGB des Gläubigers erfolgen und stellt keine unangemessene Benachteiligung des Bürgen gemäß § 307 I dar (MünchKomm/Habersack § 773 Rz. 3 m.w.N.). Die Klausel muss aber aufgrund des AGB-rechtlichen Transparenzgebots unmissverständlich formuliert sein: Die Bezeichnung „selbstschuldnerisch“ oder „unter Verzicht auf § 771“ genügt nicht.

cc) **§ 773 I Nr. 2 - 4:** Des Weiteren ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner durch einen Wohnsitzwechsel erheblich erschwert ist, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung ohnehin nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

§ 62 Der Ausgleichsanspruch des leistenden Bürgen

I. Der Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner

Der Regressanspruch des Bürgen kann auf 2 unterschiedliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden:

1) Der Aufwendungsersatzanspruch aus dem Innenverhältnis zum Hauptschuldner

- a) In aller Regel hat sich der Bürge nicht aus heiterem Himmel, sondern aufgrund einer vorherigen vertraglichen Absprache mit dem Hauptschuldner für dessen Schuld verbürgt. Bei dieser Absprache kann es sich um eine **entgeltliche Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675** oder um einen **unentgeltlichen Auftrag i.S.d. § 662 ff.** handeln, so dass der Bürge gemäß den §§ 675, 670 bzw. den §§ 662, 670 Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.
- b) Hat sich der Bürge ausnahmsweise ohne vorherige Absprache mit dem Hauptschuldner verbürgt, so liegt eine **Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. §§ 677 ff.** vor. Dabei müssen wir wie folgt unterscheiden:
 - aa) Entsprach die Übernahme der Bürgschaft dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen bzw. dem objektiven Interesse des Hauptschuldners, so liegt eine **echte berechnigte GoA** vor, so dass der Bürge als Geschäftsführer gemäß den §§ 683, 670 Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.
 - bb) Entsprach die Übernahme der Bürgschaft nicht dem Willen/Interesse des Hauptschuldners, so liegt eine **echte nichtberechnigte GoA** vor. Der Bürge kann beim Hauptschuldner gemäß den §§ 684, 1; 818 ff. das abschöpfen, was dieser gegen seinen Willen erlangt hat. Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so ist der Hauptschuldner - zumindest im Verhältnis zum Gläubiger - von seiner Leistungspflicht frei geworden und muss dafür gemäß den §§ 684, 1; 818 II Wertersatz in Geld leisten.

2) Der gesetzliche Übergang der Hauptschuld gemäß § 774 I 1

Wenn der Bürge an den Gläubiger leistet, geht dessen Forderung gegen den Hauptschuldner gemäß § 774 I 1 kraft Gesetzes auf den Bürgen über. Der Bürge kann also auch aus der übergegangenen Hauptschuld beim Hauptschuldner Regress nehmen.

3) Vor- und Nachteile der jeweiligen Anspruchsgrundlagen

Der Bürge kann sich bei seinem Regress wahlweise auf seinen Aufwendungsersatzanspruch aus dem Innenverhältnis oder auf die kraft Gesetzes übergegangene Hauptschuld berufen, doch sollte er deren spezifische Vor- und Nachteile kennen.

- a) Der Vorteil des Aufwendungsersatzanspruchs besteht zum einen darin, dass der Hauptschuldner dem leistenden Bürgen als Aufwendungsersatz auch die **Kosten eines Rechtsstreits mit dem Gläubiger** sowie etwaige Folgeschäden der Leistung des Bürgen schuldet (z.B. Kreditkosten), da ja eigentlich der Hauptschuldner den Gläubiger hätte befriedigen sollen. **Ein weiterer Vorteil des Aufwendungsersatzanspruchs besteht darin, dass sich der Hauptschuldner gegenüber diesem Anspruch nicht auf Einwendungen oder Einreden aus dem Verhältnis zum Gläubiger berufen kann, denn:**

- b) Geht der Bürge aus der übergebenen Hauptschuld gegen den Hauptschuldner vor, so kann sich dieser gemäß den §§ 412, 404 ff. auf die Einwendungen und Einreden berufen, die ihm gegenüber dem Gläubiger zustanden.

Beispiel: Hatte der Hauptschuldner eine Gegenforderung gegen den Gläubiger, so kann der Hauptschuldner mit dieser Forderung auch nach erfolgtem Forderungsübergang gegenüber dem Bürgen gemäß den §§ 412, 406 aufrechnen.

Zudem kann der Hauptschuldner dem Bürgen gemäß § 774 I 3 die Einwendungen aus dem Innenverhältnis entgegenhalten.

Beispiel: Der Hauptschuldner kann gegenüber dem Regressanspruch des Bürgen aus der Hauptschuld geltend machen, der Bürge habe die Bürgschaft schenkweise übernommen und daher auf einen Regress verzichtet. Er kann sich auch darauf berufen, dass der Bürge sich gegenüber dem Gläubiger auf ihm zustehende Einwendungen oder Einreden hätte berufen müssen.

Der Vorteil des gesetzlichen Forderungsübergangs besteht darin, dass mit der Hauptschuld gemäß den §§ 412, 401 akzessorische Sicherheiten auf den Bürgen übergehen, die von anderen Sicherungsgebern für die Hauptschuld bestellt worden sind. Der Bürge kann daher nicht nur beim Hauptschuldner, sondern auch bei den anderen Sicherungsgebern Regress nehmen.

II. Der Ausgleichsanspruch gegen andere Sicherungsgeber

Aufgrund des gesetzlichen Forderungsübergangs scheint der zuerst leistende Sicherungsgeber beim anderen Sicherungsgeber in voller Höhe Regress nehmen zu können. Andererseits ist ihm diese Regressmöglichkeit genommen, wenn eine Sicherheit nicht akzessorisch ist und daher bei der Befriedigung des Gläubigers nicht kraft Gesetzes auf ihn übergeht.

Fall: Der Schuldner S hat beim Gläubiger G ein Darlehen über 200.000 Euro aufgenommen. Der Eigentümer E hat zur Sicherung dieser Schuld eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt; der Bürge B hat sich für die Schuld des S gegenüber G verbürgt. Als S insolvent wird, nimmt der Gläubiger den Eigentümer aus der Hypothek in Anspruch. Um die drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, zahlt E an G 200.000 Euro. E fragt nach einem möglichen Regressanspruch gegen B.

Variante: E hatte keine Hypothek, sondern eine Grundschuld bestellt.

E könnte einen Regressanspruch gegen B gemäß den §§ 765, 488 I 2 haben.

Dieser Anspruch ist im Verhältnis zwischen G und B durch den Abschluss eines wirksamen Bürgschaftsvertrags entstanden. Als E an G zahlte, ist der Rückzahlungsanspruch des § 488 I 2 aus dem Darlehensvertrag gegen S gemäß § 1143 kraft Gesetzes auf E übergegangen; gemäß den §§ 412, 401 ist gemeinsam mit dem Rückzahlungsanspruch auch die Bürgschaft als akzessorische Sicherheit auf E übergegangen. E könnte daher gemäß den §§ 765, 488 I 2 in voller Höhe von 200.000 Euro bei B Regress nehmen.

- 1) Es stellt sich aber die Frage, ob die Forderung aus der Bürgschaft in voller Höhe auf den leistenden Sicherungsgeber übergegangen ist; anders gefragt: Kann der zuerst in Anspruch genommene Sicherungsgeber bei dem anderen Sicherungsgeber in voller Höhe Regress nehmen oder muss nicht ein Ausgleich nach Köpfen erfolgen, so dass sich mehrere Sicherungsgeber das Insolvenzrisiko des Schuldners teilen?

Ein uneingeschränkter Regress des in Anspruch genommenen Sicherungsgebers erscheint aus folgenden Gründen problematisch:

- a) **Zahlt in unserem Fall der Bürge zuerst, so geht die Forderung aus § 488 I 2 gemäß § 774 I kraft Gesetzes auf ihn über; gemeinsam mit der Forderung aus § 488 I 2 geht gemäß den §§ 412, 401 die Hypothek als akzessorisch bestellte Sicherheit auf den zahlenden Bürgen über.** Der Bürge könnte nun Ausgleich in voller Höhe beim Eigentümer nehmen und sich zu diesem Zweck gemäß § 1147 durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück befriedigen. Es käme daher zu einem „**Wettlauf der Sicherungsgeber**“: Wer als erster an den Gläubiger zahlt, kann beim anderen Sicherungsgeber in voller Höhe Regress nehmen.
- b) **Ist anstelle einer Hypothek eine Grundschuld bestellt, so ist es genau umgekehrt:**
- aa) Zahlt der Bürge zuerst, so kann er beim Eigentümer des belasteten Grundstücks keinen Regress nehmen. Die Grundschuld ist im Gegensatz zur Hypothek nicht akzessorisch und geht daher nicht gemäß den §§ 412, 401 automatisch mit der gesicherten Forderung auf den zahlenden Bürgen über.
- bb) Zahlt der Eigentümer an den Gläubiger, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, so geht die gegen den Schuldner gerichtete Forderung nicht gemäß § 1143 auf den Eigentümer über, da § 1143 auf der Akzessorietät der Hypothek beruht und daher auf die nicht akzessorische Grundschuld gemäß § 1192 nicht angewendet werden kann (BGH NJW 1988, 2730). Geht aber die Forderung nicht auf den Grundschuldbesteller über, so geht auch die Bürgschaft nicht über. Dies hätte zur Folge, dass im Verhältnis von Grundschuldbesteller und Bürge die uneingeschränkte Haftung stets denjenigen trifft, den der Gläubiger zuerst in Anspruch nimmt: Wer zuerst zahlt, kann beim anderen Sicherungsgeber keinen Regress nehmen.
- 2) **Zu der Frage, nach welchen Regeln der interne Ausgleich mehrerer Sicherungsgeber erfolgen soll, werden 3 Ansichten vertreten:**
- a) **Nach einer Ansicht kann der zuerst in Anspruch genommene Sicherungsgeber beim anderen Sicherungsgeber keinen Regress nehmen**, wenn es darüber keine gesonderte Vereinbarung im Innenverhältnis der beiden gibt. Dies gilt sowohl für akzessorische als auch für nicht akzessorische Sicherheiten („den ersten beißen die Hunde“).
- b) **Nach einer anderen Auffassung** (Larenz § 64 III m.w.N.) **muss der Bürge im Verhältnis zu anderen Sicherungsgebern einseitig bevorzugt werden:**
- Zahlt der Bürge zuerst, kann er in voller Höhe bei den anderen Sicherungsgebern Regress nehmen.
 - Zahlt der andere Sicherungsgeber zuerst, so wird der Bürge frei, ohne internen Ausgleich zu schulden.
- Eine derartige Bevorzugung des Bürgen im Verhältnis zum Hypotheken- oder Pfandschuldner bzw. zum Besteller einer Grundschuld lässt sich wie folgt rechtfertigen:
- Der Bürge haftet im Gegensatz zu den anderen Sicherungsgebern nicht beschränkt auf einen bestimmten Gegenstand, sondern mit seinem gesamten pfändbaren Vermögen. Wer mehr riskiert, soll intern privilegiert werden.
 - Gemäß § 776 wird der Bürge frei, wenn der Gläubiger eine akzessorische Sicherheit aufgibt, die bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen gemäß den §§ 412, 401 auf den zahlenden Bürgen übergegangen wäre. Auch die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 steht nur dem Bürgen zu. Derartige Regelungen bestehen bei keiner anderen Sicherheit, so dass auch das Gesetz zeigt, dass der Bürge einseitig bevorzugt werden müsse.

- c) **Nach h.M.** (BGH NJW 2009, 437; 1989, 2530 m.w.N.) **muss zwischen mehreren Sicherungsgebern, die auf gleicher Stufe stehen, ein Ausgleich nach den Regeln der Gesamtschuld erfolgen, wenn keine gesonderte interne Vereinbarung besteht.** Es darf in der Beziehung zwischen einem Bürgen und einem dinglichen Sicherungsgeber nicht von Zufällen abhängen, wen der Gläubiger als ersten in Anspruch nimmt. **Es muss daher ein Ausgleich nach Köpfen erfolgen, so dass der zuerst leistende Sicherungsgeber einen paritätischen internen Verlustanteil trägt und den anderen nur anteilig in Regress nehmen kann.** Der BGH begründet dies wie folgt:

„Ohne eine besondere Vereinbarung besteht zwischen einem Bürgen und einem dinglichen Sicherungsgeber keine vertragliche Schuldnergemeinschaft. Der Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit gebietet es aber, auf das Verhältnis von Bürge und Grundschuldbesteller den hinter § 426 I stehenden allgemeinen Rechtsgedanken einer anteiligen Haftung anzuwenden. Ohne eine gesonderte Vereinbarung unter Sicherungsgebern, die, ohne selbst Hauptschuldner zu sein, unabhängig voneinander und gleichrangig dasselbe Risiko abdecken, entspricht nur die anteilige Haftung der Billigkeit des § 242.

Das Gesetz hat Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Sicherungsgebern nur lückenhaft geregelt. Wird der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen, so gehen gemäß den §§ 774 I, 412, 401 akzessorische Sicherheiten mit auf ihn über. Die Grundschuld als nicht akzessorische Sicherheit wird davon nicht erfasst. Im umgekehrten Fall geht die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht auf den zahlenden Grundschuldbesteller über, da § 1143 auf die Grundschuld keine Anwendung findet. Ohne die Forderung geht aber auch die Bürgschaft nicht auf den Grundschuldbesteller über. Dies hätte in beiden Fällen die unbillige Konsequenz, dass der zuerst in Anspruch genommene Sicherungsgeber leisten müsste, ohne beim anderen Regress nehmen zu können.

Die Anwendung des Gesetzes führt auch dann zu Zufallsergebnissen, wenn verschiedene akzessorische Sicherheiten zusammenfallen. Nur bei der Bürgschaft bestimmt das Gesetz in § 774 II, der auf § 426 verweist, dass Bürgschaftsansprüche gegen Mitbürgen lediglich in der Höhe übergehen, wie der zahlende Bürge gegen seine Mitbürgen Regress nehmen kann, also in Höhe des auf den Mitbürgen entfallenden Kopfteils. Sind mehrere Pfandrechte bestellt, gilt dasselbe über § 1225, 2, der auf § 774 verweist.

Ohne besondere gesetzliche Regelung ist aber das Verhältnis Bürge / Pfandschuldner, Hypothekenschuldner / Pfandschuldner und Bürge / Hypothekenschuldner geblieben. Hier würde eine Anwendung des Prioritätsprinzips zu einem unangemessenen Wettlauf der Sicherungsgeber führen: Der zuerst in Anspruch genommene Sicherungsgeber könnte bei den anderen in voller Höhe Regress nehmen und müsste letztlich gar nicht zahlen; der zuletzt Leistende müsste sich an den Hauptschuldner halten. Die frühere oder spätere Inanspruchnahme ist aber kein sachgerechter Gesichtspunkt für einen internen Ausgleich. Es wäre vom Zufall oder der Willkür des Gläubigers abhängig, wer letztlich zahlen müsste.

Der Senat hält es daher zur Vermeidung von Zufallsergebnissen für geboten, im Wege der Rechtsfortbildung den allgemeinen Rechtsgedanken anzuwenden, dass mehrere Sicherungsgeber, die auf einer Stufe stehen, entsprechend den Regeln der Gesamtschuld einander einen paritätischen Ausgleich schulden, wenn keine gesonderte interne Vereinbarung besteht. Wie die §§ 774, 1143, 1225 zeigen, sind dem Gesetz Ausgleichsansprüche zwischen Mitsicherern nicht fremd. **Vor dem Hintergrund dieser Vorschriften leitet der Senat die Ausgleichspflicht aus den schuldrechtlichen Sicherungsverträgen zwischen dem Gläubiger und den Sicherungsgebern über § 242 her.** Ungeachtet der Vielfalt der Sicherungsmittel wollen alle Sicherungsgeber die Hauptschuld des Gläubigers sichern. Dies ist die innere Rechtfertigung dafür, ihnen beim Fehlen anderweitiger Vereinbarungen gegenseitige Ausgleichsansprüche selbst dann zuzubilligen, wenn wegen des unterschiedlichen Inhalts der Haftung zwischen ihnen ein echtes Gesamtschuldverhältnis nicht besteht.“

§ 63 Sonderformen der Bürgschaft

I. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern

- 1) Wie wir gerade gesehen haben, braucht der Bürge aufgrund der Subsidiarität und Akzessorietät der Bürgschaft nicht zu leisten, wenn und solange der Hauptschuldner nicht leisten muss. Dies ist bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern anders: **Hier muss der Bürge schon auf das erste Anfordern des Gläubigers, also bereits bei der erstmaligen Geltendmachung des Bürgschaftsanspruchs leisten, weil er einstweilen auf Einwendungen und Einreden aus der Hauptschuld verzichtet hat.**

Macht der Gläubiger geltend, dass der Bürgschaftsfall eingetreten ist, so muss der Bürge leisten, weil Bestehen und Durchsetzbarkeit der Hauptschuld aufgrund der besonderen Vereinbarung keine Anspruchsvoraussetzung sind. Kommt es zu einem Prozess, so wird der Bürge ohne Rücksicht auf Einwendungen und Einreden aus der Hauptschuld zur Leistung verurteilt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Hauptschuld offensichtlich nicht besteht und der Gläubiger durch Inanspruchnahme des Bürgen rechtsmissbräuchlich handelt (BGH ZIP 2001, 833; NJW 1989; 1480, 1988, 2610) oder wenn der Bürge seine Einwendungen durch Urkundsbeweis belegen kann (BGH NJW 1996, 717, 718; 1994, 380, 381).

- 2) Hat der Bürge an den Gläubiger geleistet, so kann und muss er seine Leistung seinerseits vom Gläubiger gemäß § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern und notfalls einen (ggf. zweiten) Prozess führen. In diesem Rückforderungsprozess wird gerichtlich überprüft, ob die Hauptschuld besteht und durchsetzbar ist, was der Gläubiger, nicht der klagende Bürge, beweisen muss (BGH NJW 1989, 1606; 1988, 906).

- 3) **Analyse:** Die Bürgschaft auf erstes Anfordern verschafft dem Gläubiger einen unmittelbaren und nahezu uneingeschränkten Zugriff auf den Bürgen und sorgt für sofortige Liquidität und ist daher insbesondere im Bankenverkehr und Handel verbreitet. Für den Bürgen ist sie sehr gefährlich, da sie zu einem zeitweisen Verlust von Einwendungen führt, so dass der Bürge in einem Prozess mit dem entsprechenden Prozesskostenrisiko seinem Geld hinterherläuft. Aufgrund dieser Gefahr kann die Bürgschaft auf erstes Anfordern durch Verwendung von AGB nur durch Banken übernommen werden, individualvertraglich durch jedermann, wenn das dadurch bedingte Risiko in der Vereinbarung unmissverständlich zum Ausdruck kommt (BGH ZIP 1997, 582, 584; OLG Köln ZIP 1996, 631).

II. Die Mitbürgschaft

Verbürgen sich mehrere Personen für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie gemäß § 769 auch dann als Gesamtschuldner, wenn sie sich nicht „bewusst und gewollt“ gemeinsam, sondern unabhängig voneinander verbürgt haben. Jeder Mitbürge kann daher vom anderen gemäß den §§ 774 II, 426 I 1 verlangen, dass er sich mit seinem Teil an der Befriedigung des Gläubigers beteiligt. Hat ein Mitbürge den Gläubiger bereits in voller Höhe befriedigt, so kann er gemäß den §§ 774 II, 426 I vom anderen Mitbürgen anteiligen Ausgleich verlangen.

III. Die Nachbürgschaft

Der Nachbürge verbürgt sich gegenüber dem Gläubiger für die Bürgschaftsverbindlichkeit des Vorbürgens; er muss also erst dann leisten, wenn der Vorbürge nicht leisten kann. So gesehen befindet sich der Vorbürge gegenüber dem Nachbürgen in der Rolle des Hauptschuldners. Vorbürge und Nachbürge stehen also nicht auf gleicher Stufe und sind daher auch keine Gesamtschuldner. Leistet der Nachbürge, so gehen Hauptschuld und auch die Bürgschaft des Vorbürgens gemäß den §§ 774 I 1, 412, 401 in voller Höhe auf ihn über. Daneben kann dem Nachbürgen gegen den Vorbürgen ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß den §§ 675, 670 bzw. 662, 670 zustehen (OLG Köln WM 1995, 1224).

IV. Die Rückbürgschaft

Der Rückbürge verbürgt sich gegenüber dem Bürgen für dessen aufschiebend bedingte Regressforderung gegen den Hauptschuldner, die jedoch erst entsteht, wenn der Bürge an den Gläubiger geleistet hat (BGH NJW 1986, 310). Leistet der Rückbürge an den Bürgen, so erwirbt er gemäß § 774 I 1 kraft Gesetzes dessen Forderung gegen den Hauptschuldner, die der Bürge seinerseits kraft Gesetzes vom Gläubiger erworben hat (MünchKomm/Habersack § 765 Rz. 118 m.w.N).

V. Die Ausfallbürgschaft

Hier haftet der Bürge nur für den Betrag, mit dem der Gläubiger bei einer zuvor durchgeführten Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner und bei der Geltendmachung anderer Sicherheiten ausgefallen ist. Die Ausfallbürgschaft erspart also dem Bürgen die Einrede der Vorausklage: Der Gläubiger muss als Anspruchsvoraussetzung beweisen, dass er vorrangig versucht hatte, gegen den Hauptschuldner oder einen anderen Sicherungsgeber zu vollstrecken. Hat er dies nicht mit der erforderlichen Sorgfalt getan, kann er gegen den Ausfallbürgen nicht vorgehen (BGH NJW 1989, 1484, 1485).

VI. Die Höchstbetragsbürgschaft

Verbürgt sich der Bürge für eine der Höhe nach schwankende oder künftig erst entstehende Schuld, so kann er sein Risiko dadurch begrenzen, dass er einen Haftungshöchstbetrag festsetzt. Hat der Bürge dies nicht ausdrücklich abbedungen, haftet er aber über den festgelegten Höchstbetrag hinaus für die in § 767 I 2, II genannten Nebenforderungen, insb. Zinsen und die Kosten der Rechtsverfolgung des Hauptschuldners (BGH BGH DB 1978, 629). Haftungserweiterungsklauseln in AGB des Gläubigers sind zumindest für den Privatmann überraschend und werden daher nach § 305 c I nicht Vertragsbestandteil (OLG Stuttgart ZIP 1996, 1508, 1510; Hamm WM 1995, 1872).

VII. Die Prozessbürgschaft

- 1) **Die Prozessbürgschaft soll die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils vor Rechtskraft entweder für den Vollstreckungsgläubiger (§ 709 ZPO) ermöglichen oder für den Vollstreckungsschuldner verhindern (§ 712 ZPO).** Der Prozessbürge hat zwar mit dem Prozess zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner nichts zu tun, doch er erkennt durch sein Bürgschaftsversprechen den Ausgang des Prozesses als für sich verbindlich an (BGH NJW 1975, 1119). Die zu bestellende Sicherheit steht zwar gemäß § 108 I 1 ZPO im Ermessen des Gerichts, doch werden in der Praxis nur Bankbürgschaften akzeptiert.
- 2) Der Gegenstand der Prozessbürgschaft richtet sich nach Art und Anlass der Sicherheitsleistung:
 - a) Soll die Prozessbürgschaft die vorläufige Vollstreckung durch den Gläubiger ermöglichen, sichert sie einen künftigen Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners gemäß § 717 II ZPO, wenn das vollstreckte Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird.
 - b) Soll die Prozessbürgschaft die Vollstreckung verhindern, sichert sie den titulierten Anspruch des Gläubigers sowie Zinsen und Kosten (BGHZ 69, 270, 273).

5. Teil: Vergleich, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis

1. Kapitel: Der Vergleich

Vorbemerkung

- 1) **Der Vergleich ist ein schuldrechtlicher Vertrag, durch den die Parteien den Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben beseitigen.**
Er ordnet eine streitige Rechtsbeziehung neu, wobei er ein Zurückgreifen auf die zuvor streitigen Rechtsfolgen ausschließt und dadurch einen Rechtsstreit vermeidet. Wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich so vereinbart haben, wird das bisherige streitige Rechtsverhältnis nicht durch den Vergleich ersetzt (keine Umschaffung = Novation!), sondern nur verändert: **Das bisher nach Grund oder Höhe bestrittene Rechtsverhältnis wird mit dem Inhalt fortgesetzt, auf den sich die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben verständigt haben.**
- 2) Auch wenn der Vergleich häufig mit einer dinglichen Verfügung einhergeht (z.B. Übereignung einer Sache, Abtretung einer Forderung), muss man zwischen der schuldrechtlichen Verpflichtung des Vergleichs und der dinglichen Verfügung trennen. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn der Vergleich unwirksam ist: Liegt kein Fall von Fehleridentität vor, bleibt der Nichtigkeitsgrund auf den Vergleich beschränkt, so dass die wirksame Verfügung über die §§ 812 ff. rückabgewickelt werden muss.

§ 64 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vergleichs

I. Streit oder Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis

- 1) Ein **Rechtsverhältnis** ist jede rechtliche Beziehung der einen zu einer anderen Person. Dieses Rechtsverhältnis muss - zumindest nach der Vorstellung der Parteien - bereits in dem Augenblick vorgelegen haben, in dem der Vergleich geschlossen wurde (BGH NJW -RR- 1992, 363).
- 2) **Streit oder Ungewissheit über dieses Rechtsverhältnis entsteht dann, wenn die Parteien ihre Rechtsbeziehung im ganzen oder in einzelnen Rechtsfolgen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unterschiedlich bewerten.** Dabei kommt es nicht darauf an, dass der von einer Partei geltend gemachte Anspruch besteht; es genügt der Streit oder die Ungewissheit darüber (BGH NJW -RR- 1992, 363) ebenso wie der Streit über einzelne Punkte (z.B. Verzinsung, Erfüllungsort) eines an sich unstreitigen Rechtsverhältnisses.

II. Gegenseitiges Nachgeben

- 1) Die Parteien beseitigen ihre Meinungsverschiedenheiten dadurch, dass sie gegenseitig soweit nachgeben, dass sie sich einigen. **Beide Seiten müssen zwar gegenseitig, aber nicht in gleichem Maße nachgeben, sich also nicht unbedingt auf halbem Weg treffen.** Es genügt, dass jede Partei ein Opfer auf sich nimmt, mag es auch ganz geringfügig sein (BGHZ 39, 63) oder objektiv gar kein Opfer darstellen, weil der Anspruch gar nicht besteht, auf den eine Partei verzichtet (BGHZ 1, 57). Das Nachgeben kann z.B. in einem Teilerkenntnis oder Teilerlass einer Forderung, in der Gestattung von Ratenzahlungen, in einer Herabsetzung der Zinsen oder in der Teilung von Kosten liegen.
- 2) **Ein Vergleich setzt aber immer voraus, dass beide Parteien nachgeben:** Ein vollständiges Anerkenntnis des Schuldners oder ein vollständiger Verzicht des Gläubigers auf den geltend gemachten Anspruch ohne jegliches Entgegenkommen der Gegenseite ist kein Vergleich.

III. Dispositionsbefugnis der Parteien

Die Parteien können sich nur dann über ein Rechtsverhältnis vergleichen, wenn sie über die Materie disponieren können (BGHZ 14, 381, 387). Dies ist bei einem Streit über Statusverhältnisse nicht möglich, so dass ein Streit über die Wirksamkeit einer Ehe (BGHZ 15, 192), die Abstammung (RGZ 164, 62) oder ein gesetzliches Erbrecht nicht durch Vergleich, sondern nur durch gerichtliche Entscheidung beseitigt werden kann. Gleiches gilt für den künftig zu zahlenden Unterhalt von Verwandten (§ 1614), die im Gegensatz zu Ehegatten (§ 1585 c) auf Unterhalt für die Zukunft nicht verzichten können (ausführlich dazu Langels, Familienrecht § 11 II 4 f).

IV. Die Form des Vergleichs

Ein Vergleich kann in aller Regel formlos geschlossen werden. Etwas anderes gilt aber, wenn der Vergleich formbedürftige Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte enthält: Hier müssen die für die jeweilige Verpflichtung/Verfügung (z.B. §§ 311 b I; 925 I) vorgesehenen Formen eingehalten werden, wobei aber die gesetzlichen Regeln über die Heilung von Formmängeln auch für den Vergleich gelten. Denken Sie zudem an § 127 a: Der Prozessvergleich ersetzt jede gesetzlich vorgeschriebene Form!

§ 65 Die Rechtsfolgen des Vergleichs

I. Die Fortsetzung des bisher streitigen Rechtsverhältnisses

Wie wir oben bereits gesehen haben, schafft der Vergleich ohne gesonderte Vereinbarung keinen neuen Rechtsgrund (keine Novation), sondern setzt das ursprünglich streitige Rechtsverhältnis mit dem nun unstreitigen Inhalt fort. Der Vergleich kann aber auch ein zuvor nicht bzw. nicht in dieser Höhe bestehendes Rechtsverhältnis neu begründen.

Beispiel: Opfer O verlangt nach einem Verkehrsunfall vom Radfahrer R 5.000 Euro Schmerzensgeld. R wendet zunächst mangelndes Verschulden ein, bestreitet also den Anspruch aus § 823 I bereits dem Grunde nach. Nach Vergleichsverhandlungen einigen sich A und O darauf, dass R dem O 2.000 Euro zahlt. Anspruchsgrundlage ist nach wie vor § 823 I, nicht aber der Vergleich.

II. Die Konsequenzen

Dass der Vergleich keinen neuen Rechtsgrund schafft, ist zum einen für die Dauer der Verjährung, zum anderen dann wichtig, wenn für die ursprünglich bestrittene Forderung Sicherheiten bestellt worden sind. **Wenn der Vergleich keinen neuen Rechtsgrund schafft, bleiben die Sicherheiten erhalten, die für die ursprünglich streitige (und nach wie vor bestehende) Schuld bestellt wurden.**

III. Die Vollziehung des Vergleichs

Wenn sich die Beteiligten in dem Vergleich zu Leistungen verpflichtet haben, müssen diese Verpflichtungen gesondert ausgeführt werden: Sachen müssen gemäß den §§ 929 ff. bzw. 873, 925 übereignet, Forderungen gemäß § 398 abgetreten, Hypotheken gemäß den §§ 873, 1113 ff. bestellt werden.

§ 66 Die Unwirksamkeit des Vergleichs

I. Der Wegfall der Vergleichsgrundlage gemäß § 779

1) **Der Vergleich ist nach der Sonderregel des § 779 unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vergleichs als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und wenn der Streit oder die Ungewissheit (und damit auch der Vergleich!) bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht entstanden wäre.** Es handelt sich also um einen gesetzlich geregelten Fall des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (BGH NJW -RR- 1994, 434, 435), deren Regeln aber auch dann noch anwendbar sind, wenn die Voraussetzungen des § 779 nicht vorliegen (MünchKomm/Pecher § 779 Rz. 63 m.w.N.).

2) Die Unwirksamkeit des Vergleichs gemäß § 779 setzt zweierlei voraus:

a) **Der nach dem Vergleich zugrunde gelegte Sachverhalt entspricht nicht der Wirklichkeit.** Hier müssen wir zwischen der Vergleichsgrundlage und dem Vergleichsgegenstand unterscheiden:

aa) **Vergleichsgrundlage** ist der Sachverhalt, von dem die Parteien bei Abschluss des Vergleichs ausgehen, über den sie also nicht streiten.

bb) **Vergleichsgegenstand** sind die streitigen oder ungewissen Rechtsfolgen, die der Vergleich neu regeln soll.

Der Vergleich ist nur dann gemäß § 779 unwirksam, wenn sich die Parteien über die Vergleichsgrundlage irren und dadurch dem Vergleich einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde legen. Ein Rechtsirrtum lässt die Vergleichsgrundlage nur dann entfallen, wenn sich die Parteien auch über Tatsachen geirrt haben, die für den Vergleich bedeutsam waren; der reine Rechtsirrtum ist irrelevant (BGHZ 25, 394; differenzierend MünchKomm/Pecher § 779 Rz. 64 m.w.N.).

b) **Der Streit oder die Ungewissheit wäre bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht entstanden**, so dass die Parteien keinen Anlass gehabt hätten, sich zu vergleichen.

Beispiel: Die Parteien vergleichen sich über einen Erbanspruch in der irrigen Annahme, das zugrunde gelegte Testament sei wirksam. Hätten sie die Unwirksamkeit des Testaments gekannt, hätten sie über die Erbberechtigung des Bedachten nicht streiten müssen.

Gegenbeispiel: Der Irrtum, dass sich für die Existenz des streitigen Rechtsverhältnisses keine weiteren Beweismittel finden lassen würden, lässt die Vergleichsgrundlage nicht entfallen, weil Beweislast und Beweisrisiko in aller Regel gerade die Motive für das gegenseitige Nachgeben waren (BGH WM 1975, 566).

II. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe

Neben § 779 gelten für den Vergleich auch alle anderen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe. So kann der Vergleich gemäß § 125, 1 formnichtig oder gemäß § 138 I sittenwidrig (BGH NJW 1991, 1046) sein oder gemäß § 119 I, II angefochten werden, wenn sich der Irrtum nicht auf einen Punkt bezieht, der durch den Vergleich gerade außer Streit gestellt werden sollte (MünchKomm/Pecher § 779 Rz. 60). Selbst dann kann derjenige den Vergleich noch gemäß § 123 I anfechten, der über diesen Punkt arglistig getäuscht worden ist (BGH NJW -RR- 1989, 1143).

§ 67 Sonderformen des Vergleichs

I. Der Prozessvergleich

In Verfahrensarten, die von der Dispositionsmaxime beherrscht werden, können die Parteien den Prozess ohne Urteil durch einen Prozessvergleich beenden. Auf eine derartige gütliche Beilegung des Rechtsstreits soll auch das Gericht nach § 278 I ZPO hinwirken.

1) Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs

Der Prozessvergleich hat eine Doppelnatur, da er sich aus einer Prozesshandlung und einem materiellrechtlichen Vertrag i.S.d. § 779 zusammensetzt:

a) **Der Vergleich als Prozesshandlung folgt den Regeln der ZPO.** Er wird vor einem Gericht geschlossen und beendet den Rechtsstreit zwischen Anhängigkeit und rechtskräftiger Entscheidung. Es müssen alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, insbesondere müssen die Parteien im Anwaltsprozess auch bei Abschluss des Vergleichs anwaltlich vertreten werden.

Der Vergleich wird bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor dem Richter gemäß den §§ 160 III Nr. 1, 162 ZPO zu Protokoll gegeben.

Das Vergleichsprotokoll wird den Parteien vorgelesen, von diesen genehmigt und vom Richter gemäß § 163 ZPO unterschrieben.

b) **Der Vergleich als materielles Rechtsgeschäft folgt den Regeln des BGB:** Die Parteien müssen gegenseitig nachgeben und sich einigen. Auch der Prozessvergleich kann aufgrund von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen nichtig sein oder - wie in Anwaltsprozessen häufig - gemäß § 158 I unter eine aufschiebende Bedingung gestellt werden, so dass der Vergleich erst dann wirksam wird, wenn die vereinbarte Widerrufsfrist ungenutzt verstrichen ist (BGH NJW 1988, 416). Der Widerruf des Vergleichs ist keine Prozesshandlung, sondern ein materielles Rechtsgeschäft. Er ist formlos möglich und wird mit dem Zugang beim Prozessgegner gemäß § 130 I 1 wirksam.

2) Die Wirkungen des Prozessvergleichs

a) **Der Vergleich beendet den Prozess ohne Urteil; die Rechtshängigkeit erlischt.** Bereits ergangene Entscheidungen (z.B. Teilurteil, Versäumnisurteil) werden durch den Vergleich ersetzt. Der Prozessvergleich ist ein **Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1 ZPO**, wenn er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

b) Bezüglich der bis dato entstandenen Kosten können die Parteien eine Entscheidung gemäß § 91 a ZPO beantragen. Ansonsten können die Kosten gemäß § 98 ZPO gegeneinander aufgehoben werden.

II. Der Abfindungsvergleich

Bei einem Abfindungsvergleich verzichtet der Gläubiger - typischerweise bei Haftpflichtschäden - gegen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche. Ob dieser Abfindungsvergleich auch die Geltendmachung von Spätschäden erfasst, die bei Abschluss des Vergleichs nicht erkennbar waren, muss durch Auslegung des Vergleichs ermittelt werden (BGH LM § 779 Nr. 8, 10). Selbst wenn der Geschädigte ausdrücklich auf die Geltendmachung derartiger Spätschäden verzichtet hat, kann in Härtefällen ein Festhalten an diesem Vergleich eine unzulässige Rechtsausübung sein und daher gemäß § 242 gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Abfindungsbetrag und der später eingetretene Schaden allzu weit auseinanderfallen (BGHZ 58, 355; OLG Köln NJW -RR- 1988, 924).

2. Kapitel:

Abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkennnis: §§ 780, 781

Vorbemerkung

- 1) Das selbständige (abstrakte) Schuldversprechen des § 780 und das selbständige Schuldanerkennnis gemäß § 781 sind **einseitig verpflichtende Verträge**, die sich nur durch die Formulierung, aber nicht durch die rechtliche Bedeutung unterscheiden: **Nur eine Seite geht durch das Versprechen einer Leistung oder das Anerkennen einer Schuld eine Verpflichtung ein, die jedoch von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis rechtlich losgelöst (abstrakt) ist.** Der Gläubiger hat also gemäß den §§ 780, 781 einen Anspruch auf die versprochene Leistung/anerkannte Schuld, die jeden beliebigen Inhalt haben kann, aber meist in der Zahlung einer Geldsumme besteht.
- 2) Um das Wesen der §§ 780, 781 zu verstehen, müssen wir zwischen kausalen und abstrakten Verpflichtungen unterscheiden:
 - a) Die meisten Verpflichtungsgeschäfte sind **kausal**, tragen also ihren rechtlichen Grund (= *causa*), ihre innere Rechtfertigung in sich selbst. **Der Rechtsgrund der Zuwendung gehört zum Inhalt des Rechtsgeschäfts**, wobei das Schuldverhältnis dem Leistungsversprechen des Schuldners erst seinen wirtschaftlichen Sinn gibt.

Beispiel: Bei einem Kaufvertrag verpflichtet sich der Käufer nur deshalb zur Zahlung des Kaufpreises, weil er für diese Leistung die Kaufsache als Gegenleistung erhält. Der Kaufvertrag ist also der Rechtsgrund der beiderseitigen Ansprüche aus § 433 I, II.
 - b) Bei den **abstrakten Verpflichtungsgeschäften** der §§ 780, 781 ist es anders: **Hier verspricht der Schuldner eine Leistung derart, dass allein das Versprechen/Anerkennnis die Leistungspflicht begründet, wobei das Versprechen/Anerkennnis nicht erkennen lässt, zu welchem Zweck diese Verbindlichkeit eingegangen wurde.** Nun wird niemand „einfach so“ (also ohne rechtlichen Grund) eine Leistung versprechen, sondern immer einen bestimmten Zweck verfolgen: Selbst wenn zuvor noch keine Verbindlichkeit bestand, wird der Versprechende durch die unentgeltliche Zuwendung dieser Verpflichtung zumindest eine Schenkung i.S.d. § 516 beabsichtigen. Dennoch ist das Leistungsversprechen abstrakt, weil der Rechtsgrund nicht in dem Geschäft selbst (im Versprechen), sondern außerhalb des Geschäfts (z.B. in der Schenkung) liegt. Der Gläubiger hat einen Anspruch auf die versprochene Leistung allein aus dem Versprechen; **Anspruchsgrundlage ist § 780 bzw. § 781**, nicht aber § 516.
- 3) Durch diese Abstraktion wird vor allem die Position des Gläubigers im Zivilprozess verbessert: Wer aus einem kausalen Verpflichtungsgeschäft heraus klagt (z.B. aus § 433 II), muss beweisen, dass ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde. Wer aus einem abstrakten Schuldversprechen/Schuldanerkennnis heraus klagt, muss nur beweisen, dass der Schuldner die Leistung versprochen bzw. anerkannt hat, was ihm ja wegen der erforderlichen Schriftform nicht schwer fallen wird. Ist dieser Beweis geführt, so kann der Schuldner Einwendungen aus dem Grundverhältnis nicht mehr geltend machen.

Dennoch gilt die Abstraktion nicht ohne jede Einschränkung: Eine abstrakte Verpflichtung, die auf einem nichtigen oder mit einer dauerhaft wirkenden Einrede (§ 813 I 1) behafteten Grundgeschäft beruht, stellt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers dar (§ 812 II). **Der Schuldner kann daher das Versprechen/Anerkennnis gemäß § 812 I 1, 1. Alt. kondizieren und die Schuldurkunde herausverlangen oder sich gegen die Inanspruchnahme aus den §§ 780, 781 mit der Einrede des § 821 verteidigen.**

- 4) **Analyse: Die Abstraktheit des Versprechens/Anerkennnisses stellt den Schuldner also nicht rechtlos, doch kehrt sie zu seinen Lasten die Beweislast um:** Der Gläubiger braucht im Prozess nur die Schuldurkunde als Beweismittel vorzulegen; das der Verpflichtung zugrunde liegende Rechtsgeschäft (z.B. Kauf, Schenkung) muss er aufgrund der Abstraktheit nicht beweisen. Jetzt ist es Aufgabe des Schuldners, sich auf die Einrede des § 821 zu berufen und nachzuweisen, dass der Gläubiger um dieses Versprechen/Anerkennnis rechtsgrundlos bereichert ist.

§ 68 Das abstrakte Schuldversprechen gemäß § 780

Bei einem Schuldversprechen verspricht der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung, wobei das Versprechen die Leistungspflicht selbständig begründet.

I. Der Inhalt

- 1) Der Schuldner kann jede beliebige Leistung, wird aber meist die Zahlung einer Geldsumme versprechen. Er kann sein Versprechen bedingen oder befristen und auch mit einer Gegenleistung des Gläubigers aus einem gegenseitigen Vertrag verknüpfen, aber aufgrund der Abstraktheit des Versprechens keine Zug um Zug-Leistung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags vereinbaren (MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 14 m.w.N.). Das Schuldversprechen kann aber unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I) abgegeben werden, dass die Gegenseite vorleistet (BGH NJW 1994, 447).
- 2) Das wesentliche Merkmal des abstrakten Schuldversprechens ist, dass die Leistungspflicht selbständig begründet wird (RGRK-Steffen § 780 Rz. 7; Larenz/Canaris II 2 § 61 I 3 c). **Selbständig ist eine Verpflichtung dann, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien nicht von einem Rechtsgrund abhängen, sondern auch ohne ihn entstehen und fortbestehen soll, so dass der Gläubiger sich zur Geltendmachung seines Anspruchs nur auf das Versprechen berufen muss** (BGH WM 1986, 429, 430; NJW 1976, 567). Ob die Parteien eine derartige selbständige Verpflichtung wollten, muss durch Auslegung ermittelt werden. Kriterien dafür sind der Wortlaut, der wirtschaftliche Zweck, die beiderseitige Interessenlage sowie die sonstigen Umstände (BGH WM 1973, 840). Achten Sie insbesondere auf folgende **Indizien**:
 - a) **Inhalt der Schuldurkunde**: Wird der Rechtsgrund in der Urkunde nicht genannt, so spricht dies bis zum zulässigen Beweis des Gegenteils für ein selbständiges Schuldversprechen. Ist der Schuldgrund genau benannt, so muss der Gläubiger beweisen, dass ein abstraktes Schuldversprechen gewollt war.
 - b) **Der Zweck des Schuldversprechens**: Sollte das Schuldversprechen ersichtlich die Beweislage des Gläubigers verbessern, so ist dies ein Indiz für die Abstraktheit des Versprechens.

II. Die Form des Schuldversprechens

- 1) Das Schuldversprechen ist ein Vertrag, bei dem das Versprechen des Schuldners gemäß § 780 **schriftlich** (§ 126) erfolgen und dem Gläubiger gemäß § 130 I 1 zugehen muss; die erforderliche Annahmeerklärung des Gläubigers kann mündlich oder auch konkludent erfolgen. Dabei dient die Schriftform nach h.M. (BGHZ 121, 1, 4; Staudinger/Marburger § 780 Rz. 7 m.w.N.; a.A. Larenz/Canaris II 2 § 61 I 1 b) nicht dem Schutz vor Übereilung, sondern nur der **Beweissicherung**.

Ob ein abstraktes Schuldversprechen auch formularmäßig durch AGB abgegeben werden kann, ist wegen der dadurch erreichten Beweislastumkehr im Hinblick auf § 309 Nr. 12 umstritten. Die h.M. (BGH NJW 1991, 1677; 1987, 904; MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 23; Gernhuber, Schuldverhältnis § 18 III 2 m.w.N.) hält dies für zulässig, weil sonst die Anwendung des § 309 Nr. 12 auf ein generelles Verbot formularmäßig erteilter Schuldversprechen hinausliefe.

2) Das Gesetz macht aber vom Grundsatz der Schriftform Ausnahmen in beide Richtungen:

- a) Ist für den Inhalt des Versprechens eine strengere Form als die Schriftform vorgesehen, so gilt dieses Formerfordernis auch für das Schuldversprechen selbst.

Beispiele:

- 1) Verspricht der Schuldner dem anderen, ihm ein Grundstück zu übereignen, so ist gemäß § 311 b I eine notarielle Beurkundung erforderlich.
- 2) Ist das Schuldversprechen schenkweise erteilt, so muss das Versprechen gemäß § 518 I notariell beurkundet werden.

- b) Wird ein Schuldversprechen im Zuge einer Abrechnung (= „beiderseitige Festlegung eines Rechnungsergebnisses“, RGZ 95, 18) oder eines Vergleichs erteilt, so kann das Versprechen gemäß § 782 auch mündlich erfolgen.

Dies gilt gemäß § 350 HGB auch dann, wenn ein Kaufmann ein Schuldversprechen/-anerkenntnis im Zuge eines Handelsgeschäfts abgibt.

III. Die Wirkung des Schuldversprechens

- 1) **Das selbständige Schuldversprechen begründet konstitutiv eine eigenständige Verpflichtung und gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf die versprochene Leistung.**

Der Gläubiger kann seinen Anspruch allein auf § 780 stützen, wobei für den neuen Anspruch auch dann die Verjährung des § 195 gilt, wenn der Anspruch aus dem Grundverhältnis schneller verjährt (Gernhuber, Schuldverhältnis § 18 III 9; RGRK-Steffen § 780 Rz. 36).

- 2) **Wird das Schuldversprechen wie im Regelfall zur Sicherung einer bereits bestehenden Schuld erteilt, so wird diese Schuld ohne abweichende Vereinbarung durch das Versprechen nicht ersetzt (keine Novation), sondern das Versprechen tritt gemäß § 364 II im Zweifel erfüllungshalber neben die nach wie vor bestehende Verpflichtung** (MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 42 m.w.N.).

Das selbständige Schuldversprechen erleichtert aber wegen der o.g. Beweislastumkehr die prozessuale Durchsetzung des Anspruchs, so dass der Gläubiger im Prozess seinen Anspruch auf § 780 stützen wird.

IV. Die Einwendungen des Schuldners

- 1) Zunächst kann sich der Schuldner auf die „normalen“ Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe (§§ 104 ff.; 119, 123 I i.V.m. 142; 125, 1 etc.) berufen, wenn er deren Vorliegen beweisen kann.

- 2) **Einwendungen aus dem Grundgeschäft können dem Schuldversprechen aufgrund dessen Abstraktheit nicht unmittelbar entgegengehalten werden** (Ausnahmen: §§ 518 I 2, 656 II; 762 II), doch steht dem Schuldner der Weg über das Bereicherungsrecht offen: Ist das Grundgeschäft nichtig oder mit einer dauerhaft wirkenden Einrede behaftet, so kann der Schuldner das Versprechen gemäß den §§ 812 bzw. 813 I 1 herausverlangen. **Geht der Gläubiger aus dem Schuldversprechen vor, so kann sich der Schuldner mit der Einrede des § 821 verteidigen** (BGH NJW 1991, 2140). Dies geht über § 404 auch dann noch, wenn der frühere Gläubiger die Forderung inzwischen abgetreten hat.

Der Schuldner kann sich aber nicht gegen das Versprechen verteidigen, wenn er den Mangel des Grundgeschäfts bereits bei Abgabe des Versprechens kannte (§ 814) oder wenn er zuvor auf die Geltendmachung dieser Einrede verzichtet hatte. Zudem können die Parteien vereinbaren, dass das Versprechen im Wege eines Vergleichs die bestehenden Zweifel über das Grundgeschäft beseitigen und daher die Schuld des Versprechenden definitiv feststellen sollte (MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 43).

V. Verfahrensrechtliches

Ist das Schuldversprechen in einer privatschriftlichen oder notariellen Urkunde enthalten, so kann der Gläubiger einen **Urkundenprozess** führen (dazu Langels, ZPO § 20), so dass der Beklagte in diesem Prozess nur Einwendungen vorbringen kann, die er seinerseits durch Urkundenbeweis oder Parteivernehmung beweisen kann (§§ 595 II, 598 ZPO). Mit seiner Kondiktionseinrede aus § 821 BGB wird er daher oftmals erst im **Nachverfahren** durchdringen. Bis dahin hat der Gläubiger mit dem **Vorbehaltsurteil** gemäß § 599 ZPO einen **Vollstreckungstitel**, der gemäß § 708 Nr. 4 ZPO **ohne Sicherheitsleistung** vollstreckt werden kann.

§ 69 Das abstrakte Schuldanerkenntnis gemäß § 781

I. Das Wesen des abstrakten Schuldanerkenntnisses

Bei einem Schuldanerkenntnis gemäß § 781 erkennt der Schuldner schriftlich an, dem Gläubiger eine bestimmte Leistung zu schulden. Das Schuldanerkenntnis unterscheidet sich vom Schuldversprechen nur durch die unterschiedliche Formulierung. Sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen sind identisch, so dass wir auf die dort besprochenen Regeln zurückgreifen können: Beide Verträge müssen in der gleichen Form erfolgen, beide Verträge erzeugen abstrakte, vom Grundgeschäft losgelöste Verpflichtungen, die bei fehlendem Grundgeschäft kondiziert werden können.

II. Die unterschiedlichen Formen des Schuldanerkenntnisses

Erkennt der Schuldner eine Schuld an, so kann dieses Anerkenntnis dreierlei bedeuten, wobei im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden muss, wie der Gläubiger die Erklärung des Schuldners verstehen durfte (MünchKomm/Hüffer § 781 Rz. 4). Dabei trägt derjenige für die indizierenden Tatsachen die Beweislast, der sich auf sie beruft, weil sie für ihn günstig sind, regelmäßig also der Gläubiger. Wir müssen dabei wie folgt unterscheiden:

1) Das konstitutive (abstrakte) Schuldanerkenntnis des § 781

Das konstitutive Schuldanerkenntnis ist das Anerkenntnis, von dem in § 781 die Rede ist. Es muss aus Gründen der Beweiserleichterung schriftlich erfolgen, schafft einen neuen Schuldgrund und gewährt dadurch dem Gläubiger eine neue, vom Grundgeschäft rechtlich losgelöste Anspruchsgrundlage.

Beispiel für ein abstraktes Schuldanerkenntnis:

- 1) Der Eigentümer übernimmt bei der Bestellung einer Grundsuld in einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 I Nr. 5 ZPO) neben der *dinglichen* auch noch die *persönliche* Haftung. Dadurch hat der Sicherungsnehmer die Möglichkeit, mit diesem Vollstreckungstitel nicht nur in das ohnehin haftende Grundstück, sondern in das gesamte verwertbare Vermögen des Schuldners zu vollstrecken.
- 2) Der Schuldner erkennt bei vereinbarter gemeinsamer Rechnungslegung den Saldo eines Kontokorrents (§ 355 HGB) an. Gegenstand des abstrakten Schuldanerkenntnisses kann aber nur der periodisch vereinbarte Rechnungsabschluss sein, nicht der einzelne Tagesauszug (BGHZ 73, 207). Der Tagesauszug dient nur der Mitteilung des Postensaldos und der Unterrichtung des Kunden; dessen Schweigen hat keinen Erklärungswert und kehrt auch nicht die Beweislast um (BGH NJW 1985, 3007, 3009; 1979, 1164). Ausführlich dazu MünchKomm/Hüffer § 781 Rz. 9 ff..

2) Das deklaratorische (kausale) Schuldanerkenntnis: § 311 I

- a) Das deklaratorische Schuldanerkenntnis ist gesetzlich nicht geregelt, aber anerkannt. Es ist ein **formlos möglicher Vertrag, der keine neue Anspruchsgrundlage schafft, sondern nur eine bereits bestehende Schuld durch einen Verzicht auf dem Schuldner bekannte Einwendungen bestätigt**. Das deklaratorische Schuldanerkenntnis setzt voraus, dass die Parteien - ähnlich wie beim Vergleich - ein bestehendes Schuldverhältnis insgesamt oder in einzelnen Punkten neu regeln und einem Streit oder einer Ungewissheit entziehen wollten (BGH NJW 1995, 960). Ist das Grundverhältnis nach Grund und Höhe des Anspruchs unstreitig, liegt kein deklaratorisches, sondern ein abstraktes Schuldanerkenntnis gemäß § 781 vor.

b) **Das deklaratorische Anerkenntnis verstärkt also einen bereits bestehenden, aber unstrittenen oder ungewissen Anspruch dadurch, dass der Schuldner auf tatsächliche oder rechtliche Einwendungen verzichtet, die er kennt oder zur Zeit des Verzichts für möglich hält** (BGH NJW 1982, 996; 1984, 799). Ein Verzicht auf künftige oder unbekannte Einwendungen ist nur dann anzunehmen, wenn der Schuldner dies unmissverständlich so erklärt hat (BGH NJW 1983, 1903).

Das Anerkenntnis kann sich auf den Grund des Anspruchs beschränken (BGH NJW 1973, 620/Schmerzensgeld), aber auch auf dessen Höhe. In diesem Fall ist es unwirksam, wenn der übereinstimmend vorausgesetzte Anspruch bereits dem Grunde nach nicht besteht (OLG Frankfurt a.M. NJW -RR- 1987, 310).

c) Obwohl es sich ja an sich um ein nur deklaratorisches Schuldanerkenntnis handelt, setzt das Schuldanerkenntnis keinen unbestritten bestehenden Anspruch voraus: **Durch ein derartiges Anerkenntnis kann der Schuldner auch ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis als bestehend anerkennen und dadurch Zweifel über den Anspruch und dessen Grundlage beseitigen**; in diesem Fall wird das Schuldverhältnis durch den Anerkenntnisvertrag geschaffen, so dass das Schuldanerkenntnis eine potentiell konstitutive Wirkung hat (BGH NJW 1980, 1158). Dieses Anerkenntnis ist trotz seiner potentiell konstitutiven Wirkung formlos möglich (BGH NJW 1980, 1158; 1985, 791) und kann - anders als das abstrakte Schuldanerkenntnis des § 781 - bei einredebehaftetem Grundverhältnis nicht nach § 813 I 1 kondiziert werden (BGHZ 66, 250, 254). Zwar hat der Schuldner dem Gläubiger durch sein Anerkenntnis (= durch Leistung) eine Forderung verschafft, die diesem zuvor nicht oder nicht mit diesem Inhalt zustand, doch wird diese Leistung durch die Zweckvereinbarung rechtlich gerechtfertigt, die dem Anerkenntnis zugrunde liegt. Durch diese mögliche konstitutive Wirkung geht das deklaratorische Schuldanerkenntnis in seiner Wirkung über das abstrakte Schuldanerkenntnis hinaus. Es kann zu einem endgültigen Erwerb des Gläubigers führen und für den Schuldner noch gefährlicher als ein abstraktes Schuldanerkenntnis sein. Dieser Gefahr kann nur durch eine vernünftige Auslegung der Erklärung begegnet werden (MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 6). Ist die anerkannte Forderung jedoch nichtig, so ist auch das Anerkenntnis nichtig (BGHZ 104, 18).

Beispiel für ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis: Auf Anfrage erteilt die Versicherung eine Deckungszusage (OLG Düsseldorf VersR 1985, 728).

3) Das Anerkenntnis als Beweiserleichterung

Das Anerkenntnis des Schuldners kann aber auch bedeuten, dass der Schuldner nur den geltend gemachten Anspruch anerkennt, um dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft anzuzeigen und ihn von gerichtlichen Schritten abzuhalten. Das Anerkenntnis ist in diesem Fall ein **rein tatsächliches Verhalten**, so dass die Folgen dieser Erklärung unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten: Dieses Anerkenntnis **unterbricht gemäß § 212 I Nr. 1 die Verjährung** des geltend gemachten Anspruchs, **begründet aber keine neue Verpflichtung des Schuldners und schneidet auch keine Einwendungen ab.**

Als „**Zeugnis des Schuldners gegen sich selbst**“ erleichtert es dem Gläubiger im Zivilprozess aber den Beweis des geltend gemachten Anspruchs und kann je nach Formulierung auch die Beweislast umkehren, denn wer eine Forderung anerkennt, muss später beweisen, dass die Forderung nicht oder nicht in der geltend gemachten Höhe besteht (BGH WM 1974, 411; NJW 1984, 799).

4) Die Erklärungen eines Unfallbeteiligten an der Unfallstelle

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Erklärung eines Unfallbeteiligten an der Unfallstelle ausgelegt werden soll: Erzeugt ein Schuldbekenntnis eine selbständige Anspruchsgrundlage? Kann der Schuldner später noch ein Mitverschulden der Gegenseite i.S.d. § 254 I einwenden, wenn er zunächst behauptet hatte, den Unfall allein verschuldet zu haben?

a) Ein **konstitutives Schuldanerkenntnis i.S.d. § 781 liegt in aller Regel nicht vor, weil der Unfallbeteiligte keine selbständige Verpflichtung eingehen will**, die von seiner Unfallbeteiligung und den daraus resultierenden Ersatzansprüchen losgelöst sein würde (MünchKomm/Hüffer § 781 Rz. 29).

b) Wenn Streit über die Unfallverursachung und die Verpflichtung zum Schadensersatz besteht, kann es sich um ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** handeln, das keine neue Verbindlichkeit begründet, aber dem Erklärenden die zur Zeit der Erklärung erkennbaren Einwendungen abschneidet.

Als deklaratorisches Schuldanerkenntnis gilt die Erklärung eines Beteiligten, er selbst habe den Unfall alleine verursacht und er sei auch der einzige, der zum Schadensersatz verpflichtet sei. Dennoch kommt es immer auf die jeweiligen Umstände an, ob die Übernahme der Zahlungspflicht mehr ist als ein anders formuliertes Schuldbekenntnis. Nicht notwendig, aber regelmäßig wird der Wille zu einer rechtsgeschäftlichen Regelung schriftlich fixiert; eine mündliche Erklärung spricht also gegen ein rechtsgeschäftliches Schuldanerkenntnis (MünchKomm/Hüffer § 780 Rz. 31 m.w.N.).

Die Tatsachen, die für ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis sprechen, muss der beweisen, der sich darauf beruft, in der Regel also der Unfallgegner. Selbst wenn er derartige Umstände beweisen kann, wirkt das Schuldanerkenntnis nur gegen den, der es abgegeben hat, in der Regel also gegen den Fahrer, aber nicht gegen den personenverschiedenen Halter (LG Freiburg NJW 1982, 1162).

c) **Wer seine Alleinschuld oder einen Verkehrsverstoß aber nur deshalb zugibt, um eine polizeiliche Unfallaufnahme zu vermeiden, erkennt noch nicht seine Schadensersatzpflicht an, sondern allenfalls eine einzelne Anspruchsvoraussetzung** (z.B. das für § 823 I erforderliche Verschulden). Derartige Aussagen sind nur eine **Beweiserleichterung**, den sie indizieren nur, wie die Partei ihre Unfallbeteiligung selbst gesehen hat: Der Unfallgegner muss die eingestandene anspruchsbegründende Tatsache erst dann beweisen, wenn der Erklärende nachweisen kann, dass sein Anerkenntnis unrichtig war (BGH NJW 1984, 799).

6. Teil:

Anweisung und Schuldversprechen auf den Inhaber: §§ 783 - 808

Vorbemerkung

Weil Anweisung (§§ 783 ff.) und Inhaberschuldverschreibung (§§ 793 ff.) **Wertpapiere** sind, müssen wir uns zunächst einige Grundbegriffe des Wertpapierrechts erarbeiten:

1) Begriffsbestimmung: Was sind Wertpapiere?

Wertpapiere sind Urkunden, die private Rechte derart verbrieften, dass man diese Rechte nur bei Vorlage der Urkunde geltend machen kann. Dabei können wir je nach dem Inhalt des verbrieften Rechts wie folgt unterscheiden:

- Wechsel, Scheck, kaufmännisches Orderpapier und Schuldverschreibung verbrieften Forderungen.
- Hypotheken-, Grundschul- und Rentenschuldbrief (§§ 1116, 1192, 1199 I) verkörpern ein Recht an einer Sache, nämlich das Recht, sich aus einem Grundstück zu befriedigen.
- Aktien verbrieften Mitgliedschaftsrechte.

2) Die möglichen Legitimationswirkungen

Wenn eine Forderung in einer Urkunde verbrieft wird, soll dies sowohl die Geltendmachung als auch den Umlauf der Forderung erleichtern: Das sichtbare Papier erzeugt einen Schein für die unsichtbare Forderung. Dieser durch die Urkunde erzeugte Schein kann in 4facher Weise legitimieren:

- Zugunsten des Schuldners** kann bestimmt sein, dass der Schuldner frei wird, wenn er an den Inhaber der Urkunde leistet.
- Zugunsten des Papierinhabers** kann bestimmt sein, dass er als Inhaber der verbrieften Forderung gilt: Dann muss der Schuldner an den Inhaber leisten, wenn er nicht dessen Nichtberechtigung nachweist.
- Zugunsten des Erwerbers der Forderung** kann vermutet werden, dass der an ihn veräußernde Inhaber des Papiers auch Inhaber der Forderung war. Dies erhöht die Umlauffähigkeit der Forderung.
- Zuletzt kann bestimmt sein, dass der Schuldner nur an denjenigen leisten muss, der sich durch Vorlage der Urkunde als Inhaber der Forderung legitimieren kann.

3) Die Formen der Übertragung

Weil der Inhaber seine Forderung nur unter Vorlage der Urkunde geltend machen kann, gehören die verbrieft Forderung und die Urkunde untrennbar zusammen: **Der Inhaber der Forderung ist gleichzeitig der Eigentümer der Urkunde, die die Forderung verbrieft.** Will nun der Inhaber das durch das Wertpapier verbrieft Recht übertragen, so kommen 2 Möglichkeiten in Betracht:

a) Die Abtretung der verbrieften Forderung gemäß den §§ 398 ff.

Der Inhaber tritt die verbrieft Forderung gemäß den §§ 398 ff. ab und der Erwerber der Forderung wird gemäß § 952 kraft Gesetzes Eigentümer der Urkunde: **„Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier“.**

Analyse: Eine derartige Übertragung ist nicht unproblematisch: Wie wir wissen, kann man Forderungen mangels eines Rechtsscheinträgers grundsätzlich nicht gutgläubig erwerben. Zudem bleiben bestehende Einwendungen und Einreden gemäß den §§ 404 ff. auch dann erhalten, wenn der Erwerber der Forderung die Einwendungen zur Zeit der Abtretung weder kannte noch erkennen konnte. Wertpapiere, die gemäß den §§ 398 ff. übertragen werden, sind also für den Erwerber nicht sonderlich attraktiv, im Juristendeutsch: „nicht sonderlich verkehrsfähig“.

b) Die Übereignung der Urkunde gemäß den §§ 929 ff.

Die 2. Möglichkeit der Übertragung läuft genau umgekehrt: Der Inhaber des verbrieften Rechts übereignet nach den sachenrechtlichen Regeln der §§ 929 ff. die Urkunde und die darin verbrieftete Forderung folgt der Urkunde: „**Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier**“.

Analyse: Da die §§ 929 ff. einen gutgläubigen Erwerb zulassen, ist diese Form der Übertragung für den Erwerber wesentlich attraktiver. Derartige Wertpapiere sind daher wesentlich verkehrsfähiger.

4) Die unterschiedlichen Formen der Wertpapiere

a) Namenspapiere (Rektapapiere)

Namenspapiere bezeichnen eine bestimmte Person als Berechtigten. Die darin verbrieftete Forderung kann zwar gemäß den §§ 398 ff. abgetreten werden, doch bleiben die o.g. Legitimationswirkungen auf den namentlich Genannten beschränkt, so dass der Besitz des Papiers dem Erwerber allein noch nichts nützt: Bestreitet der Schuldner die Berechtigung des Urkundeninhabers, so muss dieser seine Berechtigung beweisen.

Namenspapiere werden durch Abtretung gemäß den §§ 398 ff. übertragen, so dass man sie nicht gutgläubig erwerben kann. Bestehende Einwendungen und Einreden bleiben gemäß den §§ 404 ff. erhalten.

Analyse: Dies alles schützt zwar den namentlich Genannten als Berechtigten, insbesondere bei einem Verlust der Urkunde, doch macht dies die Namenspapiere natürlich nicht sonderlich verkehrsfähig.

Das bekannteste **Beispiel für ein Namenspapier** ist das Sparbuch (ausführlich zum Sparbuch unten § 79); weitere Beispiele sind der Hypothekenbrief oder der Schuldschein.

b) Inhaberpapiere

Inhaberpapiere sind nicht auf den Namen eines bestimmten Gläubigers ausgestellt, sondern berechtigen den jeweiligen Inhaber, die verbrieftete Forderung geltend zu machen.

Inhaberpapiere werden gemäß den §§ 929 ff. durch Einigung und Übergabe des Papiers übertragen. Sie können ebenso wie Geld gemäß den §§ 932, 935 II gutgläubig erworben werden, also auch dann, wenn sie gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen sind. Wer das Papier besitzt, gilt nach § 1006 I als Inhaber der verbrieften Forderung. Einwendungen und Einreden können durch gutgläubigen Erwerb verlorengehen.

Analyse: Dies alles macht die Inhaberpapiere sehr verkehrsfähig, aber auch sehr gefährlich: Auch der Dieb des Papiers ist aufgrund des Papierbesitzes als Berechtigter legitimiert (aber natürlich nicht berechtigt!).

Beispiele für Inhaberpapiere: Inhaberschuldverschreibungen, Inhaberk Aktien, Pfandbriefe.

c) **Orderpapiere**

Das Orderpapier steht zwischen dem Namenspapier und dem Inhaberpapier, aber es steht dem Inhaberpapier um einiges näher. **Wie auch beim Namenspapier wird der Gläubiger namentlich benannt, aber er wird gleichzeitig ermächtigt, das Papier durch ein Indossament an Dritte zu übertragen:** Der Aussteller des Papiers soll also entweder an den namentlich Genannten oder an dessen Order leisten.

Beispiele für Orderpapiere sind Wechsel und Scheck.

aa) Bei den Orderpapieren müssen wir zwischen „geborenen“ und „gekorenen“ Orderpapieren unterscheiden:

(1) **Geborene Orderpapiere** sind bereits kraft Gesetzes, also „von Geburt an“, Orderpapiere. Wichtigste Fälle sind Wechsel und Scheck.

(2) **Gekorene Orderpapiere** sind eigentlich Namenspapiere, aber durch einen Ordervermerk auf der Urkunde zu Orderpapieren gemacht worden. Sie sind in § 363 HGB aufgezählt.

bb) Die **Übertragung des Orderpapiers** erfolgt gemäß § 929 durch **Einigung und Übergabe der indossierten Urkunde**. Das **Indossament** ist ein **Übertragungsvermerk, der auf der Rückseite der Urkunde steht**. Wird der neue Gläubiger nicht benannt, spricht man von einem Blankoindossament, das das Orderpapier faktisch einem Inhaberpapier gleichstellt.

Analyse: Durch diese Übertragungsform wird ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht (Art. 16 II WG, 21 ScheckG) und auch Einwendungen werden weitgehend abgeschnitten (Art. 17 WG, 22 ScheckG).

cc) Der Unterschied zwischen einem Inhaberpapier und einem Orderpapier zeigt sich, wenn der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht:

(1) Wer aus einem Inhaberpapier heraus klagt, muss nur das Papier vorlegen und gilt bereits durch den Besitz des Papiers gemäß § 1006 I als Inhaber des verbrieften Rechts.

(2) Wer aus einem Orderpapier heraus klagt, muss nicht nur das Papier vorlegen, sondern auch durch eine lückenlose Indossamentenkette nachweisen, dass er der Inhaber der verbrieften Forderung ist.

1. Kapitel: Die Anweisung: §§ 783 - 792

§ 70 Der Begriff der Anweisung

Wenn Sie in der Klausur mit dem Begriff der „Anweisung“ konfrontiert werden, kann damit zweierlei gemeint sein:

I. Die „Anweisungsfälle“

Zunächst denkt man unwillkürlich an die „Anweisungsfälle“: Hier weist der Anweisende den Angewiesenen an, an einen Dritten eine Sache zu liefern (**Geheißerwerb**; dazu ausführlich Langels, Sachenrecht I § 7 II) oder dem Dritten einen Geldbetrag gutzuschreiben (**Banküberweisung**; dazu Langels, Schuldrecht BT 3 § 25). Diese Anweisung soll entweder den Leistungsweg verkürzen (Geheißerwerb) oder die Leistungen im 3-Personen-Verhältnis auf sonstige Art erleichtern (bargeldloser Zahlungsverkehr). Diese Anweisung ist aber aus 2 Gründen keine Anweisung i.S.d. § 783:

- 1) Zum einen wird die Anweisung i.S.d. § 783 dem Dritten ausgehändigt, der mit der ihm erteilten Urkunde die Leistung beim Angewiesenen geltend machen soll (so soll der Schecknehmer den ihm übergebenen Scheck der bezogenen Bank vorlegen). Die Weisung bei der Banküberweisung („Überweisungsträger“) oder beim Geheißerwerb erfolgt aber unmittelbar gegenüber dem Angewiesenen („bringen Sie die Sache bitte gleich zu D“).
- 2) Zum anderen kann der Angewiesene die Weisung beim Geheißerwerb oder bei der Banküberweisung (im Gegensatz zur Anweisung des § 783; vgl. § 784) nicht annehmen und so dem Dritten keinen direkten Anspruch gegen den Angewiesenen verschaffen.

II. Die Anweisung gemäß den §§ 783 ff.

Der Anweisende händigt dem Anweisungsempfänger eine Urkunde aus, in der er den Angewiesenen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an den Dritten zu leisten. Diese Anweisung verschafft dem Dritten zunächst noch keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Angewiesenen, sondern sie ist nur eine **doppelte Ermächtigung**:

- 1) **Der Anweisungsempfänger wird ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen beim Angewiesenen einzuziehen.** Inhaber des geltend gemachten Anspruchs bleibt aber der Anweisende: Die Forderung wird nicht an den Anweisungsempfänger abgetreten; dieser wird nur ermächtigt, eine nach wie vor fremde Forderung im eigenen Namen geltend zu machen.
- 2) **Der Angewiesene wird ermächtigt, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Anweisenden, an den Anweisungsempfänger zu leisten.**

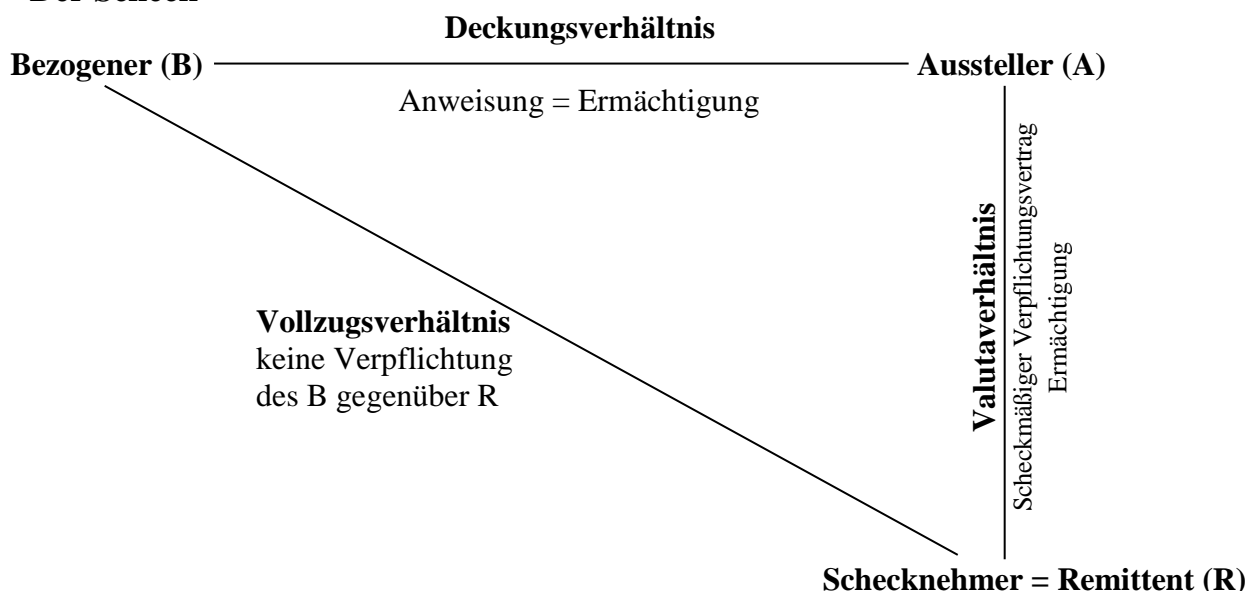
§ 71 Die Sonderformen der Anweisung: Scheck und Wechsel

Man versteht die Anweisung besser, wenn man den Scheck und den Wechsel kennt. Scheck und Wechsel sind Sonderformen der Anweisung, die in der Praxis wesentlich häufiger vorkommen als die Anweisung der §§ 783 ff. und die in Spezialgesetzen (Scheckgesetz, Wechselgesetz) geregelt sind.

Wechsel und Scheck gehen von einem **3-Personen-Verhältnis** aus:

- Der **Aussteller** (A) füllt das Wechsel-/Scheckformular aus und unterschreibt es.
- In dem Wechsel-/Scheckformular weist der Aussteller den **Bezogenen** (B) an, die genannte Geldsumme auszuzahlen („Zahlen Sie aus meinem Guthaben den Betrag von... an...“).
- Im Wechsel/Scheck ist auch die Person genannt, an die die Zahlung erfolgen soll. Man nennt sie **Wechsel-/Schecknehmer** oder auch **Remittent**.

I. Der Scheck



1) Das Deckungsverhältnis

Wie wir oben bereits gesehen haben, hat der Kontoinhaber (Aussteller/A) mit der bezogenen Bank (B) bei der Kontoeröffnung einen Vertrag geschlossen. Aufgrund dieses Vertrags ist die Bank verpflichtet, den Weisungen ihres Kunden zu folgen und demzufolge alle ordnungsgemäß ausgefüllten Schecks einzulösen, soweit die Schecks gedeckt sind - entweder weil der Aussteller über ein entsprechendes Guthaben verfügt oder weil die Bank ihm einen entsprechenden Kredit gewährt.

2) Das Valutaverhältnis

Zwischen dem Aussteller und dem Schecknehmer (Remittent/R) besteht ein Valutaverhältnis. Aus dem Valutaverhältnis resultiert eine Zahlungspflicht des A, die dieser durch Hingabe des Schecks erfüllen will.

3) Die Doppelmächtigung des Schecks

Wenn der Aussteller dem Remittenten das ausgefüllte Scheckformular aushändigt, verschafft er ihm zunächst einmal gemäß § 929 das Eigentum an dem Papier (= Formular). Zudem hat der Aussteller in dem Scheck sowohl den Bezogenen als auch den Remittenten ermächtigt (= **Doppelmächtigung**):

- a) Der Aussteller hat den Bezogenen (= Bank) ermächtigt, die genannte Summe im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Ausstellers an den Remittenten zu zahlen („Zahlen Sie aus meinem Guthaben“).
- b) Zudem hat der Aussteller den Remittenten ermächtigt, die Leistung bei der Bank im eigenen Namen einzuziehen.

Aber: Der Remittent hat keinen eigenen Anspruch gegen die bezogene Bank auf Auszahlung; er hat nur das Recht, eine fremde Forderung (die des Ausstellers) im eigenen Namen geltend zu machen. Dies gilt auch dann, wenn der Scheck ordnungsgemäß ausgefüllt und gedeckt ist. **Die bezogene Bank ist im Verhältnis zum Remittenten nur zur Auszahlung ermächtigt, aber nicht verpflichtet;** entgegen § 784 kann die Bank den Scheck auch nicht annehmen (Art. 4 ScheckG). Verpflichtet ist sie aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrags nur im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner A; dieser Geschäftsbesorgungsvertrag ist aber kein Vertrag zugunsten Dritter, der dem R einen eigenen Anspruch gegen die Bank verschaffen würde.

- c) Wenn nun der Remittent von der Bank kein Geld bekommt, kann er nur gegen seinen Vertragspartner A vorgehen. Dabei stehen ihm 2 Anspruchsgrundlagen zur Verfügung: Zum einen hat er nach wie vor einen Anspruch aus dem Valutaverhältnis (z.B. aus § 433 II); zum anderen hat er aber auch einen Anspruch aus dem konkludent geschlossenen **scheckmäßigen Verpflichtungsvertrag**: A hatte sich gegenüber R mit der Aushändigung des Schecks verpflichtet, für die Einlösung des Schecks zu haften (Art. 12 ScheckG). In einem Zivilprozess wird R seinen Anspruch auf Art. 12 ScheckG stützen, denn dann kann er diesen Anspruch in einem **Scheckprozess** geltend machen, bei dem das Gesetz den Beweis erleichtert (§ 605 I ZPO) und die Ladungsfristen gemäß § 604 II, III ZPO verkürzt.

II. Der Wechsel

Der Wechsel unterscheidet sich vom Scheck dadurch, dass er kein Zahlungspapier, sondern ein Kreditpapier ist: Während der Scheck sofort vorgelegt werden soll, soll die Verbindlichkeit aus dem Wechsel in der Regel erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt werden und damit dem Aussteller einen Kredit verschaffen. Zudem kann der Bezogene (anders als beim Scheck, Art. 4 ScheckG) den Wechsel gemäß Art. 28 WG annehmen und sich dadurch gegenüber dem Remittenten wechselrechtlich selbst zur Zahlung verpflichten. Im Einzelnen:

1) Die Ausstellung des Wechsels

Der Aussteller füllt das Wechselformular aus, das die 8 in Art. 1 WG genannten Bestandteile des Wechsels enthält. In diesem Wechsel weist der **Aussteller** den **Bezogenen** an, an den **Remittenten** eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Hat der Bezogene den Wechsel noch nicht akzeptiert, enthält der Wechsel ebenso wie der Scheck eine **Doppelmächtigung**: Der Bezogene ist ermächtigt (aber vor der Annahme noch nicht verpflichtet!), an den Remittenten zu zahlen; der Remittent ist ermächtigt, das Geld beim Bezogenen einzuziehen.

2) Die Annahme des Wechsels

Wenn der Bezogene den Wechsel akzeptiert („querschreibt“), hat er sich dadurch gegenüber dem Remittenten zur Zahlung verpflichtet; er heißt jetzt „Akzeptant“, weil er den Wechsel akzeptiert, also angenommen hat. Die Annahmeerklärung ist an den Remittenten gerichtet (und wird bei der Aushändigung des Wechsels durch den Aussteller überbracht). Wenn der Remittent diese Erklärung annimmt, entsteht zwischen dem Bezogenen und dem Remittenten ein **wechselrechtlicher Verpflichtungsvertrag**, der vom Grundverhältnis (Aussteller - Remittent) losgelöst (= abstrakt) ist und daher eine **abstrakte Verpflichtung des Bezogenen** begründet.

3) Die Fälligkeit

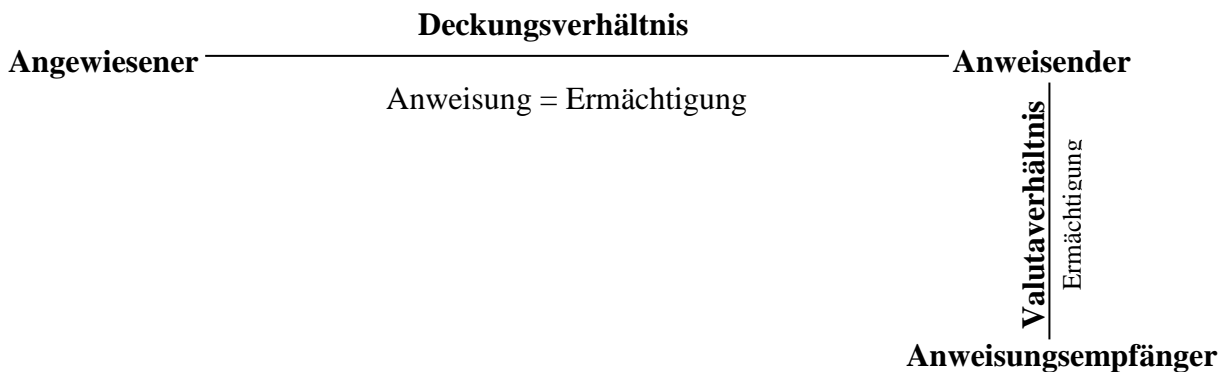
Der Wechsel ist entweder als Sichtwechsel sofort bei der Vorlegung fällig oder - was die Regel ist - erst zu einem späteren Zeitpunkt (bestimmter Tag/Tagewechsel; bestimmte Zeit nach Vorlegung/Nachsichtewechsel; bestimmter Tag nach Ausstellung/Datowechsel, z.B. 3-Monats-Wechsel).

4) Die Übertragung des Wechsels

Der Wechsel kann auf weitere Personen übertragen werden: Der Remittent überträgt den Wechsel z.B. gemäß § 364 II erfüllungshalber an seinen Gläubiger oder er verkauft ihn an eine Bank (= Diskont). Bei dieser Übertragung überträgt der Remittent dem Erwerber gemäß § 929 das Eigentum an der Wechselurkunde und übergibt sie ihm; auf die Rückseite setzt er ein **Indossament** („Übertragungsvermerk“); denn der Aussteller hatte ja den Bezogenen angewiesen, an den Remittenten zu zahlen. Der Remittent erteilt nun durch das Indossament die Weisung, der Bezogene möge an den Erwerber E zahlen („an E“). Der Übertragende kann aber auch ein **Blankoindossament** erteilen, indem er den Übertragungsvermerk unterschreibt und die Person des Erwerbers offen lässt.

Durch die Weiterübertragung des Wechsels kann eine ganze Kette von Zahlungen durch eine einzige Zahlung ersetzt werden, nämlich durch die Zahlung des Bezogenen an den letzten Erwerber des Wechsels.

§ 72 Die Anweisung gemäß den §§ 783 ff.



I. Die einzelnen Rechtsverhältnisse

- 1) Das **Deckungsverhältnis** besteht zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen. Es deckt die Weisung ab und ist der Rechtsgrund für die Ermächtigung des Angewiesenen, im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.
- 2) Das **Valutaverhältnis** besteht zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger. Es liefert den Rechtsgrund dafür, dass der Anweisungsempfänger eine fremde Forderung im eigenen Namen beim Angewiesenen einziehen kann.
- 3) Die **Anweisung** ist gemäß § 783 die schriftlich erteilte Aufforderung an den Angewiesenen, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu zahlen oder Wertpapiere oder sonstige vertretbare Sachen zu leisten. Sie enthält ebenso wie der Scheck eine **Doppelermächtigung**: Der Anweisungsempfänger darf die Leistung im eigenen Namen beim Angewiesenen einziehen, der Angewiesene darf im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden leisten.
- 4) Wenn der Angewiesene an den Anweisungsempfänger zahlt, wird sowohl der Anspruch aus dem Deckungsverhältnis als auch der Anspruch aus dem Valutaverhältnis erfüllt, wobei der Angewiesene an den Anweisenden und der Anweisende an den Anweisungsempfänger leistet. Aber: Erst die Leistung an sich, nicht bereits die Annahme durch den Angewiesenen, erfüllt gemäß § 788 das Valutaverhältnis: Geld haben und Geld bekommen ist zweierlei.

II. Die Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen: § 784

- 1) Ebenso wie beim Scheck ist der Angewiesene im Verhältnis zum Anweisungsempfänger nicht zur Leistung verpflichtet. Da die Anweisung nicht ihm, sondern dem Anweisungsempfänger ausgehändigt wurde, war er ja auch an der Anweisung gar nicht beteiligt.
- 2) Im Gegensatz zum Scheck kann aber der Angewiesene die Anweisung gemäß § 784 annehmen. Die Annahmeerklärung ist eine **abstrakte Verpflichtungserklärung**, die der Angewiesene gemäß § 784 II 1 schriftlich auf die Anweisung setzt. Durch die Annahmeerklärung hat sich der Angewiesene (ebenso wie beim Wechsel; Art. 28 WG) gegenüber dem Anweisungsempfänger zur Leistung verpflichtet. Anspruchsgrundlage ist dann § 784 I, 1. HS: Der Angewiesene muss - Zug um Zug gegen Aushändigung der Anweisungsurkunde (§ 785) - an den Anweisungsempfänger leisten.
Exkurs: Zu dieser Annahme ist der Angewiesene gemäß § 787 II aber nicht allein deshalb verpflichtet, weil er die Leistung dem Anweisenden schuldet: Diese Schuld verpflichtet ihn nur zur Leistung an seinen Gläubiger, aber nicht dazu, eine neue selbständige Verpflichtung gegenüber Dritten einzugehen.

3) **Die Rechtsfolgen der Annahme:** Wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, entsteht eine - **abstrakte Verpflichtung aus § 784 I**, die mit den sonstigen schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten (Deckungsverhältnis, Valutaverhältnis) nichts zu tun hat: Der Angewiesene kann dem Anspruch aus § 784 I daher keine Einwendungen aus dem Deckungs- oder Valutaverhältnis, sondern gemäß § 784 I, 2. HS nur dreierlei entgegenhalten:

- die Einwendungen, die die Gültigkeit der Annahme betreffen (z.B. Formnichtigkeit),
- die Einwendungen, die sich aus dem Inhalt der Annahme ergeben (z.B. auflösende Bedingung, Befristung) oder
- die dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (z.B. Aufrechnungseinwand).

2. Kapitel: Die Inhaberschuldverschreibung: §§ 793 - 806

Vorbemerkung

Die Inhaberschuldverschreibung ist eine Urkunde, in der der Schuldner dem jeweiligen Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht. Die Inhaberschuldverschreibung ist ein **Inhaberpapier**: Der Berechtigte ist namentlich nicht genannt, so dass der Schuldner an denjenigen leisten muss, der sich durch Vorlage des Papiers als Berechtigter legitimieren kann (§ 1006 I). Andererseits wird er gemäß § 793 I 2 auch dann von seiner Verpflichtung frei, wenn er an den Nichtberechtigten leistet, der aber durch den Papierbesitz legitimiert war.

Beispiele für Inhaberschuldverschreibungen: Schuldverschreibungen (Anleihen) der öffentlichen Hand (Bund, Länder und Gemeinden), Pfandbriefe der Hypothekenbanken, Inhaberlagerscheine.

§ 73 Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Inhaberschuldverschreibung

I. Die Form

Die Form wird durch § 793 II erleichtert: Zwar ist gemäß § 793 I die Einhaltung der Schriftform erforderlich (Urkunde!), doch genügt es gemäß § 793 II 2 entgegen § 126, dass die Namensunterschrift mechanisch vervielfältigt wurde (Faksimile).

II. Der Inhalt

Meistens wird es sich um eine Geldleistung handeln, doch kann auch jede andere Leistung versprochen werden. Da die Inhaberschuldverschreibung eine abstrakte Verpflichtung begründet, ist die Angabe des Schuldgrundes nicht erforderlich.

III. Die Entstehung der Verpflichtung

Der Schuldner übergibt seinem Gläubiger die Urkunde und schließt mit ihm einen **Begebungsvertrag**, der zweierlei enthält: Zum einen überträgt der Aussteller dem Erwerber sachenrechtlich gemäß § 929 das Eigentum an der Schuldurkunde; zum anderen einigen sich die Parteien schuldrechtlich über die Entstehung der verbrieften Forderung.

§ 74 Die Übertragung der Inhaberschuldverschreibung

I. Die Übereignung der Schuldurkunde gemäß den §§ 929 ff.

Der Erwerber kann die Inhaberschuldverschreibung dadurch weiterübertragen, dass er dem Zweiterwerber die Schuldurkunde gemäß den §§ 929 ff. übereignet: Das Recht aus dem Papier (= die verbrieft Forderung) folgt dem Recht an dem Papier.

II. Die gesteigerte Verkehrsfähigkeit der Inhaberschuldverschreibung

Die Verkehrsfähigkeit der Inhaberschuldverschreibung wird durch 2 Umstände erhöht:

- 1) Zum einen ist gemäß den §§ 932 ff., 935 II auch ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich, wenn die Schuldurkunde gestohlen, verloren oder sonstwie abhandengekommen ist.
- 2) Zum anderen können auch Mängel des Begebungsvertrags (Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe; §§ 104 ff.) durch gutgläubigen Zweiterwerb überwunden werden: Selbst wenn die verbrieft Forderung durch die Nichtigkeit des Begebungsvertrags beim Ersterwerber gar nicht entstanden ist, kann der gutgläubige Zweiterwerber die verbrieft Forderung erwerben, die bei ihm originär entsteht. Der Schuldner muss den durch Ausstellung der Urkunde zurechenbar veranlassten Rechtsschein gegen sich gelten lassen (Hueck/Canaris § 3 II).

§ 75 Die Legitimationswirkungen der Urkunde

Da die Inhaberschuldverschreibung ein Inhaberpapier ist, entfaltet die Urkunde die 4 Legitimationswirkungen, die wir oben (Vorbemerkung 2 zum 6. Teil) bereits kennengelernt haben:

I. Die Legitimation zugunsten des Papierbesitzers

Gemäß § 793 I 1 kann der Inhaber der verbrieften Forderung die Leistung verlangen. Materiell berechtigt ist der Eigentümer der Urkunde, der das Eigentum entweder originär durch den Begebungsvertrag oder derivativ vom Berechtigten (§§ 929 ff.) oder vom Nichtberechtigten (§§ 932 ff., 935 II) erworben hat. Auch wenn der Besitzer der Urkunde nicht deren Eigentümer ist (z.B. der Dieb), gilt er jedoch nach § 1006 I als Inhaber der verbrieften Forderung.

II. Die Legitimation zugunsten des Schuldners

Der Schuldner muss an den Inhaber der verbrieften Forderung leisten, wobei ja der Besitzer der Urkunde als Berechtigter gilt. Der Schuldner ist zu einer Überprüfung der Berechtigung nicht *verpflichtet*, aber *berechtigt*: Will er nicht an den Besitzer der Urkunde leisten, so muss er dessen Nichtberechtigung beweisen.

Auf der anderen Seite wird der Schuldner gemäß § 793 I 2 auch dann von seiner Schuld befreit, wenn der Besitzer nicht der Inhaber der Forderung war. Der Schuldner wird nur dann nicht frei, wenn er die Nichtberechtigung positiv kannte (BGHZ 28, 368) und sie mit einfachen Mitteln hätte beweisen können.

III. Die Legitimation zugunsten des Erwerbers der Forderung

Der Besitzer der Urkunde sieht nicht nur in den Augen des Schuldners, sondern auch für einen potentiellen Erwerber der Forderung wie der Inhaber der verbrieften Forderung aus. Der Erwerber kann die verbrieftete Forderung im Vertrauen auf den Besitz auch vom Nichtberechtigten gutgläubig erwerben, wenn er gemäß den §§ 932 ff. das Eigentum an der Schuldurkunde erwirbt. Um die Verkehrsfähigkeit zu erhöhen, lässt das Gesetz in § 935 II auch den gutgläubigen Erwerb an abhandengekommenen Schuldurkunden zu.

IV. Die Legitimation zugunsten des Schuldners bei der Leistung

Der Schuldner muss gemäß § 797, 1 nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Schuldurkunde leisten. Dies bedeutet aber nicht, dass der berechtigte Inhaber der Forderung seine Forderung in den Wind schreiben kann, wenn er die Schuldurkunde verloren hat: Er kann die abhandengekommene Schuldurkunde im Wege des Aufgebotsverfahrens gemäß den §§ 799 ff. für kraftlos erklären lassen und die Forderung mit dem Ausschlussurteil geltend machen. Ist die Forderung noch nicht fällig, so kann er vom Schuldner die Ausstellung einer neuen Urkunde auf seine Kosten verlangen.

§ 76 Die Einwendungen des Schuldners

Ebenso wie die Anweisung der §§ 783 ff. erzeugt die Inhaberschuldverschreibung eine abstrakte Verbindlichkeit, die von den übrigen Beziehungen der Beteiligten rechtlich losgelöst ist. Ebenso wie bei der Anweisung (§ 784 I, 2. HS) kann der Schuldner dem Inhaber der Urkunde daher nur dreierlei entgegenhalten:

- Einwendungen, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen;
- Einwendungen, die sich bereits aus dem Inhalt der Urkunde ergeben sowie
- Einwendungen, die dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (z.B. Stundung, Aufrechnung).

3. Kapitel:

Kleine Inhaberpapiere und Namenspapiere mit Inhaberklausele: §§ 807, 808

§ 77 Kleine Inhaberpapiere: § 807

I. Begriffsbestimmung: Was sind kleine Inhaberpapiere?

Kleine Inhaberpapiere sind Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, die den Gläubiger nicht namentlich benennen, sondern den jeweiligen Inhaber als Gläubiger legitimieren. Insoweit entsprechen sie der Inhaberschuldverschreibung. § 807 verstärkt dies dadurch, dass er die §§ 793 I, 794, 796, 797 für anwendbar erklärt.

Beispiele für kleine Inhaberpapiere: Übertragbare Fahrkarten, Eintrittskarten für Kino, Theater oder Konzert.

II. Die gesetzliche Regelung

Da diese Urkunden aber regelmäßig nur kleinere Werte verkörpern, sind die komplizierten Regeln der Form (§ 793 II) oder über das Aufgebotsverfahren bei Verlust (§§ 798 ff.) nicht anwendbar. Da die Laufzeit regelmäßig sehr kurz ist, gelten auch die Vorschriften über die Vorlegungs- und Verjährungsfristen (§§ 801, 804) nicht.

III. Die Legitimationswirkungen

Auch die kleinen Inhaberpapiere haben die o.g. Legitimationswirkungen:

- 1) Der Inhaber der Karte, Marke etc. gilt gemäß § 1006 I als Inhaber der verbrieften Forderung.
- 2) Der Schuldner leistet an den Inhaber mit befreiender Wirkung, ohne dessen Berechtigung überprüfen zu müssen.
- 3) Bei der Übertragung wird die Urkunde gemäß den § 929 ff. übereignet und das verbrieftete Recht folgt ihr nach: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Da die Urkunde zugunsten des Papierbesitzers den Rechtsschein der Berechtigung erzeugt, kann man ein kleines Inhaberpapier gemäß den §§ 932 ff. auch vom Nichtberechtigten erwerben.
- 4) Der Schuldner ist gemäß den §§ 807; 797, 1 nur verpflichtet, Zug um Zug gegen Aushändigung der Karte/Marke zu leisten.

§ 78 Einfache Legitimationspapiere

I. Begriffsbestimmung

Auch einfache Legitimationspapiere benennen den Gläubiger nicht, haben aber im Gegensatz zu den kleinen Inhaberpapieren nicht all deren Legitimationswirkungen.

Beispiele für einfache Legitimationspapiere: Garderobenmarke, Gepäckaufbewahrungsschein, Reparaturschein.

Auch hier will zwar der Schuldner befreit werden, wenn er an den leistet, der ihm die Urkunde vorlegt; diese Urkunden sind aber keine Wertpapiere, denn der Berechtigte kann, wenn er sein Recht beweisen kann, seinen Anspruch auch ohne Vorlage der Urkunde geltend machen.

II. Die gesetzliche Regelung

Für einfache Legitimationspapiere gelten folgende Regeln:

- 1) **Der Inhaber der Urkunde wird nicht allein durch den Besitz der Urkunde als Berechtigter legitimiert.** Der Schuldner ist bei Vorlage der Urkunde nicht sofort zu der versprochenen Leistung verpflichtet (z.B. zur Rückgabe des verwahrten Mantels), sondern darf die Berechtigung des Besitzers überprüfen („der Pelzmantel gehört ihnen doch gar nicht“). Der Gläubiger muss also im Streitfall nicht nur die Urkunde vorlegen, sondern auch seine Berechtigung beweisen. § 1006 I gilt nicht, denn das Recht am Papier folgt gemäß § 952 dem Recht aus dem Papier.
- 2) **Die verbrieft Forderung wird gemäß den §§ 398 ff. abgetreten.** Das Eigentum an der Urkunde steht gemäß § 952 dem Inhaber der Forderung zu: Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier.
- 3) **Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist ausgeschlossen.**
- 4) **Der Schuldner wird befreit, wenn er an denjenigen leistet, der ihm die Urkunde aushändigt,** es sei denn, dass er dessen Nichtberechtigung kennt.

§ 79 Qualifizierte Legitimationspapiere: Namenspapiere mit Inhaberklausele: § 808

I. Die legitimierende Wirkung

Namenspapiere mit Inhaberklausele stehen ebenso wie die Orderpapiere zwischen den Namenspapieren und den Inhaberpapieren, aber näher an den Namenspapieren. **Der Gläubiger wird namentlich benannt, doch wird der Schuldner infolge der Inhaberklausele auch dann frei, wenn er an den nichtberechtigten Inhaber der Urkunde leistet. Die befreiende Wirkung dieser Leistung ergibt sich nicht aus § 407, sondern aus § 808 I 1.** Das bekannteste Beispiel für ein qualifiziertes Legitimationspapier ist das Sparbuch.

II. Begriffsbestimmung

Derartige Papiere nennt man **qualifizierte Legitimationspapiere** oder auch **hinkende Inhaberpapiere**. Dies hat folgende Ursachen:

1) Qualifizierte Legitimationspapiere

Ebenso wie bei den einfachen Legitimationspapieren (s.o. § 78) wird der Schuldner frei, wenn er an den leistet, der die Urkunde vorlegt. Die Namenspapiere mit Inhaberklausele werden aber gegenüber den einfachen Legitimationspapieren dadurch *qualifiziert*, dass der Schuldner gemäß § 808 II 1 nur bei Vorlage der Urkunde zur Leistung verpflichtet ist.

2) Hinkende Inhaberpapiere

Ebenso wie bei den Inhaberpapieren wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde frei. **Gegenüber den Inhaberpapieren hinken aber die Namenspapiere mit Inhaberklausele dadurch, dass der Inhaber sich gemäß § 808 I 2 nicht allein durch Vorlage der Urkunde als Berechtigter legitimieren kann:** Legt der Inhaber die Urkunde vor, ist der Schuldner zwar zur Leistung *berechtigt*, aber nicht *verpflichtet*. Zieht der Schuldner die Berechtigung des Inhabers in Zweifel, so muss der Inhaber der Urkunde gemäß § 808 I 2 beweisen, dass er Inhaber der verbrieften Forderung ist.

III. Die gesetzliche Regelung

Für die qualifizierten Legitimationspapiere gelten folgende Regeln:

1) Gemäß § 808 I 1 kann der Schuldner an jeden Inhaber der Urkunde mit befreiender Wirkung leisten, ohne dessen Berechtigung überprüfen zu müssen. Befreiend wirkt aber nur die versprochene Leistung.

Beispiel: Die Sparkasse wird bei Zahlung an den Inhaber des Sparbuchs nicht befreit, wenn sie die vereinbarte Kündigungsfrist nicht einhält (BGH NJW 1986, 2104), mehr als zulässig auszahlt (BGHZ 42, 302) oder einen Sperrvermerk missachtet (BGH NJW 1988, 2100).

2) Der Schuldner wird natürlich nicht von seiner Leistungspflicht frei, wenn er die Nichtberechtigung des Inhabers kennt (BGHZ 28, 368). Das steht zwar so nicht im Gesetz, ergibt sich aber aus Treu und Glauben. Dies gilt nach h.M. (OLG Düsseldorf NJW 1987, 654; Köln VersR 1990, 1338; MünchKomm/Hüffer § 808 Rz. 29; offen gelassen von BGHZ 28, 368) auch dann, wenn der Schuldner die Nichtberechtigung grob fahrlässig verkennt.

- 3) **Der Gläubiger kann sich gemäß § 808 I 2 nicht allein durch den Besitz der Urkunde legitimieren:** § 1006 I gilt auch hier nicht, weil das Recht am Papier gemäß § 952 dem Recht aus dem Papier folgt. Bestreitet der Schuldner die Berechtigung, so muss der Inhaber des Buchs seine Berechtigung beweisen.
- 4) **Die Übertragung der verbrieften Forderung erfolgt durch Abtretung gemäß den §§ 398 ff.** Das Eigentum an der Urkunde steht gemäß § 952 kraft Gesetzes dem Inhaber der Forderung zu. Wird dem Erwerber die Urkunde bei der Abtretung der Forderung nicht ausgehändigt, so kann er anschließend gemäß § 985 Herausgabe der Urkunde verlangen.
- 5) **Ein gutgläubiger Erwerb der Forderung ist nicht möglich.**
- 6) **Bestehende Einwendungen und Einreden bleiben gemäß den §§ 404 ff. auch nach erfolgter Abtretung erhalten.**

Index

A

Abbildungsschaden	37
Abfindungsvergleich	117
Abhilfeverlangen	51
Abnahme	17, 18, 25, 41
Abschlagszahlung	13
Abschlussfreiheit	65
Abschlusszwang	58
Abstraktes Schuldversprechen	118
Akzessorietät der Bürgschaft	84
Aliud-Lieferung	22
Alleinauftrag	65
Anfechtbarkeit	87
Annahmeverzug	19, 42
Arbeitnehmer	1
Arbeitnehmerähnliche Personen	2
Arbeitsrecht	1
Arbeitsvermittlung	63
Arglist des Unternehmers	36
Aufklärungspflicht	92
Auflösungsverschulden	9
Aufrechenbarkeit	87
Auftrag	12
Auftragsrecht	75
Aufwendungen	72, 75
Ausfallbürgschaft	112
Auskunftsanspruch	18
Aussteller	130
Avalprovision	84

B

Banküberweisung	129
Baubetreuer	12
Bauträger	12
Beförderungsvertrag	79
Begebungsvertrag	135
Begleitschäden	37
Beratungsvertrag	74
Beweislast	27
Bezogener	130
Blankobürgschaft	89
Blankoindossament	132
Bürgenhaftung vermögensloser Kinder	96
Bürgenhaftung von Ehegatten	96
Bürgschaftsvertrag	83

C

Cessio legis	109
Chartervertrag	46

D

Deckungsverhältnis	130, 133
Deklaratorisches Schuldanerkenntnis	125
Dienstberechtigter	1
Dienstverpflichteter	1
Dienstvertrag	11
Differenzgeschäft	82
Doppelermächtigung	131, 133
Durchgriffsfälligkeit	18
Durchsetzbarkeitsakzessorietät	85

E

Echte Verflechtung	61
Ehemakler	65
Ehrenschulden	81
Eigenmächtige Ersatzvornahme	28
Einrede	41, 85, 103
Empfängerhorizont	36
Entgeltfortzahlungsgesetzes	5
Entschädigung	54
Erfüllungsansprüche	9
Erklärung ins Blaue hinein	36
Ersatzvornahme	13, 24
Erweitertes Provisionsversprechen	65
Erwerb vom Nichtberechtigten	15

F

Fachmann	37
Fälligkeit	13, 49, 132
Falschspiel	81
Finanzierter Ehemaklervertrag	66
Frankfurter Tabelle	52
Freigabe von Sicherheiten	86, 102
Fremdnützigkeit	70

G

Garantiehaftung	38
Garantievertrag	11
Gastwirthaftung	79
Geborene Orderpapiere	128
Gefahrtragungsregel	43
Gefahrübergang	23
Gefälligkeitsverhältnis	67
Gefälligkeitsvertrag	67
Gegenleistungsgefahr	43
Gegenseitiges Nachgeben	113
Geheißerwerb	129
Gekorene Orderpapiere	128
Geschäftsbesorger	75
Geschäftsbesorgungsvertrag	12, 13, 84
Geschäftsführung ohne Auftrag	84
Gesetzlicher Forderungsübergang	109
Gestaltungsrecht	29
Gewinnbeteiligung	4
Großer Schadensersatz	33, 34
Gutachterkosten	34, 39

H		N	
Haftungsbeschränkung	55, 80, 97	Nachbürgschaft	111
Hauptpflicht	3	Nacherfüllung	24
Hauptschuld	83	Nachfristsetzung	29
Hinkende Inhaberpapiere	141	Nachweismakler	57, 59
Höchstbetragsbürgschaft	112	Namenspapiere	127
Höhere Gewalt	53	Naturalobligation	65, 81
Höherer Dienst	9	Nebenschulden	3, 14, 19, 37, 49, 70
		Neuherstellung	27
		Normalbeschaffenheit	21
I		O	
Indirekter Nachweis	59	Obhutspflicht	77
Indossament	128, 132	Obliegenheit	72
Inhaberpapiere	127	Ordentliche Kündigung	7
Inhaberschuldverschreibung	139	Orderpapiere	128
Inhaltliche Übereinstimmung	60	Originaldokument	90
K		P	
Kaufvertrag	11	Pauschalreise	48
Kausalitätsnachweis	38	Persönliche Übereinstimmung	60
Kleiner Schadensersatz	34	Pfandrecht	16, 80
Konkludente Billigung	17	Pflicht zur familiären Rücksichtnahme	96
Konsensualvertrag	76	Prämien	4
Konstitutives Schuldanerkenntnis	125	Prioritätsprinzip	108
Körperliches Werk	13	Prospektangaben	47
Kosten	26	Provision	4
Kostenvoranschlag	11, 15, 45	Provisionsanspruch	57, 60
Kreditpapier	131	Provisionsversprechen	58
Kündigung	6, 45, 53, 65, 85, 101	Prozessbürgschaft	112
Kündigungsfrist	8	Prozessvergleich	114, 117
Kündigungsschutz	7		
Künstlerische Leistung	21	R	
L		Rechnungslegung	75
Legitimationspapier	140	Rechtskrafterstreckung auf Dritte	108
Legitimationswirkung	126, 139	Rechtsmangel	22, 31, 104
Leistungsgefahr	42	Rechtsverhältnis	114
Leistungsträger	47	Regelmäßige Verwahrung	76
Lotterie	82	Reisebüro	48
M		Reisemangel	50
Mangelbeseitigung	26	Reiseveranstalter	47
Mangelfolgeschaden	34, 37, 54	Reisevertrag	46
Mangelhaftigkeit	23, 104	Remittent	130
Mangelschaden	34	Reparaturaufwand	34
Mehraufwendung	19, 72	Rückbürgschaft	112
Mehrkosten	34, 45, 52	Rücktritt	24
Minderung	23, 31, 52	Rücktrittserklärung	29
Mitbürgschaft	111	Rücktrittsrecht vor Reisebeginn	56
Mitwirkungspflicht	10		

S

Sachmangel	21
Schadensersatz	24, 34
Scheck	131
Scheckprozess	131
Schenkung	84
Schuldurkunde	120
Schutzpflichten	91
Selbstschuldnerische Bürgschaft	106
Sicherheit	16
Sicherungshypothek	16
Sicherungsschein	49
Sonderzahlungen	4
Sorgfaltspflicht	14
Sparbuch	141
Spiel	82
Stufenklage	71
Stundung	103
Subjektiver Fehlerbegriff	50
Substitution	70, 73

T

Tarifvertragsrecht	1
Taxmäßige Vergütung	4, 14, 63
Teilvergütung	43
Teilvergütungsanspruch	44
Treuepflicht	3

U

Unechte Verflechtung	61
Unkörperliches Werk	10, 14
Unmöglichkeit	6, 33
Unregelmäßige Verwahrung	76
Unternehmerpfandrecht	10
Urkundenprozess	122

V

Valutaverhältnis	133
Verbundene Geschäfte	66
Verdienstaustausch	72
Vergleichsgegenstand	116
Vergleichsgrundlage	116
Vergütungspflicht	14
Verjährung	27, 32, 40, 103, 121
Verjährungsfrist	18, 40, 55
Verjährungsregelung	23
Verkehrssitte	50
Vermittlungsmakler	57, 59
Verpflichtungsvertrag	67
Verschwiegenheitspflicht	3
Vertragsstrafeversprechen	58, 65
Vertragsübertragung	56
Vertretungsmacht	88
Verwahrungspflicht	76
Verwahrungsvertrag	77
Verzögerungsschaden	20
Vollendung des Werks	11, 17, 45
Vorausklage	85, 106
Vorschuss	28, 72

W

Wegfall der Geschäftsgrundlage	53, 86, 96, 101
Weisungsgebundenheit	55, 70
Werklohn	10, 28
Werkunternehmerpfandrecht	15
Werkvertrag	10
Wertpapiere	126
Wertschöpfung	11
Wettbewerbsverbot	3
Wette	82
Wettlauf der Sicherungsgeber	109
Widerruf	73
Wohnungsvermittlung	63

Z

Zahlung des Werklohns	27
Zahlungspapier	131
Zeugnis	9
Zugesicherte Eigenschaft	21
Zurückbehaltungsrecht	16
Zuständigkeitsakzessorietät	85
Zuweniglieferte	22

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

145 SEITEN, 5. AUFLAGE 2017

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

92 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

FAMILIENRECHT

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-93-7, 6. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

ERBRECHT

90 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

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.