

Schuldrecht AT

Inhaltsübersicht

Startseite.....	1
1. Kapitel: Welche Pflichten folgen aus Schuldverhältnissen?.....	2
A. Was sind "Pflichten"?	2
I. Was sind "Leistungspflichten" (§ 241 Abs. 1 BGB)?	3
II. Was sind "Rücksichtnahmepflichten" (§ 241 Abs. 2 BGB)?	30
B. Was sind "Obliegenheiten"?.....	37
I. Was setzt der Annahmeverzug voraus?	38
II. Was bedeutet der Annahmeverzug für Leistung und Gegenleistung?.....	39
III. Welche weiteren Folgen hat der Annahmeverzug?.....	40
C. Welche Bedeutung hat § 242 BGB?	40
2. Kapitel: Wer sind die Parteien des Schuldverhältnisses?.....	41
A. Wer ist der "Schuldner"?.....	41
I. Was gilt, wenn mehrere Personen verpflichtet sind?	42
II. Wie kann der Schuldner ausgewechselt werden?	47
III. Was gilt, wenn ein Dritter eine Pflicht erfüllt?	50
B. Wer ist der "Gläubiger"?	54
I. Was gilt, wenn mehrere Personen berechtigt sind?	55
II. Wie kann der Gläubiger ausgewechselt werden?.....	61
C. Inwieweit sind "Dritte" an einem Schuldverhältnis beteiligt?	75
I. Was ist ein Vertrag zugunsten Dritter?.....	76
II. Was ist ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?.....	85
III. Was regelt § 311 Abs. 3 S. 2 BGB?.....	92
3. Kapitel: Wodurch erlöschen Pflichten aus Schuldverhältnissen?	94
A. Was bedeutet "Erfüllung" (§ 362 BGB)?	94
I. Wann tritt Erfüllung ein?	95
II. Was ist eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB)?	102
III. Was ist eine Leistung erfüllungshalber?.....	106
B. Was ist eine "Aufrechnung" (§§ 387 ff. BGB)?	107

I. Was setzt eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) voraus?	108
II. Welche Anforderungen bestehen an eine Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB)?	110
III. Wodurch ist die Aufrechnung ausgeschlossen?	111
IV. Welche Folgen hat die Aufrechnung?	112
C. Was sind "Unmöglichkeit" und "Unzumutbarkeit" (§ 275 BGB)?	114
I. Wann liegt Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) vor?	114
II. Was ist Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB)?	119
III. Was ist persönliche Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB)?	122
IV. Was gilt für die Gegenleistungspflicht (§ 326 BGB)?	124
D. Was ist ein "Rücktritt" (§ 346 BGB)?	129
I. Welche Rücktrittsgründe sind zu unterscheiden?	129
II. Was ist bei der Rücktrittserklärung zu beachten (§ 349 BGB)?	130
III. Wodurch kann der Rücktritt ausgeschlossen werden?	131
IV. Welche Folgen hat ein Rücktritt?	132
E. Was ist ein "Widerruf" (§ 355 BGB)?	146
I. Was ist ein entgeltlicher Verbrauchervertrag?	147
II. Welche Widerrufsgründe gibt es?	152
III. Was gilt für die Widerrufserklärung?	155
IV. Wie berechnet man die Widerrufsfrist?	155
V. Welche Folgen hat ein Widerruf?	156
VI. Was sind verbundene und zusammenhängende Verträge?	157
F. Was ist eine "Störung der Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB)?	160
I. Was sind vorrangige Regelungen?	161
II. Was ist eine Geschäftsgrundlage?	161
III. Wann ist eine Änderung schwerwiegend (§ 313 Abs. 1 BGB) bzw. ein Irrtum wesentlich (§ 313 Abs. 2 BGB)?	163
IV. Wann ist das Festhalten am Vertrag unzumutbar?	163
G. Was ist eine Kündigung?	164
H. Was ist eine "Hinterlegung" (§ 372 BGB)?	165
I. Was ist ein Selbsthilfeverkauf (§ 383 BGB)?	166
II. Welche Besonderheit gilt für den Handelskauf (§ 373 HGB)?	166
I. Welche weiteren Erlöschensgründe gibt es?	167
4. Kapitel: Welche Folgen haben Pflichtverletzungen?	168
A. Was ist das "Leistungsstörungsrecht"?	168

I. Welche Pflichtverletzungen werden unterschieden?	169
II. Welche Rechtsfolgen sieht das Gesetz vor?	169
B. Unter welchen Voraussetzungen gibt es Schadensersatz?	170
I. Was setzt § 280 Abs. 1 BGB voraus?	171
II. Welche weiteren Merkmale erfordert § 280 Abs. 3 BGB?	179
III. Was ist ein "Verzögerungsschaden" im Sinne von § 280 Abs. 2 BGB?	185
IV. Warum gibt es § 311a Abs. 2 BGB als Sonderregelung?	189
C. Wann bildet eine Pflichtverletzung einen Rücktrittsgrund?	190
D. Was ist das stellvertretende commodum?	191
E. In welchem Umfang werden frustrierte Aufwendungen ersetzt?	192
I. In welchen Fällen müssen Sie § 284 BGB prüfen?	193
II. Wie verhält sich § 284 BGB zu den §§ 280 ff. BGB?	193
5. Kapitel: Was sind Schadens- und Aufwendungsersatz?	195
A. Welche Schäden sind nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzen?	195
I. Was ist ein Schaden?	196
II. Wonach bestimmt sich die Zurechnung der Schäden?	200
III. Wie werden Schäden ausgeglichen / ersetzt?	211
IV. Unter welchen Umständen ist der Ersatz ausgeschlossen/gemindert?	223
B. Was sind "Aufwendungen"?	228
I. Welche Regelungen zum Aufwendungsersatz gibt es?	229
II. Wie weit geht die Rentabilitätsvermutung?	230
III. Welche Voraussetzungen hat § 284 BGB?	230
6. Kapitel: Unter welchen Umständen darf der Schuldner die Leistung verweigern?	233
A. Was sind Einreden?	233
B. Was bewirkt die Verjährung (§ 214 BGB)?	233
I. Wann beginnt die Verjährung (§ 199 BGB, § 200 BGB)?	234
II. Wie lange dauert die Verjährungsfrist (§§ 195 ff. BGB)?	235
III. Wie wirkt die Hemmung (§ 209 BGB)?	236
C. Was ist ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB, § 320 BGB)?	236
I. Was setzt § 273 Abs. 1 BGB voraus?	237
II. Was ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB)?	237
III. Was ist die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB)?	238

Inhalt

IV. Welche besonderen Zurückbehaltungsrechte sollte man kennen?	239
D. Welche weiteren wichtigen Leistungsverweigerungsrechte gibt es?	239
I. Welche besonderen Verweigerungsrechte folgen aus § 242 BGB?.....	240
II. Welche besonderen Zurückbehaltungsrechte hat der Bürge?	241

Verwendete Symbole

In diesem Skript werden verschiedene Symbole verwendet, um wichtige Zusatzinformationen hervorzuheben.



Beispiel



Selbstkontrollfrage



Definition



Meinungsstreit



Prüfungsschema



Klausurtyp



Typischer Fehler



Vertiefende Literatur / Gerichtsentscheidungen

Startseite

Dieser Kurs ist noch in einem frühen Entwicklungsstadium.

Derzeit fehlen vor allem noch Grafiken, Beispiele und interaktive Elemente.

Eine erste vollständige Version befindet sich allerdings in der Vorbereitung.

1. Kapitel: Welche Pflichten folgen aus Schuldverhältnissen?

Liebe Leserin, lieber Leser,

im Schuldrecht geht es um Schuldverhältnisse - die wiederum nach § 241 BGB durch Leistungs- und Rücksichtnahmepflichten definiert sind. In diesem Kapitel lernen Sie den Unterschied zwischen solchen Pflichten und Obliegenheiten sowie welche Regelungen des zweiten Buches diese Pflichten konkretisieren. Dabei geht es auch um seltenere Erscheinungen wie etwa die Wahlschuld.

Nach Lektüre dieses Kapitels sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Was sind Leistungspflichten, Rücksichtnahmepflichten und Obliegenheiten?
- Was sind Wahlschuld, Gattungsschuld und Geldschuld?
- An welchem Ort und zu welcher Zeit müssen Leistungen erbracht werden?

A. Was sind "Pflichten"?

Jedes Schuldverhältnis begründet "Pflichten". Diese Pflichten begründen wiederum Ansprüche im Sinne von § 194 BGB, die gerichtlich durchgesetzt werden können. Man unterscheidet dabei zwei Arten von Ansprüchen:

- **"Primäransprüche"** bezeichnen das Recht, von einem anderen ein Tun, Dulden oder Unterlassen aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung (§ 311 Abs. 1 BGB) oder einer gesetzlichen Anordnung (z.B. § 823 Abs. 1 BGB, § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB) zu fordern.

Es handelt sich um die Leistungspflichten aus einem Schuldverhältnis. Diese Leistungspflicht kann jedoch unmöglich werden (§ 275 Abs. 1 BGB), sodass die Pflicht zur Erfüllung ausgeschlossen ist - denn niemand muss Unmögliches vollbringen; eine gerichtliche Durchsetzung wäre insoweit unsinnig ("impossibillium nemo obligatur").

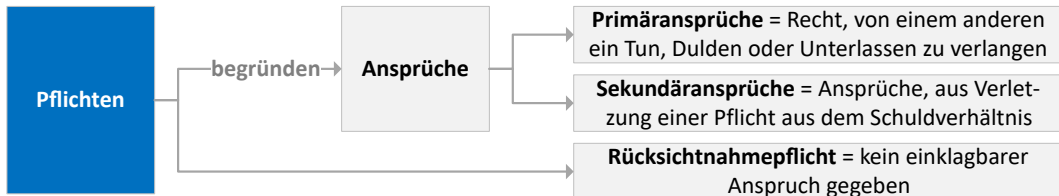
Der Werkunternehmer muss irgendwie den geschuldeten Erfolg bewirken (§ 631 Abs. 1, 1. HS BGB). Zerstört er die zu reparierende Sache aber beim Reparaturversuch endgültig, kann niemand mehr seine Vertragspflicht erfüllen (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB) - ein Rechtsstreit mit dem Ziel, ihn zur Reparatur zu zwingen, wäre unsinnig.



- **"Sekundäransprüche"** bezeichnen die Ansprüche, die aus der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis entstehen; sie treten also an die Stelle der "Primäransprüche" (siehe nur § 275 Abs. 4 BGB).

Das BGB spricht insoweit von Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB), wenn die Erfüllung einer Leistungspflicht in natura durch eine Geldzahlung ersetzt werden soll. Hieran werden besondere Anforderungen gestellt (vgl. § 281 BGB, § 282 BGB, § 283 BGB, § 311a Abs. 2 BGB). Sekundäransprüche sind zudem der Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 284 BGB) sowie der Anspruch auf Herausgabe eines bei Unmöglichkeit erlangten Ersatzgegenstands (§ 285 BGB).

- Neben Sekundäransprüchen gibt es auch Konstellationen, in denen es keinen einklagbaren Anspruch auf die Erfüllung einer Pflicht gibt. Aber es kann trotzdem eine **allgemeine (wenn-gleich unspezifische) Rücksichtnahme** erforderlich sein (§ 241 Abs. 2 BGB). Wird diese nicht gewährt, wurde eine Pflicht verletzt und es ist Schadensersatz zu leisten (§ 280 Abs. 1 BGB) - obwohl man vorher keine Rücksichtnahme erzwingen konnte.



Bereits vor Vertragsschluss sollte der Verkäufer auf die Sicherheit von Kunden achten, die sich in seinen Räumen aufhalten; ebenso sollte er den Käufer über relevante und nicht erkennbare Umstände aufklären. Das insoweit vor Vertragsschluss bestehende Schuldverhältnis regelt § 311 Abs. 2 BGB in drei separaten Varianten.

I. Was sind "Leistungspflichten" (§ 241 Abs. 1 BGB)?

Ein Schuldverhältnis wird geprägt durch Leistungspflichten. Diese werden in § 241 Abs. 1 BGB grob umrissen: Der Gläubiger ist *berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, die auch in einem Unterlassen bestehen kann*.



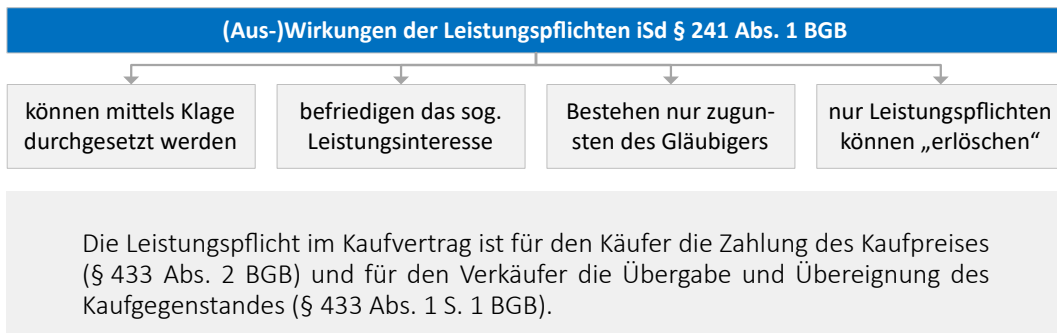
Eine Leistungspflicht ist eine gerichtlich einklagbare Verpflichtung des Schuldners zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Leistungspflichten sind der Gegenstand eines Anspruchs (§ 194 BGB).

Die Einordnung einer bestimmten Pflicht als Leistungspflicht hat erhebliche Konsequenzen für die Fallbearbeitung:

- Nur bei **Leistungspflichten** besteht die Möglichkeit, auf Erfüllung dieser zu **klagen** und diese notfalls im Wege der **Zwangsvollstreckung** durchzusetzen. Reine Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) führen zwar zu Schadensersatzansprüchen (§ 280 Abs. 1 BGB), können aber nicht vorsorglich erzwungen werden.
- Durch die Erfüllung der Leistungspflicht erlangt der Gläubiger einen Vermögenszuwachs (sog. **Leistungsinteresse**), den er ohne das Schuldverhältnis nicht gehabt hätte. Demgegenüber sichern Rücksichtnahmepflichten Vermögenswerte, die gerade unabhängig vom Schuldverhältnis bestanden (sog. **Integritätsinteresse**).
- Nur **Leistungspflichten** können durch Erfüllung (§ 362 BGB), Unmöglichkeit (§ 275 BGB) etc. **erlöschen**. **Rücksichtnahmepflichten** bestehen hingegen **dauerhaft**.
- **Leistungspflichten** entstehen **nur zugunsten eines bestimmten Gläubigers**. Selbstverständlich können in einem Schuldverhältnis mehrere Gläubiger vorhanden sein, z.B. bei einem gegenseitigen Vertrag bzgl. einzelner Pflichten (Käufer schuldet Kaufpreis, Verkäufer schuldet Übergabe und Übereignung). Es kann aber nicht der Käufer Kaufpreiszahlung oder der Verkäufer Übergabe und Übereignung verlangen. **Rücksichtnahmepflichten** können hingegen auch bei einem bloß einseitig verpflichtenden Schuldverhältnis (z.B. einer Schenkung iSv § 516 BGB oder einem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB) **zugunsten aller Beteiligten** inhaltlich


identisch bestehen. Das bedeutet: Jeder Gläubiger kann auch zur Rücksicht auf den Schuldner verpflichtet sein. Der Käufer darf den Verkäufer ebensowenig beleidigen, vergiften oder erschlagen wie umgekehrt.

- Konsequenzen hat die Unterscheidung von Rücksichtnahme- und Leistungspflichten vor allem, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt: Dann sind nach § 280 Abs. 3 BGB zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen, wenn eine der geschuldeten Leistungen durch eine Geldzahlung ersetzt werden soll ("**Schadensersatz statt der Leistung**"). Der wichtigste Fall ist § 281 BGB: Der Schuldner soll Gelegenheit zur Leistung erhalten (durch Fristsetzung), bevor er stattdessen Geld zahlen muss.



1. Was sind "Hauptleistungspflichten"?

Man unterscheidet zwischen den ein Schuldverhältnis prägenden "**Hauptleistungspflichten**" und "**Nebenleistungspflichten**", welche bloß unterstützende Funktion haben. Welche Pflichten so wichtig sind, dass sie zur Hauptleistungspflicht werden, bestimmen die Parteien eines Vertrages selbst. Das Gesetz gibt nur an wenigen Stellen Hinweise. Sehr anschaulich sieht man dies in § 433 BGB:

- Die Pflicht des Verkäufers zur **Übergabe und Übereignung der gekauften Sache** (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) ist eine Hauptleistungspflicht. Ebenso ist die Pflicht des Käufers zur **Bezahlung** (§ 433 Abs. 2 BGB) eine Hauptleistungspflicht.
 - Unstreitig ist demgegenüber die **Verpackung der Ware** eine Nebenleistungspflicht. In ähnlicher Weise ist z.B. die **Auskunftspflicht** eines Gläubigers, der seine Forderung abtritt (§ 402 BGB), nur eine Nebenleistungspflicht - die Wirksamkeit Abtretung (§ 398 BGB) hängt nicht entscheidend davon ab.
 - Ob die Pflicht zur **Abnahme der Kaufsache** (§ 433 Abs. 2 BGB) eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht ist, hängt hingegen vom Einzelfall ab und lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Normalerweise wird dem Verkäufer egal sein, ob der Käufer die Ware abnimmt, solange er sein Geld erhält - es handelt sich also um eine Nebenleistungspflicht. Etwas anderes kann aber für verderbliche Ware, hohe Lagerkosten oder bei Räumungsverkäufen gelten - hier will der Verkäufer gerade die Gegenstände loswerden.
- 

Die **Unterscheidung** hat für Sie in der Klausur **nur geringe Bedeutung**. Sowohl Haupt- als auch Nebenleistungspflichten sind unmittelbar vor Gericht einklagbar. Soweit ein Verlust durch Erfüllung einer Nebenleistungspflicht nicht eingetreten bzw. verhindert worden wäre, handelt es sich um Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB). Wird eine Nebenleistungspflicht nicht erbracht, kann nach Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangt wer-

den (§ 281 Abs. 1 BGB) oder bei Erheblichkeit der Rücktritt erklärt werden (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Sie müssen insoweit also nicht zwischen Haupt- und Nebenleistungspflicht unterscheiden.



Der Begriff "Nebenleistungspflicht" ist auch deshalb irreführend, weil Sie ihn **mit "Nebenpflichten" verwechseln könnten** - das ist ein anderer Ausdruck für "Rücksichtnahmepflichten" (§ 241 Abs. 2 BGB), die - anders als "Nebenleistungspflichten" - gerade nicht einklagbar sind und auch nicht unter § 275 BGB, § 281 BGB, § 323 BGB oder § 326 BGB fallen. **Vermeiden Sie daher wenn möglich den Ausdruck!**

Eine einzige Ausnahme verbleibt jedoch: Bei gegenseitigen Verträgen stehen **nur die Hauptleistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma)**. Das bedeutet, dass auch nur in Bezug auf diese Pflichten die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) erhoben werden kann. Für Nebenleistungspflichten gilt aber das allgemeine Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB).



Der Käufer muss erst zahlen, wenn er auch eine Anleitung für seine Maschine oder eine Einweisung erhält. Solange er nicht bezahlt hat, hat er ein wirksames Druckmittel gegen den Verkäufer - hat er erst einmal voll geleistet, ist der Anreiz zur Leistung für den Vertragspartner deutlich geringer.

2. Welchen Inhalt haben Leistungspflichten?

Der Inhalt der Leistungspflicht richtet sich **grundsätzlich nach dem jeweiligen Schuldverhältnis** und ist daher nicht im Allgemeinen Schuldrecht geregelt. Vielmehr ist die Vereinbarung der Parteien oder die jeweilige (spezielle) Regelung im Besonderen Schuldrecht (oder einem Sondergesetz) maßgeblich.



Nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB ist das Erlangte herauszugeben - nähere Details regelt § 818 BGB.

Im Kaufvertrag muss der Verkäufer den gekauften Gegenstand übergeben und übereignen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) - Näheres (etwa ob er die Ware versenden muss, wie er sie zu verpacken hat etc.) ergibt sich aus dem Vertrag.

Allerdings gibt es durchaus **verallgemeinerungsfähige Fragestellungen**, die für mehrere verschiedene Schuldverhältnisse gelten. Diese sind dementsprechend im allgemeinen Schuldrecht geregelt.



Schadensersatzansprüche entstehen nicht nur im Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB), sondern auch in Verträgen (siehe nur § 536a BGB für die Miete). Fragen wie Mitverschulden (§ 254 BGB) oder die Berücksichtigung immaterieller Verluste (§ 253

BGB) stellen sich in all diesen Konstellationen und müssen so nicht mehrfach geregelt werden.

In vielen Fällen wird Geld (§§ 244 f. BGB) geschuldet, es sind Zinsen zu zahlen (§§ 246 f. BGB) oder es ist Auskunft zu erteilen (§§ 259 f. BGB) - auch dies kann einheitlich geregelt werden.

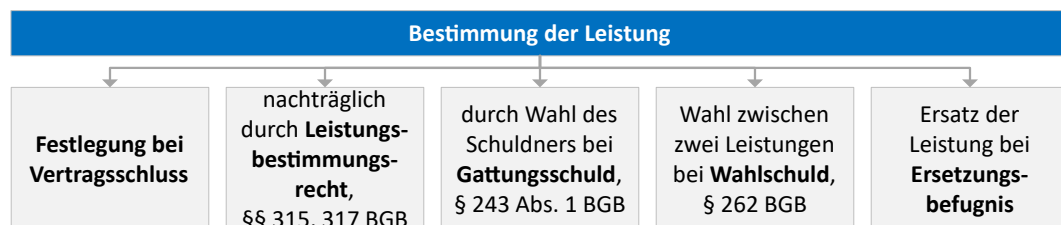
Viele der im Folgenden dargestellten Regelungen betreffen Konstellationen, die in Klausuren selten vorkommen. Es genügt insoweit, wenn Sie wissen, dass es Regelungen zu einer Frage im Schuldrecht AT gibt - damit sie die Regelung nachschlagen können.

a. Inwieweit muss die Leistung bestimmt sein?

Grundsätzlich obliegt es den Parteien eines Vertrages, festzulegen, was konkret geleistet werden soll; bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis ergibt sich das aus der jeweiligen Norm. Ist einerseits der Gegenstand so genau bezeichnet, dass nur mit einem einzigartigen Objekt erfüllt werden kann, spricht man von einer **Stückschuld**.

Allerdings muss der Gegenstand andererseits nicht immer konkret von Anfang an bestimmt sein:

- Die Parteien können vereinbaren, dass die Leistung erst nachträglich durch einen von ihnen (§ 315 BGB) oder einen Dritten (§ 317 BGB) festgelegt wird. Dabei können sie die Kriterien der Bestimmung frei festlegen (sog. "**Leistungsbestimmungsrecht**").
- Bei einer **Gattungsschuld** darf der Schuldner eine beliebige Leistung erbringen, soweit sie die Merkmale der Gattung erfüllt und innerhalb dieser *von mittlerer Art und Güte* ist (§ 243 Abs. 1 BGB). Etwas ganz anderes ist hingegen ebensowenig erfüllungstauglich wie ein Gegenstand geringerer Art und Güte.
- Die Parteien können auch vereinbaren, dass ein Anspruch alternativ auf zwei (oder mehr) Leistungen gerichtet ist und der Schuldner oder der Gläubiger erst später, d.h. nach Begründung des Schuldverhältnisses, entscheiden muss, welche dieser beiden Leistungen (also "Leistung A" oder "Leistung B") er will. Erst dann erlischt sein Anspruch auf die Leistung, die er nicht gewählt hat (§ 262 BGB), sog. "**Wahlschuld**".
- Möglich ist aber auch, dass eine der beiden Parteien sich vorbehält, eine andere Leistung anzubieten oder anzunehmen. Dann ist zwar nur die vereinbarte Leistung geschuldet, es darf aber statt dieser vereinbarten Leistung entweder der Schuldner etwas anderes als Ersatz anbieten (was der Gläubiger dann annehmen muss) oder es darf der Gläubiger etwas anderes fordern (was der Schuldner dann anbieten muss), sog. "**Ersetzungsbefugnis**".



aa. Was ist ein Leistungsbestimmungsrecht (§§ 315 ff. BGB)?

Ein Leistungsbestimmungsrecht muss im Vertrag vereinbart werden (§ 315 BGB). Diese Vereinbarung muss aber nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann sich erst im Wege der **erläuternden Auslegung** (§ 133 BGB, § 157 BGB) oder sogar durch **ergänzende Vertragsauslegung** ergeben.

Haben die Parteien eine Lücke in Bezug auf den Umfang bzw. den genauen Inhalt einer Leistungspflicht gelassen, kommen daher drei mögliche Folgen in Betracht:

- Es kann ein Dissens über die essentialia negotii mit der Folge, dass **kein Vertrag zustande gekommen** ist, vorliegen. Bis auf Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) schulden die Parteien sich nichts. Dies ist im Zweifel gewollt, wenn eine Leistung noch nicht bestimmt ist - der Vertrag soll erst geschlossen sein, wenn zumindest die wesentlichen Punkte geklärt sind (vgl. auch § 154 Abs. 1 S. 1 BGB für accidentalia negotii)
- Es kann gewollt sein, dass die **übliche Gegenleistung** gefordert werden darf (so die Auslegungsregeln in § 612 Abs. 2 BGB für den Dienstvertrag, § 632 Abs. 2 BGB für den Werkvertrag, § 652 BGB für den Maklervertrag und § 354 HGB für Dienstleistungen durch Kaufleute). Dies kann über die gesetzlich geregelten Fälle (ausdrücklich oder konkludent) auch in sonstigen Verträgen vereinbart werden (etwa: Der Käufer soll den jeweiligen Marktpreis bei Lieferung zahlen, z.B. bei Fisch).
- Schließlich kann es **einer der Parteien überlassen sein, die Leistung zu bestimmen**. Nach § 316 BGB ist dies im Zweifel die Partei, welche die Leistung zu fordern hat (also der jeweilige Gläubiger). Der Maßstab der Leistungsbestimmung ist ebenfalls vorrangig durch Auslegung zu ermitteln. Auch hier stellt das Gesetz aber eine Zweifelsregelung auf: Im Zweifel ist der Maßstab das "billige Ermessen" (§ 315 Abs. 1 BGB). Dabei ist "billig" nicht im Sinne von günstig zu verstehen, sondern bezieht sich auf eine sozial akzeptierte, gerechte Höhe.



In Klausuren ist nur sehr selten ein Leistungsbestimmungsrecht (§§ 315 ff. BGB) gemeint. Seien Sie also insoweit eher skeptisch!

(1) Wovon ist das Leistungsbestimmungsrecht abzugrenzen?

Im Schuldrecht gibt es neben den allgemeinen Leistungsbestimmungsrechten noch andere Konstellationen, in denen sich der ursprünglich geschuldete Leistungsgegenstand verändert:

- **Novation:** Nach § 311 Abs. 1 BGB können die vertraglichen Pflichten jederzeit durch einen Vertrag verändert werden. Das bedeutet jedoch, dass **übereinstimmende Willenserklärungen aller Beteiligten** erforderlich sind. Bei formbedürftigen Verträgen muss zudem die Änderung des Vertrages die vorgeschriebene Form wahren, sonst ist sie nach § 125 S. 1 BGB (oder bei rechtsgeschäftlich vereinbarter Form nach § 125 S. 2 BGB) unwirksam. Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts erfolgt hingegen durch einseitige Erklärung - der andere Vertragsteil wird nicht gefragt. Zudem ist sie (sofern nichts anderes vereinbart wurde) auch bei formbedürftigen Geschäften formlos möglich.
- **Gattungsschuld:** Bei der Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB) hat der Schuldner das Recht, einen Gegenstand mittlerer Art und Güte auszuwählen. Dies ähnelt dem Leistungsbestimmungsrecht - jedoch erfolgt die Konkretisierung, d.h. die Beschränkung der Schuld auf einen bestimmten Gegenstand, nach § 243 Abs. 2 BGB gerade nicht durch eine Willenserklärung, sondern durch einen Realakt (nämlich die Vornahme des zur Leistung Erforderlichen - also Übergabe an den Gläubiger oder die Transportperson bzw. Bereitstellen und Information). Zudem ist der Entscheidungsspielraum stark eingegrenzt.

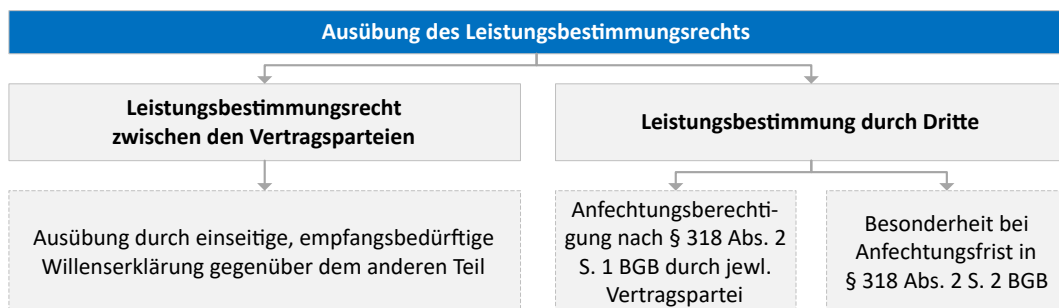
- **Wahlschuld (§ 262 BGB), Ersetzungsbefugnis:** Bei der Wahlschuld stehen von Anfang an zwei (oder mehr) Alternativen zur Verfügung, bei der Ersetzungsbefugnis darf eine Partei ihre geschuldete Leistung nachträglich durch eine andere ersetzen. Dies sind besondere, vereinfachte und bereits näher bestimmte Fälle eines Leistungsbestimmungsrechts: Die Entscheidung, was der konkrete Leistungsgegenstand sein soll, erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

(2) Wie wird ein Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt?

Ein Leistungsbestimmungsrecht wird durch **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem anderen Teil** ausgeübt (§ 315 Abs. 2 BGB). Es gelten die Regeln des Allgemeinen Teils, insbesondere hinsichtlich Zugang (§ 130 BGB), Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und Anfechtung (§ 142 BGB, §§ 119 ff. BGB). Die Leistungsbestimmung selbst bedarf **keiner Form**, selbst wenn der zugrundeliegende Vertrag formbedürftig war.

Bei einer Leistungsbestimmung durch Dritte steht die **Anfechtungsberechtigung** nach § 318 Abs. 2 S. 1 BGB nicht dem Dritten, sondern den von der Entscheidung betroffenen Vertragsparteien zu. Sie muss gegenüber dem jeweils anderen Vertragsschließenden (§ 318 Abs. 2 S. 1 BGB) erfolgen. Insoweit ist die Situation § 166 BGB vergleichbar: Die Willenserklärung des Dritten hat für ihn keine Vor- oder Nachteile, wirkt aber für und gegen die Vertragsparteien.

Ebenfalls für eine Leistungsbestimmung durch Dritte findet sich in § 318 Abs. 2 S. 2 BGB eine Abweichung zur **Anfechtungsfrist für arglistige Täuschung und Drohung** (§ 124 BGB): Die Entscheidung eines manipulierten Dritten muss stets (also auch im Fall des § 123 BGB) unverzüglich angefochten werden (also entsprechend § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern wie bei einem Irrtum nach § 119 BGB bzw. falscher Übermittlung nach § 120 BGB). Länger ist demgegenüber auch für den Irrtum die absolute Höchstgrenze (sog. Ausschlussfrist): Diese beträgt nach § 318 Abs. 2 S. 3 BGB volle dreißig Jahre.



(3) Was gilt bei "unbilliger" Leistungsbestimmung?

Nach § 315 Abs. 1 BGB soll eine Leistungsbestimmung **durch eine Vertragspartei im Zweifel nach billigem Ermessen** erfolgen. Dasselbe sieht § 317 Abs. 1 BGB für das **Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten** vor. Auch ohne die Vermutungsregel käme man freilich im Regelfall zu diesem Ergebnis, denn die Leistungsbestimmung soll objektiven Gerechtigkeitsmaßstäben genügen.

V und K schließen einen Kaufvertrag über einen Oldtimer. Über den tatsächlichen Wert des Autos sind sie verschiedener Meinung. Daher soll der Sachverständige S den Preis festlegen. Selbst wenn sie keinen Maßstab bestimmen, soll S im Zweifel nicht würfeln, sondern den Preis nach seinem billigen Ermessen festlegen (§ 317 Abs. 1 BGB).



Die Leistungsbestimmung ist insoweit **nachträglich kontrollierbar**:

- Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, dass die Bestimmung **durch eine Vertragspartei** unbillig war, nimmt es selbst die Bestimmung vor (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB).
- Ein etwas weniger strenger Prüfungsmaßstab gilt nach § 319 Abs. 1 BGB für eine **Leistungsbestimmung durch einen Dritten**: Eine solche Entscheidung darf das Gericht nur durch eine eigene ersetzen, wenn sie "*offenbar*" unbillig ist. Dies ist der Fall, wenn sie in so grober Weise gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, dass sich dies jedermann bei unbefangener sachkundiger Prüfung aufdrängen musste (etwa bei Überschreitung des realen Wertes um mehr als 100%).

(4) Was gilt, wenn ein andere Maßstab vereinbart ist?

Die Parteien können im Vertrag einen **anderen Maßstab** als "billiges Ermessen" festlegen, insbesondere eine Leistungsbestimmung nach "**freiem Belieben**". Wird aber ein derart weitgehendes Recht dem Gläubiger zugestanden, ist die Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, da dies den Schuldner einem unberechenbaren Risiko aussetzt.



K will sich unbedingt ein Kunstwerk des V sichern. Er schließt einen Kaufvertrag, nach dem V einen "beliebigen Preis" von ihm verlangen darf. Der Kaufvertrag ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, da diese Pflicht mit der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht vereinbar ist.

Eine **Bestimmung nach "freiem Ermessen"** kann nur gegen ein Verbotsgesetz verstoßen (§ 134 BGB) oder bei offensichtlichem Missbrauch sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB bzw. § 319 Abs. 1 S. 1 BGB ist hingegen entsprechend dem Parteiwillen ausgeschlossen.



Weil sich K und V nicht auf einen Preis für ein Fantrikot einigen können, wollen Sie die Festlegung dem als neutral bekannten pensionierten Richter X übertragen. Aufgrund ihres großen Vertrauens erlauben sie X eine Entscheidung nach freiem Ermessen. X, der ersichtlich genervt von der Anfrage ist, legt einen Preis von 1 Mio. Euro fest. Der Marktwert liegt bei ca. 100 €. Hier ist die Festsetzung eklatant missbräuchlich und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig; es könnte sich zudem um ein unwirksames Scherzgeschäft (§ 118 BGB) handeln.

(5) Was gilt für verspätete oder nicht erfolgte Leistungsbestimmung?

Wenn eine Vertragspartei ihr Leistungsbestimmungsrecht nicht ausübt, besteht keine konkrete Leistungspflicht. Daher kann der jeweilige Vertragsgegner eine **gerichtliche Festsetzung nach § 315 Abs. 3 S. 2 a.E. BGB** verlangen, soweit als Maßstab billiges Ermessen bestimmt ist. Demgegenüber kann das Gericht ein "freies Belieben" nicht ersetzen - es fehlt ein justiziabler Maßstab, an dem es eine Entscheidung orientieren könnte.

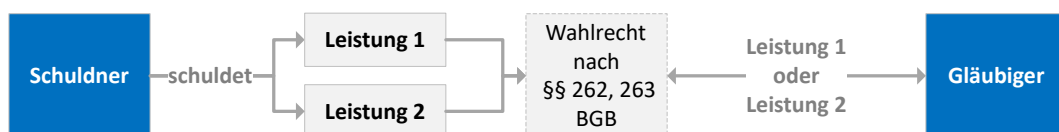
Das Gericht ist zur Bestimmung des Leistungsgegenstandes auch bei Leistungsbestimmung durch Dritte befugt, **wenn der Dritte seine Entscheidung nicht treffen kann, will oder sie objektiv verzögert** (§ 319 Abs. 1 S. 2 a.E. BGB). Hier kann es vor allem wegen der Vermutung des § 317 Abs. 2, 1. Alt. BGB zur Verzögerung kommen: Danach können die Parteien mehrere Dritte benennen, die ihre Bestimmung einstimmig vornehmen müssen. Können sich diese Personen nicht einigen, scheidet eine Leistungsbestimmung aus. Fehlt hier ein Maßstab, anhand dessen das Gericht die Bestimmung vornehmen kann (etwa "freies Belieben"), ist der Vertrag insgesamt nichtig (ex nunc).

Ein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten (§ 317 Abs. 1 BGB) **verpflichtet den Dritten nicht zur Vornahme der Bestimmung** (dies wäre ein Vertrag zulasten Dritter, der mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar wäre). Selbstverständlich kann aber mit dem Dritten ein entsprechender Vertrag geschlossen werden.

Auch der Vertragspartner ist **im Regelfall nicht einklagbar zur Leistungsbestimmung verpflichtet**. Nimmt er aber keine Leistungsbestimmung vor, verletzt er eine Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) und haftet deshalb auf den dadurch entstehenden Schaden (§ 280 Abs. 1 BGB). Die Parteien können aber auch das Bestimmungsrecht als einklagbare Pflicht ausgestalten. Ausdrücklich angeordnet ist dies für den Fixhandelskauf (§ 375 Abs. 1 HGB), bei dem der Käufer nachträglich die Spezifikationen der gekauften Sache bestimmen darf. Nach den Regeln des HGB besteht eine Haftung auf das positive Interesse nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB sowie ein Recht zur Bestimmung durch den Verkäufer nach vergeblicher Fristsetzung.

bb. Was ist eine Wahlschuld (§ 262 BGB)?

Die Wahlschuld ist ein **besonderer Fall eines Leistungsbestimmungsrechts** (§§ 315 ff. BGB). Sie zeichnet sich dadurch aus, dass der Schuldner bis zur Ausübung eines Wahlrechts (§ 263 Abs. 2 BGB) mehrere verschiedene Leistungen schuldet. Demgegenüber ist bei den meisten Fällen eines Leistungsbestimmungsrechts ebenfalls von Anfang an nur eine Leistung geschuldet, die noch zu bestimmen ist. Hierfür gilt regelmäßig ein weiter Maßstab ("billiges Ermessen", § 315 Abs. 1 BGB).



Nach Zahlung eines festen Betrages erhält der Gast eines Restaurants die Auswahl zwischen drei Vorspeisen, drei Hauptspeisen und drei Nachspeisen aus denen er sich sein Menü zusammenstellen darf. Es handelt sich um eine Wahlschuld (§ 262 BGB).



Demgegenüber wird bei der **Gattungsschuld (§ 243 BGB)** von Anfang an nur ein Gegenstand geschuldet, der aber vom Schuldner aus der Gattung auszuwählen ist; bei der Wahlschuld müssen die Leistungen nicht zwingend ein verbindendes Merkmal haben (etwa Geld oder Dienstleistung), i.d.R. handelt es sich um eine Mehrzahl individueller Gegenstände.

Besondere Klausurrelevanz hat das **Wahlvermächtnis** im Erbrecht (§ 2154 BGB), bei dem sich der Vermächtnisnehmer einen von mehreren Gegenständen aus dem Nachlass auswählen darf.



(1) Wie wird das Wahlrecht ausgeübt?

Wie bei einem Leistungsbestimmungsrecht erfolgt die Wahl durch **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** gegenüber dem anderen Teil (§ 263 Abs. 1 BGB). Es gelten die Regelungen des [BGB AT](#) (z.B. über Zugang, § 130 BGB, oder Anfechtung, § 142 BGB).



Ist der Wahlberechtigte nach Vertragsschluss verrückt geworden, kann er das Wahlrecht nicht mehr wirksam ausüben, sondern nur noch sein Betreuer (§ 1902 BGB iVm § 164 BGB).

Kreuzt der Wahlberechtigte auf einem Formular versehentlich die falsche Möglichkeit an, kann er diese Entscheidung wegen Erklärungsirrtums (§ 119 Abs. 1, 1. Var. BGB) anfechten und so rückwirkend beseitigen (§ 142 Abs. 1 BGB) - er darf dann erneut wählen.

Anders als bei § 315 BGB ist **kein "billiges Ermessen" einzuhalten** und abweichend von § 243 Abs. 1 BGB besteht auch keine Einschränkung auf eine Leistung "mittlerer Art und Güte". Freilich gelten auch für die Ausübung des Wahlrechts die allgemeinen Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB); eine missbräuchliche Wahl ist unwirksam.



Wenn der Aufwand für die Erbringung einer Leistung exorbitant gestiegen ist (etwa aufgrund von Bürgerkriegen oder Naturkatastrophen), wäre es treuwidrig, genau diese Leistung zu verlangen, obwohl eine zumutbare Alternative besteht.

Nach § 262 BGB wird im Zweifel vermutet, dass **dem Schuldner** das Wahlrecht zustehen soll. In den meisten Fällen werden die Parteien aber eher wollen, dass der Gläubiger entscheiden darf, was er bekommt. Auf die Vermutung dürfen Sie also nur dann zurückgreifen, wenn sich der Parteiwille nicht ermitteln lässt.

Nach § 263 Abs. 2 BGB hat die Ausübung des Wahlrechts Rückwirkung. Die Entscheidung des Wahlberechtigten hat also zur Folge, dass **von Anfang an nur eine Leistung** als geschuldet gilt.

(2) Was gilt bei Nichtausübung des Wahlrechts?

Die Wahlschuld begründet nur ein Wahlrecht, aber **keine Wahlpflicht**. Daher kann auch nicht auf Ausübung des Wahlrechts geklagt werden. Für die Nichtausübung des Wahlrechts unterscheidet § 264 BGB nach einem Wahlrecht des Schuldners (§ 264 Abs. 1 BGB) und einem Wahlrecht des Gläubigers (§ 264 Abs. 2 BGB):

- Ein **Wahlrecht des Gläubigers** (§ 264 Abs. 2 BGB) ist eine notwendige Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne von § 295 BGB - entscheidet er sich trotz Aufforderung nicht, gerät er in Annahmeverzug. Dann ist der Schuldner nach § 264 Abs. 2 BGB befugt, ihm eine Frist zu setzen (diese ist nicht mit der Frist nach § 281 BGB zu verwechseln - dort geht es um die Nichterbringung einer Leistung). Nach Ablauf der Frist darf der Schuldner das Wahlrecht ausüben.
- Die Möglichkeit zur Fristsetzung steht dem Gläubiger bei einem **Wahlrecht des Schuldners** (§ 264 Abs. 1 BGB) nicht zur Verfügung. Er kann vor Gericht daher nur ein Urteil auf die Leistung "nach Wahl des Schuldners" erstreiten. Wird auch nach dem rechtskräftigen Urteil die Wahl nicht vorgenommen (und eine Leistung erbracht), kann er im Rahmen der Zwangsvollstreckung die Entscheidung wahrnehmen (§ 264 Abs. 1 BGB). Solange ihm die Leistung noch nicht zugeflossen ist (d.h. im Zweifel der Gerichtsvollzieher ihm den Gegenstand abgeliefert

hat), darf ihm der Schuldner noch eine andere Leistung übergeben. Das Wahlrecht ist also auf den spätest möglichen Zeitpunkt verlagert.

(3) Was gilt bei Unmöglichkeit?

Grundsätzlich führt nach § 275 Abs. 1 BGB die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung zum Erlöschen der diesbezüglichen Leistungspflicht. Bei einer Wahlschuld wird aber anfänglich gerade nicht nur eine Leistung geschuldet, sondern es **kommen mehrere Leistungen in Betracht**. Daher gilt folgende Unterscheidung:

- **Nach Ausübung des Wahlrechts** wird nur noch eine Leistung geschuldet. Wird diese unmöglich, lebt das Wahlrecht nicht wieder auf, vielmehr ist die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB endgültig erloschen (so als ab von Anfang an nur eine Leistung geschuldet gewesen wäre). Die Wahlschuld hat hier also keine Auswirkungen.
- **Vor der Ausübung des Wahlrechts** fällt schlicht die unmögliche Leistung weg - es muss dann eine der verbleibenden, möglichen Leistungen erbracht werden (§ 265 S. 1 BGB). Erst wenn alle zulässigen Leistungen unmöglich sind, erlischt die Pflicht des Schuldners vollständig.
- Allerdings soll etwas anderes gelten, wenn derjenige, der nicht zur Entscheidung berufen war, **durch Herbeiführung der Unmöglichkeit die Wahl des anderen Teils verhindert** (§ 265 S. 2 BGB). Dies ist derselbe Rechtsgedanke wie in § 162 Abs. 1 BGB. In diesem Fall kann die wahlberechtigte Partei sich für die unmöglich gewordene Leistung entscheiden. Freilich ist diese auch in diesem Fall nicht zu erbringen (denn das kann der Schuldner gerade nicht). Bei einem vom Schuldner zunichte gemachten Wahlrecht des Gläubigers kommen aber Ansprüche auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB) oder Aufwendungsersatz (§ 284 BGB) bzw. auf Herausgabe eines als Ersatz erlangten Gegenstandes oder Rechts (stellvertretendes commodum, § 285 BGB) in Betracht. Bei einem Wahlrecht des Schuldners wird dieser von seiner Leistungspflicht ersatzlos befreit (§ 275 Abs. 1 BGB).

cc. Was ist eine Ersetzungsbefugnis?

Die **praktisch bedeutsame** Ersetzungsbefugnis ist **im Gesetz nicht geregelt**. Eine Ersetzungsbefugnis kann sich aus Gesetz oder aus Vereinbarung ergeben.

- Eine **gesetzliche Ersetzungsbefugnis des Gläubigers** besteht bei einem Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung einer Sache oder Verletzung einer Person. Nach § 249 Abs. 1 BGB ist nämlich grundsätzlich der Zustand ohne das schädigende Ereignis herzustellen (Naturalrestitution). Der Gläubiger kann jedoch nach seiner Wahl auch Zahlung der Herstellungskosten verlangen, § 249 Abs. 2 S. 1 BGB.
- Eine **gesetzliche Ersetzungsbefugnis des Schuldners** findet sich in § 251 Abs. 2 S. 1 BGB: Ist die Naturalrestitution mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, darf der Schuldner stattdessen eine angemessene Geldentschädigung leisten.
- Ein praktisch besonders bedeutsamer Fall der **vertraglichen Ersetzungsbefugnis des Schuldners** ist die Inzahlungnahme eines alten Fahrzeugs beim PKW-Kauf (in Anrechnung auf den Kaufpreis). Dabei entsteht nach hM ein normaler Kaufvertrag mit vollwertiger Kaufpreiszahlung, jedoch hat der Käufer das Recht, einen Teilbetrag durch Übereignung seines alten Fahrzeugs zu ersetzen.



Tut er dies, erlischt nach § 364 Abs. 1 BGB seine Zahlungspflicht. Er kann aber auch beim Normalfall bleiben und den gesamten Betrag zahlen - dies muss er sogar, wenn der alte PKW vor Übergabe zerstört wird (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB).

Im Gegensatz zur Wahlschuld (§ 262 BGB) wird **von Anfang an nur eine Leistung geschuldet**. Eine Partei darf jedoch diese Leistung durch eine andere ersetzen: Der Schuldner darf etwas anderes anbieten oder der Gläubiger etwas anderes verlangen.

(1) Was gilt für die Unmöglichkeit der Leistung bei Ersetzungsbefugnis?

Eine **Ersetzungsbefugnis des Schuldners** erlaubt ihm, den Ersatzgegenstand **"an Erfüllung statt"** anzubieten (§ 364 Abs. 1 BGB). Der Gläubiger ist dann verpflichtet, ihn anzunehmen. Wenn die geschuldete Leistung unmöglich wird, erlischt hingegen die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB. Anders als bei einer Wahlschuld (§ 265 BGB) tritt nicht etwa die noch mögliche Ersatzleistung automatisch an die Stelle der Leistung. Wenn die **Ersatzleistung unmöglich** wird, hat dies **keine Auswirkungen**: Die Leistungspflicht des Schuldners bleibt bestehen - diese ist ja nicht betroffen. Er kann nur keine Ersatzleistung mehr anbieten.

Eine **Ersetzungsbefugnis des Gläubigers** berechtigt ihn, bis zu dem Zeitpunkt des Angebots der geschuldeten Leistung an deren Stelle etwas anderes zu verlangen. Wenn der Schuldner die geschuldete Leistung anbietet, **bevor** der Gläubiger seine **Ersetzungsbefugnis** wahrgenommen hat, gerät dieser in **Annahmeverzug** (§ 293 BGB). Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Wahlschuld (siehe dort § 264 Abs. 2 BGB). Wie bei der Ersetzungsbefugnis des Schuldners führt die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung vor einer Entscheidung des Gläubigers für den Ersatzgegenstand zur Leistungsbefreiung des Schuldners (§ 275 Abs. 1 BGB) - der Gläubiger darf dann (anders als nach § 265 S. 1 BGB) auch nicht mehr die Ersatzleistung verlangen. Allerdings findet der Rechtsgedanke § 265 S. 2 BGB analoge Anwendung, wenn der Schuldner die **Unmöglichkeit zu vertreten** hat. Dann kann der Gläubiger nicht nur **Schadensersatz statt der Leistung** (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB) verlangen, sondern auch die **Ersatzleistung** verlangen.

(2) Ist die Ausübung der Ersetzungsbefugnis bindend?

Umstritten ist, inwieweit der Berechtigte an eine einmal getätigte Ersetzungserklärung dauerhaft gebunden ist (bzw. inwieweit er diese widerrufen darf).

- Nach herrschender Meinung handelt es sich (wie bei der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB oder der Ausübung des Wahlrechts nach § 263 BGB) um eine Gestaltungserklärung, die **das Schuldverhältnis endgültig umgestaltet**. Daher ist sie unwiderruflich. Etwas anderes soll allenfalls gelten, soweit Treu und Glauben entgegenstehen. Zudem soll eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners nicht als Willenserklärung, sondern als schlichter Realakt, nämlich durch Erbringung der Leistung (§ 362 BGB) oder des Ersatzes (§ 364 Abs. 1 BGB) erfolgen - so dass eine Bindung hier ohnehin nicht eintreten könne.
- Die Gegenauffassung **lehnt eine solche Bindung ab**. Anders als beim Wahlrecht nach § 263 BGB gäbe es kein Bedürfnis für eine verbindliche Festlegung. Nur in Ausnahmefällen könne man eine Bindung aus § 242 BGB herleiten, wenn eine der Parteien bereits Dispositionen getätigt hat.



K kauft einen Gebrauchtwagen bei V und will einen Teil des Kaufpreises durch die Inzahlunggabe seines alten PKW ersetzen. Dann wird V sich in der Regel schon vor Abwicklung des Vertrages um einen Käufer bemühen oder sich gar zu Übergabe und Übereignung des PKW des K gegenüber einem Interessenten verpflichten. In diesem Fall darf K seine Entscheidung zur Ersetzung nicht mehr widerrufen. Solange V aber noch keine Bemühungen zum Verkauf getroffen hat, verstößt er gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn er auf Leistung des alten Pkw durch K besteht.



dd. Was ist eine Gattungsschuld (§ 243 BGB)?

Hohe Klausurrelevanz hat die Gattungsschuld (§ 243 BGB). Dabei ist anders als bei der Wahlschuld (§ 262 BGB) von Anfang an **nur ein Gegenstand geschuldet**; dieser muss aber noch vom Schuldner aus einer durch bestimmte Merkmale abgegrenzten Gattung **ausgewählt werden**. Obwohl der Wortlaut des § 243 Abs. 1 BGB nur von "Sachen" spricht, findet die Norm auch auf andere Gegenstände, etwa auf den Kauf von Rechten oder die Erbringung von Dienstleistungen, entsprechende Anwendung.



K kauft bei V zehn Säcke Hundefutter. Hier kann V beliebige Säcke (mittlerer Art und Güte) aus seinem Lager nehmen oder auf dem Markt beschaffen. Verkauft K hingegen, z.B. weil sein Hund gestorben ist, nur die zehn Säcke Hundefutter, die er noch hat, handelt es sich um eine Stückschuld.

Gast G bucht bei Hotelier H ein Zimmer. Hier kann H ihm ein beliebiges Zimmer mittlerer Art und Güte aus seinem Hotel zuweisen. Vermietet Oma O hingegen



nur ein freistehendes Zimmer in ihrem Einfamilienhaus, handelt es sich um eine Stückschuld - sie muss genau dieses Zimmer überlassen.

Während eine solche Vereinbarung in schuldrechtlichen Verträgen allgemein üblich ist, ist sie **für Verfügungsgeschäfte nicht zulässig**: Der sog. Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass bei der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB) eine ganz konkrete Sache und bei der Abtretung (§ 398 BGB) eine konkrete (zumindest bestimmbare) Forderung betroffen ist. Sachen und Rechte müssen nämlich zu jeder Zeit einer bestimmten Person zuzuordnen sein. Spätestens bei der Erfüllung der Verpflichtung muss daher klar sein, welcher Gegenstand denn nun zur Erfüllung der Leistungspflicht dienen soll.

Die vor der dinglichen Übertragung notwendige Auswahl eines bestimmten Gegenstands bezeichnet man als **Konkretisierung** (§ 243 Abs. 2 BGB).



Durch die Konkretisierung wird die Gattungsschuld **nicht** zur Stückschuld! Relevant wird dies insbesondere im Gewährleistungsrecht, wo aus diesem Grunde eine Nachlieferung (§ 439 BGB bzw. § 635 BGB) möglich ist. Teilweise wird demgegenüber in der Nacherfüllung ein Fall der "Dekonkretisierung" gesehen.

(1) Was bedeuten Beschaffungspflicht und Beschaffungsrisiko?

Bei einer Gattungsschuld muss der Schuldner grundsätzlich einen Gegenstand mittlerer Art und Güte aus der Gattung **beschaffen**. Dieser muss sich bei Vertragsschluss noch nicht in seinem Vermögen befinden, sondern kann auch **nachträglich erworben** werden. Diese der Erfüllung vorgelagerte, aber nicht separat einklagbare (sondern mit Klage auf die Erbringung eines erfüllungstauglichen Stücks implizit verbundene) **marktbezogene Beschaffungspflicht** gehört üblicherweise zur Gattungsschuld.



Eine marktbezogene Beschaffungspflicht kann **auch bei einer Stückschuld** übernommen werden. Verpflichtet sich etwa Kunsthändler V ein bestimmtes Gemälde des Künstlers X für den Sammler K zu beschaffen, muss er selbst dieses auf dem Markt erwerben. Er hat also eine Beschaffungspflicht.

Nur ausnahmsweise ist die Beschaffung auf den eigenen Vorrat oder die eigene Produktion beschränkt ("**Vorratsschuld**" als Gegenbegriff zur "marktbezogenen Beschaffungspflicht"). Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) tritt wegen der Pflicht zur Beschaffung eines anderen Gegenstandes vor Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) nur ein, wenn die gesamte Gattung (bzw. bei der Vorratsschuld der gesamte Vorrat oder die gesamte Produktion) untergeht. In Extremfällen kann sich der Schuldner auf Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) berufen.

Über die Beschaffungspflicht hinaus wird bei einer marktbezogenen Beschaffungspflicht vermutet, dass der Schuldner das **Beschaffungsrisiko** übernimmt. Bedeutung hat dies für das Vertretenmüssen in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB: Wenn der Schuldner das Beschaffungsrisiko übernimmt, haftet er selbst dann auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 iVm § 283 BGB bzw. nach § 311a Abs. 2 BGB, wenn die Beschaffung trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) scheitert .

Diese verschärfte Haftung gilt aber **nur in Bezug auf die Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung** - für Rücksichtnahmepflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2 BGB) bleibt es beim allgemeinen Maßstab des § 276 Abs. 1 BGB.



Insbesondere bei der Vorratsschuld ist es denkbar, dass die vorhandene Menge an erfüllungstauglichen Gegenständen nicht genügt, um alle Gläubiger zu befriedigen.

Bauer B hat K1, K2 und K3 jeweils 500 Kilo Kartoffeln von seinem Feld verkauft (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Aufgrund einer schlechten Ernte und Mäusebefall hat er im Herbst nur insgesamt 1.000 Kilo Kartoffeln. Die 1.000 Kilo reichen nicht, um die Ansprüche von K1, K2 und K3 zu befriedigen. Eine Beschaffung auf dem Markt scheidet aus - denn es wurden Kartoffeln vom Feld des B verkauft. Auch eine Lösung nach dem Prioritätsprinzip scheidet aus: Im Zeitpunkt des Abschluss des letzten Kaufvertrages hatte B noch genug Kartoffeln, um diesen Vertrag zu erfüllen; das Problem tritt erst auf, nachdem er zwei der drei Verträge erfüllt hat.



Wie diese Situation zu lösen ist, ist umstritten.

- Nach der **herrschenden Meinung** bilden die Gläubiger in diesen Fällen eine Schicksalsgemeinschaft. Jeder Gläubiger muss sich damit zufrieden geben, dass sein Anspruch anteilig gekürzt wird - K1, K2 und K3 würden also nur 333,33 Kilo Kartoffeln erhalten (sog. "Repartierung"). Es handelt sich um eine an Treu und Glauben (§ 242 BGB) orientierte ergänzende Vertragsauslegung: Jeder Gläubiger will im Zweifel lieber einen Teil als gar nichts erhalten. Die Gegenleistung wird dann nach § 326 Abs. 1 S. 1 a.E. anteilig gemindert (wer also nur 333 Kilo statt 1000 bekommt, muss auch nur für 333 bezahlen).
- Die **Gegenansicht** lehnt eine solche Schicksalsgemeinschaft unter den Gläubigern (die sich noch nicht einmal kennen müssen) ab. Es sei unklar, wieso etwa K1 Rücksicht auf die Interessen von K3 nehmen müsse. Vielmehr könne B selbst entscheiden, wem er wie viele Kartoffeln liefert. Freilich verursache er damit auch die Unmöglichkeit der Leistung gegenüber den verbleibenden Gläubigern und hafte gegebenenfalls nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB. Hier soll eine Korrektur über eine Modifikation des § 276 Abs. 1 BGB erfolgen - wenn die unzureichende Menge an erfüllungstauglichen Gegenständen nicht vorhersehbar war, hat der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten.



(2) Wie erfolgt die Konkretisierung?

Nach § 243 Abs. 2 BGB beschränkt sich das Schuldverhältnis auf eine Sache, wenn *der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan* hat. Dies bewirkt eine Verlagerung des Verlustrisikos (Leistungsgefahr): Mit der Konkretisierung **erlischt die Beschaffungspflicht** des Schuldners und der Gläubiger riskiert, dass mit Zerstörung der ausgewählten Sache die Erfüllung unmöglich wird (§ 275 Abs. 1 BGB). Davon unabhängig ist die Frage, ob trotzdem bezahlt werden muss (Preisgefahr bzw. Gegenleistungsgefahr) - diese ist insb. in § 326 BGB, aber auch in § 447 BGB geregelt und wird erst später diskutiert.

Die Verlagerung des Risikos, dass die vereinbarte Leistung nicht erbracht wird, setzt stets voraus, dass die Erfüllung ausschließlich **von einem weiteren Verhalten des Gläubigers (oder eines Dritten) abhängt** und der Gläubiger weiß, dass nur noch eine bestimmte Sache geschuldet ist. Im Einzelnen gilt:

- Bei einer **Holschuld** muss der Gläubiger die Sache beim Schuldner abholen. Hier genügt es, dass der Schuldner die Sache von den anderen trennt und den Gläubiger zur Abholung auffordert. Dies ähnelt den Voraussetzungen des § 295 BGB für den Annahmeverzug. Die Aufforderung ist entbehrlich, wenn ein Abholtermin vereinbart wurde (§ 296 BGB). Wurde ein Termin oder eine Frist vereinbart, tritt Konkretisierung allerdings erst mit Ablauf des Termins oder der Frist ein und gerade nicht vorher, insb. nicht bei Information des Gläubigers ein. Denn diesem ist eine frühere Abholung nicht zuzumuten.
- Bei einer **Bringschuld** muss der Schuldner die Sache zum Gläubiger transportieren. Die Mitwirkung des Gläubigers beschränkt sich auf die Annahme, so dass der Schuldner ihm eine im Sinne von § 243 Abs. 1 BGB erfüllungstaugliche Sache wie geschuldet anbieten muss. Dies entspricht den Voraussetzungen des § 294 BGB für den Annahmeverzug. Das tatsächliche Angebot ist entbehrlich, wenn der Gläubiger schon vorher mitgeteilt hat, er nehme die Leistung nicht an (vgl. § 295 BGB).
- Bei der **Schickschuld** genügt es, dass der Schuldner die von ihm ausgewählte Sache an eine Transportperson übergibt. Er muss den Gläubiger nicht benachrichtigen; die Sache muss nicht beim Gläubiger ankommen. Wird die Sache beim Transport zerstört oder kommt sie abhanden, tritt Unmöglichkeit ein und es ist nach § 275 Abs. 1 BGB keine weitere (Ersatz-)Sache zu versenden.

(a) *Wonach hat die Auswahl zu erfolgen?*

Eine Konkretisierung ist nur möglich, soweit die ausgewählte **Sache mittlerer Art und Güte** ist (§ 243 Abs. 1 BGB). Verdrängt wird diese Norm im Handelsrecht durch § 360 HGB, wonach "Handelsgut" mittlerer Art und Güte zu leisten ist. Die Parteien können aber auch einen **anderen Qualitätsstandard** vereinbaren.



So kann man etwa "Pilze in Premiumqualität" erwerben oder ein "Hotelzimmer der Spitzenklasse" buchen.

Grundsätzlich ist eine Sache, die minderer Art und Güte ist, weder zur Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) noch zur Erfüllung (§ 362 BGB) geeignet. Wählt der Schuldner also eine schlechte Sache aus und wird diese zerstört bzw. kommt sie ihm abhanden, muss er weiterhin eine beliebige Sache der Gattung erbringen, welche mittlerer Art und Güte ist. Der Gläubiger muss eine Sache minderer Art und Güte nicht annehmen, sondern **kann die angebotene Leistung zurückweisen**, ohne einen Annahmeverzug (§ 293 BGB) befürchten zu müssen - die mindere Sache entspricht nicht dem, wie die Leistung zu *bewirken ist* (§ 294 BGB; vgl. dazu auch beispielhaft § 433 Abs. 1 S. 2 BGB: *frei von Sach- und Rechtsmängeln*).

Wenn der Gläubiger allerdings die **schlechte Sache annimmt**, greift zu seinem Nachteil die Beweislastumkehr des § 363 BGB. Zudem kann er nicht mehr nach allgemeinem Schuldrecht Erfüllung oder Sekundäransprüche (namentlich §§ 280 ff. BGB oder §§ 320 ff. BGB) geltend machen, sondern ist auf das Recht der Schlechtleistung, also das (soweit vorhanden in der Regel im besonderen Schuldrecht geregelte) Gewährleistungsrecht verwiesen (d.h. auf § 437 BGB iVm § 434 BGB; auf § 536 BGB oder auf § 634 BGB iVm § 633 Abs. 1 BGB).

(b) Kann man die Konkretisierung rückgängig machen?

Es ist umstritten, ob eine einmal erfolgte Konkretisierung bindend ist oder ob der Schuldner entscheiden kann, statt der bereits ausgewählten Sache doch eine andere zu liefern.

Einerseits könnte man annehmen, die **Konkretisierung sei für den Schuldner bindend**. Nach § 243 Abs. 2 BGB beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die ausgewählte Sache - eine Änderung wäre daher nach § 311 Abs. 1 BGB nur einvernehmlich durch Vertrag möglich. Insbesondere wenn der Schuldner eine Sache höherer Art und Güte ausgewählt hat, ist das Vertrauen des Gläubigers schutzwürdig. Nachträgliche Spekulationen des Schuldners sind hingegen nicht in gleichem Umfang zu fördern.

Andererseits wird § 243 Abs. 2 BGB teilweise als **reine Schuldnerschutzvorschrift** angesehen, auf die der Schuldner konsequent auch verzichten können soll. Bis zur Vornahme eines Verfügungsgeschäfts (etwa § 929 S. 1 BGB) ist der Gläubiger ohnehin nur in begrenztem Umfang in der Lage, mit der ausgewählten Sache weiter zu verfahren. Das Wiederaufleben der Beschaffungspflicht wird für ihn im Normalfall günstiger sein. Gerade im Massenverkehr mit vertretbaren Sachen (§ 91 BGB) hat der Gläubiger auch kein besonderes Interesse an einem bestimmten Gegenstand; hier soll der Schuldner frei über sein Lager verfügen können. Die ansonsten drohende Sanktion (Untergang der Gegenleistungspflicht, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und Schadensersatz wegen Unmöglichkeit nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB) scheint unverhältnismäßig.



Beide Auffassungen akzeptieren aber **Ausnahmen nach § 242 BGB**: Der Gläubiger soll nach der ersten Ansicht ausnahmsweise gehalten sein, eine Ersatzsache anzunehmen (etwa wenn er die angebotene Sache wegen vermeintlicher Mängel abgelehnt hat). Die Gegenseite will den Gläubiger hingegen schützen, wenn er bereits Dispositionen im Hinblick auf den konkreten Gegenstand getroffen hat - dann soll die Rückgängigmachung ausgeschlossen sein.

b. Was ist eine Geldschuld?

In vielen Fällen besteht die Leistung einer Partei in Geld. Dabei sind vier Konstellationen zu unterscheiden:

- Grundsätzlich liegt eine sog. **Geldsummensschuld** vor. Bei dieser ist der geschuldete Betrag in Euro-Scheinen bzw. Münzen zu erbringen. Der Gläubiger kann auch stattdessen eine Forderung gegen ein Kreditinstitut als Erfüllung annehmen (sog. Buchgeld, insbesondere bei Zahlung durch Überweisung). Dies bedarf aber zumindest einer konkludenten Einverständniserklärung (etwa indem er seine Kontodaten auf der Rechnung angibt).
- Die Parteien können auch eine sog. **Geldwertschuld** vereinbaren. Dabei wird nicht ein bestimmter Betrag, sondern ein Anknüpfungspunkt benannt (etwa der jeweilige Marktwert einer Sache). Gesetzlich entstehen solche Geldwertschulden immer, wenn Wertersatz zu leisten ist (etwa § 818 Abs. 2 BGB, § 346 Abs. 2 BGB).

- Es kann aber auch eine sog. **Geldsortenschuld (§ 245 BGB)** vereinbart werden. Hier will der Gläubiger gerade bestimmte Münzen oder Scheine (inländische oder ausländische). Nur wenn diese nicht mehr im Umlauf sind, erklärt er sich mit der Zahlung von sonstigen Scheinen oder Münzen einverstanden.
- Schließlich kann es sich auch um einen **Vertrag über bestimmte Münzen oder Scheine** handeln, die einen besonderen Sammlerwert haben. Hierbei handelt es sich nicht um eine Geldschuld, sondern um eine normale **Gattungsschuld (§ 243 BGB)**. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die gewünschten Münzen bzw. Scheine amtliches Zahlungsmittel sind, sondern auf den Parteiwillen, anders als bei § 245 BGB keine andere Leistung zu akzeptieren.

aa. Wie erfüllt man eine Geldschuld?

Die Geldschuld ist durch **Übergabe (§ 854 Abs. 1 BGB)** und **Übereignung (§ 929 S. 1 BGB)** von **Geldscheinen** zu erfüllen. Soweit der Schuldner per Überweisung zahlt (§ 675t BGB), räumt er dem Gläubiger letztlich einen Anspruch gegen dessen Bank ein (bzw. tilgt dessen Schulden, soweit der Kontostand negativ ist). Dies ist nur zulässig, wenn diese Form der Erfüllung zugelassen wurde; freilich kann der Gläubiger eine solche Alternativleistung nach § 364 BGB auch ohne vorherige Vereinbarung annehmen (muss dies aber nicht).

Eine Geldschuld kann als solche nicht unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) werden - "**Geld hat man zu haben**". Soweit der Schuldner zahlungsunfähig ist, muss er ein Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung einleiten (mit der Folge, dass der Gläubiger in der Regel zumindest anteilig befriedigt wird); er kann nicht einfach die Erfüllung verweigern.

Allerdings kann eine Geldschuld sich **auf bestimmte Scheine oder Münzen beschränken**, die ihrerseits zerstört werden oder (wahrscheinlicher) dem Schuldner abhanden kommen können. Zwar greift insoweit nicht § 243 Abs. 2 BGB, da es nicht um die Auswahl von Sachen mittlerer Art und Güte geht. Jedoch geht die Leistungsgefahr nach § 300 Abs. 2 BGB über, wenn sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet.



Es ist zwar umstritten, ob die Geldschuld eine "modifizierte Gattungsschuld" oder eine "Schuld sui generis" ist - im Ergebnis ist man sich aber einig, dass § 243 Abs. 1 BGB und § 243 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden. Der Streit sollte daher in Klausuren nie erwähnt werden.

Die Leistung hat **grundsätzlich in Euro** zu erfolgen; nach § 244 Abs. 1 BGB *darf* auch in Euro geleistet werden, wenn der Betrag in einer anderen Währung benannt ist, aber die Zahlung im Inland erfolgen soll (was der Regelfall ist, wenn der Zahlende in Deutschland sitzt, § 270 Abs. 4 BGB iVm § 269 Abs. 1 BGB). Maßgeblich ist der Umrechnungskurs zur Zeit der Zahlung (nicht bei Vertragsschluss oder Erbringung der Gegenleistung). Die Parteien können aber auch zwingend vereinbaren, dass eine andere Währung (und keinesfalls Euro) zu verwenden ist (§ 244 Abs. 1 a.E. BGB).

bb. Was gilt für Zinsen?

Geldschulden sind in der Praxis regelmäßig zu **verzinsen**. Diese Zinsansprüche sind von Bestand und Höhe der Geldschuld abhängige Nebenforderungen, die in der ZPO bei der Ermittlung des Streitwerts nicht berücksichtigt werden (§ 4 Abs. 1 a.E. ZPO). Sie sind allerdings vorrangig zu begleichen (§ 367 Abs. 1 BGB).

Der "Mietzins" (richtig heißt es ohnehin "Miete", vgl. § 535 Abs. 2 BGB) ist keine Zinsschuld, weil es keine Geldforderung gibt, an welche dieser anknüpfen könnte!



Zwar sind auch die Zinsen in Geld zu begleichen (und damit eine Geldschuld), jedoch werden Zinsen ihrerseits nicht verzinst ("**Zinseszinsverbot**", § 289 S. 1 BGB, § 291 S. 2 BGB, § 353 S. 2 HGB). Eine Vereinbarung, dass auch insoweit Zinsen gezahlt werden sollen kann immer nur nach Fälligkeit der jeweils betroffenen Zinsen vereinbart werden (§ 248 Abs. 1 BGB). Etwas anderes gilt nur im handelsrechtlichen Kontokorrent (§ 355 HGB), für Guthabenzinsen bei Banken (§ 248 Abs. 2 S. 1 BGB) sowie für verzinsliche Inhaberschuldverschreibungen bei Bankdarlehen (§ 248 Abs. 2 S. 2 BGB).

Sie müssen in der Klausur **drei wichtige Fälle von Zinsen** unterscheiden:

- Besondere praktische Bedeutung haben **rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen**, insbesondere im Darlehensvertrag (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese sind die Gegenleistung für die Überlassung des Geldes und fallen damit nicht unter § 4 Abs. 1 a.E. ZPO - sie sind also Teil der Hauptforderung.
- Das BGB ordnet in § 641 Abs. 4 BGB an, dass die Vergütung des Werkunternehmers (§ 631 BGB) ab Fälligkeit zu verzinsen ist. Solche **Fälligkeitszinsen** sieht außerdem § 353 S. 1 HGB für Handelsgeschäfte vor. Auch Aufwendungen sind nach § 256 BGB zu verzinsen, sobald sie getätigt wurden. Für diese Zinsansprüche gilt jeweils der gesetzliche Zinssatz von 4 % (§ 246 BGB) bzw. bei beiderseitigen Handelsgeschäften von 5 % (§ 352 HGB).
- Im Übrigen sind Geldschulden erst ab Eintritt des Verzugs (§ 288 BGB) bzw. ab Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) zu verzinsen (**Verzugszinsen** bzw. **Prozesszinsen**). Diesbezüglich greift ein dynamischer, vom Basiszinssatz (§ 247 BGB) abhängiger Zins: Nach § 288 Abs. 1 BGB beträgt dieser 5% über dem Basiszins. Höhere Zinsen von 9% über dem Basiszinssatz gewährt das BGB in Umsetzung der EU-Zahlungsverzugsrichtlinie für **Entgeltforderungen** (also Gegenleistungsansprüche in Geld) für Geschäfte, an denen ein Verbraucher (§ 13 BGB) nicht beteiligt ist. Damit soll die Zahlungsmoral im Geschäftsverkehr gestärkt werden.

Sie müssen hier **zeitraumbezogen differenzieren**: Ab Fälligkeit greifen (ggf.) Fälligkeitszinsen, nach Mahnung (oder bei Vorliegen eines der Fälle von § 286 Abs. 2, Abs. 3 BGB) erhöht sich der Zinssatz auf den Verzugszins.



Umstritten ist jedoch, wie sich der seit längerem bestehende negative Basiszinssatz auswirkt.



Die **herrschender Meinung** addiert auch insoweit - bei -0,88% Basiszinssatz ergibt sich also 4,12%. Da dieser aufgrund der volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen niemals niedriger als -0,88 sein kann, ist der Verzugszinssatz stets höher als der gesetzliche Zinssatz von 4%; ein im Einzelfall höherer Schaden muss nach § 288 Abs. 4 BGB positiv bewiesen werden.

Probleme treten jedoch im Handelsrecht auf, soweit keine Entgeltforderung betroffen ist: Dann sind die Fälligkeitszinsen 5% (§ 352 HGB), der Verzugszinssatz wäre jedoch nur 4,12% (§ 288 Abs. 1 BGB). Die Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. die Klageerhebung (§ 291 BGB) würde den Gläubiger also schlechter stellen - etwa bei Aufwendungsersatz (§ 256 BGB) oder Ersatz für Wertverluste (§ 849 BGB). Dieses Ergebnis lässt sich nur korrigieren, wenn man das Wort "über" so versteht, dass nur eine Erhöhung um einen positiven Wert, nicht aber eine Herabsetzung durch einen negativen Wert gemeint ist. Die **Mindermeinung** will also stets mindestens 0 zu den in § 288 BGB genannten Beträgen addieren.

c. Welche weiteren Anspruchsfolgen regelt des BGB?

Im allgemeinen Schuldrecht finden sich noch einige weitere Regelungen zum Inhalt bzw. den Folgen bestimmter Ansprüche:

- §§ 249 ff. BGB regeln den Umfang von **Schadensersatzansprüchen**. Diese Problematik behandeln wir später noch im Detail.
- §§ 256 f. BGB treffen Vorgaben für den Inhalt von **Aufwendungsersatzansprüchen** (namentlich Verzinsung und Freistellung).
- § 258 BGB konkretisiert sog. "**Wegnahmerechte**", durch welche Sachen, die einer Hauptsache nachgeordnet sind, von dieser Hauptsache getrennt werden können.
- §§ 259 f. BGB regeln den Inhalt von **Auskunftsansprüchen** und den Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung in Bezug auf deren Richtigkeit.
- §§ 339 ff. BGB regeln die **Vertragsstrafe**, welche für den Fall eines Verstoßes gegen eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis vereinbart werden kann.
- Schließlich regelt § 292 BGB eine **verschärfte Haftung bei Herausgabepflicht ab Rechtshängigkeit**, indem insoweit auf die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses verwiesen wird. Besondere Bedeutung erlangt diese Norm wiederum durch den Verweis des § 818 Abs. 4 BGB auf die allgemeinen Vorschriften für den Bereicherungsschuldner.

aa. Was gilt für Aufwendungsersatz (§§ 256 f. BGB)?

Das BGB gewährt an vielen Stellen **Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen**. Praktisch besonders bedeutsam ist der Anspruch des Beauftragten aus § 670 BGB, auf den u.a. § 713 BGB für die Geschäftsführung in einer BGB-Gesellschaft, § 27 Abs. 3 BGB für den Vorstand eines Vereins und § 683 S. 1 BGB für die berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag verweisen. Daneben gibt es eigene Anspruchsgrundlagen etwa für Mieter (§ 536a Abs. 2 BGB, § 539 Abs. 1 BGB) oder Verwahrer (§ 693 BGB). Aufwendungen sind aber auch Verwendungen, dh. Ausgaben für den Erhalt oder die Wiederherstellung einer Sache - diese werden vor allem im Rahmen des Rück-

gewährschuldverhältnisses (§ 347 Abs. 2 BGB) sowie im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 994 ff. BGB) relevant.

In § 256 BGB wird zunächst ein **Anspruch auf Zahlung von Zinsen** angeordnet. Maßgeblich ist der gesetzliche Zinssatz (4% nach § 246 BGB, 5% bei beiderseitigen Handelsgeschäften nach § 352 HGB). Ab Verzugsbeginn (§ 286 BGB iVm § 288 BGB) bzw. spätestens ab Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) greift stattdessen der Verzugszinssatz von 5% über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 BGB). Der Zinsanspruch besteht nicht, solange der Ersatzberechtigte die Vorteile eines herauszugebenden Gegenstandes genießen kann (§ 256 S. 2 BGB); dies entspricht dem Rechtsgedanken des § 994 Abs. 1 S. 2 BGB.

In § 257 BGB wird die Konstellation geregelt, dass die Aufwendungen nicht in einer Tätigkeit oder im Verlust eines Gegenstandes bestehen, sondern nur eine **Verbindlichkeit eingegangen** wurde. Hier bestimmt das Gesetz, dass nicht etwa an denjenigen, der die Verbindlichkeit eingegangen ist, zu leisten ist (und dieser die empfangene Leistung weitergibt), sondern unmittelbar an den Gläubiger der eingegangenen Verbindlichkeit. Eine Klage des Aufwendenden auf Leistung an sich wäre also unbegründet. Dies gilt freilich nur, solange die Verbindlichkeit nicht durch den Aufwendenden erfüllt wurde - dann besteht sein Verlust in einer konkreten Geld- oder Sacheinbuße, die er unmittelbar liquidieren kann. Vor der Fälligkeit kann der Schuldner statt den Gläubiger zu befriedigen auch bloß Sicherheit leisten (§ 257 S. 2 BGB iVm § 232 BGB).

bb. Was gilt für Wegnahmerechte (§ 258 BGB)?

Werden zwei Sachen so zusammengefügt, dass die eine wesentlicher Bestandteil der anderen wird, gelten die beiden Sachen rechtlich als Einheit (§ 93 BGB, §§ 946 ff. BGB). Das hat zur Folge, dass an den einzelnen Bestandteilen **keine eigenen Rechte** mehr bestehen können. Dahinter steht die Überlegung, dass eine Trennung der beiden Teile wirtschaftlich unerwünscht wäre.

An einigen Stellen erlaubt das BGB aber eine **Durchbrechung dieses Grundsatzes**. Die wichtigste Regelung ist das Wegnahmerecht des unberechtigten Besitzers nach § 997 BGB; Sonderregelungen existieren für Pächter (§ 581 Abs. 2 BGB), Entleiher (§ 601 Abs. 2 S. 2 BGB) und Mieter (§ 539 Abs. 2 BGB).

Zentrales Tatbestandsmerkmal des § 258 BGB ist die **Einrichtung**. Darunter versteht man eine Sache, welche mit einer anderen Sache (sog. Hauptsache) körperlich verbunden ist und deren wirtschaftlichen Zwecken dient, also in ihrer wirtschaftlichen Bestimmung der Hauptsache nachgeordnet ist.



Ein Wegnahmerecht ist also nicht nur dann möglich, wenn die Sache wesentlicher Bestandteil i.S.v. § 93 BGB geworden ist, sondern auch dann wenn die Sache nur zu vorübergehendem Zweck mit der Sache verbunden worden ist (vgl. § 95 BGB). Auch insoweit liegt eine Einrichtung vor.



Im Allgemeinen Schuldrecht sind die **Folgen eines solchen Wegnahmerechts** geregelt (§ 258 BGB):

- Der Wegnahmberechtigte muss die Sache **in den Stand versetzen, den sie vor dem Einbau aufwies** (§ 258 S. 1 BGB).



Der Mieter M hat aus dem Badezimmer der Mietwohnung die Badewanne entfernt, um einen Whirlpool einzubauen. Dieser geht nach § 946 BGB in das Eigentum des Vermieters V über. M hat nach § 539 Abs. 2 BGB ein Wegnahmerecht. Wenn er dieses ausübt, muss er die Wohnung auf seine Kosten wieder in den vorherigen Zustand bringen, § 258 S.1 BGB.

- Solange der Wegnahmberechtigte **noch im Besitz der Sache ist**, kann er die Wegnahme selbst ohne weiteres vornehmen.
- Etwas anderes gilt aber, **sobald er die Sache zurückgegeben hat**: Dann muss ihm der Herausgabeberechtigte die Wegnahme gestatten (§ 258 S. 2 BGB). Es besteht also ein **einklagbarer Anspruch auf Duldung der Wegnahme** - nicht etwa eine gesetzliche Gestattung, welche unmittelbar verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB ausschließen würde. Dementsprechend besteht hier kein Selbsthilferecht des Wegnahmberechtigten. Das Gesetz sieht ein besonderes Zurückbehaltungsrecht vor: Die Gestattung darf verweigert werden, bis Sicherheit für potentielle Schäden geleistet wurde.

cc. Was gilt für Auskunftsansprüche (§§ 259 f. BGB)?

Das BGB sieht eine umfassende Auskunftspflicht im Auftragsrecht vor (§ 666 BGB). Auf diese verweisen unter anderem die Regelungen zur Geschäftsführung in der BGB-Gesellschaft (§ 713 BGB), zum Vereinsvorstand (§ 27 Abs. 3 BGB), zur Testamentsvollstreckung (§ 2218 Abs. 1 BGB) sowie zur berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 681 S. 2 BGB). Spezielle Auskunftspflichten finden sich etwa in § 1605 BGB für Unterhaltsansprüche, in § 51a GmbHG für GmbH-Gesellschafter und in § 2027 BGB für einen Erbschaftsbesitzer.

Das allgemeine Schuldrecht regelt den Umfang solcher Auskunftspflichten in den §§ 259 ff. BGB. Dabei wird unterschieden zwischen zwei Arten von Auskunftserteilung:

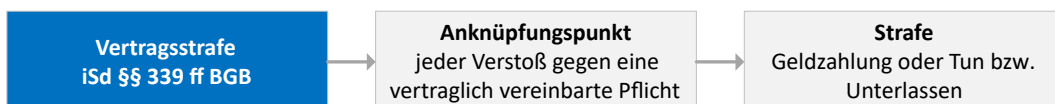
- Bei einer **Rechenschaftspflicht** ist nach § 259 Abs. 1 BGB eine geordnete Übersicht über alle Einnahmen und Ausgaben mit Belegen zu erstellen, soweit dies üblich ist. Betroffen sind alle Fälle, in denen fremde Angelegenheiten wahrgenommen werden (d.h. insbesondere alle Fälle des § 666 BGB). Soweit es sich nicht um eine Angelegenheit von geringer Bedeutung handelt (§ 259 Abs. 3 BGB), kann bei Zweifeln eine eidesstattliche Versicherung verlangt werden (§ 259 Abs. 2 BGB). Dieser steht nach hM auch nicht der Grundsatz "nemo tenetur" entgegen, wonach sich niemand selbst (etwa einer Untreue, § 266 StGB) belasten muss - der Erklärende würde sich hier zusätzlich nach § 156 StGB strafbar machen.
- Demgegenüber regelt § 260 BGB die Pflicht zur **Erstellung eines Bestandsverzeichnisses**. Diese besteht immer dann, wenn mehrere Gegenstände herauszugeben sind (insbesondere im Fall des Erbschaftsbesitzers nach § 2027 Abs. 1 BGB) - es handelt sich um einen eigenen Anspruch. Auch hier kann nach § 260 Abs. 2 BGB eine eidesstattliche Versicherung verlangt werden, wenn es sich nicht um eine Angelegenheit von geringer Bedeutung handelt (§ 260 Abs. 3, 259 Abs. 3 BGB).

Der Auskunftsanspruch ist dem Herausgabeanspruch logisch vorgeordnet. Im Prozess kann dieser Schwierigkeit mittels Stufenklage (§ 254 ZPO) Rechnung getragen werden.



dd. Was gilt für Vertragsstrafen (§§ 339 ff. BGB)?

Es ist möglich, für den Fall eines bestimmten Tuns oder Unterlassens eine Leistung an einen Gläubiger zu vereinbaren. Praktisch könnte man dies als aufschiebend bedingtes (§ 158 Abs. 1 BGB) Schuldversprechen (§ 780 BGB) konstruieren. Das BGB sieht jedoch in §§ 339 ff. BGB besondere Regelungen zu einer solchen "Vertragsstrafe" vor.



Als **Anknüpfungspunkt** kommt jeder Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Pflicht in Betracht. In Abgrenzung zu einer Wette (§ 762 BGB) muss es sich nur um ein sicheres, kontrollierbares Verhalten handeln. Ist die Vereinbarung der Verpflichtung unwirksam, entfällt auch die Vertragsstrafe (Akzessorietät). Grundsätzlich regeln die §§ 339 ff. BGB das sog. "**unselbständige Strafversprechen**", welches an die Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht anknüpft - es gibt also auch einen Anspruch auf Vornahme bzw. Unterlassung der Leistung (§ 241 Abs. 1 BGB). Möglich ist aber auch ein "selbstständiges Strafversprechen", durch das der Schuldner für den Fall eines Verhaltens eine Strafe zahlt, ohne dieses einklagbar zu versprechen (vgl. § 343 Abs. 2 BGB).

Die "**Strafe**" kann dabei in einer Geldzahlung (§ 339 S. 1 BGB) aber auch in jedem anderen Tun oder Unterlassen (§ 342 BGB) liegen. Ihre Bedeutung gegenüber den allgemeinen Regeln der §§ 280 ff. BGB zeigt sich vor allem in § 340 Abs. 2 S. 1 BGB und § 341 Abs. 2 BGB: Danach muss der Gläubiger hier nicht mehr beweisen, dass ihm ein Schaden in der jeweiligen Höhe entstanden ist, sondern kann den vereinbarten Ersatz als Mindestzahlung verlangen. Er kann jedoch einen höheren Verlust nachweisen (§ 340 Abs. 2 S. 2 BGB). Sobald der Schuldner die Strafe gezahlt hat, kann er sich nicht darauf berufen, dass diese unverhältnismäßig hoch gewesen sei (§ 343 Abs. 1 S. 3 BGB) - eine Rückforderung ist ausgeschlossen.

Die Höhe der Strafe ist kein Kriterium für eine Nichtigkeit nach § 138 BGB: Hier kann das Gericht die Vertragsstrafe herabsetzen (§ 343 BGB); allerdings nicht für Strafen, die ein Kaufmann bei Betrieb seines Handelsgewerbes verspricht (§ 348 HGB).



In Klausuren müssen Sie auf § 309 Nr. 6 BGB achten, der Vertragsstrafen in AGB untersagt.

Eine Vertragsstrafe ist "verwirkt", wenn gegen die vereinbarte Pflicht verstoßen wurde (§ 339 BGB). Dabei ist zu unterscheiden:

- Bei einer **Handlungspflicht** muss sich der Schuldner gem. § 339 S. 1 BGB im Schuldnerverzug befinden (§ 286 BGB). Erforderlich ist also grds. eine vorherige Mahnung oder deren ausnahmsweise Entbehrlichkeit nach § 286 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 286 Abs. 2 BGB. Weiterhin ist wegen § 286 Abs. 4 BGB Vertretenmüssen erforderlich. Bei Unmöglichkeit liegt zwar mangels Leistungspflicht kein Verzug vor - jedoch soll der Schuldner (entsprechend § 283 BGB) trotzdem die Vertragsstrafen zahlen müssen, wenn er die Ursache des Untergangs der Leistungspflicht zu vertreten hat.
- Bei einer **Unterlassungspflicht** genügt nach § 339 S. 2 BGB die schlichte Zuwiderhandlung. Die herrschende Meinung reduziert die Regelung jedoch teleologisch und nimmt an, dass auch insoweit Vertretenmüssen erforderlich ist. Dahinter steht die Überlegung, dass es keinen Anlass gibt, bei einer Unterlassungspflicht eine strengere Haftung anzunehmen als bei einer Handlungspflicht.

Das Gesetz geht in § 340 Abs. 1 S. 1 BGB davon aus, dass eine **für die Nichterfüllung vereinbarte Vertragsstrafe** als eine Form des Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) nur an Stelle der Erfüllung verlangt werden kann. Dementsprechend bestehen bei Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung zunächst Erfüllungsanspruch und Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe nebeneinander (§ 340 Abs. 1 S. 1 BGB). Erst wenn sich der Gläubiger für die Vertragsstrafe entscheidet, erlischt der Erfüllungsanspruch (§ 340 Abs. 1 S. 2 BGB - dies entspricht § 281 Abs. 4 BGB).

Betrifft die Vertragsstrafe **die fristgemäße Erbringung der Leistung**, kann sie hingegen wie ein Verzögerungsschaden (§ 280 Abs. 2 BGB) unproblematisch neben der Erfüllung verlangt werden (§ 341 Abs. 1 BGB).

Soweit die Vertragsstrafe schließlich **für die nicht ordnungsgemäße Leistung** vereinbart wurde, kann sie ebenfalls neben dem Anspruch auf (mangelfreie) Leistung geltend gemacht werden (§ 341 Abs. 1 BGB). Nimmt der Gläubiger die Leistung allerdings als Erfüllung an, muss er sich die Geltendmachung der Vertragsstrafe bei Annahme vorbehalten, § 341 Abs. 3 BGB.

3. Wo müssen Leistungspflichten erfüllt werden?

Die Parteien können vereinbaren, an welchem Ort der Schuldner seine Leistungshandlung erbringen muss (sog. **Leistungsort** oder **Erfüllungsort**). Soweit eine solche Vereinbarung fehlt, greifen zunächst gesetzliche Sonderregelungen. Sind auch solche nicht ersichtlich, ist auf die Umstände des Vertrages abzustellen. Erst wenn diese ebenfalls zu keinem klaren Ergebnis führen, greift die Vermutungsregelung des § 269 Abs. 1 BGB. Vom Leistungsort streng zu unterscheiden ist der **Erfolgort**. Dies ist der Ort, an dem sich der vom Gläubiger gewünschte Erfolg der Leistung zeigen soll. Ein Erfolg ist namentlich beim Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB: Übergabe und Übereignung der gekauften Sache) und beim Werkvertrag (§ 631 BGB: Herstellung des Werks) geschuldet; nicht hingegen beim Dienstvertrag (§ 611 BGB: Erbringung der Dienste).

Leistungsort und Erfolgsort können auseinanderfallen. Man unterscheidet daher drei Konstellationen:

- Ist der Leistungsort (und ggf. der Erfolgsort) am Wohnsitz des Schuldners, spricht man von einer "**Holschuld**": Der Gläubiger muss die geschuldete Leistung am Wohnsitz des Schuldners abholen.

Dies ist etwa der Fall bei Friseurterminen, bei Kauf von Lebensmitteln im Supermarkt etc.



- Ist der Leistungsort (und ggf. der Erfolgsort) am Wohnsitz des Gläubigers, spricht man von einer "**Bringschuld**": Der Schuldner muss dem Gläubiger die geschuldete Leistung zu seinem Wohnsitz bringen.

Dies ist etwa der Fall bei Bestellungen bei einem Pizza-Lieferservice oder dem Lieferservice eines Einrichtungshauses.



- Ist der Leistungsort beim Schuldner und der Erfolgsort beim Gläubiger, spricht man von einer "**Schickschuld**". Der Transport gehört dann nicht mehr zur geschuldeten Leistung, der Schuldner muss nur die Leistung auf den Weg zum Gläubiger bringen.

Dies ist namentlich bei Bestellungen im Internet-Versandhandel (Amazon etc.) der Fall. Der Schuldner übergibt die Leistung an einen externen Paketdienst (DHL, UPS etc.).



Wo müssen die Leistungspflichten erfüllt werden?

	Leistungsort	Erfolgort
Holschuld	bei Schuldner	bei Schuldner
Bringschuld	bei Gläubiger	bei Gläubiger
Schickschuld	bei Schuldner	bei Gläubiger

a. Was sind die für den Leistungsort wichtigen Umstände?

Nach § 269 Abs. 3 BGB sind die Kosten des Transports allein nicht maßgeblich für die Frage, an welchem Ort die Leistung zu erbringen ist. Vielmehr sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Es kann sich trotz Kostenübernahme durch den Gläubiger um eine Bringschuld, aber auch bei Kostenübernahme durch den Schuldner um eine Schickschuld handeln. Im Zweifel wird es sich nach § 269 Abs. 3 BGB iVm § 269 Abs. 1 BGB in diesen Fällen um eine Schickschuld handeln, d.h. der Leistungsort bleibt trotz Kostenübernahme beim Schuldner.

Wichtige Beispielfälle für den Leistungsort sind:



- Eine Leistung, die an einer unbeweglichen Sache erbracht werden muss, ist zwangsweise eine Bringschuld.
- Bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht (§§ 323 ff. BGB) ist die Leistung an dem Ort zurückzugewähren, an dem sich der Gegenstand vertragsgemäß befindet. Nur wenn ausnahmsweise der Gegenstand an einem unvorhersehbaren Ort (etwa in China) ist, muss der Rücktrittsschuldner den Gegenstand zurück nach Deutschland transportieren. Die Gegenansicht meint hingegen, jede Leistung sei dort zurückzugewähren, wo sie empfangen wurde (actus contrarius: Die Bringschuld wird zur Holschuld und umgekehrt).
- Eine Transportleistung ist während der gesamten Strecke zu erbringen - also nicht nur am Anfangspunkt und auch nicht nur am Endpunkt.
- Ein Bauarbeiter, der an verschiedenen Baustellen für seinen Arbeitgeber tätig wird, hat den Leistungsort seiner Dienstvertragspflicht am Geschäftssitz (§ 269 Abs. 2 BGB) des Arbeitgebers, nicht etwa an den jeweiligen Baustellen.

b. Wo ist die Nacherfüllung zu erbringen?

Es ist umstritten, wo die Nacherfüllung (§ 439 BGB) zu erbringen ist:



- Einerseits wird betont, dass die Nacherfüllung ein **modifizierter vertraglicher Erfüllungsanspruch** sei. Dann sei es auch nur konsequent, die Nacherfüllung am selben Ort zu erbringen wie die ursprüngliche Erfüllungspflicht.
- Eine Gegenansicht stellt hingegen die Parallele zum gesetzlichen Rücktrittsrecht in den Vordergrund. Da dieses am vertragsgemäßen Aufenthaltsort der Sache zu erfüllen sei, müsse dies entsprechend für die Nacherfüllung gelten. Als Argument wird auf § 439 Abs. 2 BGB verwiesen, wonach die Transportkosten der Verkäufer zu tragen hat.
- Der BGH folgt keiner dieser beiden Ansichten. Er wendet vielmehr § 269 Abs. 1 BGB separat auch für die Nacherfüllung an. Damit können die Parteien einen Nacherfüllungsort vereinbaren oder er kann sich aus den Umständen ergeben (etwa bei schwer zu transportierenden Gegenständen, aufgrund bestimmter Verkehrsüblichkeiten oder im Rahmen von Handelsbräuchen, § 346 HGB). Im Zweifel sei aber die Nacherfüllung eine Holschuld: Sie sei am Sitz des Verkäufers zu erfüllen.

Dies wird in der Literatur im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kritisiert. Danach muss die Nacherfüllung unentgeltlich geschehen. Der BGH bezieht dies nur auf die Kosten, welche der Verkäufer nach § 439 Abs. 2 BGB zu tragen habe - wodurch aber weder etwas über die reale Durchführung des Transports noch über das Verlustrisiko gesagt sei. Die Literatur betont hingegen Art. 3 Abs. 3 S. 3 der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der auch verbietet, dem Käufer erhebliche Unannehmlichkeiten anlässlich der Nacherfüllung aufzuerlegen. Dies sei bei einem Rücktransport

stets der Fall, so dass ausschließlich ein Leistungsort am vertragsgemäßen Aufenthalt der gekauften Sache interessengerecht sei.

c. Was gilt für Geldschulden (§ 270 BGB)?

Nach § 270 Abs. 4 BGB gilt auch für Geldschulden die Regelung des § 269 BGB. Damit wird auch insoweit vermutet, dass die Geldschuld (wie jede andere Schuld) eine Holschuld ist und beim Schuldner zu erbringen ist. Das bedeutet: Eigentlich müsste man sich das Geld **abholen**.

Verweist der Schuldner den Gläubiger darauf, er möge das Geld doch abholen, verletzt er aber seine Leistungspflicht und kommt in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB) - denn er muss nach § 270 Abs. 1 BGB das Geld übermitteln. Damit ordnet das Gesetz eine **Schickschuld** an - der Ort der Leistungshandlung (Zahlung) und des Leistungserfolgs (Empfang) fallen auseinander. Zudem modifiziert § 270 Abs. 1 BGB das Kosten- und Verlustrisiko: Die Übermittlung erfolgt anders als bei der normalen Schickschuld auf Kosten und Verantwortung des Schuldners. Das bedeutet: Geht das Geld beim Transport verloren, muss der Schuldner erneut zahlen (es tritt weder Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB, noch Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB, ein). Aus diesem Grunde wird die Geldschuld überwiegend als "**qualifizierte**" Schickschuld bezeichnet (die Qualifikation liegt insoweit in der von § 269 BGB abweichenden Risikozuweisung).

Allerdings wird § 270 BGB noch weitergehend durch Europarecht beeinflusst. Nach der Zahlungsverzugsrichtlinie ist für das Ende des Schuldnerverzugs (§ 286 Abs. 1 BGB) bei Banküberweisungen auf Entgeltzahlungen von Unternehmern (§ 14 BGB) gegen andere Unternehmer nicht nur die Veranlassung der Überweisung, sondern weitergehend die Gutschrift des Geldbetrags beim Empfänger maßgeblich. Soweit der Schuldner in diesen Fällen auch das Risiko der Rechtzeitigkeit trägt, handelt es sich um eine echte **Bringschuld**. Bei einer Schickschuld würde hingegen die rechtzeitige Absendung genügen (da nur dies die maßgebliche Leistungshandlung ist). Außerhalb der Zahlungsverzugsrichtlinie genügt daher nach umstrittener Auffassung bereits die Veranlassung der Überweisung; im Geltungsbereich muss das Geld wirklich ankommen.

In der Klausur sind Sie jedenfalls bei Überweisungen auf Entgeltforderungen von Unternehmern (§ 14 BGB) an das Ergebnis des EuGH gebunden. Allerdings setzt der Verzug auch ein Vertretenmüssen voraus (§ 286 Abs. 4 BGB). Nach § 675s Abs. 1 S. 1 BGB dürfen Überweisungen maximal einen Arbeitstag in Anspruch nehmen. Auf diese Verpflichtung der Bank kann der Veranlasser einer Überweisung vertrauen. Er lässt daher nicht die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) außer Acht, wenn er diese Frist bei seiner Überweisung einkalkuliert und mehr als einen Arbeitstag vor Fristablauf die Überweisung veranlasst. Damit liegt kein Verzug vor.



4. Wann müssen Leistungspflichten erfüllt werden?

Im Hinblick auf die in § 271 BGB geregelte Leistungszeit sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- Unter **Fälligkeit** versteht man den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung vom Schuldner verlangen darf. Vor Fälligkeit kann insbesondere kein Verzug eintreten (§ 286 BGB), aber auch Ansprüche aus § 281 BGB scheiden aus, da zu diesem Zeitpunkt die Leistung noch gar nicht verlangt werden durfte. Die Fälligkeit kann durch eine sog. Stundung hinausgeschoben

werden. Im Zweifel tritt die Fälligkeit in Ermangelung besonderer Vereinbarungen, gesetzlicher Regelungen oder Umstände jedoch "sofort" (§ 271 Abs. 1 BGB) ein.



Besondere Fälligkeitsvorschriften finden sich in § 556b Abs. 1 BGB für die Mietzahlung bei Wohnraummiete, in § 614 BGB für die Vergütung im Dienstvertrag und in § 641 BGB für den Werklohn.

- Eine **Sonderregel** gilt auch für den **Verbrauchsgüterkauf**: Nach § 475 Abs. 1 S. 1 BGB (ab 1.1.2018) ist die Fälligkeit dort nur "unverzüglich" (§ 121 BGB) - das bedeutet: Eine schuldlose Verzögerung bleibt außer Betracht. Allerdings bestimmt § 475 Abs. 1 S. 2 BGB für den Verkäufer auch eine Höchstfrist: Die Leistung muss im Zweifel spätestens 30 Tage nach Vertragsschluss erfolgen.
- Die **Erfüllbarkeit** betrifft demgegenüber den Zeitpunkt, in dem der Schuldner dem Gläubiger frühestens im Sinne von § 294 BGB anbieten darf. Sie ist vor allem für die Aufrechnung wichtig: Nach § 387 BGB darf nur eine gegen den Schuldner gerichtete Forderung, die bereits erfüllbar ist, durch die Aufrechnung mit einer eigenen Forderung gegen den Gläubiger vernichtet werden. Auch diese ist in Ermangelung besonderer Vereinbarungen, gesetzlicher Regelungen oder Umstände im Zweifel "sofort" (§ 271 Abs. 1 BGB). Insoweit trifft § 475 Abs. 1 S. 3 BGB keine abweichende Regelung.



Die Erfüllbarkeit kann etwa hinausgeschoben werden, weil der Gläubiger im vereinbarten Zeitraum im Urlaub ist und die Leistung nicht entgegennehmen könnte.

a. Inwieweit sind Vereinbarungen über die Leistungszeit eingeschränkt?

Nach § 271a BGB sowie § 308 Nr. 1a, 1b BGB sind Vereinbarungen über Zahlungsfristen für Entgeltforderungen nur noch eingeschränkt möglich:

- In AGB (auch gegenüber Unternehmern) darf keine "unangemessen lange Zeit" für die Erfüllung einer Entgeltforderung vereinbart werden (§ 308 Nr. 1a BGB). Dabei wird vermutet, dass bei AGB, die von einem Unternehmer gestellt werden, eine Frist von mehr als 30 Tagen nach Empfang der Gegenleistung oder spätestens 30 Tage nach Empfang der Rechnung unangemessen ist.
- Auch individualvertraglich sind Zahlungsfristen von mehr als 60 Tagen nach Erhalt der Gegenleistung oder einer diesbezüglichen Rechnung suspekt (§ 271a Abs. 1 S. 1 BGB), wenn diese nicht zugunsten eines Verbrauchers wirken (§ 271a Abs. 5 Nr. 2 BGB). Zunächst müssen solche Vereinbarungen ausdrücklich erfolgen. Zudem ist eine Billigkeitsprüfung vorzunehmen: Die lange Zahlungsfrist darf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig beeinträchtigen. Die Beweislast trägt insoweit der Gläubiger.
- In § 271a Abs. 3 BGB und § 308 Nr. 1b BGB finden sich entsprechende Regelungen für Prüfungs- und Abnahmefristen. Insoweit sind maximal 15 Tage in AGB oder 30 Tage individualvertraglich ohne besondere Billigkeitsprüfung erlaubt.

Sinn dieser Beschränkung der Vertragsfreiheit ist die Umsetzung von europarechtlichen Vorgaben zur Beschleunigung des Zahlungsverkehrs unter Unternehmern. Die EU will damit sicherstellen, dass insbesondere kleine Unternehmen solvent bleiben. Die Regelungen wirken im Vorfeld der Verzugsregelungen und gewährleisten, dass der Verzug nicht durch Vereinbarung faktisch ausgeschlossen wird (siehe auch § 286 Abs. 5 BGB).

b. Was sind Zwischenzinsen (§ 272 BGB)?

Wenn der Schuldner vorzeitig eine Geldschuld erfüllt, darf er keine Zwischenzinsen abziehen (§ 272 BGB). Damit meint das Gesetz, dass er dem Gläubiger nicht den potentiellen Zinsgewinn durch Anlage bzw. die ersparten Aufwendungen durch Zahlung von Zinsen auf ein negatives Bankkonto abziehen kann, sondern den Betrag voll erbringen muss.

Ausdrücklich gilt die Regelung nur für unverzinsliche Schulden, sie wird aber nach ganz allgemeiner Ansicht auch auf verzinsliche Schulden angewandt.

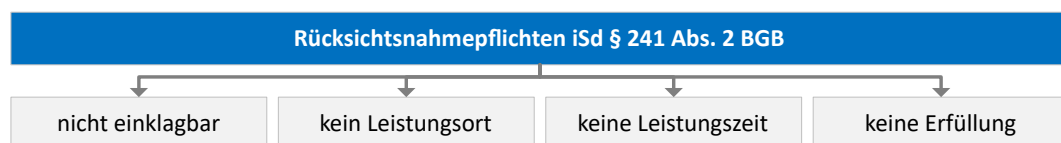
II. Was sind "Rücksichtnahmepflichten" (§ 241 Abs. 2 BGB)?

Von den einklagbaren Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) unterscheidet das Gesetz die "Rücksichtnahmepflichten" (§ 241 Abs. 2 BGB). Diese können gerade nicht eingeklagt werden, sondern führen **nur bei Verletzung zu einem Anspruch auf Schadensersatz** (§ 280 Abs. 1 BGB). Teilweise spricht man auch von "Schutzpflichten" oder "nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten" - diese Terminologie ist aber angesichts des Gesetzeswortlauts eher verwirrend.

Anders als bei Leistungspflichten gibt es für Rücksichtnahmepflichten **keinen Leistungsort, keine Leistungszeit und keine Erfüllung**. Sie sind vielmehr dauerhaft während der gesamten Fortdauer des Schuldverhältnisses und sogar darüber hinaus ("culpa post contractum finitum") zu beachten. Das Gesetz stellt dabei zudem klar, dass Rücksichtnahmepflichten wechselseitig bestehen: Während eine Leistungspflicht einen *Gläubiger* und einen *Schuldner* hat (§ 241 Abs. 1 BGB), besteht die Pflicht zur *Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen für jeden Teil* (§ 241 Abs. 2 BGB). Eine solche Pflicht kann nach § 311 Abs. 3 BGB sogar zu Personen entstehen, die nicht Partei eines Vertrages werden sollten.

Eine **schwerwiegende Verletzung von Rücksichtnahmepflichten** kann die Vertrauenssituation der Parteien eines Schuldverhältnisses so schwerwiegend schädigen, dass eine Annahme der Leistung durch den Gläubiger unzumutbar wird. Dementsprechend sieht § 324 BGB vor, dass bei einem Vertrag die Möglichkeit zum Rücktritt auch bei Rücksichtnahmepflichtverletzungen besteht; nach § 282 BGB kann an Stelle der Erfüllung der Leistungspflicht Schadensersatz in Geld für das Leistungsinteresse verlangt werden.

Handwerker H "baggert" bei den Arbeiten im Hause des Werkbestellers M mehrfach dessen Ehefrau F an. Die Eheleute haben ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB.



1. Was setzt die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht voraus?

Im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB muss der Geschädigte das Bestehen des Schuldverhältnisses, die Pflichtverletzung und seinen Schaden darlegen und beweisen. Es wird dann vermutet, dass der Schädiger die Pflichtverletzung zu vertreten hatte (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), d.h. er muss diese Vermutung widerlegen.

Unklar ist jedoch, welche Umstände bei Verletzung von Rücksichtnahmepflichten zur Pflichtverletzung und welche zum Vertretenmüssen gehören. Praktische Bedeutung hat dies etwa, wenn ein Richter über einen Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils entscheiden muss.

Sie müssen dabei differenzieren:

- Soweit ein absolut geschütztes Rechtsgut des Geschädigten betroffen ist (etwa eine Körperverletzung oder eine Sachbeschädigung) genügt es, dass Sie im Rahmen der Pflichtverletzung feststellen, dass dieses Rechtsgut betroffen ist ("**Erfolgsunrecht**") und dass dies auf einem Verhalten des Schuldners bzw. seiner Hilfspersonen beruhte (adäquate Kausalität). Damit haben Sie die Pflichtverletzung geprüft. Ob die Verletzung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht eingetreten wäre, ist eine Frage des Vertretenmüssens (§ 276 Abs. 2 BGB).
- Demgegenüber genügt diese Feststellung nicht, wenn ausschließlich Rechte oder gar bloße Interessen betroffen sind. Bei diesen genügt als Pflichtverletzung nicht die bloße Betroffenheit durch irgendein Verhalten. Vielmehr müssen Sie eine konkrete Pflichtverletzung ("**Handlungsunrecht**") benennen. Konkret müssen Sie die verletzte Informations- oder Aufklärungspflicht zunächst einmal herleiten - denn eine Partei ist grundsätzlich nicht für die Interessen der anderen verantwortlich. Dies führt faktisch zu einer Verlagerung von Aspekten der Fahrlässigkeit aus dem Vertretenmüssen in die Pflichtverletzung - und damit auch zu einer Veränderung der Darlegungs- und Beweislast.



In der Klausur können Sie sich daher nach einer ausführlichen Begründung für die Aufklärungspflicht in der Pflichtverletzung beim Vertretenmüssen kurz fassen. Sie können etwa schreiben: "Durch die Verletzung der ihn treffenden Aufklärungspflicht hat er auch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und damit nach § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt. Also hatte er die Pflichtverletzung auch zu vertreten."

2. Was ist ein vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB)?

Bereits vor Abschluss eines Vertrages können Parteien gesteigerten Gefahren ausgesetzt sein. Soweit Ersatz von Schäden verlangt wird, stellt jedoch das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) erhebliche Hürden auf: Soweit kein absolut geschütztes Rechtsgut im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB oder ein besonderes Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB verletzt wurde, scheidet ein Schadensersatzanspruch aus. Für Hilfspersonen greift nur eine Haftung nach § 831 BGB mit der eine Haftung ausschließenden Möglichkeit des Nachweises der Zuverlässigkeit des Verrichtungshelfen (sog. Exkulpation). Im Übrigen muss der Geschädigte beweisen, dass der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

Dies entspricht nicht den Erwartungen der Personen, die über einen Vertrag verhandeln und sich dadurch in Kontakt mit Gefahren begeben. Dementsprechend bestimmt § 311 Abs. 2 BGB, dass bereits vor Abschluss eines Vertrages ein Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB entstehen kann. Deren Verletzung führt (ebenso wie bei jedem anderen Schuldverhältnis) zu einer Haftung auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB. Gegenüber dem Deliktsrecht hat dies viele Vorteile:

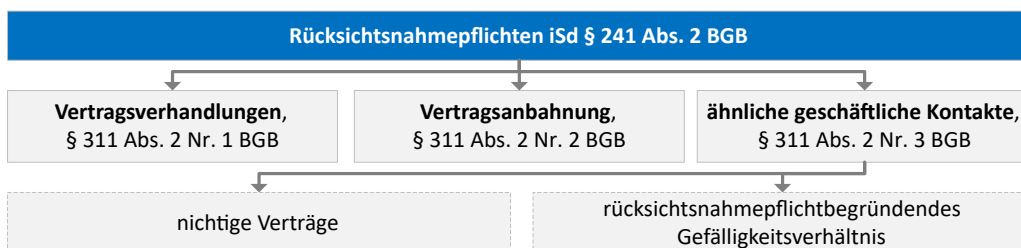
- Nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB werden **alle durch die Pflichtverletzung verursachten unfreiwilligen Vermögenseinbußen** ersetzt, selbst wenn kein Rechtsgut verletzt wurde und auch ein Schutzgesetz nicht ersichtlich ist.
- Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB trägt die **Darlegungs- und Beweislast für das Vertretenmüssen** der Schuldner - er muss sich also exkulpieren und nicht umgekehrt der Gläubiger das Verschulden beweisen.

- Nach § 278 BGB muss der Schuldner für das **Verschulden aller Hilfspersonen** einstehen. Er kann sich anders als nach § 831 BGB nicht auf seine berechnete Auswahl und die bisherige Zuverlässigkeit berufen.

a. Wodurch entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis?

§ 311 Abs. 2 BGB unterscheidet drei Varianten, wobei die erste Variante die engste und die letzte Variante die weitgehendste ist:

- **Vertragsverhandlungen** im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB können mündlich oder schriftlich erfolgen. Sie enden mit dem Abschluss des Vertrages oder dessen endgültigem Scheitern.
- Eine **Vertragsanbahnung** (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) ist gegenüber den Verhandlungen weiter gefasst. Hier muss kein unmittelbarer Austausch zwischen den Parteien stattfinden, stattdessen muss der Geschädigte dem Schädiger eine Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen ermöglicht haben. Der Gesetzgeber hatte vor allem Selbstbedienungsgeschäfte im Auge, in denen der Kunde riskiert, durch Gefährdungen im Verkaufsraum (defekte Einrichtung, Bananenschalen oder Salatblätter auf dem Boden) verletzt zu werden. Erfasst ist aber etwa auch ein Unfall während einer Probefahrt.
- Schließlich knüpft § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB an "**ähnliche geschäftliche Kontakte**" an. Dieser Auffangtatbestand soll Konstellationen erfassen, welche der Vertragsanbahnung bzw. der Vertragsverhandlung vergleichbar sind. Es muss sich um geschäftliche Kontakte handeln, so dass rein soziale Beziehungen nicht erfasst sind. Es darf aber auch noch kein Vertrag vorliegen, da sonst § 311 Abs. 1 BGB eingreift. Anerkannt ist die Anwendung für zwei Konstellationen:
 - Ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB besteht bei **nichtigen Verträgen**. Denn auch hier können die Parteien davon ausgehen, dass als Minimum wechselseitige Rücksichtnahme erforderlich ist (wenngleich die Leistung aufgrund der Nichtigkeit ausgeschlossen ist).
 - Zudem liegt ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt beim **rücksichtnahmepflichtbegründenden Gefälligkeitsverhältnis** vor. In diesem Zusammenhang kann eine Haftung aus § 311 Abs. 3 BGB bei Auskünften von ersichtlich erheblicher Bedeutung in Betracht kommen (beachte aber § 675 Abs. 2 BGB)



Die Regelung des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB soll Konstellationen erfassen, in denen die Rücksichtnahme gerade aufgrund der Möglichkeit der Einwirkung auf die fremden Rechte, Rechtsgüter oder Interessen geboten ist. Dies ist klassisch der Bereich der Verkehrssicherungspflichten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB - wer seine Geschäftsräume einem Verkehr eröffnet, muss diese auch hinreichend absichern.

Sicher von § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB umfasst sind alle Personen, die einen Vertrag abschließen wollen, also mit fester Kaufabsicht den Supermarkt betreten. Dies gilt selbst dann, wenn sie letztlich doch nichts erwerben. In jedem Fall nicht umfasst sind demgegenüber Personen, de-

ren einziger Zweck ist, das Unternehmen zu schädigen, etwa Vandalen, Ladendiebe oder Terroristen.

Umstritten ist, ob ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Folge möglicher Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB auch zugunsten von Gelegenheitsbesuchern entsteht oder ob diese allein auf Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 831 BGB beschränkt sind.



Teilweise wird die Anwendung von § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB konsequent abgelehnt. Die Betroffenen werden bei Schäden auf § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 831 BGB verwiesen. Argumentiert wird, dass derjenige, der sich etwa wegen Regens im Supermarkt unterstellt, ein Geschäft als Treffpunkt mit Freunden ausgemacht hat oder einfach nur die Weihnachtsdekoration besichtigen will, regelmäßig keinen Vertrag abschließen möchte.

Die Gegenauffassung verweist darauf, dass die Auslage, Dekoration und der Aufbau der meisten Geschäfte gerade so angelegt sind, dass Kunden angelockt werden sollen. Auch der Gelegenheitsbesucher kann daher potentiell einen Kauf tätigen und soll dazu motiviert werden. Dann ist aber nicht ersichtlich, wieso er (nur weil diese Entscheidung noch aussteht oder auch negativ ausfallen kann) anders behandelt werden soll als der Kunde mit festem Kaufentschluss. Solange auch nur die Möglichkeit eines Vertragsschlusses besteht (d.h. der Kunde Geld bei sich führt), ist nach dieser Ansicht § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB eröffnet.

b. Welche Pflichten bestehen vor Vertragsschluss?

Im Rahmen der Rücksichtnahmepflichten vor Vertragsschluss sind **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

- Zunächst geht es um den **Schutz absoluter Rechtsgüter**, der auch durch das Deliktsrecht umfasst ist. Der wesentliche Vorteil für den Gläubiger liegt hier vor allem in der Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB sowie in § 278 BGB
- Zweitens soll die **Entschließungsfreiheit** als Interesse geschützt werden. Dies betrifft vor allem die Verletzung von **Aufklärungspflichten**, etwa wenn der Verkäufer schlicht über die Qualität der verkauften Sache lügt oder Risiken gezielt verschweigt. Dabei stellt sich freilich das Problem der Konkurrenz zu § 123 BGB (dazu sogleich).
- Drittens soll eine bereits **vermeintlich gesicherte Rechtsposition nicht ohne Grund entzogen werden** dürfen. Diese besonders diffuse Fallgruppe betrifft die Konstellation, dass scheinbar fast abgeschlossene Verhandlungen plötzlich ohne sachlichen Grund abgebrochen werden. Voraussetzung ist, dass bereits ein besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, der zu konkreten, nachteiligen Dispositionen geführt hat. Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, als hätte der andere Teil nicht das Vertrauen auf das Zustandekommen erweckt (nicht: als seien die Verhandlungen fortgeführt worden!). Im Regelfall bedeutet dies nicht, dass der Vertrag auch geschlossen worden wäre. Vielmehr erhält der Geschädigte nur den Schaden ersetzt, der ihm im Vertrauen auf das Zustandekommen entstanden wäre (wie in § 122 Abs. 1 BGB, § 179 Abs. 2 BGB).



Dies sind etwa Anreisekosten, Gebühren für Anwälte oder Notare, etc. Der Weiterveräußerungserlös ist hingegen nur ganz ausnahmsweise ersatzfähig, wenn ein Anspruch auf den Vertragsschluss bestand (etwa nach § 20 Abs. 5 GWB).

c. Welche Konkurrenzprobleme stellen sich?

Neben Ansprüchen auf Schadensersatz aus § 280 BGB iVm § 311 Abs. 2 BGB kommen eine ganze Reihe von anderen Anspruchsgrundlagen in Betracht:



- Bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB) oder Verstoß gegen Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2 BGB) findet das **Deliktsrecht** neben § 280 Abs. 1 BGB Anwendung.

Wenn A den B durch vorsätzliche Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Abschluss eines für B nachteiligen und A begünstigenden Vertragsschlusses bringt, hat B gegen A einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB und parallel einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 Abs. 1 StGB.



- Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich stehen neben späteren **Pflichtverletzungen nach Vertragsschluss**. Der Vertragsschluss führt also nicht zum Erlöschen von einmal entstandenen Ansprüchen aus culpa in contrahendo.

Lügt A bei Vertragsschluss über seine Person **und** hat die Sache nicht die behaupteten Eigenschaften, hat A einerseits eine Rücksichtnahmepflicht im Rahmen der Vertragsverhandlungen verletzt (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB iVm § 311 Abs. 2 BGB). Er hat aber auch eine sachmangelhafte Sache übergeben und übereignet und haftet deshalb nach § 437 Nr. 3 BGB iVm § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB, § 281 BGB auf Schadensersatz statt der Leistung.



- Nach überwiegender Auffassung können zudem Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich **nach** Abschluss eines ungünstigen Vertrages einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen des § 282 BGB sowie ein Rücktrittsrecht unter den Voraussetzungen von § 324 BGB begründen. Beide Normen sind aber **nur analog** anzuwenden, da sie eigentlich eine Pflichtverletzung nach Zustandekommen des Vertrages voraussetzen.
- Besondere Probleme bereitet das **Verhältnis zu den Schadensersatzansprüchen aus dem allgemeinen Teil** (§ 122 BGB, § 179 Abs. 1 BGB und § 179 Abs. 2 BGB) sowie der **Aufhebung eines Vertrages** durch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 142 Abs. 1 BGB iVm § 123 Abs. 1 BGB) zur Rückgängigmachung als Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB als Rechtsfolge von § 280 Abs. 1 BGB), die wir uns auf den folgenden Seiten näher ansehen werden.

aa. Wie verhält sich § 280 BGB zu § 122 BGB und § 179 BGB?

Auch im Allgemeinen Teil gibt es **Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche wegen falscher oder missverständlicher Äußerungen**, nämlich § 122 Abs. 1 BGB (Schadensersatz bei vermeintlicher Scherzerklärung oder wirksamer Irrtumsanfechtung), § 179 Abs. 1 BGB (Schadensersatz bei Auftreten als Vertreter in Kenntnis der fehlenden Vertretungsmacht) und § 179 Abs. 2 BGB (Schadensersatz bei Auftreten als Vertreter ohne entsprechende Kenntnis).

Im Gegensatz zu den Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB setzen diese Anspruchsgrundlagen kein Vertretenmüssen im Sinne von § 276 Abs. 1 BGB voraus, sie greifen also **verschuldensunabhängig**.

Anders als in § 311 Abs. 2 BGB, § 280 Abs. 1 BGB ist in § 122 Abs. 1 BGB und § 179 Abs. 2 BGB der Anspruch ausdrücklich **durch das positive Interesse** begrenzt. Ob dies auch für die c.i.c. gilt, ist umstritten (dazu noch später).

Schließlich sehen § 122 Abs. 2 BGB und § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich einen **Ausschluss** (keine anteilige Minderung) der Ansprüche vor, wenn der andere Vertragsteil nur aufgrund von Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) keine Kenntnis vom Scherz, vom Irrtum oder von der fehlenden Vertretungsmacht hat.

Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob die culpa in contrahendo neben § 122 Abs. 1 BGB bzw. § 179 Abs. 1 BGB bzw. § 179 Abs. 2 BGB anwendbar ist.



Eine Ansicht sieht § 122 BGB und § 179 Abs. 1 BGB bzw. § 179 Abs. 2 BGB als gesetzlich (abschließend) geregelten Sonderfall einer vorvertraglichen Pflichtverletzung. Die ausdrücklichen Vorgaben (Beschränkung der Haftung, Ausschluss bei Kennenmüssen) dürfen nicht durch Rückgriff auf die allgemeine Regelung des § 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 2 BGB unterlaufen werden. Historisch wurde die culpa in contrahendo (die § 311 Abs. 2 BGB regelt) aus einer Gesamtanalogie zu § 122 BGB und § 179 Abs. 2 BGB entwickelt. Zudem zeigt etwa die Behandlung des fehlenden Erklärungsbewusstseins durch die hM (wonach eine Anfechtung nur bei Fahrlässigkeit des Erklärenden erforderlich ist), dass ansonsten die Grenzen der Haftung zu Lasten des fehlerhaft Erklärenden verschoben würden.

Die Gegenauffassung nimmt hingegen eine parallele Anwendbarkeit an. Schon das fehlende Verschuldenserfordernis mache deutlich, dass die Regeln des BGB AT einen anderen Schutzgehalt hätten. Die strengere Anforderung eines Vertretenmüssens in der vermeintlich "allgemeinen" Regelung des § 280 Abs. 1 BGB rechtfertigt auch die unbegrenzte Haftung und die bloße Minderung (§ 254 Abs. 1 BGB) statt eines Ausschlusses (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB, § 122 Abs. 2 BGB) bei fahrlässiger Unkenntnis des Geschädigten.

bb. Wie verhält sich § 280 BGB zu § 123 BGB?

Beruhet ein Vertrag auf einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung des Vertragspartners, kann er nach § 142 Abs. 1 BGB durch Anfechtung endgültig beseitigt werden. Allerdings stellt das Vorspiegeln unwahrer Tatsachen stets auch eine Aufklärungspflichtverletzung dar; eine widerrechtliche Drohung verletzt ebenfalls schwerwiegend die Entschließungsfreiheit. Dementsprechend liegt in beiden Fällen eine Verletzung der nach § 241 Abs. 2 BGB gebotenen Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils vor, die nach § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz der daraus entstandenen Schäden führt. Nach § 249 Abs. 1 BGB ist im Wege der Naturalrestitution der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestand. Dann

wäre aber der Vertrag nicht geschlossen worden, so dass grundsätzlich aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Aufhebung des ungünstigen Vertrages folgt.

Ob dieser Anspruch neben § 123 BGB bestehen kann, ist umstritten:

Eine Auffassung lehnt dies ab. § 123 BGB regelt die Aufhebung von Verträgen abschließend. Denn § 311 Abs. 2 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB setzt noch nicht einmal Arglist voraus, sondern lässt einfache Fahrlässigkeit genügen (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Verjährung des Anspruchs beträgt 3 Jahre ab Kenntnis (§ 195 BGB iVm § 199 BGB), während die Anfechtung ein Jahr nach Kenntnis ausgeschlossen ist (§ 124 BGB).

Die **Gegenansicht** bejaht hingegen eine Anwendung von § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB neben § 123 BGB. Sie verweist darauf, dass § 123 BGB nur die Entschließungsfreiheit, während § 280 Abs. 1 BGB iVm § 249 ff. BGB gerade das Vermögen schützt. Soweit daher ein Vermögensverlust im Sinne der Differenzhypothese eingetreten ist, d.h. das Vermögen einer Partei nach Vertragsschluss objektiv geringer als vorher ist, kann Aufhebung des Vertrages als Schadensersatz verlangt werden. Soweit hingegen nur immaterielle Schäden eingetreten sind, also nur das Interesse am "Wunschvertrag" verletzt wurde, scheidet eine Rückabwicklung als Schadensersatz aus. Voraussetzung ist daher stets ein "rechnerisches Minus" nach Vertragsschluss.

Die letztere, insbesondere vom BGH befürwortete Ansicht ist freilich mit § 241 Abs. 1 BGB, der gerade auch "Interessen" (mithin die Entschließungsfreiheit) schützt sowie dem Umstand, dass nach § 249 Abs. 1 BGB bei Rückabwicklung im Wege der Herstellung des Zustandes ohne das schädigende Ereignis (Naturalrestitution) gerade nicht nur Vermögensschäden ersetzt werden, sondern auch die immateriellen Folgen des Vertrages beseitigt werden, kaum zu vereinbaren.



cc. Können Minderjährige ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB begründen?

Für den Abschluss eines Vertrages sind zwei übereinstimmenden Willenserklärungen erforderlich. Diese setzen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit wiederum die Geschäftsfähigkeit der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen voraus. Fraglich ist, ob ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Minderjähriger Partei eines auf Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB beschränkten Schuldverhältnisses nach § 311 Abs. 2 BGB sein kann, obwohl er für den Vertragsschluss nach § 108 Abs. 1 BGB (bzw. § 131 Abs. 2 BGB) die Zustimmung seiner Eltern benötigt.

Unstreitig ist dies zu bejahen, soweit der Minderjährige geschädigt wurde, also Anspruchsteller ist. Denn ein Vertrag kann nach § 108 Abs. 1 BGB auch nachträglich durch die Eltern genehmigt werden, so dass der Geschäftspartner den Minderjährigen als potentiellen Geschäftspartner schützen muss.

Umstritten ist jedoch, inwieweit ein Minderjähriger nach § 280 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen werden kann, soweit nur ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB besteht:

Eine Ansicht verneint dies generell, solange die **Eltern dem Vertragsschluss nicht zugestimmt** haben. Hierzu verweist sie auf § 179 Abs. 3 S. 2 BGB, der einen Sonderfall des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen regelt und ebenfalls die Zustimmung (§ 182 BGB) verlangt. Spiegelt der Minderjährige vor, geschäftsfähig zu



sein oder die Einwilligung seiner Eltern zu haben, führt dies nach § 109 Abs. 2 BGB nur zu einem Widerrufsrecht des potentiellen Vertragspartners - aber nicht zu Schadensersatzansprüchen.

Die **Gegenansicht** sieht die culpa in contrahendo hingegen näher am Deliktsrecht orientiert. Dies trifft jedenfalls für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter zu. Insoweit seien nicht die §§ 107 ff. BGB, sondern vielmehr §§ 828 ff. BGB anwendbar. Es sei kaum zu erklären, dass der Minderjährige wegen Betruges bestraft werden könne (§ 19 StGB, § 3 JGG), aber nicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis haften solle. Zudem lasse sich sonst kaum rechtfertigen, warum überhaupt ein solches Schuldverhältnis (zugunsten des Minderjährigen) entstehen solle - dies gebiete schon der gleichwertige Schutz beider Parteien.

dd. Wie verhält sich die culpa in contrahendo zum Gewährleistungsrecht?

Behauptet der Verkäufer, dass eine Sache bestimmte Eigenschaften hat und lässt sich der Käufer darauf ein, so haftet er bei deren Fehlen nach § 437 Nr. 3 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Denn dies stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung und damit einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

Gleichzeitig kann man hierin aber auch die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht sehen. Für diese bestünde ebenfalls eine Haftung auf Schadensersatz, aber nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB. Im Wege der Naturalrestitution (§ 249 BGB) könnte im Zweifel Aufhebung des unerwünschten Kaufvertrages verlangt werden.

Es ist umstritten, ob die c.i.c. durch kaufrechtliche Gewährleistungsregeln ausgeschlossen ist:



Teilweise wird dies bejaht, weil so die Möglichkeit zur Nacherfüllung (§ 437 Nr. 3 BGB iVm § 281 BGB bzw. § 437 Nr. 2 iVm § 323 BGB) umgangen werden könnte. Im Hinblick auf die Verjährung gibt es hingegen bei Arglist keine Unterschiede (§ 438 Abs. 3 BGB verweist auf § 195 BGB iVm § 199 BGB, der auch für Ansprüche aus § 311 Abs. 2 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB gilt). Faktisch gäbe es kein Bedürfnis, da auch das Kaufrecht die Rückgängigmachung vorsehe.

Die **Gegenansicht** meint, dass es sich um zwei separate Pflichtverletzungen handle. Dies zeige sich schon daran, dass der Anspruch aus § 311 Abs. 2 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB bereits vor Gefahrübergang (§ 446 BGB) geltend gemacht werden könne. Zudem ginge es bei der c.i.c. um die Entschließungsfreiheit, während das Gewährleistungsrecht das Äquivalenzinteresse betreffe.

Eine **vermittelnde Ansicht** lässt die c.i.c. nur zu, soweit der Schädiger vorsätzlich (arglistig) gehandelt hat. Wer arglistig sei, dürfe nicht geschützt werden (siehe § 444 BGB, § 438 BGB). In diesem Fall stelle sich auch kein Problem mit dem Vorrang der Nacherfüllung: Bei arglistiger Täuschung sei die Vertrauensgrundlage zerstört und eine Nacherfüllung sei ohnehin unzumutbar (§ 281 Abs. 2, 2. Var. BGB, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, § 440 S. 1, letzte Var. BGB). Daher wäre die Gesetzeskonkurrenz mit der Systematik des Gesetzes (nur) für diese Konstellation vereinbar.

B. Was sind "Obliegenheiten"?

Eine Obliegenheit ist **keine Pflicht** - sie ist nicht einklagbar (anders als Leistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB) und selbst bei einer Verletzung entsteht kein Anspruch auf Schadensersatz

(anders als bei Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB). Allerdings muss derjenige, der eine Obliegenheit verletzt, damit rechnen, dass er Rechte verliert bzw. zumindest seine Position sich in der Folge verschlechtert.

Eine Obliegenheit ist eine Anforderung an ein Verhalten, deren Nichterfüllung negative Konsequenzen für die betreffende Person hat.



Die wichtigsten gesetzlich angeordneten Obliegenheiten sind:

- die **Schadensminderungsobliegenheit** (§ 254 Abs. 2 BGB),
- der **Annahmeverzug** (§§ 293 ff. BGB),
- das Erfordernis einer **Fristsetzung** vor Rücktritt (§ 323 BGB) oder Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB),
- das Erfordernis einer **Mahnung** vor Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB),
- die **Untersuchungs- und Rügeobliegenheit** beim beidseitigen Handelskauf (§ 377 HGB)

Daneben können die Parteien **vertraglich** Obliegenheiten begründen und die Konsequenzen ausgestalten. In der Klausur müssen Sie sich bei einer Vertragsklausel stets fragen, ob eine Verletzung (auch) zu Schadensersatzansprüchen (§ 280 BGB) führen soll oder sich die Konsequenzen auf einen Rechtsverlust bzw. eine Erschwerung der Durchsetzung beschränken kann (und soll). Dies ist nach § 133 BGB und § 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln.

I. Was setzt der Annahmeverzug voraus?

Der Annahmeverzug (oder Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB) ist die in der Klausur häufigste Konstellation einer Obliegenheitsverletzung.

1. Es muss ein **Schuldverhältnis** vorliegen.
2. Die **Leistung** des Schuldners **muss möglich** (§ 275 Abs. 1 BGB) und **erfüllbar** (§ 271 BGB), nicht aber notwendig **fällig sein**. Auch vorübergehende Unmöglichkeit schließt den Annahmeverzug aus (§ 297 BGB), wenn sie beim Angebot der Leistung oder dem für eine Mitwirkungshandlung bestimmten Zeitpunkt vorliegt.
3. Die Leistung muss so **angeboten werden**, wie sie zu bewirken ist (in der richtigen Weise, am richtigen Ort und zur richtigen Zeit).
 - a. Bei einem **tatsächlichen Angebot gem. § 294 BGB** handelt es sich um einen Realakt, auf den die Vorschriften der Willenserklärung nicht anwendbar sind, d.h. auch § 130 BGB gilt nicht und der Gläubiger kommt auch bei Unkenntnis des Angebots in Verzug. Handelt es sich um eine Schickschuld, kann der Gläubiger bei Absendung der Ware noch nicht zugreifen. Das annahmeverzugsauslösende Angebot wird daher erst vorgenommen, wenn die Transportperson die Ware anbietet.
 - b. Ein **wörtliches Angebot** durch den Schuldner ist ausreichend, wenn der Schuldner den Gläubiger **zur Annahme aufgefordert** und dieser die Annahme bereits **ernsthaft verweigert** hat (§ 295 S. 1, 1. Var. BGB). Dies ist strenger als beim Schuld-



nerverzug - dort wäre nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Erfüllungsverweigerung die Mahnung entbehrlich. Die Aufforderung ist eine geschäftsähnliche Handlung, auf welche die §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.

c. Wenn eine **Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich** ist, genügt ebenfalls ein **wörtliches Angebot**, also eine **Aufforderung**, diese vorzunehmen (§ 295 S. 1, 2. Var., S. 2 BGB). Gemeint ist etwa die Ausübung eines Wahlrechts (§ 263 BGB) oder die Abholung einer Holschuld (§ 269 BGB).

d. Das Angebot ist ganz **entbehrlich**, wenn die Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder sich zumindest berechnen lässt (§ 296 BGB). Dies entspricht der Regelung für den Schuldnerverzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 BGB).

4. Schließlich darf gem. § 293 BGB die **Leistung nicht angenommen worden sein** bzw. die **notwendige Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen** worden sein. Gleichgestellt ist gem. § 298 BGB der Fall, dass der Gläubiger eine Zug-um-Zug zu erbringende oder gar vorzuleistende Gegenleistung nicht anbietet. Ausgenommen ist eine vorübergehende Annahmeverhinderung, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt war (denn der Gläubiger kann nicht wissen, dass der Schuldner ihm gerade dann die Leistung anbietet). Der Schuldner muss sich also vorher ankündigen (vgl. § 299 BGB). Ein Vertretenmüssen ist (anders als im Schuldnerverzug, § 286 Abs. 4 BGB) nicht erforderlich.

II. Was bedeutet der Annahmeverzug für Leistung und Gegenleistung?

Der Annahmeverzug **befreit den Schuldner nicht von seiner Leistungspflicht**. Allerdings darf er nach § 303 BGB den Besitz an unbeweglichen Sachen aufgeben, Geld, Wertpapiere, Urkunden und Kostbarkeiten nach § 372 BGB hinterlegen und andere Gegenstände versteigern lassen und den Erlös hinterlegen (§ 383 BGB). Dies muss jedoch gem. § 303 S. 2 BGB vorher angedroht werden.

Eine **Ausnahme gilt im Dienstvertragsrecht** (und damit auch im Arbeitsrecht): Verweigert der Berechtigte die Annahme der Dienste, erlischt die Leistungspflicht des Verpflichteten (§ 615 S. 1 BGB). Sein Gegenleistungsanspruch (also der Anspruch auf Lohn) bleibt hingegen erhalten. Er muss sich nur (wie bei § 326 Abs. 2 S. 2 BGB) ersparte Aufwendungen und Erwerbsmöglichkeiten anrechnen lassen (§ 615 S. 2 BGB).

Nach § 300 Abs. 2 BGB geht die **Leistungsgefahr** auf den Gläubiger über - ihn trifft nunmehr die Gefahr, dass er die Leistung wegen Unmöglichkeit nicht mehr erhält. Bedeutung hat die Regelung nur für die Geldschuld sowie für diejenigen Fälle, in denen bei einer Gattungsschuld ein tatsächliches Angebot nach § 295 BGB oder § 296 BGB entbehrlich ist und der Gegenstand ausgedeutert wurde, ohne dass der Gläubiger informiert wurde (sonst tritt nach § 243 Abs. 2 BGB ohnehin Konkretisierung ein mit der Folge, dass nur noch die ausgewählte Sache zur Erfüllung tauglich ist).

Nach § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB trägt der Gläubiger nicht nur die Leistungsgefahr, sondern es trifft ihn grds. auch die **Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung trotz Untergangs der Sache**. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Schuldner die spätere Unmöglichkeit nach § 276 BGB bzw. § 278 BGB zu vertreten hat. Konsequenterweise ist im Annahmeverzug auch der Rücktritt nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Nicht- oder Schlechtleistung nicht zu vertreten hat.

Zudem gilt gem. § 300 I BGB eine Haftungserleichterung für den Schuldner im Fall eines Annahmeverzugs. Dieser haftet dann nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (Gegenspiel zur Haftungsverschärfung beim Schuldnerverzug gem. § 287 BGB).

III. Welche weiteren Folgen hat der Annahmeverzug?

Nach § 301 BGB ist der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers **nicht mehr zur Zahlung von vertraglichen, gesetzlichen oder Verzugszinsen verpflichtet**. Damit soll verhindert werden, dass sich der Gläubiger durch schlichtes Abwarten bereichert.

Die gleiche Überlegung steht hinter § 302 BGB, welcher die **Herausgabe von Nutzungen** (§ 100 BGB) auf diejenigen beschränkt, die tatsächlich gezogen wurden. Die Regelung betrifft nur die Fälle, in denen auch schuldhaft nicht gezogene Nutzungen zu ersetzen sind (vgl. § 347 Abs. 1 BGB für den Rücktritt, § 987 Abs. 2 BGB für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis).

Schließlich enthält § 304 BGB einen Anspruch auf **Ersatz von Mehraufwendungen**, welche durch das vergebliche Angebot sowie die darauf folgende Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes erforderlich wurden. Dies umfasst etwa die Miete eines Stellplatzes, Lagerkosten, Kosten für einen Spediteur oder Versicherungsprämien. Einen Anspruch auf Schadensersatz hat der Schuldner gegen den Gläubiger nicht. Schadensersatz wäre nur möglich, wenn der Gläubiger zugleich Schuldner ist. Daneben können Ansprüche aus Geschäftsordnung ohne Auftrag gem. §§ 670, 683, 677 BGB bestehen.

Weitergehende Folgen ordnet § 373 HGB für den **Annahmeverzug bei einem (einseitigen oder zweiseitigen) Handelskauf** an: Danach kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers hinterlegen und diese öffentlich auf Kosten und Rechnung des Käufers versteigern lassen.

C. Welche Bedeutung hat § 242 BGB?

Das Gebot der Berücksichtigung von Treu und Glauben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der an § 242 BGB festgemacht wird. Der Wortlaut der Regelung ist freilich viel enger - er bezieht sich nur auf den Schuldner und die Erbringung der Leistungspflicht. Dennoch schadet es nicht, die Norm in der Klausur zu erwähnen, wenn sie eine anerkannte Fallgruppe aufwerfen.

In der Klausur sollten Sie keinesfalls eine umfassende Ergebniskorrektur anhand von § 242 BGB versuchen ("*Also hat X einen Anspruch gegen Y. Allerdings könnte dieser aufgrund des Gebots von Treu und Glauben nach § 242 BGB nicht zu gewähren sein.*"). **Beschränken Sie sich auf anerkannte Fallgruppen!**



Abzugrenzen ist § 242 BGB von der Auslegungsnorm des § 157 BGB (wonach bei der Vertragsauslegung stets Treu und Glauben zu beachten sind) und von den Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB (die auch von Treu und Glauben geprägt sind). Ein besonderer Extremfall ist zudem in § 226 BGB (Rechtsmissbrauch) geregelt.

Die Anwendung von § 242 BGB kann einerseits als rechtshemmende Einrede (Einrede missbräuchlichen Verhaltens), andererseits als Auslegungsmaßstab (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) und als Konkretisierung von Pflichten (Verbot der Leistung zur Unzeit) herangezogen werden.

Die jeweiligen Fallgruppen werden jeweils im Zusammenhang mit den einschlägigen Regelungskomplexen behandelt bzw. wurden bereits im Rahmen des [BGB AT](#) behandelt.

2. Kapitel: Wer sind die Parteien des Schuldverhältnisses?

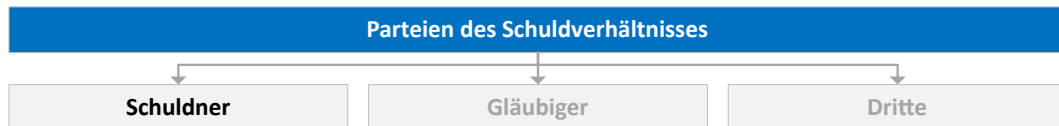
Liebe Leserin, lieber Leser,

nachdem wir uns im ersten Kapitel mit den Pflichten und Obliegenheiten aus dem Schuldverhältnis befasst haben, wollen wir uns nun die **Beteiligten** näher ansehen. In diesem Zusammenhang geht es um auch um den **Wechsel von Parteien** (Abtretung, Schuldübernahme) und die Konstellation, dass **mehrere Personen** Schuldner oder Gläubiger sind. Schließlich müssen wir uns auch der Problematik widmen, in welchem Umfang **Dritte** an einem Schuldverhältnis beteiligt sein können.

Nach Abschluss dieses Kapitels sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Welche Voraussetzungen hat eine Abtretung?
- Was setzt eine Schuldübernahme voraus?
- Welche Folgen haben eine Gesamtschuld, eine Teilschuld und eine gemeinschaftliche Schuld?
- Welche Folgen haben Gesamtgläubigerschaft und Teilgläubigerschaft?
- Was sind echter und unechter Vertrag zugunsten Dritter und Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung für Dritte?

A. Wer ist der "Schuldner"?



Als "Schuldner" bezeichnet man diejenige Person, welche durch ein Schuldverhältnis **unmittelbar verpflichtet** ist. Der Schuldner kann nicht nur ein Mensch (natürliche Person, § 1 BGB) sein, sondern auch eine juristische Person (etwa ein eingetragener Verein, § 21 BGB) oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (etwa eine OHG, § 124 HGB).



Bei einem Kaufvertrag ist der Käufer Schuldner der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der gekauften Sache; der Verkäufer ist Schuldner der Pflicht zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache.

Der Schuldner kann zur Erfüllung seiner Pflichten grundsätzlich **Hilfspersonen** einschalten, sog. "Erfüllungsgehilfen". Soweit eine Leistungs- (§ 241 Abs. 1 BGB) oder Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) durch eine solche Hilfsperson verletzt wird, wird ihr Verschulden behandelt wie ein eigenes des Schuldners (§ 278 S. 1 BGB). Allerdings kann die Haftung für Erfüllungsgehilfen (sogar für deren vorsätzliches Verhalten) durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (§ 278 S. 2 BGB).

Beauftragt jemand einen Dachdeckermeister damit, ein Dach herzurichten, kann dieser die Arbeiten durch seine Gehilfen vornehmen lassen. Dadurch werden die Gehilfen aber nicht "Schuldner" - verpflichtet (und potentieller Beklagter) ist nur der Dachdeckermeister.

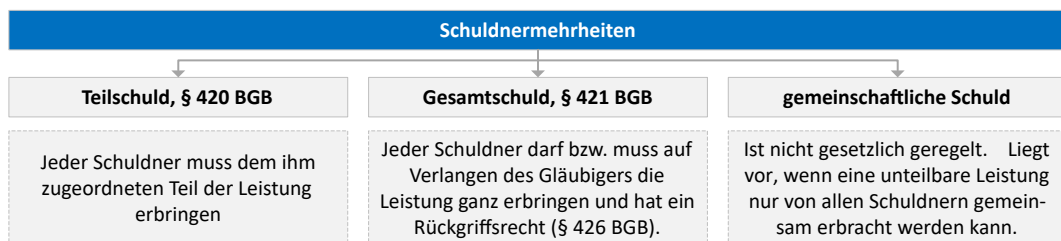


Besondere Schwierigkeiten bestehen, wenn **mehrere Personen** das **gleiche Interesse** des Gläubigers befriedigen müssen. In diesen Fällen der "**Schuldnermehrheit**" drängt sich die Frage auf, wie ein Innenausgleich erfolgt und inwieweit sich die Pflichten der einzelnen Schuldner zueinander verhalten - kann etwa nur ein Schuldner in Verzug gelangen oder die Forderung nur gegenüber einem erlassen werden?

Schließlich müssen wir uns noch näher ansehen, wie der **Schuldner ausgetauscht** werden kann oder eine weitere Person zu einer Verpflichtung beitreten kann. Grundsätzlich kann man dem Gläubiger nicht einfach einen anderen, möglicherweise weniger leistungsfähigen Schuldner unterschieben. Andererseits sollte ein neuer Schuldner nicht schlechter gestellt sein als der bisherige Verpflichtete.

1. Was gilt, wenn mehrere Personen verpflichtet sind?

Durch ein Schuldverhältnis können auch mehrere Personen verpflichtet werden. Dabei stellen sich zwei sauber zu trennende Fragen: Einerseits ist zu beurteilen, wie diese Personen im **Außenverhältnis** gegenüber dem Gläubiger haften, andererseits müssen Sie das **Innenverhältnis** der Schuldner untereinander prüfen. Das Gesetz unterscheidet drei Varianten:



- Für eine teilbare Schuld sieht das Gesetz die **Teilschuld** (§ 420 BGB) vor. Dabei muss jeder Schuldner lediglich den ihm zustehenden Teil der Leistung erbringen. Letztlich werden also mehrere Rechtsbeziehungen in einem einheitlichen Rahmen gebündelt. Nur selten spielt diese Verbindung eine Rolle.

A möchte auf seinem Grundstück 175 qm und B auf seinem Grundstück 200 qm Rollrasen verlegen. Damit sie in den Genuss eines Megenrabatts kommen, erteilen sie den Auftrag gemeinsam. Jeder von beiden ist jedoch nur verpflichtet, den auf seinen Anteil entfallenden Preis zu zahlen.



- In der Praxis überwiegt demgegenüber die **Gesamtschuld** (§ 421 BGB). Bei der Gesamtschuld darf jeder Schuldner die Leistung vollständig erbringen, kann aber dann im Innenverhältnis anteiligen Rückgriff nehmen (§ 426 BGB). Der Gläubiger kann von jedem Schuldner nach seiner Wahl die ganze Leistung oder einen Teil verlangen.



E und F verprügeln gemeinsam den H, sodass diesem Behandlungskosten in Höhe von 2.000 € entstehen. H kann sowohl von E als auch von F die Behandlungskosten fordern.

- Bei einer **unteilbaren Leistung** ist die Gesamtschuld die einzige Gestaltungsmöglichkeit, die das Gesetz vorsieht (§ 431 BGB). Insoweit bedarf es der Ergänzung durch die ungeschriebene Gestaltung der gemeinschaftlichen Schuld (s.u.), wenn der einzelne Schuldner die Leistung nicht allein, sondern nur gemeinsam mit den anderen Schuldnern erbringen kann.
- Möglich ist sie aber auch bei einer teilbaren Leistung. Insoweit greift für vertragliche Schuldverhältnisse die Regelung des § 427 BGB sowie für Schadensersatzansprüche § 840 BGB.
- Schließlich gibt es die im BGB nicht geregelte **gemeinschaftliche Schuld** als Spiegelbild zur Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB). Diese liegt immer dann vor, wenn eine unteilbare Leistung nur von allen Schuldnern gemeinsam erbracht werden kann.

1. Was ist eine "Teilschuld" (§ 420 BGB)?

Bei der Teilschuld hat der Gläubiger ein selbstständiges Forderungsrecht gegen jeden einzelnen Schuldner. Das bedeutet:

- Kein Schuldner muss **mehr als seinen Anteil leisten** und der Gläubiger darf auch von keinem Schuldner **mehr als seinen Anteil verlangen**. Dabei gibt es keine zeitliche, örtliche oder sachliche Rangfolge - jeder Schuldner haftet unabhängig von den anderen. Wird ein Schuldner insolvent, kann der Gläubiger nicht von den anderen Erfüllung (im Sinne einer Ausfallhaftung) verlangen. Die Teilschuld ist für ihn also denkbar unattraktiv.
- Grundsätzlich **entwickelt sich jede Schuld unabhängig voneinander**. Zwar können die Schuldner in einem Rechtsstreit als einfache Streitgenossen (§ 59 ZPO) klagen oder verklagt werden, erforderlich ist dies aber nicht. Jeder Anspruch verjährt unabhängig von den anderen und kann zu eigenständigen Schadensersatzansprüchen statt der Leistung (§ 281 BGB) führen. Nur für den Rücktritt (§ 351 BGB) und die Minderung (§ 441 Abs. 2 BGB, § 638 Abs. 2 BGB) sieht das Gesetz eine Verknüpfung vor: Der Rücktritt bzw. die Minderung muss gegenüber allen Schuldnern oder durch alle Schuldner erklärt werden.
- Einen **Innenausgleich gibt es nicht**; wenn ein Schuldner mehr als geschuldet zahlt, handelt es sich entweder
 - um eine **bewusste Leistung auf fremde Schuld** (§ 267 Abs. 1 S. 2 BGB), mit der Folge, dass man Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 S. 1 BGB iVm § 670 BGB bzw. Ausgleich im Wege der Rückgriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB von den anderen Schuldnern verlangen kann oder
 - um den **irrigen Versuch, eine eigene Schuld zu erfüllen**, mit der Folge, dass es für die Leistung keinen Rechtsgrund gab und diese vom Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückzuverlangen ist.

2. Was ist eine gemeinschaftliche Schuld?

Soweit mehrere Personen eine unteilbare Leistung schulden, handelt es sich nach § 431 BGB um eine Gesamtschuld. Dies ist aber oft nicht zweckmäßig, da es sein kann, dass ein einzelner Schuldner die Leistung gar **nicht erbringen kann**, sondern hierzu das Zusammenwirken aller Schuldner zwingend erforderlich ist.

Bei einem Orchester oder einer Schauspieltruppe müssen alle Beteiligten zusammenwirken, um das Konzert oder das Theaterstück für die Zuschauer wie geschuldet zu erbringen. Einen Geiger auf Erbringung des Konzerts zu verklagen, wäre kaum zweckmäßig - vielmehr muss man alle Orchestermitglieder gemeinsam in Anspruch nehmen.

Ein Miteigentümer (§ 1008 BGB iVm § 741 BGB) verkauft die gesamte Sache an einen Dritten. Dann bedarf er zur Erfüllung bezüglich der Anteile der anderen Miteigentümer deren Mitwirkung.



Diese Konstellation bezeichnet man als "**gemeinschaftliche Schuld**". Die **spiegelbildliche Situation der Mitgläubigerschaft** ist in § 432 BGB geregelt, die gemeinschaftliche Schuld ist jedoch im BGB nicht ausdrücklich erwähnt.

Selbstverständlich können die Parteien eine **gemeinschaftliche Schuld ausdrücklich vereinbaren**. Für den Gläubiger ist dies jedoch denkbar unattraktiv, so dass § 431 BGB die Vermutung für eine Gesamtschuld festschreibt. Dies ist sogar denkbar, wenn die Erfüllung für den Einzelnen tatsächlich unmöglich ist (§ 311 Abs. 1 BGB). Zudem kann auch bei der Gesamtschuld jeder Schuldner im Innenverhältnis die Mitwirkung der anderen bei der Erfüllung verlangen.

Bei der gemeinschaftlichen Schuld haben Änderungen grundsätzlich **Gesamtwirkung** - d.h. sie verändern die Rechtslage für alle Schuldner in gleicher Weise. Die gemeinschaftlichen Schuldner sind notwendige Streitgenossen im Sinne von § 62 ZPO.

Da die Leistung notwendig von allen erbracht werden muss, führt eine **Schlechtleistung auch nur eines gemeinschaftlichen Schuldners** zu einer "nicht wie geschuldeten Leistung" im Sinne von § 280 BGB (und ggf. § 281 BGB). Die Gesamtwirkung hat zur Folge, dass ein Verschulden **wechselseitig zugerechnet** wird. Für die durch diese Pflichtverletzung entstehenden Schadensersatzansprüche haften die Schuldner als Gesamtschuldner (§ 421 BGB iVm § 840 BGB).

3. Was ist eine Gesamtschuld (§ 421 BGB)?

Die Gesamtschuld (§ 421 BGB) ist der häufigste Fall der Verpflichtung mehrerer. Eine Gesamtschuld hat fünf Voraussetzungen:

1. Es müssen **mindestens zwei Personen** gegenüber dem Gläubiger verpflichtet sein. Diese Gesamtschuldner müssen sich nicht untereinander kennen; es muss sich auch nicht um ein einheitliches Schuldverhältnis handeln. Daher ist es etwa irrelevant, wenn ein Gesamtschuldner aus Vertrag (§ 280 BGB) und ein anderer aus Delikt (§ 823 BGB) auf Schadensersatz haftet.
2. Die Schuldner müssen dem Gläubiger auf **dasselbe Interesse** haften. Maßgeblich dafür ist die Perspektive des Gläubigers (nicht diejenige der Schuldner). Das be-



deutet: Wenn die Leistungen dasselbe Interesse befriedigen, ist irrelevant, ob verschiedene Leistungshandlungen vorzunehmen sind oder tatsächlich verschiedene Gegenstände übergeben werden müssen.

3. Der Schuldner darf die Leistung **nur einmal fordern** dürfen - die Leistung des einen Schuldners muss also die Leistungspflicht aller anderen Schuldner erlöschen lassen (§ 422 BGB).
4. Jeder Schuldner muss zur **Erbringung der gesamten Leistung** verpflichtet sein (sonst läge eine Teilschuld im Sinne von § 420 BGB vor). Kann der einzelne Schuldner nur zusammen mit den anderen leisten, kann es sich jedoch auch um eine (nicht ausdrücklich geregelte) gemeinschaftliche Schuld handeln.
5. Schließlich müssen die Schuldner "**gleichstufig**" nebeneinander haften. Dieses ungeschriebene Merkmal soll Fälle ausschließen, in denen einer der Schuldner nur nachrangig haftet. Daran fehlt es in der Regel, wenn das Gesetz eine Legalzession (§ 412 BGB iVm § 398 BGB) anordnet, sofern einer der Gläubiger zahlt (etwa in § 774 Abs. 1 BGB für Bürgen, § 6 EFZG bei Entgeltfortzahlung für Unfallschäden, § 86 VVG für Behandlungskosten bei Privatversicherung, § 116 SGB X für Behandlungskosten bei gesetzlicher Sozialversicherung). Denn dann wäre § 426 Abs. 2 BGB gegenstandslos.

a. Für welche Fälle ist eine Gesamtschuld angeordnet?

Das Gesetz ordnet an vielen Stellen eine gesamtschuldnerische Haftung an:

- Mehrere **Verursacher eines Schadens** haften nach § 840 BGB als Gesamtschuldner. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie planmäßig gemeinsam handeln oder als Gehilfen bzw. Anstifter an der Schädigung mitgewirkt haben (§ 830 BGB). Dies gilt über den Wortlaut hinaus auch für konkurrierende vertragliche Schadensersatzansprüche.
- Im Innenverhältnis haften mehrere **Mitbürgen** als Gesamtschuldner (§ 769 BGB).
- Die **Gesellschafter einer OHG** (§ 128 S. 1 HGB) und einer Kommanditgesellschaft (vgl. den Verweis in § 161 Abs. 2 HGB) haften für Schulden der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Dies gilt nach der Rechtsprechung entsprechend auch für die BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB).
- Die **Vorstandsmitglieder einer AG** (§ 93 Abs. 2 AktG) und die **Geschäftsführer einer GmbH** (§ 43 Abs. 2 GmbHG) haften bei Pflichtverletzungen als Gesamtschuldner.
- Nach § 25 Abs. 1 S. 2 HGB haftet der **Erwerber eines Handelsgewerbes** neben dem bisherigen Inhaber als Gesamtschuldner; nach § 613a Abs. 2 BGB haften alter und neuer Arbeitgeber nach einem Betriebsübergang gesamtschuldnerisch gegenüber für Ansprüche der Arbeitnehmer.

Neben der gesetzlichen Anordnung kommt auch die **vertragliche Vereinbarung** einer Gesamtschuld in Betracht. Hierzu enthält § 427 BGB eine Auslegungsregel: Verpflichten sich mehrere gemeinschaftlich zu einer *teilbaren Leistung*, soll im Zweifel keine Teilschuld (§ 420 BGB) sondern eine Gesamtschuld vorliegen. Für *unteilbare Leistungen* ist § 431 BGB zwar nicht als bloße Vermutung, sondern *zwingend* formuliert. Jedoch kann auch bei unteilbaren Leistungen ausnahmsweise eine gemeinschaftliche Schuld gewollt sein (nämlich wenn der Einzelne diese gar nicht allein erbringen kann). Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

b. Was gilt für das Verhältnis der Schuldner zum Gläubiger?

Bei der Gesamtschuld kann der Gläubiger von jedem Schuldner die ganze Leistung oder einen Teil fordern. Sein **Forderungsrecht erlischt nach § 422 Abs. 1 BGB**, soweit ein Schuldner die Leistung erbracht hat. Der Anspruch geht allerdings nicht unter, sondern stattdessen nach § 426 Abs. 2 BGB auf denjenigen über, der die Leistung erbracht hat. Dieser kann ihn nun (anteilig) gegen die anderen Schuldner geltend machen.

Grundsätzlich können Veränderungen der Forderung nur gegen den Schuldner geltend gemacht werden, in dessen Person sie eintreten (**Grundsatz der Einzelwirkung**, § 425 BGB).

Die Fahrlässigkeit eines Schuldners wirkt nicht zugunsten der anderen Gesamtschuldner



Jeder einzelne Gesamtschuldner muss als solcher gemahnt werden.



- Etwas anderes gilt neben der **Erfüllung** (§ 422 Abs. 1 S. 1 BGB) auch für die diesbezüglichen **Surrogate** (Leistung an Erfüllung statt, Hinterlegung, Aufrechnung). § 422 Abs. 2 BGB stellt allerdings klar, dass dies nicht zur Folge hat, dass ein Schuldner eine fremde Forderung heranziehen darf, um den gegen ihn bestehenden Anspruch zum Erlöschen zu bringen. Vielmehr darf man auch bei einer Gesamtschuld nur mit einer eigenen Forderung aufrechnen.
- Ein **Erläss** (§ 397 BGB) kann sowohl in Bezug auf einen einzelnen Gesamtschuldner als auch in Bezug auf alle Gesamtschuldner erfolgen. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln (§ 133 BGB, § 157 BGB). Soll der betroffene Gesamtschuldner auch im Innenverhältnis freigestellt werden, muss der Gläubiger seine Gesamtforderung entsprechend herabsetzen. Das bedeutet, dass die Forderung in Höhe des auf den befreiten Schuldner entfallenden Anteils erlischt.
- Der **Gläubigerverzug** (§§ 293 ff. BGB) wirkt nach § 424 BGB zugunsten aller Gesamtschuldner.

c. Was gilt für das Innenverhältnis der Gesamtschuldner?

Die Gesamtschuldner haben untereinander zwei verschiedene Möglichkeiten, Ausgleich bzw. Unterstützung bei der Befriedigung zu verlangen:

- § 426 Abs. 1 BGB gewährt einen eigenen **Anspruch sui generis**. Dieser entsteht, sobald der Gläubiger von den betroffenen Gesamtschuldnern die Leistung fordern kann. Solange der Schuldner nicht selbst geleistet hat, kann er von den anderen Gesamtschuldnern Mitwirkung bei der Befriedigung verlangen. So kommt es in vielen Fällen gar nicht zu einem Innenausgleich. Nach der Zahlung wandelt sich der Anspruch in einen Rückgriffanspruch sui generis um. Die Rechtsbeziehung aus § 426 Abs. 1 BGB ist ein Schuldverhältnis, das auch Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB begründet, deren Verletzung nach § 280 BGB zum Schadensersatz führt. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre.
- Daneben regelt § 426 Abs. 2 BGB einen Fall des **gesetzlichen Forderungsübergangs** ("cessio legis"), für den nach § 412 BGB die Regelungen der §§ 398 ff. BGB gelten. Soweit der Schuldner auch im Innenverhältnis anteilig verpflichtet ist, erlischt dieser Anspruch unmittelbar

durch Konfusion (niemand kann einen Anspruch gegen sich selbst haben). Die Verjährung ändert sich durch den Forderungsübergang nicht - das hat vor allem dann Vorteile, wenn der Gläubiger einen gerichtlichen Titel gegen alle Gesamtschuldner erwirkt - dann gilt nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB eine dreißigjährige Verjährungsfrist. Ein weiterer Vorteil ergibt sich aus § 401 BGB - danach gehen alle akzessorischen Sicherheiten auf den zahlenden Schuldner über. Gegenüber § 426 Abs. 1 BGB besteht jedoch der Nachteil, dass nach § 404 BGB Einreden gegen den alten Gläubiger auch dem Gesamtschuldner entgegengehalten werden kann.

Für den Ausgleichsanspruch haften die Gesamtschuldner untereinander nur als Teilschuldner (§ 420 BGB). Sie können also nur jeweils anteilige Zahlung von den anderen verlangen. Die Höhe dieser Anteile richtet sich grundsätzlich nach der Vereinbarung zwischen den Gesamtschuldnern. Bei einer Schadensersatzhaftung wird analog § 254 Abs. 1 BGB auf die jeweiligen Verursachungsanteile und innerhalb dieser nach Verschuldensanteilen differenziert. Nur soweit weder eine Vereinbarung noch eine gesetzliche Anordnung ersichtlich sind, greift nach § 426 Abs. 1 S. 2 BGB eine Vermutung für gleich hohe Anteile.

II. Wie kann der Schuldner ausgewechselt werden?

Das BGB kennt drei Gestaltungen, durch welche sich das Gefüge seitens der Schuldner ändern kann:

- § 414 BGB regelt die **Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger**.
- § 415 BGB betrifft hingegen die **Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem bisherigen Schuldner und dem neuen Schuldner**.
- Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist der **Schuldbeitritt**, durch welchen mindestens eine **weitere Person** neben dem bisherigen Schuldner **haften soll**. Es sollen also letztlich zwei Personen gesamtschuldnerisch für die Schuld haften - bei der Schuldübernahme erlischt hingegen die Verpflichtung des bisherigen Schuldners. Der Schuldbeitritt führt hier also nicht zu einem Schuldnerwechsel, sondern zu einer Schuldnermehrheit.

Praktische Bedeutung hat vor allem die Regelung des **§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB**, wonach der Übernehmer eines kaufmännischen Unternehmens, der die Firma beibehält grundsätzlich für die vor der Übernahme entstandenen Verbindlichkeiten (neben dem bisherigen Inhaber, § 26 HGB) haftet. Andere Fälle eines gesetzlichen Schuldbeitritts finden sich etwa in § 546 Abs. 2 BGB, § 604 Abs. 4 BGB oder § 2382 BGB.

Schuldübernahme und Schuldbeitritt sind **Verfügungsgeschäfte** - es verändert den Inhalt des bisherigen Anspruchs (konkret die Parteien). Sie sind zu trennen von dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft. Dessen Unwirksamkeit hat aber keine Auswirkungen auf das Verfügungsgeschäft - die Rückabwicklung folgt vielmehr aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB.

Abzugrenzen ist die **rein tatsächliche Erfüllung** durch eine andere Person als den Schuldner (§ 267 Abs. 1 S. 2 BGB), welche die Parteien des Schuldverhältnisses unverändert lässt. Ebenfalls kein Fall des Schuldnerwechsels ist die sog. **Erfüllungsübernahme** im Sinne von § 329 BGB - aus einem solchen Vertrag zwischen dem bisherigen Schuldner und einem Dritten erwirbt der Gläubiger im Zweifel gerade keinen eigenen Anspruch gegen den Dritten.

1. Was gilt für die Übernahme zwischen Neuschuldner und Gläubiger (§ 414 BGB)?

In § 414 BGB sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dass der Gläubiger mit einem Dritten vereinbart, dass dieser den bisherigen Schuldner ersetzt. Mit Abschluss eines solchen Schuldübernahmevertrags erlischt der Anspruch gegen den bisherigen Schuldner.

Es handelt sich also um ein Verfügungsgeschäft, spiegelbildlich zur Abtretung (§ 398 BGB). Erforderlich ist eine dingliche Einigung, für welche die Regelungen des Allgemeinen Teils über Verträge gelten. Der Gläubiger und der neue Schuldner müssen also übereinstimmende Willenserklärungen abgeben. Eine besondere Form ist nicht angeordnet; allerdings kann der Schutzzweck der für das Grundgeschäft angeordneten Form erfordern, dass eine bestimmte Form eingehalten werden muss.

Wenn der Übernehmer ein Grundstück übereignen soll, ist eine notarielle Beurkundung auch erforderlich (vgl. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Form hat den Sinn, die Beteiligten vor Übereilung zu schützen und ihnen sachkundige Beratung zuteil werden zu lassen. Das soll nicht durch eine Schuldübernahme umgangen werden.



Umstritten ist, ob der **bisherige Schuldner** ein Mitspracherecht bei der Schuldübernahme hat.

- Eine Auffassung verweist auf § 397 BGB. Danach erfordert der Erlass der Forderung einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Da die Schuldübernahme einen Erlass impliziert (immerhin wird dem bisherigen Schuldner seine Pflicht erlassen), müsse auch hier der bisherige Schuldner einverstanden sein. Entsprechend § 333 BGB soll ihm hierzu ein "Zurückweisungsrecht" zugestanden werden.
- Die Gegenansicht betont hingegen § 267 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach kann sich der Schuldner nicht gegen die Erbringung der Leistung durch einen Dritten wehren; sein Widerspruch hat gerade nicht das Wiederaufleben seiner Leistungspflicht zur Folge (§ 267 Abs. 2 BGB). Dann scheint es aber konsequent, auch eine entsprechende Vereinbarung ohne eine solche Einwilligung zuzulassen.



2. Was gilt für die Übernahme zwischen Alt- und Neuschuldner (§ 415 BGB)?

Nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB kann eine Schuldübernahme auch durch Vertrag zwischen dem bisherigen Schuldner und einem Dritten erfolgen. Dies könnte den Gläubiger allerdings erheblich benachteiligen - etwa wenn der neue Schuldner **wirtschaftlich weniger leistungsfähig** ist.

Um diesen Bedenken zu begegnen, sieht § 415 Abs. 1 S. 1 BGB vor, dass die Schuldübernahme bis zur Erteilung der Genehmigung durch den Gläubiger **schwebend unwirksam** ist. Bis zur Genehmigung kann der Übernahmevertrag geändert und aufgehoben werden (§ 415 Abs. 1 S. 3 BGB). Die Genehmigung hat Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vereinbarung (§ 184 Abs. 1 BGB).

Über die im Gesetz geforderte (nachträgliche) Genehmigung (§ 184 BGB) ist auch ohne ausdrückliche Erwähnung eine **vorherige Einwilligung** (§ 183 Abs. 1 BGB) möglich. Denn auch in diesem Fall ist der Gläubiger hinreichend geschützt.

Um Rechtsklarheit zu erreichen, können der Schuldner und der Dritte dem Gläubiger eine Frist zur Genehmigung setzen. Dann ist eine Genehmigung nach Fristablauf ausgeschlossen (§ 415 Abs. 2 S. 1 BGB). Die verspätete Genehmigung kann aber als Angebot an den Dritten auf Abschluss eines Schuldübernahmevertrags im Sinne von § 414 BGB ausgelegt werden (§ 133 BGB, § 157 BGB).



Sie müssen das Verhältnis zwischen bisherigem und neuem Schuldner einerseits und die Beziehung des Gläubigers zu den beiden Personen sauber unterscheiden: Im Innenverhältnis wird im Regelfall vereinbart sein, dass der neue Schuldner selbst dann allein die Leistung erbringen soll, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigt. Es liegt dann ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) in Gestalt einer Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) vor: Der neue Schuldner (Versprechender) verpflichtet sich gegenüber dem alten Schuldner (Versprechensempfänger) dessen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger (Dritter) zu erfüllen.

Eine **Ausnahme für die Deutung des Schweigens** enthält aber § 416 Abs. 1 S. 2 BGB: Danach muss aktiv spätestens sechs Monate nach Schuldübernahme Widerspruch erklärt werden, soweit der Erwerber eines Grundstücks eine Schuld des Veräußerers übernimmt, welche durch eine Hypothek am Grundstück gesichert ist. Denn in diesem Fall kann sich der Gläubiger notfalls ohnehin aus dem Grundstück befriedigen (§ 1147 BGB) - er ist also nicht auf die Zahlungsfähigkeit des neuen Schuldners angewiesen.

Für die Erteilung der Zustimmung besteht **kein Formerfordernis** (§ 182 Abs. 2 BGB), sie kann insbesondere auch konkludent erfolgen.

3. Welche Folgen hat eine Schuldübernahme?

Mit der Schuldübernahme erlischt die Verpflichtung des bisherigen Schuldners und der neue Schuldner tritt vollumfänglich an seine Stelle. Die Schuld geht dabei so über, wie sie im Zeitpunkt der Schuldübernahme bestand. § 417 Abs. 1 S. 1 BGB (der § 404 BGB entspricht) stellt insoweit klar, dass alle **Einwendungen und Einreden**, die der frühere Schuldner gegen den Gläubiger erheben konnte, auch dem neuen Schuldner zustehen. Dies gilt auch dann, wenn sie erst nach der Übernahme entstehen.

Keine Drittwirkung hat hingegen **das der Schuldübernahme zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft**, soweit es nur zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger geschlossen wurde. Soweit sich daraus Einwendungen oder Einreden ergeben, entfalten diese ihre Wirkung nur im Verhältnis der jeweiligen Vertragsparteien.

Eine **Aufrechnung mit einer Forderung des bisherigen Schuldners gegen den Gläubiger** ist dem neuen Schuldner nicht erlaubt - es fehlt schon an einer Aufrechnungslage (§ 387 BGB). Die Aufrechnung mit einer fremden Forderung wäre ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in eine fremde Rechtsposition. Anders als bei der Abtretung (§ 406 BGB) gibt es auch keinen Ansatz für Vertrauensschutz. Dies stellt § 417 Abs. 1 S. 2 BGB noch einmal ausdrücklich klar. Selbstverständlich kann er aber den Anspruch des Gläubigers gegen ihn durch Aufrechnung mit einer Forderung, die ihm (nicht dem bisherigen Schuldner!) gegen den Gläubiger zusteht, zum Erlöschen bringen.

Während mit der Abtretung alle akzessorischen Sicherungsmittel übergehen (§ 401 BGB), führt die Schuldübernahme zum **Erlöschen von Nebenrechten** (§ 418 Abs. 1 S. 1 BGB). Dadurch soll der Sicherungsgeber geschützt werden - denn ein weniger solventer neuer Schuldner erhöht das Risiko, dass er in Anspruch genommen wird bzw. seine Sicherheit verliert. Nur eine zur Sicherung der Schuld bestellte Hypothek bleibt nach § 418 Abs. 1 S. 2 BGB bis zum Verzicht des

Gläubigers bestehen. Andere akzessorische Sicherungsgeber haften nur dann weiter, wenn sie einwilligen (§ 418 Abs. 1 S. 3 BGB). § 418 Abs. 1 BGB gilt entsprechend für Sicherungsgrundschuld, Sicherungseigentum und Sicherungszession.

4. Was gilt für einen Schuldbeitritt?

Der im Gesetz nicht geregelte Beitritt zu einer fremden Schuld ("Schuldbeitritt" bzw. "Schuldmitübernahme") kann wie die Schuldübernahme auf zwei Wegen erfolgen:

- Der Gläubiger kann **mit dem Beitretenden analog § 414 BGB einen Vertrag** schließen. Dieser bedarf nicht der Zustimmung des bisherigen Schuldners, da seine Rechtsstellung unverändert bleibt (er steht weder besser noch schlechter und muss sich mit dem neuen Schuldner nicht auseinandersetzen).
- Möglich ist aber auch ein **Vertrag zwischen dem bisherigen und dem hinzutretenden Schuldner**. Anders als nach § 415 BGB ist dafür aber keine Zustimmung des Gläubigers erforderlich. Denn auch für diesen ändert sich nichts - er kann weiterhin Leistung von seinem bisherigen Schuldner verlangen.

In Klausuren ist durch Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) zu entscheiden, ob eine Schuldübernahme (§ 414 BGB), ein Schuldbeitritt oder eine Bürgschaft (§ 765 BGB) gewollt ist. Dabei ist das Interesse der Parteien maßgeblich: Der Gläubiger wird im Zweifel keine Schuldübernahme, sondern eher einen zusätzlichen Schuldner wollen. Der bisher Unbeteiligte will im Zweifel nur akzessorisch (und subsidiär) als Bürge haften und nicht unbeschränkt neben dem bisherigen Schuldner.



Der Schuldbeitritt führt zu einer **Gesamtschuld** (§§ 421 ff. BGB) zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Beitretenden. Der Beitretende darf aber über §§ 422 ff. BGB hinaus auch alle bereits entstandenen Einwendungen des bisherigen Schuldners gegen den Gläubiger geltend machen (analog § 427 Abs. 1 S. 1 BGB). Für später entstehende Einwendungen und Einreden gelten §§ 422 ff. BGB.

Auch für die Rechtsfolge des Schuldbeitritts gilt der Vorrang der Vertragsfreiheit. So kann die Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergeben, dass der Beitretende im Rahmen eines Schuldbeitritts nicht gleichrangig als Gesamtschuldner, sondern nur subsidiär haften soll.



III. Was gilt, wenn ein Dritter eine Pflicht erfüllt?

Nach § 267 Abs. 1 BGB muss die Leistung in der Regel nicht zwingend durch den Schuldner erfolgen, sondern kann auch **durch einen Dritten** erbracht werden. Etwas anderes gilt nur, soweit es sich ausnahmsweise um eine höchstpersönliche Pflicht handelt.

Höchstpersönlich sind in der Regel die Pflicht zur Tätigkeit aus einem Dienstvertrag (§ 613 BGB) oder aus einem Auftrag (§ 664 Abs. 1 S. 1 BGB); zwingend höchstpersönlich ist die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB).



Eine **Leistung durch einen Dritten** fällt nur unter § 267 Abs. 1 BGB, wenn der leistende Dritte für den Schuldner erfüllen will (also "Fremdtilgungswillen" hat) und nicht bloß eine eigene Schuld begleichen will oder gar zufällig dem Gläubiger einen Wert zukommen lässt ("Bankirrtum zu Ihren Gunsten"). "Dritter" im Sinne von § 267 BGB sind nicht die Hilfspersonen, die der Schuldner selbst einschaltet, d.h. seine Erfüllungsgehilfen. Soweit diese die Leistung erbringen, gilt dies als Leistung durch den Schuldner. Ihr Verschulden wird dem Schuldner nach § 278 BGB zugerechnet.

Dritte können anders als der Schuldner **keine Erfüllungssurrogate** anbieten, also insbesondere keine Hinterlegung (§ 372 BGB), keine Aufrechnung (§ 389 BGB) und keine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB). Etwas anderes gilt nur für die seltenen Fälle, in denen ein Dritter ein Ablösungsrecht hat (§ 268 Abs. 2 BGB).

1. Welche Rechte hat der Gläubiger bei Leistung durch Dritte?

Der Gläubiger **muss** grundsätzlich die ordnungsgemäße Leistung eines Dritten annehmen, soweit nicht ausnahmsweise eine ausschließlich höchstpersönliche Leistungspflicht bestand. Lehnt der Gläubiger die Leistung ab, gerät er in **Annahmeverzug** (§ 293 ff. BGB).



Der Gläubiger kann allerdings (anders als der Schuldner!) eine **Aufrechnungsbeugnis** durch die Leistung eines Dritten nicht verlieren: Da die Aufrechnung auf den Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage zurückwirkt (§ 389 BGB), wirkt diese vorrangig vor der Drittleistung.

Der Schuldner kann nach § 267 Abs. 2 BGB jedoch der Leistung durch den Dritten **widersprechen**. Dies verbessert die Position des Gläubigers: Dieser darf nun (aber auch erst nach dem Widerspruch!) die Leistung ablehnen. Das Einverständnis des Schuldners (oder dessen Fehlen) sind im Übrigen unbeachtlich (§ 267 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Schuldner kann also den Gläubiger nicht zur Annahme der Leistung durch ihn zwingen.



Achten Sie in der Klausur unbedingt auf die **Befugnis des Schuldners zur Leistung**: Auch der Dritte darf erst dann die Leistung erbringen, wenn der Schuldner dies dürfte. Nach der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 BGB darf der Schuldner zwar im Zweifel vor der bestimmten Zeit seine Leistung bewirken, allerdings ist eine vorzeitige Leistung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sie dem Gläubiger Nachteile bringt (etwa bei Darlehensverträgen).

Zudem darf der Dritte nur **ordnungsgemäß** leisten - ist die Leistung nicht wie geschuldet erbracht, bestehen Gewährleistungsansprüche weder gegen den Dritten noch gegen den Schuldner - vielmehr fehlt es schon an der Voraussetzung des § 267 BGB (*Leistung bewirken*). Das bedeutet: Die Schlechtleistung muss nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückgefordert werden; der Schuldner bleibt weiter verpflichtet.

Im Übrigen wirkt die Leistung des Dritten **wie eine Leistung des Schuldners**: Die Leistungspflicht erlischt nach § 362 Abs. 1 BGB ebenso wie möglicherweise bestehende akzessorische Sicherheiten (Bürgschaft, Hypothek, Pfandrecht). Der Dritte ist nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers verpflichtet und haftet nach § 280 Abs. 1 BGB für insoweit verursachte Schäden.

2. Welche Rechte erlangt der Dritte durch seine Leistung?

In den meisten Fällen leistet der Dritte nicht aus eigenem Antrieb, sondern aufgrund eines **Schuldverhältnisses** mit dem Schuldner. Dann richtet sich sein Rückgriffsanspruch nach diesem Schuldverhältnis.

Bei einem Auftrag handelt es sich bei der Zahlung um Aufwendungen, die nach § 670 BGB zu erstatten sind; ebenso bei einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 S. 1 BGB) oder für die Begleichung einer Schuld in einer BGB-Gesellschaft (§ 713 BGB).



Fehlt es an einem solchen Schuldverhältnis (insb. weil die Leistung dem Interesse und/oder Willen des Schuldners widerspricht), **finden ausschließlich die Regelungen der §§ 812 ff. BGB Anwendung.**

- **Existierte die Schuld nicht** (oder erfolgte später ein Widerruf nach § 355 BGB oder eine Anfechtung nach § 142 BGB), kann das Geleistete nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB vom Scheingläubiger zurückgefordert werden. Hat allerdings der vermeintliche Schuldner die Zahlung veranlasst, soll eine Abwicklung im Innenverhältnis zwischen Drittem und Schuldner nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB sowie zwischen Schuldner und Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB erfolgen ("über das Dreieck"). Die Konstellation entspricht den sog. "Anweisungsfällen".
- Existierte die Schuld, aber **nahm der Dritte irrig an, auf eine eigene Schuld zu leisten**, tritt keine Erfüllung ein. Der Schuldner muss also gegenüber dem Gläubiger weiter leisten - er hat nichts durch die Leistung des Dritten erlangt. Daher kann der Dritte Rückgewähr seiner Leistung nur vom Gläubiger aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB verlangen.
- Bei **Fremdtilungswillen und Existenz der Schuld** kann der Dritte gegen den Schuldner eine sog. Rückgriffskondition geltend machen (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB); ein Anspruch gegen den Gläubiger scheidet aus. Herauszugeben ist der Wert der Befreiung von der Verbindlichkeit (§ 818 Abs. 2 BGB). Dies gilt sogar dann, wenn der Schuldner die Zahlung ausdrücklich ablehnt bzw. nach § 267 Abs. 2 BGB widerspricht.

3. Kann der Dritte seine Zahlung nachträglich umwidmen?

Wenn der Dritte eine vermeintliche eigene Schuld tilgen will ("Putativschuldner"), hat er nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger. In manchen Konstellationen ist für ihn jedoch ein Anspruch gegen den Schuldner attraktiver.

Dies gilt insbesondere, wenn der Gläubiger in Zahlungsschwierigkeiten steckt (oder gar insolvent ist) oder den Anspruch des Dritten im Wege der Aufrechnung (§ 389 BGB) vernichten könnte.



Ein solcher Anspruch wäre denkbar, soweit man es zulässt, dass der Dritte **nachträglich seinen Zahlungswillen ändert** und so die Erfüllungswirkung nach § 267 BGB herbeiführt. Es ist jedoch **umstritten, inwieweit eine nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung möglich ist:**



- Einerseits handelt es sich bei der Erfüllung nach hM um einen **reinen Realakt** ("reale Leistungsbewirkung"). Dann spricht auch bei der Drittleistung wenig dagegen, eine Umwidmung zu erlauben. Der Dritte ist grundsätzlich schutzwürdig, da tatsächlich eine fremde Forderung besteht und er diese bei entsprechendem Willen nach § 267 Abs. 1 BGB zum Erlöschen bringen durfte. Dieser Wille ist aber vom Schuldner ohnehin nicht zu beeinflussen, so dass er aus dessen Fehlen keinen Schutz herleiten kann.
- Andererseits können dadurch für den Schuldner **erhebliche Nachteile** eintreten: Der Schuldner, der seine Forderung gegenüber dem Gläubiger durch schlichte Aufrechnung zum Erlöschen bringen könnte, muss nun an den Dritten leisten. Hat der Schuldner zeitlich nach dem Dritten geleistet, muss er nun dem Dritten den durch die Befreiung von seiner Pflicht erlangten Wert ersetzen (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB iVm § 818 Abs. 2 BGB), ist aber seinerseits darauf verwiesen, die Rückgewähr seiner Leistung gegenüber dem (ggf. insolventen) Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB geltend zu machen - und hierauf ggf. nur eine Insolvenzquote zu erhalten. Zwar würden diese Probleme vermieden, wenn man der Leistung des Dritten nur Wirkung ex nunc zusprechen würde - damit wäre aber dem Dritten nicht wirklich gedient - denn er könnte auch seine Leistung zurückfordern und dann erneut (diesmal mit richtigem Tilgungswillen) erbringen.

4. Welche Besonderheiten gelten bei einem Ablösungsrecht?

Um die Rolle des Dritten besser zu verstehen, hilft ein Blick auf die scheinbar schwierigere Situation des § 268 BGB. Die dort angesprochenen Personen stehen in dreierlei Hinsicht besser als beliebige Dritte, die auf fremde Schuld leisten:

- Im Fall des § 268 BGB hat der Gläubiger (anders als nach § 267 Abs. 2 BGB) kein Widerspruchsrecht. Der Gläubiger muss die (ordnungsgemäße) Leistung also zwingend annehmen.
- Nach § 268 Abs. 2 BGB dürfen die von der Norm erfassten Personen nicht nur die geschuldete Leistung erbringen (wie nach § 267 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern auch hinterlegen (§ 372 BGB) und aufrechnen (§ 389 BGB). Der Umkehrschluss aus dieser Regelung erklärt auch, warum sonstige Dritte gerade nicht auf Surrogate zur Erfüllung zurückgreifen dürfen: Könnte jeder Dritte schon nach § 267 BGB aufrechnen oder hinterlegen, wäre § 268 Abs. 2 BGB schlicht überflüssig.
- Nach § 268 Abs. 3 BGB tritt ein gesetzlicher Forderungsübergang ("cessio legis") ein, so dass u.a. auch Sicherheiten mit übergehen (§ 401 BGB). Der nach § 268 Abs. 3 BGB leistende Dritte ist also anders als im Fall des § 267 BGB nicht auf Bereicherungsansprüche verwiesen.



Sie dürfen in keinem Fall die Regelungen des § 268 BGB analog auf sonstige, nach § 267 BGB leistende Dritte anwenden! Die Regelung umfasst ausschließlich einen Sonderfall, in dem der Gesetzgeber eine Privilegierung als geboten ansah.

Die drei Privilegierungen des § 268 BGB erklären sich aus dem Anlass, aus dem der Dritte die fremde Schuld tilgt: Er will damit nicht eine Pflicht gegenüber dem Schuldner (etwa aus einem Auftrag, § 663 BGB) erfüllen oder handelt aus Altruismus (§ 677 BGB). Vielmehr will er sicherstellen, dass er (der Dritte) nicht seinerseits ein **Recht an einer Sache durch Zwangsvollstreckung eines Gläubigers wegen einer Geldforderung (§ 803 ff. ZPO) verliert**.

Vollstreckt der Gläubiger einen Herausgabeanspruch (§ 883 ZPO bzw. § 885 ZPO), kann auch der ablösungsbefugte Dritte dies nicht verhindern - denn die Leistung ist in diesem Fall gerade die (nicht ersetzbare) Herausgabe.



Nicht jedes "Recht" in Bezug auf eine Sache genügt allerdings für ein solches Ablösungsrecht - so kann der Käufer nicht verhindern, dass vor Übergabe und Übereignung (§ 929 S. 1 BGB) eine gekaufte Sache durch den Gerichtsvollzieher gepfändet und im Wege der Zwangsversteigerung an einen Dritten übertragen wird. Vielmehr muss bereits ein **dingliches Recht** oder zumindest Besitz an dem betroffenen Gegenstand bestehen.

Rechte des Dritten sind daher insbesondere Pfandrecht (§ 1204 BGB), Grundschuld (§ 1191 BGB), Hypothek (§ 1113 BGB), Nießbrauch (§ 1030 BGB) und Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB, § 1018 BGB). Erfasst sind zudem die Auflassungsvormerkung (§ 883 BGB iVm § 925 BGB) und das Anwartschaftsrecht des Eigentumsvorbehaltskäufers (§ 929 S. 1 BGB iVm § 161 BGB). Daneben werden vor allem Mieter und Pächter geschützt (siehe § 57 ZVG).



Kein Recht eines Dritten ist das Sicherungseigentum oder das Vorbehaltseigentum - in diesem Fall ist der Dritte Eigentümer und kann unmittelbar nach § 771 ZPO Drittwiderspruchsklage erheben (und so die Verwertung des Gegenstandes verhindern).

B. Wer ist der "Gläubiger"?

Als "**Gläubiger**" bezeichnet man denjenigen, der von einem Schuldner etwas verlangen (d.h. ihn gerichtlich darauf in Anspruch nehmen) kann. Wie der Schuldner muss der Gläubiger kein Mensch sein, sondern kann auch eine rechtsfähige Personengesellschaft oder eine juristische Person sein.

Im Kaufvertrag ist der Verkäufer Gläubiger des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises und auf Abnahme der gekauften Sache; der Käufer ist Gläubiger des Anspruchs auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache.



Der Gläubiger kann Dritte zum Empfang einer Leistung **ermächtigen** (§ 362 Abs. 2 BGB iVm § 185 Abs. 1 BGB). Bereits bei Abschluss eines Vertrages kann ein Dritter als Leistungsempfänger benannt werden und diesem sogar ein eigenes Klagerecht zugestanden werden (Vertrag zugunsten Dritter, § 328 Abs. 1 BGB). Dadurch wird der Dritte aber nicht zum Gläubiger des Anspruchs.

Ebenso wie auf Schuldnerseite können auch auf Gläubigerseite **mehrere Personen** nebeneinander stehen. Diese Fälle der **Gläubigermehrheit** sind ebenfalls in §§ 420 ff. BGB geregelt.

In § 311 Abs. 3 BGB ist angedeutet, dass sich Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) auch auf **Personen erstrecken können, die nicht Gläubiger einer Leistungspflicht sind**. Bei solchen Schuldverhältnissen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist der Dritte Gläubiger der Rücksichtnahmepflicht (obwohl er keinen Anspruch auf die Leistungspflicht hat).



Bei einem Mietvertrag über eine Wohnung sind die Eltern Gläubiger des Anspruchs auf Gebrauchsüberlassung, da sie den Mietvertrag geschlossen haben. Der Vermieter ist aber auch den Kindern der Mieter gegenüber verpflichtet, etwa die Sicherheit des Treppenhauses zu gewährleisten - verletzen sich diese wegen eines defekten Geländers, haftet er ihnen auf Schadensersatz. Insoweit sind die Kinder Gläubiger der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).

Der Austausch des Gläubigers ist grundsätzlich unproblematisch. Dementsprechend ist eine **Abtretung** (§ 398 BGB) ohne Zustimmung des Schuldners möglich. Jedoch gibt es verschiedene Schutzvorschriften zu seinen Gunsten.

1. Was gilt, wenn mehrere Personen berechtigt sind?

Gläubiger einer Leistung können auch mehrere Personen sein. Davon ist die Berechtigung einer "Gesellschaft bürgerlichen Rechts" (§ 705 BGB) oder einer Offenen Handelsgesellschaft (§ 105 HGB) zu unterscheiden - bei dieser ist die rechtsfähige Gesellschaft (§ 14 Abs. 2 BGB) Gläubiger - nicht etwa ihre Gesellschafter als Personenmehrheit.

Dann stellt sich für den Schuldner die Frage, an wen er die Leistung (ganz oder teilweise) zu erbringen hat.

- Eine **unteilbare Leistung** kann entweder an einen oder an alle Gläubiger gemeinsam erbracht werden. Da die Aufteilung gerade nicht möglich ist, scheidet es schon denkbare, jedem Gläubiger nur seinen Anteil anzubieten.
- **Kann die Leistung dagegen aufgeteilt werden**, scheint es nahe zu liegen, den Schuldner zu verpflichten, jedem Gläubiger einfach nur den ihm zustehenden Anteil anzubieten. Auch hier ist es aber für ihn sicherlich attraktiver, einfach alles an einen Gläubiger zu leisten oder die ungeteilte Leistung an alle Gläubiger zu erbringen. In diesem Fall muss er nämlich nicht das Risiko tragen, versehentlich zu viel oder zu wenig an einzelne Gläubiger zu erbringen; die Aufteilung ist dann Sache der Gläubiger untereinander.

Das Gesetz unterscheidet drei Gestaltungen:

1. Bei der **Teilgläubigerschaft** (§ 420 BGB) ist die Leistung (die teilbar sein muss) vom Schuldner zu teilen und jedem Gläubiger der ihm zustehende Teil anzubieten.
2. Bei der **Gesamtgläubigerschaft** (§ 428 BGB) genügt es demgegenüber, dass die Leistung gegenüber einem beliebigen Gläubiger erbracht wird. Die Teilung ist dann Aufgabe der Gläubiger untereinander.

- Bei der **Mitgläubigerschaft (gemeinschaftlichen Gläubigerschaft, § 432 BGB)** schließlich muss der Schuldner die Leistung an alle Gläubiger zusammen erbringen. Die Aufteilung obliegt den Gläubigern selbst. Das Gesetz stellt dabei ausdrücklich auf eine "unteilbare" Leistung ab.

1. Wann ist eine Leistung teilbar?

Ausgangsfrage der Beurteilung des Verhältnisses mehrerer Gläubiger zum Schuldner ist die **Teilbarkeit der Leistung**. Ist die Leistung **unteilbar**, kommt nur eine **Gesamtgläubigerschaft** oder eine **Mitgläubigerschaft** in Betracht. Bei einer teilbaren Leistung ist nach § 420 BGB Teilgläubigerschaft anzunehmen.

Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne inhaltliche Wesens- und Wertveränderung, insbesondere ohne Wertminderung (vgl. § 752 BGB) in mehreren gleichartigen Teilen erbracht werden kann.



Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- Tatsächliche Teilbarkeit** bezieht sich darauf, ob irgendjemand die geschuldete Leistung parallel an verschiedene Personen erbringen kann - also die Leistung an einen unabhängig von den anderen Gläubigern erfolgen kann.

Teilbar sind Geld, aber auch vertretbare Sachen (§ 91 BGB, z.B. 10 Liter Milch oder 10 Eier, 500g Rinderhack).

Unteilbar sind lebende Tiere ("ein halber Hund"), Einzelstücke ("ein Viertel der Mona Lisa") aber auch Unterlassungspflichten (wenn die Handlung ausgeübt wird, betrifft dies alle Gläubiger) oder die Leistung eines Orchesters (es genügt nicht wenn bei Hörer 1 die Geiger und bei Hörer 2 die Trompeten spielen).



- Rechtliche Teilbarkeit** betrifft hingegen die Frage, ob eine tatsächlich teilbare Leistung getrennt an die verschiedenen Berechtigten erbracht werden darf oder zwingend an alle erfolgen muss. Es geht also um das Innenverhältnis zwischen den Gläubigern. In der Praxis fehlt es fast immer an der rechtlichen Teilbarkeit.

Bei der Bruchteilsgemeinschaft (§ 744 BGB), der Erbengemeinschaft (§ 2039 BGB) und der BGB-Gesellschaft (§ 709 BGB) ist eine Verwaltung durch alle erforderlich - die Leistung kann also nicht "geteilt" an jeden einzelnen Berechtigten erfolgen.



2. Was sind Teilgläubiger (§ 420 BGB)?

Nach § 420 BGB haben mehrere Gläubiger einer teilbaren Leistung grundsätzlich nur **Anspruch auf den ihnen zustehenden Anteil gegen den Schuldner**. Es kann also jeder Teilgläubiger gegen den Schuldner klagen - aber nur auf den jeweiligen (rechnerischen) Anteil an sich selbst, nicht jedoch auf Leistung fremder Anteile oder an andere. Der Schuldner wird erst dann befreit, wenn er allen Gläubigern den ihnen zustehenden Leistungsteil erbracht hat.



- K1 und K2 tätigen bei V eine Sammelbestellung für 1.000 Liter Heizöl für 950 €. 500 Liter sollen an K1, 500 Liter an K2 geliefert werden. Hier kann jeder der beiden "seine" Lieferung einfordern.
- V verkauft an K seine Eigentumswohnung für 100.000 €, die zum Jahresende zu zahlen sind. Von diesen 100.000 € tritt er 50.000 € an V1 und 50.000 € an V2 ab und legt dies gegenüber K offen. Dann sind V1 und V2 (die sich noch nicht einmal kennen müssen) Teilgläubiger.

Die Höhe der Anteile ergibt sich dabei aus dem **Innenverhältnis der Gläubiger**; lässt sich dieses nicht eindeutig aufklären, sind nach § 420 BGB Anteile gleicher Höhe anzunehmen. Die Vermutung ist aber in vielen Fällen wiederlegt - so kann etwa K1 im obigen Beispiel 750 Liter Heizöl und K2 nur 250 Liter Heizöl wollen.

Die Teilgläubigerschaft bedeutet für den Schuldner **erheblichen Aufwand**: Er muss die Adressen aller Gläubiger herausfinden, um seine Pflicht zu erfüllen (§ 362 BGB) oder ihnen zumindest die Leistung tatsächlich anzubieten (§ 294 BGB). Schätzt er die Anteile falsch ein, erlischt seine Leistungspflicht durch die Zuvielleistung nicht - er muss vielmehr einerseits nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB das zuviel Geleistete zurückfordern, andererseits aber gleichzeitig die Teilleistung erneut an den richtigen Gläubiger erbringen. Hierdurch trägt er das Insolvenzrisiko - und zwar unabhängig von seinem Verschulden. Eine Hinterlegung würde ihn zwar befreien (§ 372 S. 2 BGB) - kommt aber nur für Geld und Kostbarkeiten in Betracht und ist zudem ausgeschlossen, wenn die Ungewissheit über die Person des Gläubigers auf Fahrlässigkeit beruht. Daher wird im Regelfall die Teilbarkeit "aus rechtlichen Gründen" verneint und stattdessen eine Mitgläubigerschaft (§ 432 Abs. 1 BGB) angenommen.

Im Hinblick auf **Veränderungen** ist die Teilgläubigerschaft denkbar einfach: Jeder Gläubiger kann über seinen Teil verfügen, d.h. ihn abtreten (§ 398 BGB) oder einen Erlassvertrag (§ 397 BGB) schließen. Zudem muss jeder Gläubiger für seinen Teil separat mahnen (§ 286 BGB) oder klagen (§ 253 ZPO - wobei eine Klage als Streitgenossen nach § 59 ZPO möglich ist). Es handelt sich also um ein Bündel von separaten Rechtsbeziehungen in einem einheitlichen Schuldverhältnis. Von dieser sog. "**Einzelwirkung**" gibt es aber **drei Ausnahmen**:

- Nach § 320 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung gegenüber jedem einzelnen Gläubiger **verweigern**, solange nicht seine Gegenleistung komplett erbracht wurde.
- Nach § 351 BGB ist auch das **Rücktrittsrecht** unteilbar - d.h. ein Rücktritt muss gegen alle Gläubiger bzw. durch alle Gläubiger erklärt werden und verpflichtet dann auch alle Gläubiger zur Rückgewähr. Demgegenüber kann jeder Gläubiger für seinen Teil Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen (§ 281 Abs. 4 BGB) und dann seinen Teil komplett ablehnen.
- Schließlich ist nach § 441 Abs. 2 BGB bzw. § 638 Abs. 2 BGB auch die **Minderung** unteilbar. Sie muss also durch alle Gläubiger erfolgen.

3. Was sind Mitgläubiger (§ 432 BGB)?

Nach § 432 Abs. 1 S. 1 BGB liegt Mitgläubigerschaft (die Parallele zur unregelmäßig "gemeinschaftlichen Schuld") bei einer unteilbaren Leistung vor, die nicht als Gesamtgläubigerschaft im Sinne von § 428 BGB einzuordnen ist. Dabei darf jeder Gläubiger nur die Leistung an alle verlangen und der Schuldner auch nur an alle gemeinsam leisten. Leistet er nur an einen Gläubiger, können die anderen Gläubiger weiter von ihm Leistung verlangen. Es handelt sich um den **praktischen Regelfall**.

Wer ein lebendes Tier an mehrere Personen übergeben soll, muss es allen gemeinsam geben. Auch bei einer Geldforderung kann aber Unteilbarkeit vereinbart werden - dann ist der Betrag an alle (und nicht nur an einen) Gläubiger zusammen zu zahlen.

Steigt X zum bereits in einem Taxi sitzenden Fahrgast Y hinzu, weil er ebenfalls vom Flughafen in die Stadt fahren will, sind beide Mitgläubiger (§ 432 BGB).



Nach § 432 Abs. 1 S. 2 BGB kann jeder Gläubiger verlangen, dass der Schuldner eine geschuldete Sache entweder **hinterlegt** (§ 372 BGB) oder an einen gerichtlich bestellten Verwahrer abgeliefert, wenn es sich nicht um Geld oder Kostbarkeiten handelt. Damit soll eine Möglichkeit zur Erreichung der Erfüllungswirkung bestehen, wenn sich die Gläubiger im Innenverhältnis zerstreiten.

Bemerkenswerterweise entfalten Tatsachen grundsätzlich nur **Einzelwirkung** (§ 432 Abs. 2 BGB). Kann der Schuldner gegenüber nur einem von mehreren Gläubigern **aufrechnen**, nützt ihm dies nichts - denn es fehlt schon an der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB): Auf der einen Seite steht der Schuldner, auf der anderen stehen aber mehrere (und nicht nur ein) Gläubiger.

Während jeder Gläubiger den Schuldner auf Leistung (an alle) verklagen darf (auch gegen den Willen der anderen), müssen eine **Anfechtung** oder ein **Rücktritt** jedoch von allen Gläubigern gemeinsam erklärt werden (siehe § 2040 Abs. 1 BGB, § 747 S. 2 BGB). Etwas anderes kann sich aber aus dem Innenverhältnis ergeben (etwa wenn eine Person nach § 185 Abs. 1 BGB von den anderen ermächtigt ist).

Ein negatives Feststellungsurteil gegen einen Gläubiger (Klage des Schuldners auf Feststellung, dass der Gläubiger keinen Anspruch hat) würde keine Gesamtwirkung zulasten der anderen Gesamtgläubiger entfalten; die Rechtskraft erstreckt sich also nicht auf die anderen Gläubiger.

§ 432 BGB wird verdrängt durch die Sonderregelungen der Erbengemeinschaft (§§ 2039 ff. BGB) und der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB).

4. Was sind Gesamtgläubiger (§ 428 BGB)?

Gesamtgläubigerschaft kommt sowohl für teilbare als auch für unteilbare Leistungen in Betracht. Dabei kann jeder Gläubiger die Leistung **in vollem Umfang** (aber nach seiner Wahl auch teilweise) verlangen, der Schuldner kann an jeden von ihnen (ohne Absprache mit den anderen) die volle Leistung erbringen. Wenn also Gläubiger 1 von ihm die Leistung fordert, darf er diese (etwa aus Trotz) auch stattdessen an Gläubiger 2 erbringen. Jeder Gläubiger kann allein auf die gesamte Leistung vor Gericht klagen; es ist nur einfache Streitgenossenschaft möglich (§ 59 ZPO, vgl. § 429 Abs. 3 BGB).



Anders als § 427 BGB für die Gesamtschuld schafft § 428 BGB keine Vermutung für die Gesamtgläubigerschaft. Es ist also eine **ausdrückliche Vereinbarung erforderlich**; im Zweifel wird sich ein Gläubiger auf eine solche Vereinbarung nicht einlassen. Praktisch wichtigster Fall ist das in der Bankpraxis gängige "Oder-Konto", bei dem jede Person allein zur Abhebung berechtigt ist - aber auch dort nur mit der Einschränkung, dass die Bank nicht frei auswählen darf, an wen sie leistet, sondern an denjenigen auszahlen muss, der dies verlangt.

Gesamtgläubigerschaft ist gesetzlich angeordnet für mehrere Vermächtnisnehmer, zwischen denen ein Bestimmungsrecht besteht, soweit die Bestimmung nicht getroffen werden kann (§ 2151 Abs. 3 BGB). Nach einer umstrittenen Ansicht führt auch ein durch einen Ehegatten abgeschlossenes Geschäft zur angemessenen Deckung des ehelichen Lebensbedarfs (Schlüsselgewalt, § 1357 BGB) dazu, dass beide Eheleute als Gesamtgläubiger berechtigt werden. Allerdings darf der Schuldner nur an denjenigen Ehegatten leisten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

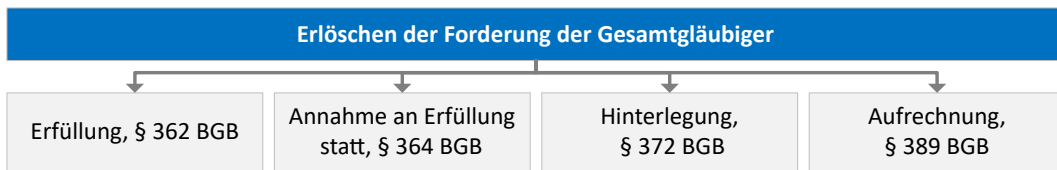
§ 430 BGB gewährt einen eigenen Anspruch auf **Ausgleich im Innenverhältnis** ähnlich wie § 426 Abs. 1 S. 1 BGB. Ergänzend besteht ein vorbereitender Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Dies ist aber subsidiär zu den Vereinbarungen im Innenverhältnis zwischen den Gläubigern.

a. Wie erlischt die Forderung der Gesamtgläubiger?

Für die Rechtsbeziehung der Gesamtgläubiger zum Schuldner verweist § 429 Abs. 3 S. 1 BGB überwiegend auf das Recht der Gesamtschuld. Danach führen

- Erfüllung (§ 362 BGB)
- Annahme an Erfüllung statt (§ 364 BGB)
- Hinterlegung (§ 372 BGB) und
- Aufrechnung (§ 389 BGB)

jeweils zum **Untergang des Anspruchs aller Gesamtgläubiger gegen den Schuldner** (§ 422 BGB). Dies stellt sicher, dass der Schuldner nur einmal leisten muss.



Kann der Schuldner auch nur gegenüber einem (von mehreren) Gesamtgläubigern aufrechnen, kann er daher die Forderung aller Gesamtgläubiger zunichte machen. Zahlt er an einen Gesamtgläubiger, wird eine rechtshängige Klage eines anderen Gesamtgläubigers unbegründet. Der klagende Gesamtgläubiger muss dann seine Klage für erledigt erklären, damit das Gericht die Kosten nach billigem Ermessen verteilen kann (§ 91a ZPO). Eine solche gerechte Lösung besteht immer darin, zu fragen, ob die Klage vor dem erledigenden Ereignis zulässig und begründet war und die Erledigung nicht durch den Kläger verursacht wurde.



b. Was gilt für Annahmeverzug und Konfusion?

§ 429 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ordnen die sog. **Gesamtwirkung für und gegen alle Gläubiger** für zwei weitere Konstellationen an:

- Nach § 429 Abs. 1 BGB genügt es, dass auch nur gegenüber einem Gläubiger die Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB erfüllt sind, um alle Gesamtgläubiger in **Annahmeverzug** zu versetzen.
- Gesamtwirkung hat nach § 429 Abs. 2 BGB auch die **Konfusion**, das Zusammenfallen von Forderung und Schuld in der Person eines der Gesamtgläubiger (denn dann könnte der Schuldner die Leistung an sich selbst als Gesamtgläubiger wählen - diesen Zwischenschritt erspart ihm das Gesetz).

§ 429 Abs. 3 S. 1 BGB verweist für andere Tatsachen auf § 425 BGB - diese haben also **Einzelwirkung** (wirken nur gegenüber dem Gläubiger, in dessen Person sie eingetreten sind). So laufen etwa die Verjährungsfristen für jeden Gläubiger separat (wichtig wegen § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), jeder Gläubiger muss selbst den Schuldner mahnen, um ihn sich gegenüber in Verzug zu versetzen; eine Verschuldens- und Wissenszurechnung unter den Gläubigern findet nicht statt.

c. Was gilt für Gestaltungsrechte und Verfügungen?

Gemeinsam von allen Gläubigern vorgenommen werden müssen **Gestaltungsrechte** (zB. § 351 S. 1 BGB).

Ein Rücktritt muss von allen Gläubigern gemeinsam erklärt werden (das ist aber auch bei Teilgläubigern im Sinne von § 420 BGB der Fall, vgl. § 351 BGB); ebenso muss etwa über das Wahlrecht nach § 437 Nr. 1 BGB (zwischen Nachlieferung oder Nachbesserung) oder über die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) einheitlich von allen entschieden werden.

Auch die Anfechtung (§ 143 BGB) oder die Minderung müssen von allen Gläubigern gemeinschaftlich erklärt werden. Eine Minderung nur gegenüber einem Teil der Gläubiger scheidet aus; die Anfechtung beseitigt den gesamten Vertrag mit Wirkung für und gegen alle.



Auch **Verfügungen** über die Forderung bedürfen grundsätzlich der Mitwirkung aller Gläubiger.



Die Abtretung der Forderung (auch eines Teils, § 398 BGB) kann nur durch alle Gläubiger gemeinsam erfolgen. Auch der Erlass der Forderung (§ 397 BGB) bedarf der Mitwirkung aller Gläubiger.

Allerdings kann ein Gläubiger als **Vertreter** (§ 164 Abs. 1 BGB) der anderen handeln oder nach § 185 Abs. 1 BGB **ermächtigt** werden. Praktisch ist dies freilich eher selten.



Ein **Erlassvertrag** mit nur einem Gläubiger führt nach § 429 Abs. 3 S. 1 BGB iVm § 423 BGB zum Untergang der Leistungspflicht des Schuldners, wenn einer der Gläubiger die dazu erforderliche Verfügungsbefugnis von den anderen aufgrund des Innenverhältnis erhalten hat.

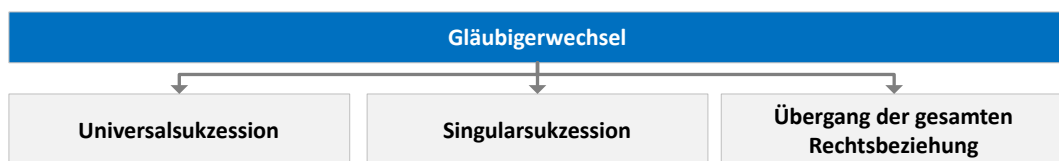
II. Wie kann der Gläubiger ausgewechselt werden?

Der Gläubiger wird ausgetauscht durch **Universalsukzession** (d.h. den Übergang aller Rechte des bisherigen Gläubigers auf einen Dritten) sowie durch **Singularsukzession** (d.h. der gezielten Übertragung eines bestimmten Anspruchs).

- **Universalsukzession** erfolgt im Erbfall (§ 1922 BGB), bei der Anwachsung im Personengesellschaftsrecht (§ 738 BGB) sowie im Rahmen des Umwandlungsrechts (§ 1 UmwG).
- **Singularsukzession** liegt vor bei Abtretung (§ 398 BGB) sowie bei gesetzlichem Forderungsübergang (§ 412 BGB).

Daneben bestehen einige Fälle, in denen eine **Rechtsbeziehung insgesamt übergeht**.

- Nach § 566 BGB geht mit der Übertragung von Eigentum an vermietetem Wohnraum die Berechtigung und Verpflichtung aus dem Mietvertrag auf den Erwerber über. Nach § 578 Abs. 1 BGB gilt dies auch für Mietverträge über Grundstücke oder Geschäftsräume.
- Nach § 613a BGB gehen Arbeitsverhältnisse mit Übertragung eines Betriebsteils auf den neuen Inhaber über.



Kein eigener Fall des Gläubigerwechsels findet sich hingegen in § 25 Abs. 1 S. 2 HGB: Danach gelten zwar nach Erwerb eines Unternehmens bei Fortführung der bisherigen Firma Forderungen als auf den Erwerber übergegangen - diese Fiktion schützt aber (ähnlich wie § 407 BGB oder § 410 BGB) nur den Schuldner - bewirkt aber als solche keine Änderung der Gläubigerstellung. Die an den neuen Inhaber erfolgte Leistung ist, wenn keine Abtretung erfolgt ist, jedoch wegen § 25 Abs. 1 S. 2 BGB gegenüber dem bisherigen Inhaber wirksam. Es besteht dann nur ein Bereicherungsanspruch im Innenverhältnis zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Inhaber des Handelsgewerbes (§ 816 Abs. 2 BGB).

1. Inwieweit kann gegenüber Dritten erfüllt werden?

Die Erfüllung von Pflichten gegenüber Personen, die nicht selbst Gläubiger des Anspruchs sind, ist in § 362 Abs. 2 BGB geregelt. Hierzu verweist das Gesetz auf die Regelungen zu Verfügungen eines Nichtberechtigten im Allgemeinen Teil (§ 185 BGB). Der Dritte muss dazu **empfangs-ermächtigt** sein. Neben einer bereits vor der Erfüllung erteilten Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB iVm § 183 BGB) ist nach § 185 Abs. 2 BGB iVm § 184 BGB auch eine nachträgliche Genehmigung möglich.

Eine nachträgliche Genehmigung (§ 185 Abs. 2 BGB iVm § 183 BGB) ist sinnvoll, wenn der Gläubiger nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB eine vom Dritten geleistete potentielle Gegenleistung herausverlangen will.



Von den Fällen des § 362 Abs. 2 BGB zu unterscheiden sind drei Konstellationen:

- Ein Dritter kann im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter ein **eigenes Leistungsrecht** erhalten (§ 328 BGB) - dann bedarf es nicht des § 185 BGB.
- Während § 362 Abs. 2 BGB die "Empfangsermächtigung" regelt, kann auch eine davon unabhängige "**Einziehungsermächtigung**" bestehen. Diese ist etwa im Rahmen des Nießbrauchs (§ 1074 BGB) oder des Pfandrechts (§ 1282 BGB) angeordnet. Darüberhinaus besteht eine solche Einziehungsermächtigung nach § 835 Abs. 1 ZPO iVm § 836 Abs. 1 ZPO im Rahmen der Zwangsvollstreckung, wenn eine Forderung "zur Einziehung" an den Vollstreckungsgläubiger überwiesen wird.
- Im Rahmen des Überweisungsverkehrs handelt die Bank des Zahlungsempfängers nicht etwa als "Dritter" im Sinne von § 362 Abs. 2 BGB, sondern als bloße "**Zahlstelle**" des Gläubigers.

2. Was ist eine Abtretung (§ 398 BGB)?

Die Abtretung ist (obwohl sie im Schuldrecht geregelt ist) ein **dinglicher Vertrag** - also ein Verfügungsgeschäft. Dieser Verfügung liegt eine Verpflichtung zugrunde, etwa ein Kaufvertrag über die Forderung (§ 433 Abs. 1 BGB, § 453 BGB - insbesondere bei "echtem Factoring") oder ein Schenkungsvertrag (§ 516 BGB); praktische Bedeutung hat zudem die Abtretung zur Sicherung einer Schuld ("Sicherungsabtretung").

Die Unwirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung berührt die Wirksamkeit der dinglich wirkenden Abtretung nicht (**Abstraktionsprinzip**) - ein Anspruch auf Rückabtretung ergibt sich dann aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB.



Zum Merken: Der **Zedent** "flennt" (denn er verliert die Forderung). Der **Zessionar** schreit "hurra" (schließlich erhält er eine Forderung).



Von der Abtretung zu unterscheiden ist die **Einziehungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB)**: Durch diese wird ein Dritter ermächtigt, eine fremde Forderung durchzusetzen und Zahlungen entgegenzunehmen (§ 362 Abs. 2 BGB). Er wird aber nicht selbst Gläubiger, sondern muss das erhal-

tene Geld an den Gläubiger herausgeben. Auswirkungen hat dies auf die Prozessführungsbe-
fugnis. Im Zivilprozess darf er diese nicht gerichtlich geltend machen. Nach den Regeln der ZPO
darf ein fremdes Recht nämlich nur im eigenen Namen geltend gemacht werden, wenn ein ei-
genes rechtsschutzwürdiges Interesse des Klägers am Anspruch besteht (sog. "gewillkürte Pro-
zessstandschaft"). Bei einer Abtretung ist der Kläger hingegen Inhaber der Forderung, macht
also ein eigenes Recht in eigenem Namen geltend - auf ein rechtliches Interesse kommt es nicht
mehr an.

Das Gesetz enthält eine ganze Reihe von Vorschriften zum **Schutz des Schuldners** (§§ 404 ff.
BGB). Hintergrund ist, dass der Schuldner nicht unbedingt von der Abtretung wissen muss und
zudem grundsätzlich durch diese Handlung des Gläubigers nicht schlechter stehen soll.

a. Was setzt eine wirksame Abtretung voraus?

Eine Abtretung ist einfach zu prüfen:



1. Es muss ein **wirksamer Vertrag** im Sinne der §§ 145 ff. BGB zwischen dem alten Gläubiger (Zedent) und dem neuen Gläubiger (Zessionar) geschlossen werden. Dieser hat (nur) den Inhalt, dass der neue Gläubiger die bisherige Forderung (al-
lein) erhält und der alte Gläubiger seine Berechtigung daran aufgibt. Es gibt keine
Gegenleistung - diese ist Teil des Verpflichtungsgeschäfts.
2. Die zu übertragende Forderung muss **bestehen** und hinreichend **bestimmbar**
sein.
3. Der alte Gläubiger muss Inhaber der Forderung und zu ihrer Übertragung be-
fugt sein (**Berechtigung**).
4. Der Übertragung darf **kein Abtretungsverbot** entgegenstehen. Dabei ist zu un-
terscheiden zwischen
 - a) logischem Ausschluss, soweit die Abtretung eine **Inhaltsänderung** bedeu-
ten würde (§ 399, 1. Var. BGB)
 - b) **vertraglichen** Abtretungsverboten (§ 399, 2. Var. BGB)
 - c) **Unpfändbarkeit** der Forderung (§ 400 BGB iVm §§ 850 ff. ZPO)

In der Klausur sollten Sie die ersten drei Punkte zumindest kurz erwähnen; Abtretungsverbote
sollten Sie nur erörtern, soweit insoweit überhaupt ein Problem naheliegt.

aa. Inwieweit ist das erste Buch des BGB für die Abtretung anwendbar?

Der Abtretungsvertrag ist (wie die Einigung in § 929 S. 1 BGB) ein **Verfügungsvertrag** (§§ 145 ff.
BGB), für den die Regelungen des allgemeinen Teils gelten. Das bedeutet insbesondere:

- Es sind **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** erforderlich. Dies bedeutet vor allem,
dass beide Parteien geschäftsfähig sein müssen (§§ 104 ff. BGB) und eine Anfechtung (§ 142
BGB) möglich ist. Die Erklärungen sind empfangsbedürftig, müssen also nach § 130 BGB zu-
gehen; ausnahmsweise ist der Zugang der (zeitlich späteren) Annahme nach § 151 BGB ent-
behrlich.

- Die Abtretung darf **nicht sittenwidrig** (§ 138 Abs. 1 BGB) sein, da sie sonst automatisch nichtig ist. In diesen Zusammenhang gehören insbesondere die Übersicherung und die Knebelung im Kontext einer Globalzession.
- Die Abtretung bedarf **keiner Form**, ist also nicht etwa unwirksam nach § 125 S. 1 BGB, wenn die Form des Hauptgeschäfts nicht eingehalten wurde. Eine Ausnahme sieht das Gesetz nur für die Abtretung einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung vor (§ 1154 Abs. 1 BGB) - diese muss schriftlich (§ 126 BGB) erfolgen oder in das Grundbuch eingetragen werden.

Der Anspruch auf Übergabe und Übereignung eines Grundstücks kann trotz § 311b Abs. 1 S. 1 BGB mündlich abgetreten werden.



- Die Abtretung kann auflösend oder aufschiebend **bedingt** sein (§ 158 BGB). Dann verändert sich mit Eintritt der Bedingung die Person des Gläubigers: Entweder tritt bei der aufschiebenden Bedingung die Wirkung der Abtretung erst mit deren Eintritt ein (es tritt ein neuer Gläubiger in den Vertrag ein) oder bei der auflösenden Bedingung endet die Wirkung der Abtretung (der alte Gläubiger wird wieder Inhaber der Forderung). Zweckmäßig ist etwa eine dingliche Rückfallklausel bei der Sicherungsabtretung.

In bestimmten Fallgruppen ist anerkannt, dass nicht nur die Verpflichtung zur Übertragung von Forderungen, sondern auch die tatsächliche Übertragung der Gläubigerstellung unwirksam ist. Das bedeutet: Der bisherige Gläubiger hat seine Gläubigerstellung nicht verloren. Hat er später weitere Abtretungen vorgenommen, sind diese wirksam.

Im Regelfall geht es um die Kollision einer Globalzession (d.h. der Abtretung aller Forderungen, in der Regel als Sicherheit für einen Bankkredit) mit den Rechten von Lieferanten aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt, bei dem ebenfalls die Ansprüche gegen Kunden, die bislang unter Eigentumsvorbehalt stehende Sachen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erwerben, als Sicherheit abgetreten werden. Da die Globalzession im Regelfall vor dem Kauf unter verlängertem Eigentumsvorbehalt erfolgt, würde sich nach dem Prioritätsprinzip immer die Bank durchsetzen (sie war zuerst da). Die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB bewirkt dann, dass die zeitlich spätere Abtretung an den Lieferanten wirksam wird.



Konkret stehen zwei Fallgruppen im Vordergrund:

- Einerseits kann eine Globalzession eine Knebelung bewirken: Der Zedent kann nicht mehr frei über sein Vermögen verfügen - Lieferanten, denen er die Globalzession mitteilt, werden ihm keine Ware unter verlängertem Eigentumsvorbehalt liefern. Dies schränkt ihn in seiner **wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 GG, Art. 14 GG) in unzumutbarer Weise ein. Der denkbare Ausweg, die Globalzession zu verschweigen, würde einen Vertragsbruch gegenüber dem Warenlieferanten darstellen - dieser verzichtet nämlich auf die Sicherheit des Eigentumsvorbehalts nur unter der Bedingung, dass er als Ersatz den Anspruch gegen die Kunden seines Kunden erhält. Dieser Ersatz läuft aber wegen der Vorkaufabtretung ins Leere. Soweit daher der Zessionar bei der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts weiß oder wissen muss, dass die Forderungen eigentlich aufgrund vertraglicher Pflichten an jemand anderes abgetreten werden müssen, verleitet er den Zedenten in sittenwidriger Weise zum Vertragsbruch.



Die Bank kann diesen Konflikt vermeiden, indem sie im Rahmen der Globalzession eine dinglich wirkende **Teilverzichtsklausel** vorsieht. Diese besagt (und bewirkt), dass Forderungen, die unter einen verlängerten Eigentumsvorbehalt fallen, nicht von der Globalzession erfasst werden.

- Andererseits soll eine Abtretung zur Sicherung einer Verbindlichkeit sittenwidrig sein, wenn bei Abschluss des Abtretungsvertrages ein krasses Missverhältnis zwischen dem Wert der abgetretenen Forderung und der zu sichernden Verbindlichkeit besteht (**Übersicherung**). Hierfür gibt es leider keine konkrete Grenze, so dass eine Abwägung im Einzelfall erforderlich ist. Ein später entstehendes Missverhältnis hindert nicht die Wirksamkeit der Abtretung, sondern begründet nur einen schuldrechtlichen (Teil-)Freigabeanspruch. Dies ist der Fall, sobald der Schätzwert der abgetretenen Forderung 150 % des Werts der durch die Abtretung gesicherten Verbindlichkeit erreicht.

bb. Was bedeuten Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit?

Während bei Verpflichtungsverträgen durchaus eine Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB), eine Wahlschuld (§ 266 BGB) oder ein Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) vereinbart sein kann, bei welchen die konkrete Leistung erst nachträglich konkretisiert wird, muss bei einer Verfügung klar werden, wem welche Sache oder welches Recht ab welchem Zeitpunkt zusteht. Dies nennt man "**Bestimmtheitsgrundsatz**" bzw. "Spezialitätsgrundsatz".

Die Forderung muss im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht existieren, sie kann vielmehr auch vorweggenommen werden (**antizipierte Abtretung**). Das praktische Bedürfnis hierfür ist sehr hoch, da sich in vielen Unternehmen die Forderungen wechseln.

- Der einfachste Fall ist, dass eine ganz **genau bestimmte Forderung** übertragen werden soll.



V tritt seine Kaufpreisforderung für einen Laptop in Höhe von 500 € gegen K an X ab. Hier gibt es genau eine Forderung, welche die Kriterien erfüllt - die Forderung ist bestimmt.

- Sollen durch die Abtretung hingegen mehrere Forderungen übertragen werden (sog. "Globalzession") müssen diese Forderungen durch Kriterien eindeutig für einen beliebigen Dritten **bestimmbar** sein.

V tritt alle Forderungen gegen seine Kunden aus dem Kauf von Laptops zur Sicherung eines Bankkredits vorab an die Bank B ab. (ebenso kann er nach Anfangsbuchstaben, Beträgen oder Gegenständen bestimmbare Forderungen herausfiltern).



Keinesfalls möglich ist es, die Konkretisierung erst nachträglich vorzunehmen (siehe § 398 S. 2 BGB: Die Forderung geht **mit Vertragsschluss**, nicht mit Konkretisierung über). Damit kann sie auch nicht einem Dritten übertragen werden.

cc. Was ist bezüglich der Berechtigung zu problematisieren?

Grundsätzlich ist **nur der Inhaber einer Forderung** zu ihrer Abtretung befugt. Selbst dieser kann aber ausnahmsweise nicht Verfügungsbefugter sein, etwa wenn er insolvent ist (siehe § 81 Abs. 1 S. 1 InsO, § 22 Abs. 2 Nr. 2 InsO).

Der Inhaber der Forderung kann allerdings auch **einen Dritten zur Abtretung ermächtigen**. Dies kann vorab durch eine Zustimmung (§ 185 Abs. 1 BGB iVm § 183 BGB) oder nachträglich durch Genehmigung (§ 185 Abs. 2 BGB iVm § 184 BGB) erfolgen.

Existiert die Forderung nicht, geht die Abtretung grundsätzlich ins Leere. Hiervon macht § 405 BGB eine Ausnahme: Wurde zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger ein Scheingeschäft vereinbart, ist dieses nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig und es entstehen keine Ansprüche. Gegenüber einem **gutgläubigen** Dritten wird aber das Bestehen der Forderung fingiert, wenn hierüber eine Urkunde, d.h. eine vom Schuldner unterschriebene Erklärung in Schriftform (§ 126 BGB) ausgestellt wurde. Anders als in § 932 Abs. 2 BGB schadet bereits einfache Fahrlässigkeit, da auch Kennenmüssen im Sinne von § 122 Abs. 2 BGB den Vertrauensschutz ausschließt (§ 405 a.E. BGB).

Im Hinblick darauf, wer Gläubiger einer tatsächlich existierenden Forderung ist, gibt es in der Regel keinen Anknüpfungspunkt für einen **gutgläubigen Erwerb**. Etwas anderes gilt nur, soweit ein Wertpapier existiert - dann kann auf dieses Dokument vertraut werden. Allerdings kann der ursprüngliche Gläubiger gegenüber dem Schuldner (nicht gegenüber einem potentiellen Abtretungsempfänger!) durch Anzeige der Abtretung einen Vertrauenstatbestand setzen, aufgrund dessen der Schuldner an den vermeintlich neuen Gläubiger leisten darf (§ 409 BGB). Ebenso darf der Schuldner bis zur Anzeige der Abtretung davon ausgehen, dass sein Gläubiger sich nicht verändert hat (§ 407 BGB) bzw. dass eine ihm vom Gläubiger mitgeteilte Abtretung die erste wirksame Veränderung bewirkt (§ 408 BGB).

Aus der fehlenden Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs folgt zwanglos das sog. "**Prioritätsprinzip**": Sobald der Gläubiger seine Forderung abgetreten hat, steht diese nach § 398 S. 2 BGB ausschließlich dem Abtretungsempfänger zu. Der bisherige Gläubiger hat also nichts mehr, das er abtreten könnte. Die Doppelabtretung geht ins Leere, es gibt nichts, was ein weiterer Abtretungsempfänger erhalten könnte.

dd. Wann ist die Abtretung ausgeschlossen?

Nach § 400 BGB ist eine Forderung nicht abtretbar, soweit sie prozessual unpfändbar wäre. Damit bezieht sich das BGB auf die §§ 850 ff. ZPO. Deren Sinn ist es, dem Gläubiger ein Existenzminimum zu erhalten (und so ein Eingreifen der Sozialhilfe zu verhindern).

Nach § 399, 1. Var. BGB ist die Abtretung ausgeschlossen, wenn sich durch den Austausch des Gläubigers der Inhalt der Forderung ändern würde. Dies ist der Fall, wenn eine Erfüllung nur gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger zweckmäßig ist.



Der Anspruch auf eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) berechtigt ausschließlich den Ehegatten - er ist höchstpersönlich und lässt sich nicht auf Dritte (im Sinne eines "Swinger-Clubs") übertragen.

Der Anspruch auf Urlaub (§ 1 BUrlG) steht jedem Arbeitnehmer höchstpersönlich zu und dient dem Erhalt der Arbeitskraft - er ist höchstpersönlich und kann nicht auf Kollegen übertragen werden.

Ausgeschlossen sein soll die Abtretung auch dann, wenn dem Gläubiger ein besonderes Vertrauen entgegen gebracht wurde, das einem Dritten gegenüber nicht besteht.



Dem Käufer kann grds. egal sein, an wen er seinen Kaufpreis zahlen muss (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Vermieter (§ 535 BGB) muss sich aber darauf verlassen können, dass der Mieter die Mietsache nicht beschädigt oder zerstört. Eine Abtretung würde insoweit einen Leistungsinhalt bewirken.

Nach § 137 S. 1 BGB kann die (dingliche) Verfügungsbefugnis nicht durch Vertrag beschränkt werden. Hiervon macht § 399, 2. Var. BGB eine wichtige Ausnahme: Grundsätzlich kann die Befugnis zur Abtretung einer Forderung durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner **mit Wirkung gegenüber jedermann ausgeschlossen** werden. Die Vereinbarung bedarf keiner Form (kann also auch konkludent erfolgen) und ist sogar im Rahmen von AGB möglich. Trotz Bestehens eines Abtretungsverbotes kann die Abtretung in vier Fällen wirksam werden:

- Zunächst können Schuldner und Gläubiger das Abtretungsverbot jederzeit durch Vertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) und sogar **rückwirkend aufheben**. Damit werden alle früheren Abtretungen wirksam. Ein solcher Aufhebungsvertrag liegt insbesondere in einer vorherigen Einwilligung in die Abtretung oder einer nachträglichen Genehmigung des Geschäfts. Es geht also nicht etwa um eine einseitige Zustimmung nach § 185 BGB iVm § 182 ff. BGB, sondern schlicht um einen Änderungsvertrag, bei dem der Zugang der die Änderung annehmenden Willenserklärung des Gläubigers nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich ist.
- Eine weitere Ausnahme enthält § 405, 2. Var. BGB, wonach bei Existenz einer **Urkunde über die Schuld** das Abtretungsverbot sich aus dieser Urkunde ergeben muss. Ansonsten kann sich ein Dritter darauf verlassen, dass die Abtretung ohne Einschränkungen möglich ist.
- Schließlich sieht § 354a Abs. 1 S. 1 HGB eine wichtige Ausnahme für **beiderseitige Handelsgeschäfte** im Sinne von § 345 HGB, § 343 HGB vor: Insoweit kann die Abtretung einer Geldforderung nicht wirksam ausgeschlossen werden. Damit soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Abtretung durch einen Kaufmann geschützt werden.

In bestimmten Fällen ist ein **gutgläubiger Erwerb** trotz eines Abtretungsverbots möglich. Dies gilt insbesondere im Immobiliarsachenrecht: Dort handelt es sich bei einem Abtretungsverbot um eine Einwendung, die im Grundbuch eingetragen sein muss, um sie Dritten entgegenzuhalten (§ 891 BGB). Bei Briefgrundschulden bzw. -hypotheken kann sie ersatzweise auch auf dem Brief eingetragen werden, § 1157 BGB, § 1140 BGB. Bei Sicherungsgrundschulden ist nach § 1192 Abs. 1a BGB jedoch ein gutgläubiger Erwerb entgegen eines Abtretungsverbots ausgeschlossen.

b. Welche Rechtsfolgen hat eine wirksame Abtretung?

Eine Abtretung bewirkt zunächst, dass ab dem Zeitpunkt der Einigung der Abtretungsempfänger als Inhaber der Forderung gilt (§ 398 S. 2 BGB).

Damit gehen automatisch auch alle **akzessorischen Sicherungsrechte** über (§ 401 BGB). Das sind Bürgschaft (§ 765 BGB), Pfandrecht (§ 1250 BGB) und Hypothek (§ 1153 BGB).

Mit der Abtretung gehen analog § 401 BGB auch **andere, sichernde Nebenrechte** über - insbesondere die Vormerkung (§ 883 BGB), aber auch ein Anspruch auf Bestellung einer Bauhandwerkersicherung (§ 648 BGB). Es gehen darüber hinaus auch Hilfsrechte gegen den Schuldner (etwa Auskunft und Rechnungslegung oder Befugnis zur Genehmigung nach § 185 Abs. 2 BGB) auf den Gläubiger über.

Keine Anwendung findet § 401 BGB auf **nicht-akzessorische Sicherungsrechte** wie Grundschuld (§ 1192 BGB), Sicherungseigentum oder Vorbehaltseigentum. Das bedeutet: Tritt der Verkäufer seine durch eine Grundschuld gesicherte Kaufpreisforderung ab, behält er die Grundschuld; der Abtretungsempfänger erhält eine ungesicherte Kaufpreisforderung. Im Normalfall folgt aber aus dem schuldrechtlichen Vertrag, welcher der Abtretung zugrundeliegt, eine Pflicht auch zur Abtretung der nicht akzessorischen Sicherheiten.

Obwohl § 1192 Abs. 1a BGB für die Sicherungsgrundschuld eine gewisse Verknüpfung zwischen Forderung und Grundschuld gewährleistet (insbesondere einen Einwendungsdurchgriff ermöglicht), wird die Sicherungsgrundschuld dadurch nicht akzessorisch - sie muss separat von der gesicherten Forderung übertragen werden.



Die **Befugnis zur Ausübung von Gestaltungsrechten** geht nur über, soweit sie ausschließlich den übergegangenen Anspruch betreffen. Soweit sie hingegen das Schuldverhältnis im Übrigen verändern würden, verbleiben sie beim ursprünglichen Gläubiger. Daher kann der Abtretungsempfänger nicht zurücktreten, anfechten oder eine Versicherung kündigen. Auch ein Leistungsbestimmungsrecht (§§ 315 ff. BGB) geht nur mit Zustimmung des Schuldners über.

aa. Welche weiteren Ansprüche hat der Abtretungsempfänger?

Aufgrund der wirksamen Abtretung treffen den Abtretenden gewisse weitere Pflichten.

- Nach § 402 BGB muss er dem Abtretungsempfänger **Auskünfte erteilen und Urkunden übergeben** (die Pflicht zur Übereignung folgt im Zweifel aus § 242 BGB), die zur Durchsetzung bzw. Geltendmachung der Forderung erforderlich sind. Es geht also um den Beweis der Entstehung des Anspruchs und das Widerlegen etwaiger Einwendungen oder Einreden gegen den Anspruch. Irrelevant ist, zu welchem Zeitpunkt der Gläubiger die Kenntnis oder die Urkunden erlangt hat - er muss also auch Informationen weitergeben, die er erst nach erfolgter

Abtretung erlangt. Ein konkurrierender (und in der Klausur ebenfalls zu prüfender) Anspruch auf Übergabe von Wertpapieren ergibt sich aus § 985 BGB, soweit die Urkunde unter § 952 BGB fällt, weil das Eigentum am Wertpapier als Annex zur abgetretenen Forderung auf den Zessionar übergeht ("Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier"). Die Auskunftspflicht kann durch Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem ursprünglichen Gläubiger im Einzelfall beschränkt oder sogar ausgeschlossen werden. Bei einer Teilabtretung ist die Urkundeübergabe praktisch nicht möglich - dann genügt es, eine beglaubigte Abschrift zu übergeben.

- Mit § 403 S. 1 BGB erhält der neue Gläubiger die Gelegenheit, die Grundlage für den Vertrauensschutz zu seinen Gunsten nach § 410 Abs. 1 BGB durch **Ausstellung einer (beglaubigten) Urkunde** zu verlangen. Dies gilt sogar, wenn der alte Gläubiger dem Schuldner die Abtretung bereits angezeigt hat und damit ohnehin der Schutz nach § 410 Abs. 2 BGB eingreift. Erforderlich ist eine öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 129 BGB); diese wird ersetzt durch notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) bzw. durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen. Da die Beglaubigung dem neuen Gläubiger dient, muss dieser nach § 403 S. 2 BGB auch die Kosten tragen.

bb. Setzen § 402 BGB und § 403 BGB ein wirksames Grundgeschäft voraus?

Es ist umstritten, ob die Pflichten aus § 402 BGB (Auskunft und Urkundenauslieferung) und § 403 BGB (Erstellung einer Abtretungsurkunde) sich nur aus dem der Abtretung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft oder aber unmittelbar aus der Abtretung als Verfügung ergeben. Dies hat vor allem Auswirkungen, wenn die Abtretung wirksam ist, aber das zugrundeliegende Geschäft nichtig:

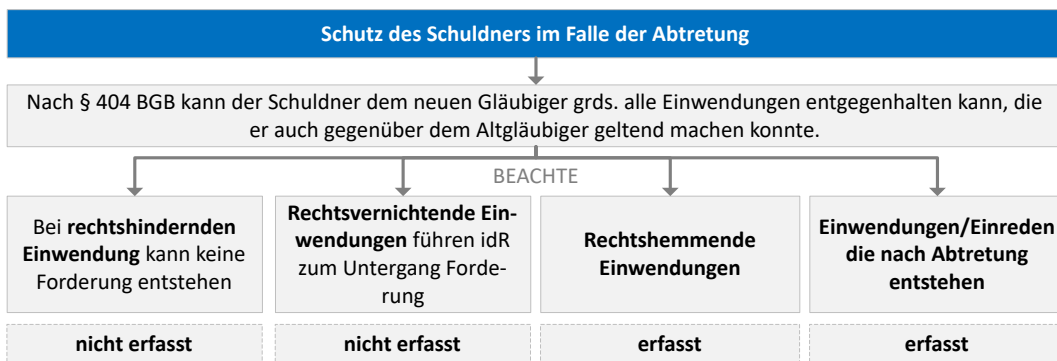


- **Überwiegend** wird angenommen, dass es sich dabei um Pflichten aus dem Verpflichtungsgeschäft handelt, die nur aus praktischen Gründen im Rahmen der §§ 398 ff. BGB geregelt wurden. Das hat die praktische Konsequenz, dass bei **Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts** zwar die Forderung übergeht (§ 398 S. 2 BGB), aber die Ansprüche nach § 402 BGB und § 403 BGB nicht entstehen.
- Die **Gegenansicht** verweist darauf, dass § 402 BGB auch beim gesetzlichen Forderungsübergang Anwendung findet (§ 412 BGB), bei dem es gerade kein auslegungsbedürftiges Kausalgeschäft gibt; zudem könne der Anspruch auf Rückabtretung aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB (etwa wegen Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes, § 814 BGB oder gesetzes- oder sittenwidrigem Verhalten des Leistenden, § 817 S. 2 BGB) ausgeschlossen sein, so dass es ein berechtigtes Interesse des neuen Gläubigers an den Hilfsansprüchen gebe: Ansonsten würde der Schuldner ohne Anlass von seiner Zahlungspflicht befreit, da der alte Gläubiger nicht mehr berechtigt, der neue Gläubiger aber unfähig zur Durchsetzung wäre. Daher seien § 402 BGB und § 403 BGB unmittelbare Folgen der Verfügung, die losgelöst von einem etwaigen Verpflichtungsgeschäft sind.

c. Wie wird der Schuldner bei der Abtretung geschützt?

Der bisherige Schuldner soll durch den Wechsel des Gläubigers grundsätzlich **keine Nachteile** erleiden. Eine zentrale Regelung ist dabei § 404 BGB. Dieser stellt sicher, dass der **Schuldner dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegenhalten kann, die er auch gegenüber dem Altgläubiger geltend machen konnte**. Dabei ist zu unterscheiden:

- Eine **rechtshindernde Einwendung** (etwa fehlende Geschäftsfähigkeit, § 105 BGB oder Verstoß gegen Formvorschriften, § 125 S. 1 BGB) steht allerdings bereits dem Entstehen der Forderung entgegen - dann konnte kein Anspruch auf den neuen Gläubiger übergehen und es kommt nicht auf § 404 BGB an.
- **Rechtsvernichtende Einwendungen** (etwa der Untergang wegen nachträglicher Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB, Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB oder Aufrechnung nach § 389 BGB) führen in der Regel ebenfalls zum Untergang Forderung, so dass wiederum unabhängig von § 404 BGB gar nichts abgetreten werden konnte.
- Im Wesentlichen geht es daher um **rechtshemmende Einwendungen** (d.h. "Einreden" im materiellrechtlichen Sinne, etwa Verjährung, § 241 BGB oder Zurückbehaltungsrechte nach § 273 BGB bzw. die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. § 320 Abs. 1 BGB).
- Daneben umfasst § 404 BGB aber auch **Einwendungen bzw. Einreden, die erst nach Abtretung eintreten**, aber bereits vor der Abtretung dem Grunde nach angelegt waren. Dies ist wichtig etwa bei Geltendmachung von Gestaltungsrechten durch den Schuldner. Soweit gegenüber dem alten Gläubiger ein Rücktrittsgrund (§§ 323 ff. BGB), ein Anfechtungsgrund (§§ 119 ff. BGB) oder ein Widerrufsrecht (§§ 312 ff. BGB) bestand, kann er dies auch gegenüber dem Abtretungsempfänger geltend machen und so die Forderung vernichten. Ebenso wird etwa eine bereits abgelaufene Verjährungsfrist auch dem neuen Gläubiger gegenüber angerechnet - so dass der Schuldner auch ihm gegenüber erstmalig die Einrede des § 214 BGB erheben kann.



aa. Welche Wirkungen hat die Leistung an den Altgläubiger?

Mit der Abtretung verliert der bisherige Gläubiger die Gläubigereigenschaft. Leistet der Schuldner ihm gegenüber, hat dies nach § 362 Abs. 1 BGB daher **keine Erfüllungswirkung**. Eigentlich wäre eine Ermächtigung nach § 362 Abs. 2 BGB iVm § 185 Abs. 1 BGB erforderlich, damit der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird. Für den Fall, dass diese nicht vorliegt, müsste er also noch einmal leisten und könnte seine Leistung nur nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB vom Altgläubiger zurückverlangen. Ihn träfe das Risiko, dass der bisherige Gläubiger zwischenzeitlich insolvent wird und dieser Anspruch ins Leere geht. Eine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB wäre hingegen in der Regel wegen der Kenntnis des alten Gläubigers von der Abtretung nach § 819 Abs. 1 BGB iVm § 818 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.

Der **gutgläubige Schuldner** ist daher **schutzbedürftig**. Diesen Schutz bewirkt § 407 Abs. 1 BGB: Danach kann der Schuldner an den bisherigen Gläubiger leisten, solange er nichts von der Abtretung weiß. Dabei genügt bereits **Kenntnis der die Abtretung begründenden Umstände**, die rechtliche Würdigung muss er nicht nachvollzogen haben. Kennenmüssen ist aber irrelevant. Objektiv nachvollziehbare Zweifel an der Abtretung oder Kenntnis von der Rückgängigmachung führen dazu, dass sich der Schuldner wieder auf § 407 BGB berufen kann. Soweit der bisherige Gläubiger den Schuldner von der Abtretung in Kenntnis setzt, hat dieser in jedem Fall die

erforderliche Kenntnis. Eine Information durch den neuen Gläubiger genügt nur, soweit dieser als absolut vertrauenswürdig gilt. Sobald der Schuldner die geschuldete Handlung (etwa Übergabe der verkauften Ware an die Post) vorgenommen hat, schadet später erlangte Kenntnis nicht. Die Kenntniserlangung vor Erfolgseintritt (etwa Übergabe der Ware durch den Postboten) ist unerheblich. Die Kenntnis von Hilfspersonen, die zur Vertretung bei der Erfüllung befugt oder sonst mit der Erfüllung befasst waren, wird dem Schuldner analog § 166 BGB zugerechnet. Kenntnis wird zudem bejaht, wenn der Schuldner die Kenntniserlangung unmöglich macht oder ein Mitarbeiter schuldhaft die Abtretungsanzeige nicht weiterleitet.

Wenn der Schuldner an den alten Gläubiger zahlt, hat der neue Gläubiger gegen diesen einen **Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB**: Der alte Gläubiger ist nicht (mehr) Berechtigter, die Leistung ist aber wegen § 407 Abs. 1 BGB zu Lasten des wahren (neuen) Gläubigers wirksam. Konkurrierend bestehen Ansprüche aus dem der Abtretung zugrundeliegenden Kausalgeschäft.

Da § 407 BGB den Schuldner schützen soll, kann dieser auf die **Erfüllungswirkung** verzichten. Dann darf er die Leistung vom alten Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückfordern; gegenüber dem neuen Gläubiger ist er nicht freigeworden und muss ihm gegenüber leisten.

bb. Was gilt für Rechtsgeschäfte mit dem alten Gläubiger?

Nach § 407 Abs. 1, 2. Var. BGB muss sich der neue Gläubiger auch "jedes Rechtsgeschäft" entgegenhalten lassen, das nach der Abtretung zwischen Schuldner und altem Gläubiger vorgenommen wird. Wie bei § 407 Abs. 1, 1. Var. BGB setzt dies allerdings voraus, dass der Schuldner bei Vornahme des Rechtsgeschäfts keine Kenntnis von der Abtretung hat.



Rechtsgeschäfte im Sinne des § 407 Abs. 1, 2. Var. BGB sind der Erlass (§ 397 BGB), die Stundung, der Abschluss eines Vergleichs (§ 779 BGB) oder eines Änderungs- bzw. Aufhebungsvertrags (§ 311 Abs. 1 BGB) sowie eine Aufrechnung (§ 387 BGB iVm § 389 BGB).

Nicht erfasst sind Rechtsgeschäfte oder geschäftsähnliche Handlungen, die den Schuldner schlechter stellen würden.



Eine Mahnung (§ 286 BGB) oder eine Fristsetzung (§ 281 BGB) des alten Gläubigers löst daher keine Rechtsfolgen zugunsten des neuen Gläubigers aus.

cc. Welche Auswirkungen hat die Abtretung im Prozessrecht?

- Nach § 265 ZPO und § 325 ZPO führt eine **Abtretung nach Rechtshängigkeit** nicht dazu, dass die Parteien ausgetauscht werden oder die Klage unzulässig wird. Vielmehr bleibt der alte Gläubiger im Prozess weiterhin prozessführungsbefugt. Er muss jedoch beantragen, dass die Leistung an den neuen Gläubiger erfolgt; diese Klageumstellung ist nach § 263 ZPO sogar gegen den Willen der anderen Partei zulässig. Dies gilt sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Schuldners.
- Für den Fall eines Rechtsstreits, dessen **Rechtshängigkeit nach Abtretung** eintritt, bestimmt § 407 Abs. 2 BGB, dass ein Urteil zu Lasten des bisherigen Gläubigers auch den neuen Gläubiger bindet. Dies gilt aber (anders als § 325 ZPO) nur zugunsten, nicht aber zu Lasten des Schuldners. Zudem schadet Bösgläubigkeit des Schuldners bei Eintritt der Rechtshängigkeit,

also in dem Moment, in dem ihm die Klage zugeht. Der Wortlaut des § 407 Abs. 2 BGB ist aber irreführend: Die Anhängigkeit (Eingang der Klage bei Gericht) spielt keine Rolle, da es allein um die Abgrenzung zu § 325 ZPO geht.

Wenn der Schuldner sich trotz Kenntnis im Prozess nicht auf die nunmehr fehlende Befugnis des alten Gläubigers beruft, kann er mit diesem Einwand **präkludiert** werden (neues Vorbringen ist wegen Verspätung ausgeschlossen und wird nicht mehr berücksichtigt), diesen also bei Rechtskraft eines gegen ihn gerichteten Urteils nicht mehr im Vollstreckungsverfahren im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage geltend machen (§ 767 Abs. 2 ZPO). Er muss dann aufgrund des Urteils an den alten Gläubiger leisten, kann diese Leistung aber dem neuen Gläubiger nicht nach § 407 Abs. 1 BGB entgegenhalten, da er zwischenzeitlich Kenntnis hat. In der Praxis bietet es sich an, dem neuen Gläubiger den Streit zu verkünden (§ 72 ZPO) und dann ggf. einen Prätendentenstreit nach § 75 ZPO durchzuführen.



- Bei Abtretung **nach Rechtskraft** kann im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 Abs. 1 ZPO) eine Erfüllung gegenüber dem alten Gläubiger auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden (§ 407 Abs. 1 BGB - nicht etwa § 407 Abs. 2 BGB!). Der neue Gläubiger kann sich nach § 727 ZPO (ggf. iVm § 325 ZPO) den Titel auf seinen Namen umschreiben lassen.

Der neue Gläubiger ist an das Urteil nur in dem Umfang gebunden, in dem dieses Rechtskraft gegenüber dem bisherigen Gläubiger entfaltet. Der Umfang der Rechtskraft ergibt sich aus § 322 ZPO und umfasst nur die Urteilsgründe und den Tenor zur Hauptsache ("*Die Klage wird abgewiesen*" oder "*A muss an B 10.000 € zahlen.*").

Wichtig ist dies vor allem, wenn nur ein Teilbetrag eingeklagt wurde - dann ist auch nur für diesen § 407 Abs. 2 BGB anwendbar.



Die Bindungswirkung erstreckt sich aber auch auf das "kontradiktorische Gegenteil".

Wenn ein Anspruch entweder A oder B zustehen kann und A gegen B einen Titel auf Einwilligung in eine Auszahlung erlangt, steht fest, dass B keinen Anspruch hat. Wenn B seinen Anspruch abtritt, erlangt der Zessionar nichts.



Keine Bindungswirkung besteht hingegen in Bezug auf Vorfragen und nicht entschiedene Umstände.

dd. Was gilt für die Aufrechnung nach Abtretung?

Eine Aufrechnung setzt nach § 387 BGB gegenseitige Forderungen voraus - d.h. der Schuldner muss einen Anspruch gegen den Gläubiger haben (sog. "Gegenforderung"). Durch die Abtretung wechselt aber der Gläubiger. Das hätte also zur Folge, dass die **Aufrechnungslage entfällt** - der Schuldner müsste die Hauptforderung an den neuen Gläubiger erfüllen und wäre darauf verwiesen, seinerseits gegen den alten Gläubiger wegen der ihm zustehenden Gegenforderung vorzugehen.

- Wurde die Aufrechnung **bereits vor der Abtretung erklärt** (§ 388 BGB), tritt **kein Problem** auf: Mit der Erklärung ist nach § 389 BGB die Hauptforderung gegen den Schuldner erloschen. Damit besteht schon keine Forderung mehr, welche der Gläubiger abtreten könnte.
- Solange der Schuldner noch **nichts von der Abtretung weiß**, kann er gegenüber dem alten Gläubiger aufrechnen - die Aufrechnung ist ein Rechtsgeschäft, das auch gegenüber dem neuen Gläubiger wirkt (§ 407 Abs. 1, 2. Var. BGB).
- Sobald der Schuldner **Kenntnis von der Abtretung** hat, muss er nach § 406 1. Var. BGB die Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger erklären. Diese Regelung durchbricht die Relativität der Schuldverhältnisse: Bestand bereits bei der Abtretung eine Aufrechnungslage (also zwei gegenseitige Forderungen iSv § 387 BGB) und fehlte es nur an der Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB), so kann diese nach § 406, 1. HS BGB auch gegenüber dem neuen Gläubiger nachgeholt werden.

Aufrechnung vor Abtretung	Aufrechnung nach Abtretung ohne Kenntnis	Aufrechnung nach Abtretung mit Kenntnis
normale Aufrechnung	Aufrechnung ggü. altem Gläubiger möglich - Wirkung ggü. dem neuen Gläubiger, § 407 BGB	Aufrechnung nur Erklärung ggü. dem neuen Gläubiger, § 406 Var. 1 BGB



Da die Aufrechnung auf den Zeitpunkt des erstmaligen Bestehens einer Aufrechnungslage zurückwirkt (§ 389 BGB), geht die Abtretung eigentlich ins Leere - die abgetretene Forderung gilt als nicht entstanden. Das Besondere ist, dass hier die Aufrechnung gegenüber einer anderen Person als dem Schuldner der Gegenforderung erfolgen muss, nämlich dem neuen Gläubiger.

Einen besonders weitgehenden Schutz des Schuldners bewirkt § 406, 2. HS BGB: Eine Aufrechnung ist sogar möglich, wenn im Zeitpunkt der Abtretung noch **keine Aufrechnungslage gegenüber dem alten Gläubiger** bestand, aber der Schuldner später gegenüber dem alten Gläubiger aufrechnen könnte.

Dies unterliegt aber zwei Einschränkungen:

- Zunächst darf der Schuldner **im Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung keine Kenntnis von der Abtretung haben**. Dies entspricht dem Gedanken des § 407 Abs. 1 BGB, wobei es nicht auf die Erklärung der Aufrechnung, sondern auf den Erwerb der Forderung ankommt. Dies erweitert den Schutz des Schuldners.
- Darüber hinaus schadet es dem Schuldner, wenn die ihm gegen den Altgläubiger zustehende Gegenforderung erst **nach der gegen ihn gerichteten Hauptforderung fällig wurde** und dieser Zeitpunkt erst **nach Kenntniserlangung von der Abtretung** liegt. In diesem Fall hätte der Altgläubiger selbst, wenn keine Abtretung erfolgt wäre, zum Zeitpunkt der Übertragung vom Schuldner Erfüllung der Hauptforderung verlangen können. Mangels Fälligkeit wäre nämlich eine Aufrechnung zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen (vgl. § 387 BGB: Eine Aufrechnung ist möglich, "*sobald er die ihm gebührende Leistung fordern*" kann). Diese einmal entstandene Erfüllungsmöglichkeit will das Gesetz aufrechterhalten und den Erwerber der Forderung schützen.

Möglich ist die Aufrechnung damit nur, wenn die Gegenforderung des Schuldners gegen den alten Gläubiger entweder

- bei Kenntniserlangung von der Abrechnung bereits fällig war oder aber
- vor oder gleichzeitig mit der Hauptforderung fällig geworden ist.

d. Was gilt bei Anzeige der Abtretung bzw. Abtretungsurkunden?

Soweit der bisherige Gläubiger den Schuldner informiert, dass er die Forderung abgetreten hat, ist der Schuldner schutzwürdig, soweit er an den ihm benannten neuen Gläubiger leistet (§ 409 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Mehrwert der Regelung besteht darin, dass der alte Gläubiger die Benennung des neuen Gläubigers selbst dann gegen sich gelten lassen muss, wenn die Abtretung unwirksam war oder sogar gar keine Abtretung an den benannten Gläubiger erfolgt ist. Wie die Kundgebung einer Vollmacht (§ 171 BGB) handelt es sich dabei nicht um eine Willenserklärung, sondern um eine bloße Wissenserklärung. Dennoch soll sie Geschäftsfähigkeit voraussetzen (§ 105 BGB) und anfechtbar sein (§ 125 S. 1 BGB).

Die Anzeige muss nicht unmittelbar durch den bisherigen Gläubiger gegenüber dem Schuldner erfolgen. Es genügt, dass der Schuldner eine **Abtretungsurkunde** ausstellt. Dies entspricht dem Verhältnis der Vollmachtsurkunde zur Kundgebung (§ 172 BGB).

Bei Rücknahme der Anzeige gibt es aber anders als bei Vollmachtsurkunde bzw. Kundgebung der Vollmacht (§ 173 BGB) **keine Einschränkung auf gutgläubige Schuldner**. Vielmehr muss zunächst der neue Gläubiger zustimmen (§ 409 Abs. 2 BGB). Bis zur Zustimmung kann der Schuldner die Erfüllung gegenüber dem alten Gläubiger (analog § 273 BGB) verweigern. Er muss sich also nicht auf das Wort des früheren Gläubigers verlassen.

Folge von § 409 Abs. 1 BGB ist, dass die Leistung gegenüber dem vermeintlichen neuen Gläubiger Wirkung gegenüber dem wirklichen Gläubiger entfaltet; dieser muss sich also behandeln lassen, **als sei die Forderung ihm gegenüber erfüllt worden**. Die Rückabwicklung muss wie bei § 407 BGB oder § 408 BGB nach § 816 Abs. 2 BGB im Innenverhältnis zwischen den Gläubigern erfolgen.

Die Verknüpfung zum Schuldnerschutz stellt § 410 Abs. 1 BGB her: Danach darf der Schuldner die Erbringung der **Leistung gegenüber einem neuen Gläubiger verweigern**, bis ihm dieser eine vom Altgläubiger ausgestellte Abtretungsurkunde vorlegt. Etwas anderes gilt nur, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat (§ 410 Abs. 2 BGB) - dann ist das Beweisinteresse des Schuldners befriedigt.

Ergänzend sieht § 410 Abs. 1 S. 2 BGB vor, dass **Mahnungen oder Kündigungen des neuen Gläubigers** unverzüglich zurückgewiesen werden dürfen, bis eine Abtretungsurkunde vorgelegt wurde. Auch hierdurch soll Rechtssicherheit für den Schuldner geschaffen werden.

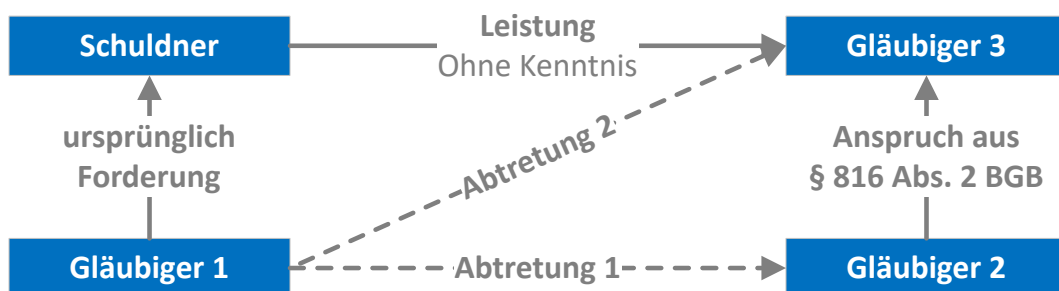
e. Was gilt bei mehrfacher Abtretung (§ 408 BGB)?

Während § 407 BGB und § 406 BGB den Schuldner vor einer Verschlechterung seiner Situation durch den Austausch des bisherigen Gläubigers gegen eine ihm unbekanntes dritte Person schützen, ergänzt § 408 BGB diesen Schutz für die Konstellation, dass eine Forderung erneut (dann aber mangels Berechtigung unwirksam) **an eine weitere Person abgetreten wurde**.

In diesen Fällen ist der erste Abtretungsempfänger wirksam neuer Gläubiger geworden, **der zweite Abtretungsempfänger hat hingegen keine Ansprüche gegen den Schuldner erworben**. Es gilt das Prioritätsprinzip (*prior tempore potior iure*).

Leistete der Schuldner also an den zweiten Abtretungsempfänger, handelte er ohne Rechtsgrund; er würde nicht nach § 362 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit und könnte das Geleistete nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückverlangen. Dabei trüge er das Risiko einer Insolvenz des zweiten Abtretungsempfängers sowie (bei dessen Gutgläubigkeit) einer Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB.

Dieses Ergebnis ist jedoch unbefriedigend. Daher ordnet § 408 Abs. 1 BGB die **Anwendung des § 407 BGB** auch auf das Verhältnis zwischen erstem und zweitem Abtretungsempfänger an. Das bedeutet: Eine Zahlung an den zweiten Abtretungsempfänger befreit bei fehlender Kenntnis von der ersten Abtretung den Schuldner, der Ausgleich muss nach § 816 Abs. 2 BGB im Verhältnis der beiden Abtretungsempfänger untereinander erfolgen.



§ 408 Abs. 2 BGB stellt den **gesetzlichen Forderungsübergang** (§ 412 BGB) sowie die **Pfändung und Überweisung** nach den Vorschriften der ZPO der späteren Abtretung gleich. Auch in diesem Fall kann der Schuldner an den zweiten Gläubiger zahlen, solange er keine Kenntnis von der vorherigen Abtretung hat.

C. Inwieweit sind "Dritte" an einem Schuldverhältnis beteiligt?

Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Person, die **weder Gläubiger noch Schuldner** ist, im Zusammenhang mit einem fremdem Schuldverhältnis berechtigt und verpflichtet werden. "Dritter" im Sinne des Gesetzes ist dabei freilich nicht der Erfüllungsgehilfe einer Partei. Vielmehr darf die betreffende Person nicht bloß als Hilfsperson von Gläubiger oder Schuldner auftreten. Im Einzelnen geht es um folgende Gestaltungen:

- Der **Vertrag zugunsten Dritter** verpflichtet (§ 328 Abs. 1 BGB) oder berechtigt (§ 328 Abs. 2 BGB) den Schuldner gegenüber einem Dritten zu erfüllen. Dieser ist aber nicht Gläubiger, so dass er das Schuldverhältnis nicht umgestalten kann (etwa indem er den Rücktritt nach § 349 BGB erklärt).
- Ein **Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte** knüpft an ein vorgefundenes Schuldverhältnis (etwa einen Vertrag, ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von § 677 BGB) an. Der Dritte wird dabei selbst Gläubiger von Rücksichtnahmepflichten und kann Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB verlangen; eine Leistung im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB kann er jedoch nicht fordern.
- Die **Sachwalterhaftung** wird in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB angesprochen. Dabei geht es um die Frage, inwieweit eine Person, die nicht selbst Vertragspartei werden soll, ihrerseits selbst für die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten einstehen muss. Damit sind etwa Vertreter, Verhandlungsgehilfen, aber auch herangezogene externe Makler, Gutachter und Sachverständige angesprochen, die auf einen Vertrag, an dem sie nicht beteiligt sind, erheblichen Einfluss ausüben.

I. Was ist ein Vertrag zugunsten Dritter?

Es ist mit dem Bild einer selbstständig handelnden, eigenverantwortlichen Person (Art. 2 Abs. 1 GG) unvereinbar, dass dieser gegen ihren Willen **Rechte oder Pflichten aufgedrängt** werden. Daher kann bei Vertragsschluss nicht vereinbart werden, dass ein Dritter gegen seinen Willen die vereinbarte Leistung erbringen muss; Verträge zu Lasten Dritter sind ausgeschlossen.

Auch Verträge zugunsten Dritter sind nicht uneingeschränkt möglich. Dass einer Person nichts aufgezwungen werden kann, zeigt sich insbesondere daran, dass die Schenkung (§ 516 BGB) und der Erlass einer Schuld (§ 397 BGB) jeweils als Verträge ausgestaltet sind. Dennoch erlaubt es das BGB, dass ein Gläubiger mit einem Schuldner vereinbart, dass die Leistung nicht an ihn, sondern an einen Dritten erfolgen soll (§ 328 BGB). Allerdings darf der Dritte die Annahme dieser Leistung **zurückweisen** (§ 333 BGB). Man unterscheidet dabei **zwei Gestaltungen**:

- Gesetzlicher Normalfall ist der "**echte Vertrag zugunsten Dritter**". Bei diesem will der Gläubiger, dass der Dritte ein einklagbares Recht gegen den Schuldner erlangt. Der Dritte kann also in eigenem Namen gerichtlich verlangen, dass ihm gegenüber die Leistung erbracht (also ein Gegenstand übereignet, eine Handlung vorgenommen, etc.) wird.
- Dies ist aber nicht zwingend, nach § 328 Abs. 2 BGB ist es auch möglich, dass der Schuldner zwar an den Dritten (mit Erfüllungswirkung nach § 362 Abs. 1 BGB) leisten darf - aber weiterhin nur der Gläubiger zur Durchsetzung des Anspruchs befugt ist. Insoweit spricht man von einem "**unechten Vertrag zugunsten Dritter**".

Die Unterscheidung richtet sich nach § 328 Abs. 2 BGB nach dem Vertrag, hilfsweise ist sie *aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags*, zu entnehmen. Dies stellt freilich nur klar, dass insoweit eine **Auslegung** nach § 133 BGB, § 157 BGB erforderlich ist.

1. Wie entsteht ein Vertrag zugunsten Dritter?

Ein Vertrag zugunsten Dritter ist ein **normaler Vertrag zwischen einem Gläubiger (dem "Versprechensempfänger") und einem Schuldner (dem "Versprechenden")**, für den die Vorschriften des **BGB AT**, aber auch diejenigen des Schuldrechts gelten.

So kann etwa ein Kaufvertrag zugunsten Dritter (§ 433 BGB iVm § 328 BGB) oder ein Mietvertrag zugunsten Dritter (§ 535 BGB iVm § 328 BGB) geschlossen werden, bei welchem eine Partei verlangt, dass die Miete bzw. der Kaufpreis nicht an sie, sondern einen Dritten gezahlt wird oder umgekehrt die Übergabe und Übereignung bzw. die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten erfolgen soll.



Der Vertrag zugunsten Dritter entsteht i.d.R. **ohne Mitwirkung** oder auch nur Zustimmung des begünstigten Dritten. Dadurch unterscheidet er sich von der Stellvertretung (§ 164 BGB), bei welcher der Vertretene zwar ebenfalls berechtigt wird, aber der Vertreter gerade Vertretungsmacht benötigt. Darüber hinaus kann nur die Stellvertretung zu einer Verpflichtung des nicht beteiligten Vertretenen führen (notfalls über eine Genehmigung nach § 177 BGB); beim Vertrag zugunsten Dritter können nur Rechte des Dritten entstehen.

Nach § 1 BGB sind Menschen mit Vollendung ihrer Geburt rechtsfähig; eine Ausnahme besteht nach § 1923 Abs. 2 BGB für den nasciturus (das gezeugte, aber noch ungeborene Kind) für den

Erbfall. Der Vertrag zugunsten Dritter **setzt jedoch nicht voraus, dass der Dritte rechtsfähig ist** (vgl. § 331 Abs. 2 BGB). Er muss noch nicht einmal existent sein - auch ein bei Vertragsschluss noch nicht einmal gezeugtes Kind kann also begünstigt werden. Der Grund hierfür ist jedenfalls für den unechten Vertrag zugunsten Dritter offensichtlich: Da der Dritte ohnehin kein einklagbares Recht hat, muss er konsequent auch nicht rechtsfähig sein.



Bis zur Entstehung eines rechtsfähigen Dritten kann die Verbindlichkeit in der Regel nicht erfüllt werden; es tritt aber mangels Vertretenmüssens (§ 286 Abs. 4 BGB) auch kein Verzug ein. Es handelt sich um einen Fall vorübergehender Unmöglichkeit, der jedoch nicht nach § 275 Abs. 1 BGB behandelt wird. Diese Problematik werden wir uns später noch näher ansehen müssen.

Kein Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn der Dritte nur als **Zahlstelle** oder sonstige Hilfsperson für den Gläubiger agiert, etwa die Bank im Überweisungsverkehr.

2. Welche Sonderfälle regeln § 329 BGB, § 330 BGB und § 331 BGB?

Da die Frage, inwieweit der Dritte ein eigenes Leistungsrecht haben soll, nicht immer eindeutig zu bestimmen ist, enthält das BGB für vier im Jahr 1900 praktisch wichtige Fälle Auslegungsregeln:

- In § 329 BGB ist die sog. "**Erfüllungsübernahme**" erläutert. Hier vereinbart der Gläubiger mit dem Schuldner, dass dieser eine Verbindlichkeit des Gläubigers gegenüber einem Dritten (also dem Gläubiger des Gläubigers) erfüllt. Wenn der Gläubiger des Gläubigers ein eigenes Recht erwerben soll, handelt es sich um eine Schuldübernahme nach § 415 BGB (welcher der Gläubiger des Gläubigers zustimmen muss) oder einen Schuldbeitritt (mit der Folge, dass der Gläubiger des Gläubigers vom Schuldner und vom Gläubiger gesamtschuldnerisch die Leistung verlangen kann). Nach § 329 BGB wird **vermutet, dass keine Schuldübernahme und kein Schuldbeitritt erfolgen soll**.
- Der in § 330 S. 1 BGB angesprochene "**Leibrentenvertrag**" (§§ 759 ff. BGB) begründet die Pflicht des Schuldners, einen bestimmten regelmäßigen Betrag zu zahlen. Soll nun diese Zahlung an einen Dritten (also nicht den Vertragspartner des Leibrentenvertrages) erfolgen, wird dieser im Zweifel auch zur Geltendmachung ermächtigt. Dahinter steht der Gedanke, dass eine Leibrente den Begünstigten versorgen soll - dazu muss dieser aber auch berechtigt sein, den Anspruch einzuklagen. Für Lebensversicherungsverträge stellt dies § 159 VVG noch einmal ausdrücklich klar.
- Nach § 330 S. 2 BGB wird bei einer **Schenkung unter Auflage** (§ 525 BGB) vermutet, dass eine drittbegünstigende Auflage auch vom Dritten geltend gemacht werden kann.
- Schließlich regelt § 331 BGB den praktisch besonders wichtigen Fall eines **Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall**. Bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter läge hier das Recht zur Durchsetzung der Leistungspflicht bei den Erben. Da der Gläubiger eines solchen Vertrages in diesem Zeitpunkt seinen Willen aber nicht mehr äußern kann, soll seine vor dem Tod getroffene Entscheidung ab diesem Zeitpunkt verbindlich werden - es liegt also ab dem Todeszeitpunkt ein echter Vertrag zugunsten Dritter vor.

a. Wie verhält sich § 331 BGB zum Erbrecht?

Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) steht in einem **Spannungsverhältnis zu den erbrechtlichen Regelungen** zu Testament und Erbvertrag. Dies zeigt schon § 332 BGB,

wonach die Bestimmung eines anderen Dritten "im Zweifel" in einer Verfügung von Todes wegen (also in einem Testament oder Erbvertrag) möglich ist. In der Praxis wird meist folgende Vorgehensweise gewählt:

1. Der Gläubiger (Versprechensempfänger) schließt **den Vertrag im Sinne von § 328 BGB, § 331 BGB** mit dem Versprechenden und gibt **gleichzeitig** einen Antrag (§ 145 BGB) auf **Abschluss eines Schenkungsvertrages** (§ 516 BGB) mit dem Dritten ab (beachte § 130 Abs. 2 BGB), wobei er auf den Zugang der Annahme gegenüber seinen Erben verzichtet (§ 151 BGB). Dabei soll der Schuldner (Versprechender) als Bote des Gläubigers (Versprechensempfängers) gegenüber dem Dritten handeln.
2. Der Versprechende **übermittelt nach dem Tod des Gläubigers diesen Antrag** (als Bote) an den Dritten, den dieser trotz des Todes annehmen kann (§ 153 BGB). Einziges Risiko ist, dass die Erben den Antrag nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen, bevor er dem Dritten zugeht. Der Widerruf durch die Erben kann durch den Erblasser nicht ausgeschlossen werden.
3. Dieser Schenkungsvertrag müsste zwar nach § 518 Abs. 1 BGB notariell beurkundet werden und scheint daher **formnichtig** (§ 125 BGB). Er wird jedoch durch Zuwendung des *Anspruchs* (nicht erst der versprochenen Leistung!) gegen den Versprechenden sofort vollzogen und dadurch geheilt (§ 518 Abs. 2 BGB).

b. Welche Probleme bestehen hinsichtlich der Form?

Beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall liegt daher als **Valutageschäft** (zwischen Versprechensempfänger und Dritten) im Regelfall eine Schenkung (§ 516 BGB) vor. Für eine **Schenkung auf den Todesfall** finden jedoch nach § 2301 Abs. 1 BGB die Vorschriften über Testamente und Erbverträge Anwendung, soweit das Geschäft unter der Bedingung steht, dass der Beschenkte den Schenker überlebt (sog. "Überlebensbedingung"). Eine solche "Überlebensbedingung" ist bei einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall in der Regel gegeben.

Ein Testament bedarf aber mindestens einer **eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Erklärung** (§ 2247 Abs. 1 BGB), ein Erbvertrag muss sogar **notariell unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien beurkundet** werden (§ 2276 Abs. 1 BGB). Eine Heilung kann nach dem § 518 Abs. 2 BGB vorgehenden § 2301 BGB nur erfolgen, wenn **der Schenker zu Lebzeiten die Schenkung vollzieht**. Das ist beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall aber gerade nicht der Fall, so dass die meisten Verträge auf den Todesfall deshalb formunwirksam und nach § 125 S. 1 BGB nichtig wären.

Ein noch bedenklicherer, wenngleich in der Klausurpraxis bislang seltener, Konflikt besteht zu § 2271 Abs. 2 BGB und § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB: Danach sind gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge unter bestimmten Umständen bindend - was jedoch Verfügungen unter Lebenden grundsätzlich nicht verhindert. Damit kann durch einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall der Schutz des Erbrechts unterlaufen werden (es bleibt dann allenfalls ein Bereicherungsanspruch nach § 2287 BGB).



c. Wie verhält sich § 2301 BGB zu § 331 BGB?

Es ist umstritten, wie die Konkurrenz von § 2301 BGB und § 331 BGB zu lösen ist.



Die **Rechtsprechung** nimmt einen Vorrang von § 331 BGB an. Die Norm wäre ansonsten praktisch kaum relevant, da die Form des § 2301 BGB in den meisten Fällen den Willen des Versprechensempfängers hinfällig machen würde.

Ein Teil der **Literatur** lehnt dies hingegen ab. Es gäbe keinen Anlass, den Versprechenden oder den Dritten zu schützen. Nähme man an, dass die Verfügung wirksam ist, würde dies Nachlassgläubiger und Pflichtteilsberechtigte benachteiligen. Die Formvorschriften des Erbrechts würden ausgehöhlt - ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall ließe sich mündlich und sogar konkludent abschließen. Letztlich würde man das Erbrecht überhaupt nicht anwenden. Soweit eine Überlebensbedingung vereinbart ist, sei es zur Aufrechterhaltung der Bedeutung des Erbrechts geboten, auch die erbrechtlichen Formvorschriften einzuhalten. Die für den wirksamen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall erforderliche planmäßige Ausübung von § 130 Abs. 2 BGB und § 153 BGB widerspreche dem klaren Willen des Gesetzgebers und sei nach § 2301 BGB ausgeschlossen. Demnach bedürfe auch das Valutageschäft der Form des § 2301 BGB.

Eine **vermittelnde Ansicht** will nur den Zeitpunkt der Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB hinausschieben: Diese trete erst mit Erfüllung des Anspruchs durch den Versprechenden, nicht bereits mit Entstehen der Berechtigung des Dritten ein. Dadurch werde der ansonsten drohende unsinnige Wettlauf zwischen den Erben (die nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen wollen) und dem Begünstigten (dem der Schenkungsantrag zugehen muss) vermieden, dessen Ergebnis sonst vom Zufall abhängt. Zudem könne man den Dritten im Verhältnis zu den Erben wie einen Vermächtnisnehmer behandeln.

d. Fall: Schenkung auf den Todesfall

Der im Sterben liegende E ruft seine Bank B an und bittet diese, nach seinem Tod (keinesfalls aber vorher, da E fürchtet, pflegebedürftig zu werden und nicht dem Sozialstaat auf der Tasche liegen möchte) sein Bankguthaben seiner Geliebten G zu schenken. Die Bank B stimmt zu und erklärt sich bereit, die G darüber zu informieren. Bevor E oder B dies der G mitteilen können, verstirbt E. Vereinbarungsgemäß fragt B nach dem Tod des E, ob G die Schenkung annehme. Als diese zusagt, zahlt B ihr das Guthaben in Höhe von 10.000 € aus.

Die Tochter T des E, die dessen Alleinerbin ist, ist empört. Sie verlangt von G Zahlung der von B erhaltenen 10.000 €. Zu Recht?

Lösungsvorschlag

Ein Anspruch der T gegen G auf Zahlung von 10.000 € könnte sich aus § 812 Abs. 1, 1. Var. BGB iVm § 1922 BGB (als Erbin des E) ergeben.

I. Etwas erlangt

G müsste etwas erlangt haben. Hier hat die B ihr 10.000 € ausgezahlt, mithin hat sie einen Geldbetrag erlangt.

II. Durch Leistung

Dies müsste durch Leistung geschehen sein. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Die Person des Leistenden wird aus Sicht des Empfängers bestimmt. Hier sollte die Zahlung nicht aus dem Vermögen der Bank B erfolgen, sondern aus dem Guthaben des E. Dies war G durch die Übermittlung des Antrags auf Abschluss der Schenkung auch erkennbar. E wollte das Vermögen der G durch die Schenkung vergrößern. Es liegt also eine Leistung des E vor.

III. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung könnte jedoch aufgrund eines Schenkungsvertrags, d.h. mit Rechtsgrund, erfolgt sein.

1. Einigung zwischen E und G

Eine Schenkung ist ein Vertrag, der durch Annahme eines Antrags zustandekommt (§ 151 BGB).

E selbst hat mit G jedoch nie über die Schenkung gesprochen. Sein Antrag könnte von der Bank B als Erklärungsbotin übermittelt worden sein. Hier hatte die B keinen Entscheidungsspielraum, sondern sollte nur eine ihr für einen Dritten (G) mitgegebene Erklärung weiterreichen. Dies ist auch tatsächlich erfolgt. Der Umstand, dass E vor Zugang der Erklärung bei E verstorben ist, steht der Wirksamkeit des über B weitergegebenen Antrags nicht entgegen (§ 130 Abs. 2 BGB). T hätte bis zum Zugang des Antrags gegenüber G nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen können, dies ist jedoch (schon mangels Kenntnis der T von der Weisung) nicht geschehen. Ebenso wenig hat T den Auftrag gegenüber der Bank B widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB)

Δ

Hinweis: Wenn der Verstorbene die Übermittlung bewusst auf den Zeitpunkt nach seinem Tod verlegt, kann man hierin einen Missbrauch sehen und § 130 Abs. 2 BGB nicht anwenden (das ist freilich nicht die überwiegende Auffassung!). Hier kommt es aber ausdrücklich nicht darauf an.

G müsste die Schenkung auch angenommen haben. Allein der Umstand, dass E vor der Erklärung der Annahme verstorben ist, schließt diese Möglichkeit nicht aus (§ 153 BGB). Allerdings sind alle Rechte und Pflichten des E mit dessen Tod auf die Erben übergegangen (§ 1922 BGB), so dass die Erklärung eigentlich gegenüber seiner Alleinerbin T und nicht gegenüber B hätte erfolgen müssen. B handelte mangels ersichtlicher Vertretungsmacht nicht als Empfangsvertreter für T, so dass die Erklärung ihr gegenüber nicht genügt. Bei einer Schenkung ist jedoch der Zugang der Annahme nach der Verkehrssitte entbehrlich (§ 151 S. 1 BGB) - der Schenker hat kein schutzwürdiges Interesse daran, von der Annahme zu erfahren, soweit die Leistung durch einen Dritten bewirkt werden soll. Dies gilt insbesondere für die konkrete Konstellation, in welcher der Schenker im Sterben liegt und damit nicht sicher sein kann, überhaupt zur Entgegennahme dieser Erklärung zur Verfügung zu stehen. Daher genügt die Erklärung der Annahme, ohne dass diese dem Verpflichteten zugehen müsste.

Damit liegen zwei in Bezug aufeinander abgegebene, übereinstimmende Willenserklärungen vor. Die erforderliche Einigung zwischen E und G besteht daher.

2. Formerfordernis

Allerdings könnte die Einigung zwischen E und G nach § 125 S. 1 BGB nichtig sein, soweit eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde.

a. Formbedürftigkeit nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 518 Abs. 1 BGB bedarf eine Schenkung der notariellen Beurkundung. Hier erfolgten die relevanten Erklärungen jedoch allesamt mündlich, so dass die Form nicht eingehalten wurde.

Nach § 518 Abs. 2 BGB wird jedoch der Formmangel (ex nunc) geheilt, sobald die versprochene Leistung bewirkt wird. Hier hat B der G das Bankguthaben ausgezahlt. Damit ist der Formmangel nach § 518 Abs. 1 BGB geheilt.

b. Formbedürftigkeit nach § 2301 BGB

Möglicherweise ist jedoch über § 518 Abs. 1 BGB hinaus auch § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar. Danach muss ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall die Form einer letztwilligen Verfügung einhalten. Zwar sieht auch § 2301 Abs. 2 BGB (wie § 518 Abs. 2 BGB) eine Heilungsmöglichkeit vor. Jedoch muss "der Schenker" hierzu die Schenkung "durch Leistung des zugewendeten Gegenstands" vollziehen. Würde man dies wie in § 518 Abs. 2 BGB verstehen, liefe der Schutz der Regelung leer. Daher verlangt § 2301 Abs. 2 BGB, dass der Schenker die Leistung bereits zu Lebzeiten vollzieht. Die Form des § 2301 Abs. 1 BGB wäre also nicht eingehalten, so dass der als Rechtsgrund in Betracht kommende Schenkungsvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig wäre.

Allerdings sieht § 331 BGB ausdrücklich die Möglichkeit vor, Verträge zugunsten Dritter zu schließen, bei denen der Dritte erst mit dem Tod einen Anspruch erhalten soll. Hier hat E durch die Weisung gegenüber seiner Bank ein Forderungsrecht der G schaffen wollen, das durch den Tod bedingt war - mithin die Voraussetzungen des § 331 BGB erfüllt. Diese Regelung würde aber praktisch bedeutungslos, wenn man stets § 2301 BGB anwenden müsste. Zudem wird jedenfalls der Pflichtteilsanspruch durch § 2325 BGB bzw. § 2326 BGB auch gegenüber einer solchen nachteiligen Schenkung abgesichert. Schließlich ist bei einer Pflicht einer anderen Person als des Erblassers, an den Begünstigten zu leisten, das Vermögen auch nur mittelbar geschmälert. Davor soll das Erbrecht nicht schützen.

Andererseits ist die faktische Wirkung der konkreten Vereinbarung weitgehend identisch zu einem Vermächtnis, das gerade der Einhaltung des Erbrechts bedarf. Zudem hängt die Wirksamkeit der Einigung nur davon ab, dass der Erbe sich rechtzeitig meldet. Das ist im Regelfall schon mangels Kenntnis nicht der Fall - aber es erscheint seltsam, die Möglichkeit zur wirksamen Schenkung auf den Todesfall von Zufälligkeiten abhängig zu machen.

Im Ergebnis ist dem zuerst genannten Verständnis zu folgen. Das deutsche Zivilrecht ist in besonderem Maße vom Gedanken der Privatautonomie geprägt, die sogar in Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsrang hat. Zusammen mit der ebenfalls grundrechtlich garantierten Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) gewährleistet sie, dass die Wirksamkeit von Verträgen vom Tod nicht berührt wird. Im Zweifel ist daher der Wirksamkeit der Vorzug zu geben und die geringeren Formanforderungen zu verlangen.

Daher ist § 2301 Abs. 1 BGB hier nicht anwendbar. Strengere Formvorgaben bestehen hier also nicht. Zwischen G und E lag daher ein wirksamer Schenkungsvertrag vor.

Ergebnis

Daher lag ein Rechtsgrund für die Zahlung an G vor.

E kann von G nicht Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB verlangen.

3. Wie grenze ich echten und unechten Vertrag zugunsten Dritter ab?

Bei der Frage, ob der Dritte ein eigenes Leistungsrecht erhalten soll, ist der **Wille der Vertragschließenden**, nicht jedoch der Wille des Dritten maßgeblich. Auch die Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem Dritten darf nach § 157 BGB nur berücksichtigt werden, soweit sie dem Schuldner **bekannt oder zumindest für ihn erkennbar** war. Zur Abgrenzung des echten und des unechten Vertrages zugunsten Dritter sollten Sie, wenn eine Vereinbarung fehlt, wie folgt vorgehen:

1. Zunächst sollten Sie prüfen, ob der Fall in § 329 BGB, § 330 BGB oder § 331 BGB ausdrücklich erfasst ist oder zumindest einer dieser **Fallgruppen** ähnelt. Eine weitere, etwas verborgene Norm ist § 421 HGB, wonach ein Frachtvertrag ein echter Vertrag zugunsten des Empfängers (als Dritten) ist. Ist dies der Fall, folgen Sie der dortigen Auslegungsregel.
2. In einem zweiten Schritt bietet es sich an, zu fragen, ob es nur um eine **Verkürzung der Leistungswege** geht oder der Vertrag ausschließlich oder zumindest vorrangig der **Versorgung des Dritten** ("Fürsorgeverträge") geht. Allgemeiner kann man fragen, ob der Gläubiger irgendein Interesse daran haben kann, dem Dritten eine unabhängige Rechtsposition zu verschaffen, um ihn besser zu stellen oder weil er selbst mit dem Vertrag nichts mehr zu tun haben will.

K schließt mit V einen Kaufvertrag über einen Fernseher (§ 433 BGB). Da V das Modell nicht vorrätig hat, schließt er mit dem Großhändler G einen Kaufvertrag (§ 433 BGB), in dessen Rahmen er vereinbart, dass die Lieferung des Fernsehers unmittelbar an K erfolgen soll. K soll nicht G auf Lieferung verklagen können; es geht nur um die Verkürzung der Lieferwege. Also liegt ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vor.

Demgegenüber ist der Behandlungsvertrag einer Krankenkasse mit einem Krankenhaus (§ 630a BGB) ein echter Vertrag zugunsten des Versicherungsnehmers; ebenso der Vertrag eines Reiseveranstalters (§ 651a BGB) mit einer Fluggesellschaft über den Transport des Reisenden (§ 631 BGB).



3. Ist auch diese Frage nicht eindeutig zu beantworten sollten Sie auf weitere Indizien zurückgreifen. Dazu zählen die **Teilnahme des Dritten an den Vertragsverhandlungen** oder der **Abschluss in dessen Namen ohne Vertretungsmacht** als Hinweis auf einen echten Vertrag zugunsten Dritter. Gegen eine Berechtigung spricht, wenn der Dritte **nicht konkret benannt** wird, sondern anhand bestimmter Kriterien nachträglich ermittelt werden soll.
4. Gelangen Sie hier zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist das Forderungsrecht des Dritten **im Zweifel zu verneinen**.

4. Welche Rechtsbeziehungen bestehen bei §§ 328 ff. BGB?

Man unterscheidet beim Vertrag zugunsten Dritter drei Rechtsverhältnisse:

- Zwischen dem Gläubiger ("Versprechensempfänger") und dem Schuldner ("Versprechender") besteht das sog. "**Deckungsverhältnis**". Der Schuldner erhält also vom Gläubiger eine "Deckung" (einen Rechtsgrund) für seine Leistung an den Dritten.



Kaufvertrag (§ 433 BGB), Mietvertrag (§ 535 BGB), Darlehensvertrag (§ 488 BGB), etc.

- Zwischen dem Gläubiger ("Versprechensempfänger") und dem Dritten ("Begünstigten") besteht das sog. "**Valutaverhältnis**". Dieses beantwortet die Frage, warum der Gläubiger die Leistung nicht an sich selbst, sondern an den Dritten wünscht.



Schenkung (§ 516 BGB), Erfüllung einer Unterhaltspflicht (§ 1601 BGB), aber auch: Gegenleistung aus Vertrag (z.B. Erfüllung einer Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB durch Lieferung eines Dritten)

- Schließlich entsteht zwischen dem Schuldner ("Versprechender") und dem Dritten ("Begünstigten") eine Abwicklungsbeziehung (sog. "**Zuwendungsverhältnis**"). Dieses ist jedenfalls kein Vertrag (da der Dritte nur mit dem Gläubiger in einer solchen Beziehung steht). Allerdings begründet es in jedem Fall Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) für beide Beteiligte und beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) auch einen Leistungsanspruch (§ 241 Abs. 1 BGB) des Dritten gegen den Schuldner.

a. Wie ist die Rechtsposition des Versprechenden (Schuldners) ausgestaltet?

Der Schuldner (Versprechende) muss gegenüber dem Dritten die Leistung erbringen. Mangels einer Rechtsbeziehung zu diesem kann er aber alle **Einwendungen und Einreden** geltend machen, die ihm gegen seinen Vertragspartner im Deckungsverhältnis, dem Gläubiger, zustehen (§ 334 BGB - diese ähnelt insoweit § 404 BGB für die Abtretung).



Der Schuldner kann sich auf Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) berufen, ebenso aber auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers bei Vertragsschluss (§ 105 Abs. 1 BGB) oder die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB). Der Schuldner kann sich zudem gegenüber dem Dritten auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen, solange sein Gläubiger die geschuldete Gegenleistung noch nicht angeboten hat.

Anders als im Rahmen des Abtretungsrechts (§ 406 BGB) ist jedoch eine **Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Dritten** mit einer Forderung, die ihm gegenüber dem Gläubiger zusteht, nicht möglich: Es fehlt an der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB). Auch auf Mängel in der Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Gläubiger (dem Valutaverhältnis) kann sich der Schuldner nicht berufen. Dies folgt aus der Relativität der Schuldverhältnisse.

Soweit die Abnahme der Leistung (etwa beim Kaufvertrag, § 433 Abs. 2 BGB) als einklagbare Leistungspflicht ausgestaltet ist, stellt die Nichtabnahme eine **Pflichtverletzung des Gläubigers, nicht aber des Dritten** dar - denn nach § 328 BGB darf dieser nur begünstigt, nicht aber verpflichtet werden. In Bezug auf die Abnahmepflicht ist der Dritte Erfüllungsgehilfe des Gläubi-

gers, so dass sein Verschulden dem Gläubiger (Versprechensempfänger) nach § 278 BGB zugerechnet werden kann.

Ansonsten besteht zwischen dem Versprechenden (Schuldner) und dem Dritten ein Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, aus welchem auch **Rücksichtnahmepflichten** (§ 241 Abs. 2 BGB) des Dritten resultieren. Bei deren Verletzung haftet auch der Dritte persönlich auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1 BGB).

b. Wie ist die Rechtsposition des Versprechensempfängers (Gläubigers) ausgestaltet?

Der Versprechensempfänger ist unmittelbarer Vertragspartner des Versprechenden. Daher können ihn eigene **Pflichten aus dem Schuldverhältnis** treffen, etwa die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) bei einem Kaufvertrag zugunsten Dritter. Verletzt er diese Pflichten, kann der Versprechende gegen ihn (nicht gegen den Dritten) Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB geltend machen. Der Versprechende kann aber auch vom Vertrag zurücktreten nach §§ 323 ff. BGB mit der Folge, dass auch der Dritte zur Rückgewähr nach § 346 BGB verpflichtet ist.

Der Versprechensempfänger (Gläubiger) ist grundsätzlich berechtigt, auf **Leistung an den Dritten** zu klagen. Dies gilt im Zweifel sogar beim echten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem der Dritte eigentlich auch selbst seine Rechte geltend machen könnte (§ 335 BGB). Der Gläubiger kann jedoch nicht Leistung an sich selbst verlangen; selbst dann nicht, wenn der Anspruch auf die Leistung durch einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) oder Aufwendungsersatz (§ 284 BGB) ersetzt wurde. Auch diese **Sekundäransprüche stehen dem Dritten zu**.

Der Versprechensempfänger kann jedoch **Schadensersatz neben der Leistung** (und zwar an sich selbst) verlangen. Dies gilt etwa dann, wenn er wegen verspäteter Leistung (§ 280 Abs. 2 BGB iVm § 286 Abs. 1 BGB) des Versprechenden (Schuldners) seinerseits vom Dritten in die Haftung genommen wird.

Die **Entscheidung, ob** der Rücktritt erklärt wird (§ 349 BGB) oder Schadensersatz statt der Leistung gefordert wird (§ 281 Abs. 4 BGB), steht grundsätzlich dem Gläubiger (Versprechensempfänger) und **nicht dem Dritten** zu. Etwas anderes kann jedoch auch vereinbart werden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Versprechensempfänger nicht befugt sein soll, das Recht des Dritten aufzuheben, dieser also endgültig Inhaber des Rechts werden soll. Dann bedürfen Rücktritt und Schadensersatzverlangen der Zustimmung des Dritten.

c. Wie ist die Rechtsposition des Dritten ausgestaltet?

Der Schuldner (Versprechender) **darf gegenüber dem Dritten erfüllen**; der Dritte hat aber nur beim echten Vertrag zugunsten Dritter einen einklagbaren Anspruch. Dieser Anspruch wird grundsätzlich sofort nach Vertragsschluss **fällig** (§ 271 BGB), jedoch kann auch ein späterer Zeitpunkt vereinbart sein. Dies ist nach § 331 BGB etwa beim **Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall** anders - dort soll der Anspruch erst mit dem Tod entstehen.

Der Dritte darf die ihm vom Versprechenden **angebotene Leistung zurückweisen** (§ 333 BGB). Wenn er die Leistung zurückweist, richtet sich die **Folge für den Versprechenden** nach dem Deckungsverhältnis, also der Beziehung zwischen dem Versprechenden (Schuldner) und dem Versprechensempfänger (Gläubiger). Aber auch im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Gläubiger (Versprechensempfänger) kann die Ablehnung Folgen haben, etwa wenn das Valutaverhältnis ein Kaufvertrag war: Dann führt die Ablehnung der Durchlieferung durch den Dritten dazu, dass dieser im Annahmeverzug (§ 294 BGB) sowie im Schuldnerverzug (§ 286 Abs. 1 BGB iVm § 433 Abs. 2 BGB) gegenüber seinem Gläubiger ist.

Die Rechtsposition des Dritten ist vom Verhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger **abhängig** (§ 334 BGB). Diese können den Vertrag (und damit seine Berechtigung) grundsätzlich später ändern oder aufheben. Auch insoweit ist aber eine abweichende Vereinbarung möglich. So kann die **Änderung oder Aufhebung** an eine Zustimmung des Dritten gebunden werden oder ihm alleine zugewiesen werden. Eine ausdrückliche Einschränkung enthält § 331 Abs. 2 BGB: Danach kann ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, durch den ein noch nicht geborener Dritter begünstigt wird, von den Erben nur widerrufen werden, wenn dies im Vertrag so vorgesehen war.

Grundsätzlich richtet sich die Frage, ob eine Leistung "wie geschuldet" (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. "vertragsgemäß" (§ 323 Abs. 1 BGB) ist, nach der Vereinbarung zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger. Diese können den Vertragsinhalt ändern. Der Dritte muss die Leistung hingegen grundsätzlich so hinnehmen, wie sie vereinbart wurde. Entspricht die Leistung diesen Anforderungen nicht, ist zu differenzieren:

- In jedem Fall hat der Dritte in einem echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) bei mangelhafter Leistung Anspruch auf **Nachlieferung** oder **Nachbesserung** (z.B. nach § 439 BGB, § 635 BGB, § 535 Abs. 1 S. 2 BGB), denn er soll ja gerade einen Anspruch auf die (vertragsgemäße) Leistung haben.
- Der Dritte kann vom Versprechenden (Schuldner) **Schadensersatz neben der Leistung** (§ 280 Abs. 1 BGB) wegen Verletzung von Schutzpflichten, Leistungspflichten oder Verzögerung (§ 280 Abs. 2 BGB) verlangen. Dies gilt sogar beim unechten Vertrag zugunsten Dritter.
- **Schadensersatz statt der Leistung** (§ 280 Abs. 3 BGB), kann er nur beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB verlangen, da er nur dann ein eigenes Forderungsrecht hat. Zudem ist der Schadensersatz in diesem Fall stets nach der Surrogationsmethode zu berechnen, da der Dritte keine Gegenleistung erbringen muss (und das Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nicht umgestalten kann). Das bedeutet: Der Versprechende muss Schadensersatz statt der Leistung an den Dritten nur Zug-um-Zug gegen Erbringung der vom Versprechensempfänger vereinbarten Gegenleistung erbringen.
- Umstritten ist schließlich, ob der Dritte vom Vertrag zurücktreten kann.



Weil der Dritte den zugrundeliegenden Vertrag nicht geschlossen hat, darf er ihn grundsätzlich nicht ohne den Versprechensempfänger ändern - ansonsten läge ein der Rechtsordnung unbekannter "Vertrag zulasten Dritter" vor. Selbstverständlich kann insoweit aber etwas anderes vereinbart werden. Sollte dem Dritten ein unentziehbares Recht eingeräumt werden, bedarf der Rücktritt seiner Zustimmung.

Teilweise wird dem aber entgegengehalten, dass derjenige, der einen echten Vertrag zugunsten Dritter abschließt, gerade dem Dritten die vollständige Entscheidungsbefugnis bezüglich der Leistung einräumen will. Das Rücktrittsrecht sei untrennbar mit dem Anspruch auf die Leistung verbunden. Wer also die Leistung fordern könne, müsse auch zurücktreten können. Eine etwaige Gegenleistung sei dann aber natürlich an den Versprechensempfänger zurückzugewähren.

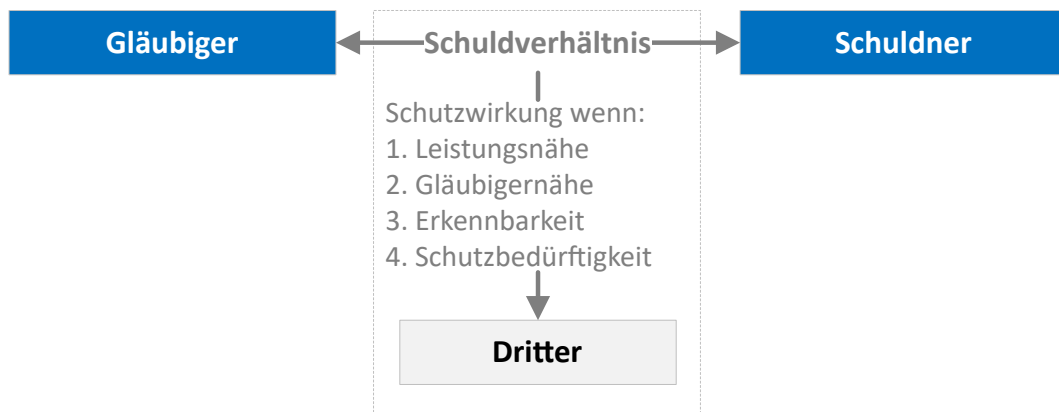
II. Was ist ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?

Die §§ 328 ff. BGB regeln nur die Frage, unter welchen Umständen ein Dritter ein Leistungsrecht (§ 241 Abs. 1 BGB) erwerben kann. Der Umstand, dass gegenüber einem Dritten auch

Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) entstehen können, ergibt sich zwar aus § 311 Abs. 3 BGB, der jedoch **keine Voraussetzungen dafür nennt**. Diese müssen Sie daher auswendig lernen.

Da die Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB im Regelfall über die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten aus §§ 823 ff. BGB hinausgehen, hat der potentiell Verpflichtete ein Interesse daran, den Kreis der Begünstigten **überschaubar zu halten**. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt für solche Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung für Dritte ist umstritten, ohne dass dies freilich Auswirkungen auf die Falllösung hätte. Die Rechtsprechung leitet den Anspruch des Dritten bei einem Vertrag aus einer ergänzenden Vertragsauslegung bzw. aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) her. Die Literatur zieht teilweise § 338 ff. BGB analog heran oder beruft sich auf Gewohnheitsrecht.

Ansatzpunkt für einen solchen Schutz Dritter kann **jedes Schuldverhältnis** sein, insbesondere auch ein vorvertragliches (§ 311 Abs. 2 BGB) oder ein gesetzliches (§ 677 BGB, § 823 BGB, § 812 BGB, § 985 BGB, etc.).



1. Welche Voraussetzungen hat ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte?

Ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat fünf (ungeschriebene) Voraussetzungen:

1. Es muss ein **Schuldverhältnis** zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner bestehen. Dieses kann auf einem Vertrag (§ 311 Abs. 1 BGB), auf einem vertragsähnlichem Verhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB) oder auf Gesetz (z.B. § 179 BGB, § 985 BGB, § 823 BGB) beruhen.
2. Der Dritte muss mit der Leistung oder zumindest mit den konkreten Gefährdungen der Verhandlungssituation (im Rahmen von § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) bestimmungsgemäß in gleichem Maße wie der Gläubiger in Berührung kommen ("**Leistungsnähe**" bzw. "**Einwirkungsnähe**").
3. Der Gläubiger muss ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutz des Schuldverhältnisses haben ("**Gläubignähe**").
4. Der Dritte darf keinen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Gläubiger, den Schuldner oder einen Dritten aufgrund der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) haben ("**Schutzbedürftigkeit**"). Erforderlich ist, dass



der Anspruch das gleiche Interesse befriedigt. Wirtschaftliche Gleichwertigkeit ist nicht zwingend erforderlich.

5. Die Einbeziehung muss für den Schuldner der Rücksichtnahmepflicht bei Anwendung eines objektiven Empfängermaßstabs (§ 157 BGB) **erkennbar** gewesen sein ("Erkennbarkeit").

a. Was gilt für die Leistungs-/Einbeziehungsnahe?

Durch das Erfordernis der Leistungsnahe bzw. Einbeziehungsnahe sollen Personen ausgeschlossen werden, die nur gelegentlich oder zufällig mit der Leistung oder den Gefahren der Verhandlungssituation in Berührung kommen. Bei ihnen besteht nicht die gleiche Gefährdungslage wie für den Gläubiger.



- Beim Einkaufen im Supermarkt kommen begleitende Kinder (aber auch Freunde, die beim Einkaufen beraten sollen) mit den Gefahren des Geschäfts genauso in Berührung wie ihre Eltern. Welche dieser Personen auf einem Salatblatt ausrutscht, ist rein vom Zufall abhängig - alle weisen die erforderliche Einbeziehungsnahe auf.
- Wenn K bei V einen fehlerhaft konstruierten Gasherd erwirbt, der in der Küche des K explodiert und den von K beschäftigten Koch B verletzt, kann der Koch B unmittelbar von V nach den Regeln des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte Schadensersatz verlangen.
- Bei der Miete einer Wohnung kommen die Kinder des Mieters genauso mit den Gefahren der Wohnung in Berührung wie derjenige, der den Vertrag unterzeichnet hat. Gäste, die nur einmalig zu Besuch sind, kommen zwar ebenfalls mit den Gefahren in Kontakt - ihr Risiko ist aber deutlich geringer.

b. Was bedeutet Gläubignähe?

Während die Leistungsnahe (bzw. Einwirkungsnahe) sich auf das Verhältnis zwischen dem Dritten und der Risikosphäre des Schuldners bezieht, betrifft die Gläubignähe sein Verhältnis zum Gläubiger.

1. Unstreitig erfasst sind Fälle, in denen der Gläubiger für das **Wohl und Wehe** des Dritten eintreten muss. In diesen Fällen trifft die Schädigung mittelbar auch den Gläubiger. Weil diese Fallgruppe unstreitig ist, sollten Sie sie in der Klausur stets erwähnen und prüfen (aber ggf. verneinen).



Dies ist namentlich der Fall in familiären Beziehungen (Eltern zu Kindern, § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB, Ehegatten oder Lebenspartner untereinander). Aber auch im Arbeitsverhältnis soll der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht für seine Arbeitnehmer haben (§ 618 BGB).

2. Weitergehend wird die Gläubignähe bejaht, wenn die geschuldete Leistung **im Interesse des Dritten erbracht wird oder sogar an ihn fließt**. Wenn der Gläubiger einbeziehen will, muss sich bei vertraglichen Schuldverhältnissen aus der Auslegung des Vertrages (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergeben. Maßgeblich ist dabei insbesondere, dass die Leistung vom Gläubiger gegenüber Dritten verwendet wird und dem Dritten als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen dienen soll (namentlich bei Auskünften und Gutachten). Diese Fälle stehen der Drittschadensliquidation sehr nahe - denn der Dritte ist in der Regel der einzige, der einen Schaden erleidet. Diese Erweiterung ist umstritten - insbesondere, wenn der Gläubiger andere Interessen verfolgt als der Schuldner (siehe folgende Seite).

Dies ist etwa der Fall bei Gutachten, die im Auftrag und auf Kosten eines Versicherungsnehmers vor Abschluss einer Versicherung oder bei Prospekten zur Verwendung gegenüber Kapitalanlegern erstellt werden.



c. Was bedeutet Erkennbarkeit?

Um dem Schuldner eine angemessene Risikoprognose zu ermöglichen, wird verlangt, dass dieser sowohl die Leistungs- bzw. Einwirkungsnähe des Dritten als auch dessen Gläubignähe (also das Einbeziehungsinteresse) erkennen konnte. Damit erhält er Gelegenheit, eine höhere Gegenleistung zu vereinbaren, das Risiko zu versichern oder sogar die Vertragsanbahnung abbrechen bzw. dem Dritten den Zugang zu verweigern.

Erkennbarkeit bedeutet umgekehrt aber nur, dass der Schuldner den Kreis der geschützten Personen grob abgrenzen kann. Er muss nicht die Namen und noch nicht einmal die genaue Anzahl der Betroffenen kennen.

Maßgeblich ist ein objektivierter Maßstab (§ 157 BGB, § 276 Abs. 2 BGB). Der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, besonders naiv oder dumm gewesen zu sein.

d. Was bedeutet "Schutzbedürftigkeit"?

Der geschädigte Dritte wird in vielen Fällen eigene deliktische Ansprüche haben.

Wer auf einem Salatblatt im Supermarkt ausrutscht und sich ein Bein bricht, kann von demjenigen, der es dort liegen gelassen hat, Schadensersatz aus § 823 BGB verlangen; war es ein Angestellter des Supermarktbetreibers, haftet der Betreiber nach § 831 BGB.



Diese Ansprüche schließen Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zugunsten Dritter jedoch nicht aus. **Entscheidend** hierfür ist, dass nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine **andere Beweislastverteilung** gilt. Zudem kann der Maßstab für das Vertretenmüssen im Einzelfall strenger sein als nach §§ 823 ff. BGB (vgl. § 276 Abs. 1 BGB).

Grundsätzlich **gleichwertig** sind aber **vertragliche Schadensersatzansprüche**, auch wenn sie gegen eine andere Person als den Schuldner des fremden Schuldverhältnisses gerichtet sind - und zwar im Regelfall gegen den Gläubiger, dessen Einbeziehungsinteresse gerade für die Begründung des Schuldverhältnisses maßgeblich ist. Auf die wirtschaftliche Vollwertigkeit kommt es nicht an - die Schutzwürdigkeit fehlt auch, wenn der Direktanspruch wegen Insolvenz nicht durchsetzbar ist.



V vermietet an M eine Wohnung. M vermietet diese Wohnung mit Zustimmung des V an X weiter. X wird aufgrund eines Stolperns wegen schon bei Vertragsabschluss defekter Treppenhausbeleuchtung verletzt. Dann hat X einen Anspruch gegen M aus § 536a Abs. 1 BGB. Er kann aber nicht gegen V vorgehen (auch wenn Gläubigernähe durch die vertragliche Pflicht zu bejahen wäre).

Die Rechtsprechung bejaht aber einen Anspruch aus einem Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wenn der vertragliche Anspruch vor Schadenseintritt vertraglich ausgeschlossen wurde. Dies ist inkonsequent - denn in diesem Fall darf der Dritte auch nicht auf einen Schadensersatz hoffen; es würde sich um einen Vertrag zugunsten Dritter (nämlich hier des potentiell haftenden Schuldners aus dem fremden Schuldverhältnis) handeln.

2. Welche Folgen hat ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte?

Das Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte ist eine eigene Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Schuldner. Es begründet aber keine Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB), sodass es kein vollwertiger Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von §§ 328 ff. BGB ist. Es entstehen (wie man § 311 Abs. 3 S. 1 BGB entnehmen kann) nur Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Das bedeutet:

- In der Klausur prüfen Sie einen **Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB** (nicht: § 280 Abs. 2 BGB oder § 280 Abs. 3 BGB iVm §§ 281 ff. BGB, da diese eine Leistungspflicht voraussetzen!). Sie können bereits im Obersatz deutlich machen, dass es um ein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte geht (etwa indem Sie prüfen "A könnte gegen B einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB iVm den Grundsätzen des Schuldverhältnisses mit Schutzwirkung für Dritte haben." oder indem Sie zusätzlich zu § 280 Abs. 1 BGB auch § 241 Abs. 2 BGB und § 311 Abs. 3 S. 1 BGB nennen). Erforderlich ist dies aber nicht; sie können die damit zusammenhängenden Fragen auch unter dem Prüfungspunkt "Schuldverhältnis" erörtern.
- Es kommt nicht darauf an, ob eine Pflicht gegenüber dem Gläubiger des ursprünglichen Schuldverhältnisses verletzt wurde (etwa eine Schlechtleistung, verspätete Leistung oder Nichtleistung). Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob **gegenüber dem Dritten eine Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt wurde**. Dabei kann eine Leistungspflicht gegenüber dem Schuldner des einen Schuldverhältnisses eine Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Dritten darstellen.



Deutlich wird dies an den **Wertgutachtenfällen**: Wenn der Verkäufer einen Sachverständigen beauftragt, den Wert seines Grundstücks zu beurteilen, und dieser eine zu hohe Angabe macht, verletzt der Gutachter damit seine Leistungspflicht aus dem Werkvertrag und haftet auf Ersatz von Folgeschäden (§ 634 Nr. 4 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB) gegenüber dem Werkbesteller (=Verkäufer). Der Käufer des Grundstücks, der aufgrund des Gutachtens zu viel bezahlt hat, hatte keinen Anspruch auf ein richtiges Gutachten (da er keinen Werkvertrag geschlossen hat). Jedoch musste der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens (für den

Verkäufer) auch Rücksicht auf die als "Interesse" geschützte Entscheidungsfreiheit der (potentiellen) Käufer nehmen. Die insoweit erforderliche Rücksicht hat er mit einer Fehlangabe verletzt - und haftet daher auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB gegenüber dem Käufer.

a. Inwieweit greifen Haftungsbeschränkungen durch?

Der Schuldner kann mit dem Gläubiger eine Haftungsbeschränkung (auf einen bestimmten Betrag, einen bestimmten Verschuldensmaßstab oder bestimmte Pflichtverletzungen) oder sogar einen Ausschluss jeglicher Schadensersatzhaftung vereinbaren. Mitunter ergibt sich dies sogar unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. § 521 BGB, § 599 BGB, § 690 BGB). Mit dem Dritten kann der Schuldner hingegen in der Regel keine Vereinbarung treffen; ihm gegenüber besteht auch kein unentgeltlicher Vertrag. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit eine Vereinbarung mit dem Gläubiger oder eine gesetzliche Privilegierung Wirkung auch gegenüber dem Dritten entfaltet.

Zur Beantwortung dieser Frage wird grundsätzlich **§ 334 BGB entsprechend** herangezogen: Der Dritte soll nicht besser stehen als der Gläubiger selbst, so dass dem Schuldner alle Einwendungen (einschließlich etwaiger die Haftung beschränkender Vereinbarungen) gegen den Dritten zustehen, die ihm gegen den Gläubiger zuständen. Dies entspricht auch dem Einbeziehungsinteresse des Gläubigers - dieses kann höchstens so weit gehen, wie für ihn selbst.

Eine Ausnahme wird aber konsequent dann gemacht, wenn die **Interessen von Gläubiger und Dritten auseinanderfallen**, namentlich in den Fällen, in denen der Schuldner ein Wertgutachten erstellt, bei dem der Dritte einen möglichst niedrigen, der Gläubiger hingegen einen möglichst hohen Wert erwartet.

Jedenfalls **in AGB** kann in diesen Fällen (und auch nur dort - also anders als im Salatblattfall!) auch die Dritthaftung nicht ausgeschlossen werden. Es würde gerade dem Hauptzweck des Vertrages zuwiderlaufen (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB iVm § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), wenn das Gutachten nur dem Gläubiger nützen würde. Der Wert liegt vielmehr in der objektiven Beurteilung, die auch Dritten zugute kommen soll.

Aber auch **individualvertraglich** sind solche Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner bei Wertgutachten nicht unproblematisch - man könnte hier an einen Fall widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) des Schuldners denken (§ 242 BGB). Er weiß, dass sein Gutachten gerade Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen soll, unterbindet durch den Haftungsausschluss aber genau das.

b. Muss sich der Dritte ein Mitverschulden des Gläubigers anrechnen lassen?

Nach § 254 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch auf Schadensersatz bei Mitverursachung durch den Geschädigten herabzusetzen; nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB gilt dies entsprechend bei Verletzung der Schadensminderungspflicht. Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist der (unmittelbar) Geschädigte der Dritte. Daher führt sein Mitverschulden ebenso wie dasjenige seiner Erfüllungsgehilfen (§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB iVm § 278 BGB) unstreitig zu einer Schadensminderung. Soweit der Gläubiger also gleichzeitig Erfüllungsgehilfe des Dritten im Rahmen seiner Beziehung zum Gläubiger ist, wird der Ersatzanspruch anteilig herabgesetzt.

Umstritten ist allerdings, was gilt, wenn der Gläubiger im konkreten Fall nicht Erfüllungsgehilfe des Dritten war:



- Nach einer Ansicht verbleibt es beim Wortlaut des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB. Eine Zurechnung des Vertretenmüssens scheidet aus. § 334 BGB könne keine analoge Anwendung finden, da er sich nur auf Leistungspflichten beziehe. Der Dritte erhält also einen ungeminderten Schadensersatzanspruch. In Betracht käme allenfalls ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB, soweit dieser zur Schadensentstehung beigetragen habe.
- Die Gegenansicht hält dieses Ergebnis jedoch für unbillig. Aus der Analogie zu § 334 BGB folge, dass, wenn nicht ausnahmsweise gegenläufige Interessen von Gläubiger und Dritten vorliegen (Wertgutachtenfälle), auch die Einwendung aus § 254 BGB durchgreife. Der Schuldner sei schutzbedürftig, da er auf das sorgfältige Verhalten seines Vertragspartners vertrauen dürfe. Für den insoweit offenbleibenden Betrag müsse sich der Dritte, soweit dies aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehung (etwa nach § 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB) möglich ist, an den Gläubiger halten .



Eine weiter als § 254 Abs. 2 S. 2 BGB reichende Zurechnung aus § 334 BGB kommt nur im Rahmen des Anspruchs aus dem Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte (§ 280 Abs. 1 BGB), keinesfalls aber im Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) in Betracht!

3. *Wie grenzt man die Drittschadensliquidation ab?*

Schäden von am Vertrag nicht beteiligten Dritten können nicht nur durch Konstruktion eines eigenen Schuldverhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Dritten ersatzfähig werden. Die Rechtsprechung kennt vielmehr auch Fälle, in denen dem Gläubiger des ursprünglichen Schuldverhältnisses die Möglichkeit gegeben wird, im Rahmen seines Schadensersatzanspruchs (aus § 280 Abs. 1 BGB) die Schäden des Dritten zu liquidieren. Dies bezeichnet man als **Drittschadensliquidation**.

- Wenn eine Drittschadensliquidation möglich ist, hat der geschädigte Dritte einen eigenen Anspruch gegen den Gläubiger des Schuldverhältnisses auf Abtretung der Ansprüche gegen den schädigenden Schuldner. Dieser folgt aus § 285 BGB (ggf. analog) oder jedenfalls aus Treu und Glauben (§ 242 BGB). Damit hat er einen eigenen Anspruch und es darf kein Schuldverhältnis mit Schutzwirkung konstruiert werden. Umgekehrt scheidet auch eine Drittschadensliquidation aus, wenn der Dritte seinen Schaden selbst ersetzt bekommt. Unstreitig schließen sich also die beiden Ersatzmöglichkeiten aus.
- Die Abgrenzung erfolgt an dem Merkmal der "zufälligen Schadensverlagerung" der Drittschadensliquidation. Für diese gibt es eine abschließende Zahl anerkannter Fallgestaltungen. Aufgrund dieser Fallgruppen ist die Drittschadensliquidation die engere Konstellation. Die umgekehrte Abgrenzung anhand der Merkmale des Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten des Dritten wird demgegenüber kaum eindeutig ausfallen: Ein Gläubigerinteresse an der Einbeziehung des geschädigten Dritten wird für die Drittschadensliquidation nicht vorausgesetzt (kann aber vorliegen), eine dem Gläubiger vergleichbare Gefährdungslage wird typischerweise bestehen.

In der Klausur genügt es in der Regel, dass Sie feststellen, dass keine "zufällige Schadensverlagerung" eingetreten ist, weil keine der anerkannten Fallgruppen vorliegt. Dann ist der Weg für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte frei. Umgekehrt scheidet die Drittschadensliquidation aus, wenn Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bestehen.



III. Was regelt § 311 Abs. 3 S. 2 BGB?

Während die Rechtsprechung überwiegend die Wertgutachterfälle nach den Grundsätzen des Schuldverhältnisses mit Schutzwirkung zugunsten Dritter löst, bietet § 311 Abs. 3 S. 2 BGB eine etwas andere Grundlage: Danach entsteht ein Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen, welche *den Vertragsschluss erheblich beeinflussen*, indem sie *in besonderem Maße Vertrauen für sich* in Anspruch genommen haben. Dabei wird die Beeinflussung **vermutet**, wenn der Dritte nachweislich Vertrauen in Anspruch genommen hat.

Grundsätzlich ist § 311 Abs. 3 S. 1 BGB **nachrangig gegenüber vertraglichen Schuldverhältnissen**. Wenn man mit der Rechtsprechung Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung für Dritte im Wege der Vertragsauslegung herleitet, ist es konsequent, diese vorrangig zu prüfen und dann einen Anspruch aus Sachwalterhaftung zu verneinen. Zwingend ist dies freilich nicht - man könnte auch das Gläubigerinteresse verneinen und dann unmittelbar § 311 Abs. 3 S. 1 BGB weiterprüfen.



1. Was bedeutet besonderes persönliches Vertrauen (§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB)?

Was **besonderes persönliches Vertrauen** ist, sagt das Gesetz nicht. Jedenfalls genügt der bloße Hinweis auf die eigene Kompetenz nicht. Es muss auch mehr als das Vertrauen betroffen sein, das jedermann entgegengebracht wird. Bejaht wird dies für Personen, die außergewöhnliche Sachkunde oder besondere persönliche Zuverlässigkeit aufweisen ("Sachwalter").

Eindeutig hierhin gehören **amtlich bestellte Gutachter** (Amtsarzt, Amtstierarzt).



Ebenfalls erfasst ist aber auch eine **familiäre Beziehung** zwischen dem Dritten und einer späteren Vertragspartei (etwa wenn der Ehegatte einen Kredit vermittelt). Dann ist der Dritte zwar nicht "Sachwalter", nimmt aber auch besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch. **Umstritten ist, was für sonstige Privatsachverständige und Gutachter gilt:**



Für diese wird teilweise das "besondere" Vertrauen verneint, weil sie ausschließlich für den Auftraggeber tätig werden und Dritte daraus keine Rechte herleiten können.

Die Gegenansicht verweist auf das Standesrecht etwa der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, wonach diese auch im öffentlichen Interesse tätig sind. Sie handeln also gerade nicht nur im Interesse ihres Auftraggebers.

2. Was bedeutet eigenes wirtschaftliches Interesse?

Die Regelung des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB ist nicht abschließend. Die Haftung eines Dritten kann nach der Rechtsprechung auch angenommen werden, wenn dieser selbst der eigentlich wirtschaftlich Begünstigte ist oder zumindest ein erhebliches finanzielles Eigeninteresse am Geschäft hat.



Dies ist etwa der Fall, wenn ein Gebrauchtwagenhändler das in Zahlung genommene Fahrzeug eines Kunden im Namen des Kunden (und nicht im eigenen Namen verkauft) oder wenn ein Ehegatte zwar formal Alleingesellschafter und -geschäftsführer einer GmbH ist, aber der andere Ehegatte die Geschäfte als Prokurist (§ 164 BGB iVm § 49 HGB) faktisch alleine führt.

Diese Fallgruppe darf aber nicht überspannt werden. Es genügt nicht das allgemeine Interesse am Erhalt der eigenen Anstellung oder eine Provisionszahlung.



Damit besteht grundsätzlich keine Haftung eines angestellten Geschäftsführers einer GmbH für von ihm abgeschlossene Geschäfte - selbst wenn er weiß, dass es um das Unternehmen schlecht gestellt ist. Ebenso wenig haftet ein Makler aus § 311 Abs. 3 BGB (wohl aber ggf. aus Verletzung des Maklervertrages). Auch eine Ehe (mit dem Schuldner) als solche genügt nicht, um eine Haftung aus § 311 Abs. 3 S. 2 BGB zu begründen (wohl aber bei wirtschaftlicher Identität, siehe oben).

3. Kapitel: Wodurch erlöschen Pflichten aus Schuldverhältnissen?

Liebe Leserin, lieber Leser,

nachdem wir in den ersten beiden Kapitel die aus dem Schuldverhältnis folgenden Pflichten und die begünstigten bzw. verpflichteten Personen näher betrachtet haben, stellt sich die Frage, wodurch diese Pflichten untergehen können. In der Klausur geht es also um den Prüfungspunkt "Anspruch untergegangen". Neben der Erfüllung kommen hierfür etwa Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit, Aufrechnung oder Hinterlegung in Betracht.

Nach dem Lesen dieses Kapitels sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Was bedeutet Erfüllung? Gegenüber wem und durch wen kann sie erfolgen? Was bedeutet Leistung "erfüllung halber" und "an Erfüllung statt"? Woher weiß man, welche Forderung durch eine Leistung erlöschen soll?
- Was ist Unmöglichkeit - und welche Gestaltungen sind zu unterscheiden? Wie grenzt man die Unzumutbarkeit ab - und wie prüft man diese in der Klausur? Inwieweit hat das Erlöschen der Leistung auch Auswirkungen auf die Gegenleistung?
- Was ist eine Aufrechnung?
- Welche anderen Fälle führen zum Erlöschen einer Pflicht?

A. Was bedeutet "Erfüllung" (§ 362 BGB)?

Nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, *wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird*. Das Gesetz ist insoweit etwas ungenau formuliert: Einerseits kann ein Schuldverhältnis **mehrere (sogar beliebig viele) Leistungspflichten** enthalten - jede dieser Pflichten erlischt, wenn sie ordnungsgemäß erfüllt ist. Andererseits ist damit aber nicht gesagt, dass das Schuldverhältnis als solches untergeht: Auch **nach Erfüllung aller Leistungspflichten** (§ 241 Abs. 1 BGB) bleibt die Verpflichtung zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) bestehen (sog. "*culpa post contractum finitum*"). Dies äußert sich etwa in nachvertraglichen Überwachungs- und Aufklärungspflichten (z.B. bei später entdeckten Produktmängeln).

Nach allgemeinen Grundsätzen müssen alle Untergangstatbestände, also insbesondere auch die Erfüllung durch den Schuldner bewiesen werden. Wenn in der Klausur unklar ist, ob die Leistung erbracht wurde, müssen Sie dies daher im Zweifel verneinen.



Die Leistung muss **wie geschuldet** erbracht werden, d.h. zur richtigen Zeit, am richtigen Ort und im richtigen Umfang. Für den Kaufvertrag stellt § 433 Abs. 1 S. 2 BGB noch einmal ausdrücklich klar, dass erforderlich ist, dass *die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln* ist. Das ist eigentlich selbstverständlich - geschuldet ist sicherlich keine fehlerbehaftete Sache.

Nach § 363 BGB bewirkt die Annahme einer Leistung als Erfüllung eine Beweislastumkehr für die Vollständigkeit und Mangelfreiheit der Leistung. Auch dies müs-



sen Sie in der Klausur beachten - freilich gilt im Verbrauchsgüterkauf eine gewisse Ausnahme in § 476 BGB.



Lorenz, JuS 2009, 109
Muscheler/Bloch JuS 2000, 729

1. Wann tritt Erfüllung ein?

Sie müssen deutlich unterscheiden zwischen der Leistungshandlung des Schuldners einerseits und dem Leistungserfolg beim Gläubiger andererseits:

- Erfüllung im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB tritt erst ein, wenn der **Leistungserfolg** beim Gläubiger eingetreten ist.
- Allerdings kann die **Leistungshandlung** für den Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) oder für den Gefahrübergang relevant sein.



Beim Versandungskauf (§ 433 BGB, § 447 BGB) muss der Verkäufer etwa die verkaufte Sache einer Transportperson übergeben und dem Käufer gegenüber ein Angebot für eine dingliche Einigung im Sinne von § 929 S. 1 BGB abgeben. Der Erfolg tritt jedoch erst ein, wenn die Ware an den Käufer übergeben wird und ihm übereignet wurde. Geht die Ware beim Transport unter, trifft den Käufer zwar nach § 447 BGB (der zudem für viele Fälle nach § 475 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist) die Gefahr des Untergangs - dies hat aber nicht Erfüllung (§ 362 BGB), sondern nur Unmöglichkeit (§ 275 BGB) mit Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht (also eine Abweichung zu § 326 Abs. 1 BGB) zur Folge.

Ausnahmsweise **fallen Leistungserfolg und Leistungshandlung zusammen**, wenn die Pflicht allein in einem Handeln oder Unterlassen des Schuldners besteht, etwa im Rahmen eines Dienstvertrags (§ 611 BGB) oder bei einer vertraglichen Unterlassungspflicht.

1. Was besagen die sog. "Erfüllungstheorien"?

Seit Schaffung des BGB ist umstritten, ob die Erfüllung irgendeine Form eines Rechtsgeschäfts voraussetzt. Im Wesentlichen werden hierzu drei Theorien vertreten:

- Nach der **Vertragstheorie** erfordert die Erfüllung eine Einigung im Sinne von § 145 BGB zwischen Schuldner und Gläubiger, dass die Leistung die Leistungspflicht zum Erlöschen bringen soll. Dies wäre ein dritter Vertrag neben dem Verpflichtungsgeschäft (etwa dem Kauf, § 433 BGB) und dem daran anschließenden Verfügungsgeschäft (etwa der Übereignung, § 929 S. 1 BGB), welches die beiden miteinander verknüpft. Dafür wird auf § 397 BGB verwiesen, wonach auch der Erlass eines Vertrages bedarf - wenn das Freiwerden dort die Zustimmung beider Parteien braucht, muss dies auch für § 362 BGB gelten. Zudem zeigen § 362 Abs. 2 BGB iVm § 185 BGB sowie § 364 BGB, dass für eine Abweichung von der ursprünglichen Vereinbarung stets ein Vertrag notwendig sei.
- Die **Theorie der finalen Leistungsbewirkung** lehnt das Erfordernis eines Vertrages ab. Im Alltag werden die Parteien bei Erfüllung selten entsprechende zusätzliche Einigungserklärungen

gen abgeben; wenn diese aber ohnehin im dinglichen Geschäft vorhanden sind (etwa in § 398 BGB oder in § 929 S. 1 BGB) haben diese einen anderen Inhalt (nämlich die Übertragung des Rechts). Die Vertragstheorie basiere daher auf einer realitätsfernen Fiktion. Allerdings ergebe sich aus § 366 Abs. 1 BGB, dass der Schuldner einseitig bestimmen kann, welche Verpflichtung (von mehreren) er mit seinem Verhalten erfüllen will. Deutlich werde dies auch in der Definition der Leistung im Rahmen von § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB: Danach ist die Leistung gerade die **zweckgerichtete** Mehrung fremden Vermögens, so dass die Zweckbestimmung unverzichtbar sei. Bei der Leistungsbestimmung soll es sich daher um ein einseitiges Rechtsgeschäft handeln.

- Die herrschende **Theorie der realen Leistungsbewirkung** verzichtet schließlich völlig auf ein Rechtsgeschäft. Die Erfüllung sei ein reiner Realakt. Der Wille des Schuldners bei der Leistungshandlung dürfe nicht überschätzt werden. § 366 Abs. 2 BGB zeige, dass eine Bestimmung auch durch objektive Umstände ersetzt werden könne. Ein Vertrag sei im Normalfall weder vorhanden noch erforderlich - nur für Abweichungen sei eine Einigung vorgeschrieben (siehe auch § 311 Abs. 1 BGB). Ansonsten könne man kaum erklären, wie bei Dienstleistungen (§ 611 BGB) oder Gebrauchsüberlassung (§ 535 BGB) die Pflicht erlöschen könne, wenn der Gläubiger grundlos die Annahme der angebotenen Leistung als Erfüllung ablehne. Die beiden anderen Theorien seien daher schlicht nicht praktikabel und rechtlich unnötig verkompliziert.

a. Wofür muss man diesen Streit kennen?

Der Streit um die Erfüllungstheorien spielt in zwei Klausurkonstellationen eine Rolle:

- Wenn der Leistende nur **beschränkt geschäftsfähig** oder **gar geschäftsunfähig** ist, kommen die Vertragstheorie und die Theorie der finalen Leistungsbewirkung zur Unwirksamkeit der Erfüllung.

Verspricht also ein Minderjähriger mit Zustimmung seiner Eltern, den Rasen des Nachbarn zu mähen, würde er die Pflicht nicht erfüllen, wenn er dies ohne Zustimmung seiner Eltern durchführt (§ 107 BGB bzw. § 111 BGB). Durch die Erfüllung verliert nämlich der Minderjährige sein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB - zudem setzt er sich (verschuldensunabhängig) dem Anspruch auf Nacherfüllung (§ 634 Nr. 1 BGB) und sogar einem Anspruch auf Ersatz von Selbstvornahmekosten des Nachbarn (§ 634 Nr. 2 BGB iVm § 637 BGB) aus. Der Erfüllungsversuch ist für ihn also keineswegs rechtlich neutral, sondern begründet einen Nachteil im Sinne von § 107 BGB. Aber auch umgekehrt kann nach diesen Theorien gegenüber einem Minderjährigen nicht erfüllt werden, da die Willenserklärung des anderen Teils nicht zugehen kann (§ 131 Abs. 2 BGB). Die herrschende Meinung kommt aber auch für die Theorie der realen Leistungsbewirkung zu ähnlichen Ergebnissen über die Figur der "Empfangszuständigkeit" (dazu sogleich).



- Nach der Vertragstheorie und der Theorie der finalen Leistungsbewirkung kann die Tilgungsbestimmung als Willenserklärung **angefochten werden** (§ 142 Abs. 1 BGB).

Das kann etwa bei Lieferung einer anderen, wertvolleren Sache im Rahmen eines Kaufvertrages attraktiv für den Verkäufer sein: Nach § 434 Abs. 3 BGB gilt nämlich eine andere, also auch eine bessere, Sache grundsätzlich als (sachmangelhafte)



Erfüllung der Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit erfolgt auch die Übertragung (§ 929 S. 1 BGB) einer anderen Sache mit Rechtsgrund, nämlich zur Erfüllung dieser Pflicht. Eine Rückforderung scheint daher weder nach § 985 BGB (Unanfechtbarkeit der dinglichen Einigung, da diese nicht auf einem Irrtum basiert) noch nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB iVm § 818 Abs. 1 BGB möglich. Nach Anfechtung der Erfüllungserklärung würde diese Verknüpfung jedoch entfallen. Die herrschende Meinung vermeidet diesen komplexen Zwischenschritt indem sie annimmt, dass §§ 434 ff. BGB nur die Rechtsposition des Käufers regeln. Der Verkäufer sei nur gehindert, die Sache zurückzufordern, soweit dies in diese Rechte eingreift. Bei einer besseren Sache wird der Käufer aber ohnehin keine Ansprüche geltend machen, so dass eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB möglich ist.

b. Welche Rolle spielen Tilgungsbestimmungen (§ 366 BGB, § 367 BGB)?

Obschon die Theorie der realen Leistungsbewirkung am ehesten der Rechtspraxis entspricht, ist der Theorie der finalen Leistungsbewirkung zuzugestehen, dass § 366 Abs. 1 BGB dem Schuldner durchaus die Möglichkeit zur Leistungsbestimmung gewährt. Die Norm betrifft die Konstellation, dass ein Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen gleichartige Leistungen erbringen muss.



K schuldet V 100 € als Darlehensrückzahlung, 200 € als Kaufpreisschuld und 150 € Schadensersatz wegen fahrlässiger Tötung von dessen Pudel. V schuldet K 50 Kilo Zement aus einem Kaufvertrag von Januar und 140 Kilo Zement aus einem Kaufvertrag von März.

In diesem Fall soll es dem Schuldner überlassen sein, zu entscheiden, auf welchen der Ansprüche er leistet. Diese **Bestimmung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen**.



Eine konkludente Bestimmung (die Sie nach § 133 BGB, § 157 BGB ermitteln müssten) kann sich insbesondere aus dem Umfang der Leistung ergeben: Zahlt K im obigen Beispiel 150 € will er wohl die Schadensersatzforderung tilgen; liefert V 50 Kilo Zement will er wohl den Vertrag von Januar erfüllen.

Nur wenn Sie **auch durch Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) zu keinem Ergebnis gelangen**, dürfen Sie auf § 366 Abs. 2 BGB zurückgreifen, der eine feste Tilgungsreihenfolge vorgibt ("*Fällig, sicher aber lästig ist ein älteres Verhältnis*").

Nur eingeschränkt berücksichtigt wird der Wille des Schuldners hingegen im Rahmen von § 367 BGB: Danach sind bei einer **einheitlichen Schuld** Zahlungen zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und erst dann auf die Hauptleistung anzurechnen. Eine mit einer anderweitigen Bestimmung verbundene Zahlung darf der Gläubiger abweisen ohne in Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) zu geraten. Eine andere Tilgungsreihenfolge (Rechtsverfolgungskosten - Hauptschuld - Zinsen) ist übrigens im Verbraucherdarlehensrecht vorgeschrieben (§ 497 Abs. 3 S. 1 BGB).

2. Wer darf die Leistung erbringen?

Der Schuldner muss grundsätzlich nicht persönlich leisten. Er darf vielmehr **Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) einsetzen**, soweit nicht ausnahmsweise eine höchstpersönliche Leistung vereinbart oder sogar vorgeschrieben ist. Die wichtigsten Fälle von vereinbarten höchstpersönlichen Pflichten sind im Dienstvertragsrecht (§ 613 BGB) sowie im Auftragsrecht (§ 664 Abs. 1 S. 1 BGB).

Kein Fall der Erfüllung, sondern ein **eigenständiger Erlöschenstatbestand** ist in § 267 BGB geregelt. Danach führt auch eine Leistung durch einen Dritten zum Erlöschen der Leistungspflicht. Der Gläubiger muss diese Leistung des Dritten sogar grundsätzlich annehmen und darf sie nur ablehnen, wenn der Schuldner der Leistung widerspricht (§ 267 Abs. 2 BGB).

K kauft beim Autohändler V einen neuen VW Golf. Zur Finanzierung wird ein Darlehensvertrag mit der VW-Bank geschlossen, auf den K jeden Monat 500 € Tilgung und Zinsen zahlen soll. Die VW-Bank zahlt daraufhin den kompletten Kaufpreis an V aus. Dies ist kein Fall des § 362 BGB, da dazu K hätte zahlen müssen, sondern eine Leistung durch einen Dritten im Sinne von § 267 BGB. In diesem Zusammenhang sollten Sie auch schon einmal einen Blick auf § 358 BGB, § 359 BGB werfen, die wir uns später noch näher ansehen werden.

Ein anderer wichtiger Fall liegt bei einer Erfüllungsübernahme (§ 339 BGB) vor: Haftpflichtversicherer H verpflichtet sich gegenüber S dessen Schadensersatzverpflichtung gegenüber G in Höhe von 400 € zu begleichen (§ 100 VVG). Damit erwirbt G aber keinen Anspruch gegen H (anders nur die Fälle des § 115 VVG). Wenn H direkt an G zahlt, leistet er als Dritter im Sinne von § 267 BGB.



Diese Problematik haben wir im zweiten Kapitel bereits ausführlich behandelt, so dass sie hier nur kurz erwähnt werden soll.

3. An wen darf die Leistung erbracht werden?

Nach § 362 Abs. 1 BGB ist die *geschuldete Leistung an den Gläubiger* zu bewirken. Davon gibt es drei Ausnahmen, die wir bereits im letzten Kapitel besprochen haben:

- Etwas anderes gilt zunächst beim **Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)**, in dem die Leistung gerade an den Dritten zu bewirken ist (mit der Möglichkeit der Zurückweisung nach § 333 BGB).
- Der Gläubiger kann aber auch **einen Dritten ermächtigen**, an seiner Stelle die Leistung in Empfang zu nehmen. Diesbezüglich verweist § 362 Abs. 2 BGB auf § 185 BGB. Danach ist grundsätzlich eine vorherige Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB iVm § 183 BGB) erforderlich, es kann jedoch auch eine nachträgliche Genehmigung erfolgen (§ 185 Abs. 2 BGB iVm § 184 BGB).

Oft handelt es sich um (für den Vertragspartner nicht erkennbare) Verträge zugunsten Dritter:

V verkauft K einen neuen Porsche. Dieser muss jedoch erst von H produziert werden. V weist H an, das Auto direkt an K zu liefern und ihm zu übereignen ("Durch-



lieferung"), wodurch die Pflicht zur Übergabe und Übereignung des H gegenüber V (§ 651 BGB iVm § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) erfüllt wird.

Um das Auto zu bezahlen, nimmt K ein Darlehen bei der Bank B auf. Diese zahlt nicht an K, sondern unmittelbar an V, wodurch die Auszahlungspflicht der Bank B gegenüber K (§ 488 Abs. 1 S. 1 BGB) erfüllt wird.

- Die dritte denkbare Möglichkeit, eine Leistung an einen Dritten zu ermöglichen ist die Vereinbarung einer "**Einziehungsermächtigung**". Bedeutung hat diese immer dann, wenn eine Forderung zwar wirksam nach § 398 BGB durch Abtretung übertragen wird, der Schuldner davon jedoch nichts erfahren und stattdessen (unabhängig von § 407 BGB) weiter an den alten Gläubiger leisten soll.

Grundsätzlich muss die Leistung an den Gläubiger erbracht werden (§ 362 Abs. 1 BGB). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn dem Gläubiger die "Empfangszuständigkeit" fehlt. Aus den Wertungen der § 362 Abs. 2 BGB, § 1812 BGB und § 1813 BGB lässt sich entnehmen, dass die Empfangszuständigkeit von der Verfügungsmacht über die Forderung abhängig ist. Die Empfangszuständigkeit kann somit grundsätzlich in drei Konstellationen fehlen.

- Die Leistung darf aufgrund gesetzlicher Anordnung nicht an den Gläubiger erfolgen, sondern muss **an eine andere Person** erbracht werden.



Im Insolvenzverfahren ist an den Insolvenzverwalter zu leisten (§ 80 InsO), bei Testamentsvollstreckung (§ 1812 ff. BGB iVm § 1908 BGB, § 2211 BGB) an den Testamentsvollstrecker. Bei Geschäftsunfähigen (§ 105 BGB) ist an den gesetzlichen Vertreter (d.h. die Eltern oder den Betreuer) zu leisten - nicht an den Geschäftsunfähigen selbst.

- Es kann allerdings auch für einen gewissen Zeitraum die Möglichkeit zur Erfüllung **vorübergehend ganz ausgeschlossen** sein.



Bei Pfändung der Forderung darf keine Leistung mehr an den Gläubiger erfolgen (§ 829 ZPO), ebenso bei einem gerichtlichen bzw. behördlichen Veräußerungsverbot (§ 135 BGB, 136 BGB).

- Besondere Schwierigkeiten wirft die **Empfangszuständigkeit von Minderjährigen** (§ 107 BGB) auf. Diese behandeln wir auf der folgenden Seite.

4. Wie muss die Leistung erfolgen?

Die Art und Weise der Leistungserbringung richtet sich grundsätzlich nach den Vereinbarungen der Parteien. Ergänzend greifen die gesetzlichen Regelungen (vorrangig diejenigen des Handelsrechts, dann diejenigen des Besonderen Teils zum jeweiligen Schuldverhältnis, hilfsweise die §§ 243 ff. BGB).

In der Klausur stellt sich das Problem einer "ordnungsgemäßen Leistung" oft im Zusammenhang mit §§ 293 ff. BGB: Eine nicht ordnungsgemäße Leistung darf der Gläubiger ablehnen, ohne dass er nach § 294 BGB in Annahmeverzug geraten würde.



Eine praktisch bedeutsame Regelung stellt insoweit § 266 BGB dar, wonach Teilleistungen grundsätzlich nicht angenommen werden müssen. Allerdings müssen Sie einige Ausnahmen beachten:

- Zunächst ist die Regelung selbstverständlich **dispositiv**, d.h. die Parteien eines Vertrages können von ihr abweichen.
- Zudem gibt es **abweichende Sonderregelungen** (insbesondere § 497 Abs. 3 S. 2 BGB für Zahlungen auf ein Darlehen oder § 757 Abs. 1, 2. Halbsatz ZPO für Zahlungen an den Gerichtsvollzieher). Die wichtigste, nur mittelbar erkennbare Ausnahme enthält § 326 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB: Ist der verbleibende Teil der Leistung unmöglich, muss der Gläubiger den möglichen Teil annehmen und bezahlen; eine Verweigerung der Annahme ist nur zulässig, wenn er zurücktritt oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, wozu er die besonderen Voraussetzungen nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB erfüllen muss.
- Schließlich kann eine Pflicht zur Annahme einer Teilleistung **aus Treu und Glauben** (§ 242 BGB) folgen. Hierzu ist eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich.

§ 266 BGB bezieht sich nur auf die Erfüllung - eine Teilaufrechnung (§ 389 BGB) ist daher selbstverständlich möglich.



Das BGB geht davon aus, dass Geldschulden durch amtliche Zahlungsmittel, d.h. **Geldscheine oder Münzen in bar** zu erfüllen sind (arg. ex § 244 BGB, § 245 BGB). Gerade bei großen Beträgen und vor allem im Fernabsatz (§ 312c BGB) ist dies jedoch kaum praktikabel; heutzutage erfolgen Zahlungen in der Regel per Überweisung (also in Buchgeld). Dies führt rechtlich allerdings nur dazu, dass der Gläubiger einen Anspruch gegen seine Bank auf Auszahlung erwirbt (§ 675t BGB, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB) oder es wird (soweit das Konto bei Eingang der Überweisung bereits überzogen war) eine Verbindlichkeit des Gläubigers gegenüber seiner Bank getilgt.

Gerade im internationalen Geschäftsverkehr kann aber nie ausgeschlossen werden, dass die Bank in Insolvenz fällt - dann hat der Gläubiger letztlich nichts erlangt. Zudem kann die Bank aufrechnen (§ 389 BGB) oder Zurückbehaltungsrechte (§ 273 BGB) geltend machen. Damit ist "Buchgeld" etwas anderes als "Bargeld".



- Unproblematisch ist der Fall, dass der Vertrag **ausschließlich Zahlung per Überweisung erlaubt** (etwa bei einer Bestellung im Internet). Dann ist die Zahlung in bar vertraglich ausgeschlossen und es ist die vereinbarte Form der Erfüllung zu wählen.
- Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, aber der Gläubiger dem Schuldner seine **Kontodaten (etwa im Briefkopf) bekannt gemacht** hat, darf dieser auch durch Überweisung erfüllen. Während man hierin früher noch die Annahme einer Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB) annahm und das Ablehnungsrecht des Gläubigers nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausschloss, wird heute eine unmittelbare Erfüllungswirkung nach § 362 BGB bejaht. Die Bekanntgabe der Kontodaten ist bei Auslegung nach § 133 BGB, § 157 BGB als Antrag bezüglich einer Wahlschuld (§ 262 BGB) zu sehen, bei welcher dem Schuldner die Wahlbefugnis zusteht (§ 263 BGB): Er kann entweder in bar an den Gläubiger zahlen oder an dessen Bank überweisen. Dieses nimmt der Schuldner spätestens durch die Überweisung an.
- Hat der Gläubiger dem Schuldner im Zusammenhang mit dem konkreten Vertrag seine **Kontodaten nicht mitgeteilt**, wird man durch Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) eine solche Vereinbarung nicht annehmen können. Zahlt also der Schuldner auf ein ihm zufällig oder aus anderem Kontext bekanntes Bankkonto, handelt es sich um eine **Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB)**. Dann erlischt die Leistungspflicht des Schuldners nur, wenn der Gläubiger dies anstandslos annimmt.

5. Wann hat der Schuldner den Erfolg bewirkt?



Selbstkontrollaufgabe: Bei Grundstücksgeschäften ist es üblich, dass der Käufer den Kaufpreis nicht direkt an den Verkäufer zahlt, sondern auf ein sog. "Anderkonto" (also einem im fremden Namen geführten, vom sonstigen Vermögen getrennten treuhänderischen Bankkonto) des Notars überweist. Der Notar gibt dieses Geld erst frei, wenn die Eintragung des Käufers im Grundbuch (§ 873 BGB) erfolgt ist. So gewährleistet er die Einhaltung der Einrede des § 320 BGB; ohne das Anderkonto müsste eine der Parteien in Vorleistung treten, da die Eintragung von ihnen nicht genau zeitlich beherrschbar ist.

Wann tritt bei einer solchen Zahlung auf ein Anderkonto Erfüllung der Kaufpreisschuld ein?

Es kommen drei Zeitpunkte in Betracht:

- Zunächst könnte man überlegen, den **Notar als Zahlstelle des Verkäufers** zu betrachten. Er würde dann wie dessen Bank agieren, das Anderkonto wäre letztlich ein Konto des Verkäufers. Dann wäre der Kaufpreis bereits mit Zahlungseingang auf dem Anderkonto eingegangen. Der Verkäufer müsste das Risiko tragen, dass der Notar die Gelder veruntreut (§ 266 StGB). Der Käufer würde das Risiko tragen, dass der Verkäufer insolvent wird und ein etwaiger Rückforderungsanspruch nicht mehr durchsetzbar ist.
- Andererseits könnte man hervorheben, dass der Notar insoweit gerade nicht nur als Gehilfe des Verkäufers agiert, sondern gerade beiden Parteien dient. Die Erfüllung der Kaufpreisschuld wäre dann **erst mit Auszahlung des Geldes an den Verkäufer** zu bejahen. Dann würde der Käufer das Risiko einer Verun-

treuung (§ 266 StGB) der Gelder durch den Notar tragen, er müsste dann noch einmal leisten.

- Der BGH vertritt eine dritte Ansicht: Die Erfüllung tritt mit **Auszahlungsreife** ein - das heißt mit dem Zeitpunkt, an dem der Notar vereinbarungsgemäß das Geld an den Verkäufer auszahlen muss. Dies ist in der Regel mit der Eigentumsumschreibung bzw. mit der Übergabe des Grundstücks der Fall. Dadurch wird der Zeitpunkt zwischen den beiden oben genannten Extremen angesiedelt. Dies entspricht auch dem Willen des Notars: Bis zur Umtragung verwahrt er das Geld für den Käufer; danach handelt er im Interesse des Verkäufers.

BGH NJW 1994, 1403
Preuß JuS 1996, 103



II. Was ist eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB)?

Möglicherweise versucht der Schuldner das Interesse des Gläubigers auf eine andere Weise zu befriedigen als ursprünglich vereinbart. Nach § 364 Abs. 1 BGB führt dies nur dann zum Erlöschen der Leistungspflicht, wenn der Gläubiger die tatsächlich angebotene Leistung *an Erfüllungs statt annimmt*. Dabei handelt es sich eigentlich um eine Änderung des Vertrags (§ 311 Abs. 1 BGB) durch eine konkludente Einigung: Der Schuldner bietet offen eine andere Leistung als die geschuldete an und macht dadurch einen Antrag (§ 145 BGB). Diesen nimmt der Gläubiger an (§ 150 BGB), wenn er die Ersatzleistung akzeptiert und auf die Erfüllung der ursprünglichen Vereinbarung verzichtet.

Im **Kapitalgesellschaftsrecht** ist eine Leistung an Erfüllung statt für die Einlagepflicht der Gesellschafter bzw. Aktionäre ausgeschlossen - siehe § 54 Abs. 3 S. 1 AktG, § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG (§ 19 Abs. 4 GmbHG). Die darin liegende "verdeckte Sacheinlage" ist gelegentlich Klausurthema.



Die angenommene Leistung **tritt an die Stelle der ursprünglich vereinbarten**. Solange das Schuldverhältnis besteht, gewährt dieses einen Rechtsgrund für das Behalten des als Ersatz angenommenen Gegenstands im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB.

In der Klausur kommt es dabei entscheidend auf eben diese Annahmeerklärung an. Sie müssen das Verhalten und ggf. die Äußerung des Gläubigers genau auslegen (§ 133 BGB, § 157 BGB). Im Zweifel wird er einen Grund gehabt haben, warum er gerade die ursprüngliche Leistung vereinbart hat. Die angenommene Sache kann also aus seiner Sicht auch schlicht als Sicherheit dienen oder nur dazu, eine Beschädigung oder Zerstörung zu verhindern.

Ein besonderer Fall der Möglichkeit einer Leistung an Erfüllung statt ist die Ersetzungsbefugnis des Schuldners, die wir im ersten Kapitel behandelt haben. Dabei liegt das Einverständnis in die potentielle Vertragsänderung bereits bei Vertragschluss vor.



1. Welche Folgen hat die Annahme der Ersatzleistung?

Die Annahme der Ersatzleistung verändert das Schuldverhältnis umfassend:

- Für die Erbringung der ursprünglichen Leistung erbrachte **Sicherheiten** erlöschen.



B hat sich für eine Kaufpreisschuld des K gegenüber V verbürgt. K bietet V Inzahlungnahme seines alten PKW statt Zahlung des Geldbetrages an. Nimmt K den PKW an, erlischt die Pflicht des B, als Bürge für die Schuld des K zu leisten.

- Bei einem **Rücktritt** (§§ 346 ff. BGB) ist die tatsächlich erbrachte Ersatzleistung zurückzugewähren, nicht die ursprünglich vereinbarte Leistung.



Tritt also K im obigen Beispiel vom Kaufvertrag mit V zurück, muss V ihm nicht etwa den vereinbarten Kaufpreis zurückzahlen, sondern ihm nur den stattdessen gewährten PKW zurückgeben und übereignen (§ 346 BGB, § 929 S. 1 BGB)

- Wenn der Schuldner wegen der ihm zustehenden Ansprüche gegen den Gläubiger **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** (§ 281 Abs. 4 BGB) verlangt, kann er nach der sog. Differenzmethode auch den objektiven Wertunterschied zwischen dem Ersatzgegenstand und der nicht erbrachten Gegenleistung in Geld verlangen - er muss also nicht die Ersatzleistung rückabwickeln .

2. Was gilt, wenn die Ersatzleistung schlechter als die geschuldete Leistung ist?

Nach § 365 BGB greifen für Mängel des Ersatzgegenstands die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln (§ 437 BGB iVm § 434 BGB und § 435 BGB), unabhängig davon, was für ein Vertrag im Übrigen besteht. Dadurch besteht einerseits eine verschuldensunabhängige Nacherfüllungspflicht (§ 437 Nr. 1 BGB iVm § 439 BGB) sowie die Möglichkeit, verschuldensunabhängig zu mindern (§ 437 Nr. 2 BGB iVm § 441 BGB) oder bei erheblichen Mängeln zurückzutreten (§ 437 Nr. 2 BGB iVm § 346 BGB). Schadensersatz kann demgegenüber nur verlangt werden, wenn der Schuldner den Mangel des Ersatzgegenstands zu vertreten hat.

Dies kann selbstverständlich nicht gesetzliche Wertungen unterlaufen.



S schenkt (§ 516 BGB) B in notarieller Form (§ 518 BGB) sein Pferd "Fury". Vor der Übereignung (§ 929 S. 1 BGB) überlegt S es sich anders und übergibt (§ 854 BGB) und übereignet (§ 929 S. 1 BGB) B mit dessen Einverständnis stattdessen sein Pferd "Black Beauty". Nun stellt sich heraus, dass "Black Beauty" mit Pilzen infiziert ist und hohe Behandlungskosten entstehen. Davon wussten weder S noch B; die Infektion war nur mit großem Aufwand durch einen Spezialisten zu erkennen. B verlangt von S Heilbehandlung des Pferdes. Zu Recht?

Nach dem Schenkungsvertrag haftet S nur für arglistig verschwiegene Fehler (§ 524 BGB). Er wusste nichts von der Pilzinfektion, so dass er hier nicht haften würde. Allerdings war nach dem Ver-

trag "Fury" geschuldet, die Lieferung von "Black Beauty" war eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB). Nach § 365 BGB gilt dann für Sachmängel das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht (§ 434 BGB). Danach müsste S verschuldensunabhängig Nacherfüllung leisten (§ 437 Nr. 1 iVm § 439 BGB). Er müsste also "Black Beauty" wieder heilen. Dies würde aber die Vorschriften des Schenkungsrechts unterlaufen, die gerade den Schenker schützen sollen, während der Beschenkte grds. nicht schutzwürdig ist ("Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul"). Aus diesem Grunde findet § 365 BGB im Rahmen des Schenkungsrechts keine Anwendung.

3. Was gilt bei Rücktritt wegen mangelhafter Ersatzleistung?

Schwierigkeiten treten auf, wenn statt einer vereinbarten Geldleistung (z.B. § 433 Abs. 2 BGB) eine Sache geleistet wird und sich diese nachträglich überraschend als mangelhaft herausstellt.

K und V schließen einen Kaufvertrag über einen neuen VW Golf für 50.000 €. K vereinbart weiterhin mit V, dass V seinen Altwagen für 20.000 € in Zahlung nimmt. Nachdem K 30.000 € gezahlt und V den Gebrauchtwagen des K übernommen hat, stellt sich heraus, dass dessen Unterseite (für beide unerkannt) durchrostet war und er daher nur 1.000 € (statt 20.000 €) wert ist.



V verlangt von K Zahlung weiterer 20.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Altwagens.

Für diese Konstellation sind zwei Lösungen denkbar (zu den Begründungen sogleich):

- V wird gezwungen **von seiner gesamten Vertragsbeziehung mit K zurückzutreten**. Dann muss er nicht nur den Altwagen zurückgeben, sondern auch die bereits erhaltenen 30.000 € und erhält dafür den PKW von K zurück. Dies wird allerdings im Normalfall weder im Interesse des V noch im Interesse des K liegen.
- V kann **nur von der Annahme des Gebrauchtwagens zurücktreten**, während der Vertrag über den Neuwagen (für 50.000 €) unberührt bleibt. Dies mag K hart treffen, der damit gerechnet hat, nur 30.000 € zu zahlen und stattdessen seinen Gebrauchtwagen los zu werden.

In vielen Fällen kann man das Problem lösen, indem man einen (konkludenten) Gewährleistungsausschluss des K gegenüber V annimmt. Dann kommt nämlich überhaupt kein Rücktritt durch V in Betracht. Dies wird man aber nur bei verschleißbedingten Mängeln bejahen können - eine vollständige Durchrostung wird davon eher nicht erfasst.



a. Wie ist die Inzahlungnahme eines Ersatzgegenstandes rechtlich zu beurteilen?



- Nimmt man an, dass der ursprüngliche Kaufvertrag (§ 433 BGB) durch einen **Änderungsvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB) in einen Tausch (§ 480 BGB) verwandelt wurde, würde ein Rücktritt des ursprünglichen Verkäufers von der Vereinbarung über die Annahme des "an Erfüllung statt" (§ 364 Abs. 1 BGB) erbrachten Ersatzgegenstands (§ 365 BGB iVm § 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB) dazu führen, dass der gesamte Tauschvertrag nach § 346 BGB rückabzuwickeln wäre. V dürfte also seine Leistung (den PKW) zurückverlangen, müsste aber auch K das bereits erhaltene Geld zurückzahlen.
- Man kann auch annehmen, dass die Abrede über die Inzahlungnahme der **Abschluss eines neuen Kaufvertrages** war - K verkauft seinen PKW an V. Statt jedoch zu bezahlen, konnte V mit seiner Forderung gegen K aufrechnen. Tritt nun V vom Kaufvertrag mit K zurück, muss K das Erlangte (hier: die Befreiung von seiner Zahlungspflicht gegenüber V) zurückgewähren. Da dies nicht möglich ist, muss er nach § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten - also doch wieder an V den vollen Preis zahlen.
- Schließlich ist denkbar, dass der PKW "an Erfüllung statt" (§ 364 Abs. 1 BGB) angenommen wurde. Der Käufer hatte insoweit durch die Abrede eine zusätzliche Ersetzungsbefugnis erworben. Ist die an Erfüllung statt übergebene Leistung mangelhaft, greift nach § 365 BGB das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht. Der nach § 365 BGB iVm § 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB mögliche Rücktritt hat insoweit aber (wie bei Abschluss von zwei parallelen Kaufverträgen) nur zur Folge, dass die Änderung mit Wirkung für die Zukunft entfällt und die im Hinblick auf diese Änderung erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind. Das bedeutet, dass der Ersatzgegenstand (§ 346 Abs. 1 BGB) bzw. dessen Wert (§ 346 Abs. 2 BGB) herauszugeben ist (durch Übereignung nach §§ 929 ff. BGB, durch Abtretung nach §§ 398 ff. BGB, etc.).

b. Was ist dem Gläubiger der ursprünglichen Leistung zurückzugewähren?

Umstritten ist, was dem Gläubiger der ursprünglichen Leistung, der von der Annahme der mangelhaften Ersatzsache zurückgetreten ist, zurückzugewähren ist.



Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass der Rücktritt automatisch zum Wiederaufleben der früheren Schuld (einschließlich der bereits erloschenen Sicherheiten) führt. Dies entspräche den Interessen der Parteien und liege in der nur entsprechenden Anwendung des Gewährleistungsrechts begründet.

Andere vertreten, dass der Schuldner verpflichtet ist, den Vertrag erneut so anzupassen, dass derselbe Zustand wie vor der Annahme der Leistung an Erfüllung statt besteht. Die bereits erloschenen Sicherheiten sind erneut zu bestellen oder soweit dies nicht möglich ist, Schadensersatz nach § 346 Abs. 4 BGB iVm § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 283 BGB zu leisten. Die vom Schuldner durch die Vereinbarung über die Leistung an Erfüllung statt erhaltene Leistung sei nämlich die Befreiung von der ursprünglichen Schuld - diese habe er in Natura herauszugeben, d.h. wiederherzustellen.

Eine **dritte Ansicht** meint, der Schuldner müsse nur den objektiven Wert des Ersatzgegenstands ersetzen. Dahinter steht die Überlegung, dass das in Bezug auf die Annahme an Erfüllung statt bestehende Schuldverhältnis nur den Schuldner einseitig verpflichtete, den Ersatzgegenstand zu erbringen und er durch den Rücktritt nur von dieser Pflicht befreit wurde. Das Erlöschen der ursprünglichen Verpflichtung sei hingegen nur eine mittelbare Folge, die nicht nach §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln sei. Sicherheiten blieben danach unwirksam.

III. Was ist eine Leistung erfüllungshalber?

Die Leistung erfüllungshalber ist **im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt**. Allerdings ergibt sich das Bedürfnis für ein solches Institut schon aus § 364 Abs. 2 BGB: Wenn die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit keine Leistung an Erfüllung statt darstellt, muss sie wohl eine andere rechtliche Bedeutung haben.

Bei einer Leistung erfüllungshalber erlischt die Leistungspflicht nicht. Jedoch darf der Gläubiger den Schuldner erst in Anspruch nehmen, **wenn die Verwertung des ihm angebotenen Ersatzgegenstands unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt scheitert**.



Die **praktische Bedeutung der Leistung erfüllungshalber** ist groß. Der Grund hierfür ist, dass bei der Auslegung der Erklärungen (§ 133 BGB, § 157 BGB) zu fragen ist, ob der Gläubiger wirklich das Risiko der Verwertung tragen will - nur dann kann eine Annahme an Erfüllung statt im Sinne von § 364 Abs. 1 BGB bejaht werden. In diesen Zusammenhang gehört auch die Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 BGB: Im Zweifel will der Gläubiger keinen Schuldnerwechsel, so dass die Verschaffung einer neuen Verbindlichkeit den ursprünglichen Schuldner nicht aus seinen Pflichten entlassen soll.

Wichtigstes Beispiel ist die Zahlung mit Kreditkarte oder per EC-Karte (mit Unterschrift) in einem Ladengeschäft: Dabei erlangt der Gläubiger neben dem (fortbestehenden) Anspruch gegen den Kunden einen zusätzlichen Anspruch gegen den Kartenaussteller. Ist dieser nicht einbringbar (etwa weil das Konto überzogen ist oder die Karte gestohlen ist), kann er sich weiter an den Kunden halten.



In diesem Zusammenhang sollten Sie sich auch einmal § 835 Abs. 1 ZPO ansehen: Danach kann der Gläubiger bei **Zwangsvollstreckung in eine Geldforderung** die fremde Forderung nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungs statt überweisen lassen. Der erste Fall entspricht der Leistung erfüllungshalber (scheitert die Einziehung, kann er weiter vollstrecken), der zweite Fall wäre eine Annahme an Erfüllung statt (mit der Folge, dass eine weitere Vollstreckung ausscheidet, § 835 Abs. 2 ZPO).

Insbesondere bei Annahme von Sachen ist denkbar, dass der Wert der angenommenen Leistung **sich als niedriger herausstellt** als die geschuldete Leistung. Während bei der Annahme einer Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) die Leistungspflicht auch in diesem Fall erlischt und es nur nach § 365 BGB Gewährleistungsrechte des Gläubigers gibt, bleibt bei der Leistung erfüllungshalber die ursprüngliche Pflicht uneingeschränkt fortbestehen.

Demgegenüber führt eine **höherwertige Leistung** zu einem Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Mehrerlöses. Dieser beruht jedoch nicht auf § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB, so dass insbesondere der Einwand der Entreicherung nicht erhoben werden kann. Vielmehr wird § 667 BGB (der Herausgabeanspruch gegen den Beauftragten) analog herangezogen, da der Gläubiger bei der Verwertung im Interesse des Schuldners handelt. Er muss den bestmöglichen Preis erzielen.



K schuldet dem Gebrauchtwagenhändler V 10.000 €. Da er gerade keine Barmittel zur Verfügung hat, gibt K dem V sein PKW mit der Bitte, dieses zu verkaufen und die Forderung aus dem Erlös zu begleichen.

- Findet V keinen Kunden, der den PKW abnimmt, kann er weiter Zahlung von K verlangen.
- Zahlt der gefundene Kunde trotz aller Bemühungen **nur 8.000 €**, bleibt die Forderung in Höhe von 2.000 € bestehen.
- Zahlt der Kunde **sogar 12.000 €**, muss er die zusätzlichen 2.000 € analog § 667 BGB (es liegt kein Auftrag iSv § 662 BGB vor!) herausgeben.

B. Was ist eine "Aufrechnung" (§§ 387 ff. BGB)?

Die Aufrechnung führt zum **Erlöschen von zwei Forderungen** (§ 389 BGB):

- Die "**Hauptforderung**" ist diejenige Forderung, um welche es dem Aufrechnenden (der nach der Systematik des BGB Schuldner ist) hauptsächlich geht - also die gegen ihn gerichtete Forderung.
- Die "**Gegenforderung**" ist demgegenüber eine Forderung, welche der Schuldner gegen seinen Gläubiger (den Aufrechnungsgegner) hat. Er will sie möglicherweise behalten - gibt sie aber auf, um sich seiner eigenen Schuld zu entledigen.

Ziel der Regelung ist es, die **Abwicklung zu erleichtern**: Die Einschaltung staatlicher Vollstreckungsorgane entfällt und das Risiko der Verjährung der eigenen Forderung (§ 215 BGB) oder der Insolvenz des Schuldners (§ 94 InsO, § 95 InsO) wird vermindert.



I. Aufrechnungslage (§ 387 BGB)

1. Gegenseitigkeit der Forderungen
2. Gleichartigkeit der Forderungen
3. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung (Forderung des Aufrechnenden) (§ 390 BGB)
4. Erfüllbarkeit der Hauptforderung (Forderung des Aufrechnungsgegners)

II. Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB)

III. Kein Ausschluss der Aufrechnung

1. Kein Aufrechnungsausschluss (arg. ex § 391 Abs. 2 BGB) - vgl. § 309 Nr. 3 BGB

2. Keine beschlagnahmte Forderung (§ 392 BGB iVm §§ 829 ff. ZPO)
3. Hauptforderung desjenigen, gegen den die Aufrechnung erklärt wird, stammt nicht aus Delikt (§ 393 BGB)
4. Hauptforderung desjenigen, gegen den die Aufrechnung erklärt wird, ist pfändbar (§ 394 BGB iVm §§ 850 ff. ZPO)

IV. Rechtsfolge: **Rückwirkendes** Erlöschen von Haupt- und Gegenforderung

Lorenz, Grundwissen - Zivilrecht: Aufrechnung (§ 387 ff. BGB), JuS 2008, 951
Lieder/Ilhard, Lernbeitrag Zivilrecht: Grenzen der Aufrechnung, JA 2010, 769
Feser, Lernbeitrag Zivilrecht: Die Aufrechnung im Prozess - eine Frage des Zeitpunkts, JA 2008, 525
Coester-Waltjen, Die Aufrechnung, Jura 2003, 246



1. Was setzt eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) voraus?

Eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass sich zwei Forderungen gegenüberstehen: **Der Gläubiger der einen Forderung ist Schuldner der anderen und umgekehrt.**

Dieses Gegenüberstehen ist nicht zu verwechseln mit der "Gegenseitigkeit" im Sinne von §§ 320 ff. BGB, daher wird meistens von "**Wechselseitigkeit**" gesprochen.



Beide Forderungen müssen zudem **gleichartig** sein, d.h. sie müssen auf Geld oder vertretbare Sachen (§ 91 BGB) gerichtet sein. Demgegenüber sind Leistungsort oder andere Modalitäten (Barzahlung, Überweisung, etc.) ohne Bedeutung, wie § 391 Abs. 1 BGB beispielhaft klarstellt. Ebenso muss die Höhe der Forderungen nicht identisch sein (daher spricht § 389 BGB von *so weit*). Fehlt es an der Gleichartigkeit, müssen Sie an ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB, § 320 BGB) denken - dessen Voraussetzungen sind aber enger als für eine Aufrechnung: Die beiden Ansprüche müssen aus dem gleichen Verhältnis stammen ("Konnexität").

Aufrechnen kann man etwa 1 kg Mehl gegen 500 Gramm Mehl der gleichen Sorte - dann sind nur noch 500 Gramm Mehl herauszugeben. Etwas anderes gilt aber, wenn einerseits eine besondere, über § 243 Abs. 1 BGB hinausgehende Qualität oder eine andere Sorte geschuldet wird - dann darf nur nach § 273 BGB die Lieferung verweigert werden, wenn beide Forderungen aus demselben Rechtsverhältnis stammen.



1. Welche Anforderungen bestehen für die Forderungen?

Hinsichtlich der Anforderungen im Übrigen müssen Sie deutlich zwischen der **Hauptforderung** (des Gläubigers gegen den Schuldner) und der **Gegenforderung** (des Schuldners der Hauptforderung gegen deren Gläubiger) unterscheiden:

- Die Hauptforderung muss nur **erfüllbar** sein, d.h. der Schuldner muss sie bereits erfüllen dürfen (§ 271 BGB). Weitere Anforderungen bestehen nicht, insbesondere ist ohne Bedeutung, ob dem Schuldner der Hauptforderung eine Einrede gegen diese Forderung zusteht: Er erklärt ja selbst die Aufrechnung und verzichtet dadurch konkludent auf seine Einrede.
- Die Gegenforderung muss hingegen **fällig und einrededefrei** (§ 390 BGB) sein, d.h. der Schuldner der Hauptforderung muss seinerseits Erfüllung der Gegenforderung vom Gläubiger der Hauptforderung verlangen können.



Sie müssen hierzu unbedingt die klausurrelevante Ausnahme des § 215 BGB kennen: Zwar kann ab Eintritt der **Verjährung** (§ 194 BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht werden (§ 214 BGB). Allerdings steht diese Einrede (in Abweichung vom Grundsatz) der Aufrechnung nicht entgegen: Nach § 215 BGB kann die Aufrechnung immer dann erklärt haben, wenn sich die Forderungen auch nur für eine Sekunde in unverjährter Form gegenüberstanden. Vergleichbare Regelungen zur Aufrechterhaltung der Aufrechnungslage enthalten § 406 BGB für die **Abtretung** und § 94 InsO für die **Eröffnung eines Insolvenzverfahrens**.

2. Kann man auch mit fremden Forderungen aufrechnen?

Eine Aufrechnung setzt nach § 387 BGB zunächst voraus, dass derjenige, der die Aufrechnung erklärt (§ 388 BGB) eine Forderung gegen denjenigen hat, dessen Forderung er zum Erlöschen bringen will (sog. "**Gegenforderung**"). Er kann selbst dann **nicht mit einer fremden Forderung aufrechnen**, wenn der Inhaber der Forderung damit im Sinne von § 185 BGB einverstanden ist. Der Grund hierfür wird in § 267 BGB gesehen - danach darf ein Dritter eine fremde Verbindlichkeit zwar durch Leistung erfüllen, andere Möglichkeiten, sie zum Erlöschen zu bringen stehen ihm aber nicht zu. Wenn aber der Dritte selbst keine Aufrechnung erklären darf, darf er auch niemanden dazu ermächtigen. Selbstverständlich kann er aber seine Forderung abtreten. Von diesem Verbot der Aufrechnung mit einer fremden Forderung gibt es jedoch einige **wichtige Ausnahmen**:

- Nach § 566d BGB kann ein **Mieter von Grundstücken oder Räumen** (§ 578 BGB) gegenüber dem Erwerber der vermieteten Sache aufrechnen - auch wenn seine Forderung nur gegen den ursprünglichen Vermieter entstanden ist. Nach § 1056 Abs. 1 BGB gilt dies auch bei Beendigung eines Nießbrauchs, der wiederum nach § 2135 BGB bei Vorerbschaft Anwendung findet.
- Nach § 268 Abs. 2 BGB kann ein **ablösungsbefugter Dritter** mit einer Forderung, die ihm (nicht dem Schuldner!) gegen den vollstreckenden Gläubiger zusteht, aufrechnen. Dies ist ein wichtiger Unterschied zu sonstigen Dritten im Sinne von § 267 BGB.
- Nach § 406 BGB kann auch nach einer Abtretung (§ 398 BGB) ein Schuldner mit einer **Forderung gegen seinen bisherigen Gläubiger** aufrechnen. Dies gilt nur nicht für Forderungen, die nach Kenntnis von der Abtretung erworben wurden oder die erst nach Kenntniserlangung fällig geworden sind, soweit der neue Gläubiger bereits vorher die Leistung hätte verlangen dürfen.
- Nach § 409 BGB ist weitergehend die **Aufrechnung mit einer Forderung gegen den neuen Gläubiger** bei einer Abtretung selbst dann mit Wirkung zu Lasten des wahren Gläubigers möglich, wenn es sich um ein Scheingeschäft (§ 117 BGB) oder eine aus sonstigen Gründen nichtige Verfügung handelt - sofern der bisherige Gläubiger dies dem Schuldner mitgeteilt hat oder diesem eine vom bisherigen Gläubiger ausgestellte Urkunde vorgelegt wurde.

- Möglich ist zudem eine **vertragliche Durchbrechung**, etwa wenn eine Partei sich vorbehält, auch mit Forderungen ihrer Mutter-, Tochter- und Schwesterunternehmen aufzurechnen (sog. "Konzernverrechnungsklausel").
- Schließlich kann sich im Einzelfall aus **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) ein Bedürfnis nach der Zulässigkeit einer Aufrechnung gegen eine fremde Forderung ergeben. Dies gilt namentlich für Treuhandverhältnisse - dort darf sich der Treuhänder nicht auf das Fehlen der Gegenseitigkeit berufen - und erst Recht für Strohmanggeschäfte.

II. Welche Anforderungen bestehen an eine Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB)?

Die Aufrechnungserklärung ist nach § 388 S. 1 BGB ein **einseitiges Rechtsgeschäft** (kein Vertrag - es bedarf also insbesondere keiner Annahme!) und erfordert eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**, für welche die §§ 104 ff. BGB gelten. Allerdings bestimmt § 388 S. 2 BGB, dass eine Bedingung (§ 158 BGB) oder Befristung (§ 163 BGB) ausgeschlossen sind, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Eine klausurrelevante Besonderheit gilt für die **Eventualaufrechnung im Zivilprozess**: Diese wird vom Beklagten unter der Bedingung erklärt, dass das Gericht die eingeklagte Forderung jedenfalls teilweise als begründet ansieht. Dabei handelt es sich jedoch um keine Bedingung im Sinne von § 158 BGB, da es nicht um ein künftiges ungewisses Ereignis geht, sondern nur um eine Unsicherheit in Bezug auf den aktuellen Zustand. Eine solche Rechtsbedingung fällt nicht unter § 158 BGB und ist daher unstreitig möglich.



Bei Bestehen einer Aufrechnungslage erlöschen die gegenseitigen Forderungen nicht automatisch, sondern erst durch eine Aufrechnungserklärung. **Etwas anderes** gilt vor allem in zwei klausurrelevanten Fällen bei gegenseitigen Verträgen, die Sie unbedingt schon einmal gehört haben sollten:

- Soweit ein gegenseitiger Vertrag nichtig ist oder aus sonstigen Gründen nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) rückabzuwickeln ist, gilt für die wechselseitigen Bereicherungsansprüche grds. die **Saldotheorie**, wonach nur die Differenz zwischen zwei Ansprüchen herauszugeben ist. Es werden also zwei (insb. wegen § 818 Abs. 2 BGB) auf Zahlung gerichtete Bereicherungsansprüche automatisch verrechnet. Der Gegenbegriff ist die **Zweikonditionenlehre**, bei der sich zwei selbständige Bereicherungsansprüche gegenüberstehen (wird insb. bei Minderjährigen und arglistig Getäuschten zu deren Schutz angewandt) - dann bedarf es zum Erlöschen einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB).
- Zudem gibt es beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 Abs. 1 S. 2, S. 3, Abs. 5 BGB) die Möglichkeit, nach der sog. **Differenzmethode** nur den über die noch offene Gegenleistung hinausgehenden Verlust zu verlangen. Dabei geht es nicht um den sog. "kleinen Schadensersatz", bei dem der Schadensersatzgläubiger die Sache behält, sondern es wird der auf Geld gerichtete Schadensersatzanspruch (§ 251 BGB) mit dem ebenfalls auf Geld gerichteten Gegenleistungsanspruch verrechnet. Der Gegenbegriff ist die **Surrogationsmethode**, bei der die Gegenleistung in Natur Zug um Zug (§ 320 BGB) gegen Zahlung des Schadensersatzes zu erbringen ist - dann scheidet eine Aufrechnung in der Regel aus, weil die Gegenleistung gerade nicht in Geld bestand (etwa beim Tausch, § 480 BGB).



III. Wodurch ist die Aufrechnung ausgeschlossen?

In §§ 392 ff. BGB sind insgesamt vier **Aufrechnungsverbote** geregelt:

- Die klausurrelevanteste Regelung enthält § 393 BGB: Danach kann mit einer **Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung** nicht aufgerechnet werden. Dies werden wir uns sogleich noch näher ansehen.
- Nach § 392 BGB ist die Aufrechnung ausgeschlossen bei **Beschlagnahme der Hauptforderung**. Das Gesetz will damit vor allem auf die Pfändung der Forderung (§ 829 ZPO) Bezug nehmen - damit werden das Arrestatorium (§ 829 Abs. 1 S. 2 ZPO: Verfügungsverbot) und das Inhibitorium (§ 829 Abs. 1 S. 1 ZPO: Zahlungsverbot) ergänzt.
- Ebenfalls Bezug zum Zivilprozessrecht hat § 394 BGB. Danach soll die Aufrechnung nicht dazu führen, dass eine **unpfändbare Hauptforderung zum Erlöschen gebracht wird**. Die Pfändungsverbote der ZPO (§§ 850 ff. ZPO) sollen dem Vollstreckungsschuldner ein Existenzminimum gewährleisten. Eine ungeschriebene Ausnahme wird für Ansprüche aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (insb. § 826 BGB und Straftaten) gemacht, wenn die Gegenforderung aus demselben Lebenssachverhalt stammt - dann wird statt der ZPO-Regeln auf das tatsächliche Existenzminimum abgestellt.
- Eine nicht klausurrelevante Regelung enthält § 395 BGB: Dadurch werden **Bund, Länder, Gemeinden, etc. privilegiert**, indem sie verschiedene Kassen bilden können. Um staatlichen Arbeitsaufwand zu vermeiden, darf der Bürger nur innerhalb derselben Kasse aufrechnen (daher etwa nicht Straßenreinigungsgebühren mit zuviel gezahlten Abfallbeseitigungsgebühren). Umgekehrt kann der Staat jederzeit gegenüber dem Bürger aufrechnen, egal aus welcher Kasse die Forderung stammt.

Daneben gibt es die Möglichkeit zum vertraglichen Ausschluss (sog. **Aufrechnungsverbote**). Auch hier gibt es Besonderheiten, die wir uns gleich noch näher ansehen werden.

1. Was regelt § 393 BGB?

Wenn jemand eine vorsätzliche unerlaubte Handlung (§§ 823 ff. BGB) begangen hat, darf er sich seiner Schadensersatzpflicht nicht durch Erklärung der Aufrechnung entziehen (§ 393 BGB). Das hat zwei Gründe:

- Das Opfer soll die **Gelegenheit bekommen, den Schaden zu beseitigen** (§ 249 Abs. 2 BGB).
- Würde man die Aufrechnung zulassen, dürfte ein frustrierter Gläubiger, dessen Forderung wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners nicht durchsetzbar ist, diesen körperlich misshandeln und dann dem Anspruch des Schuldners seine eigene Forderung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten. Dies ermöglicht eine (zivilrechtlich) **sanktionslose Privatrache** - strafrechtlich bleibt es selbstverständlich bei §§ 223 ff. StGB.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass **reine Vertragspflichtverletzungen nicht** unter § 393 BGB fallen, ebenso nicht bloß fahrlässige deliktische Handlungen. Umgekehrt ist eine **Zurechnung fremden Verschuldens nach § 31 BGB** (nicht aber nach § 278 BGB, da es nur um deliktische Forderungen geht) möglich.



Es handelt sich um ein **einseitiges Aufrechnungsverbot**: Der Geschädigte darf aufrechnen! Dies überwindet sogar ein vertragliches Aufrechnungsverbot im Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem.

Die herrschende Meinung lässt es zu, dass der Schädiger einen vom Geschädigten erwirkten Titel pfändet und sich den Anspruch gegen sich selbst überweisen lässt (§ 829 ZPO, § 835 ZPO). Auch dadurch wird der Schadensausgleich in Geld verhindert - jedoch wird eine Umgehung verneint.

Umstritten ist seit jeher, ob das Aufrechnungsverbot auch gilt, wenn beide Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt stammen ("Schlägerei").

Für eine solche Einschränkung wird angeführt, dass in einer Schlägerei kaum eine Partei über die Möglichkeit einer Aufrechnung nachdenken wird. Die Gefahr einer sanktionslosen Privatrache besteht insoweit nicht.

Die Gegenansicht lehnt eine solche Einschränkung ab. Die Frage, ob beide Forderungen aus einem einheitlichen Lebensvorgang stammen, wäre oft nicht eindeutig und würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.



2. Was gilt für vertragliche Aufrechnungsverbote?

Genauso wie die Abtretung (§ 399 BGB) kann auch die Aufrechnung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung wird nach § 391 Abs. 2 BGB vermutet, wenn die Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort erbracht werden soll, weil in diesem Fall die Leistung auch genau dann zur Verfügung steht.

V verspricht K, ihm auf halber Strecke einer Bergwanderung eine Flasche Wasser zu übergeben und übereignen. Dort angekommen fällt V ein, dass ihm K eigentlich seinerseits noch einen Kasten Wasser zu seiner Wohnung bringen sollte. Hier scheidet eine Aufrechnung aus - denn K hat ein berechtigtes Interesse daran, das Wasser genau während der Wanderung zu erhalten. Mit einer Aufrechnung würden seine berechtigten Interessen verletzt.



Im Wohnraummietrecht kann der Mieter trotz entgegenstehender Vereinbarung wegen zuviel gezahlter Miete die Aufrechnung erklären (§ 556b Abs. 2 BGB). Im Übrigen kann in AGB (§ 305 BGB) die Aufrechnung gegenüber einem Nichtunternehmer (§ 310 Abs. 1 BGB iVm § 14 BGB) nicht ausgeschlossen werden, soweit es um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen geht (§ 309 Nr. 3 BGB).

IV. Welche Folgen hat die Aufrechnung?

Durch die Erklärung der Aufrechnung erlöschen beide Forderungen mit Rückwirkung zum Zeitpunkt, in dem zum ersten Mal die Aufrechnung hätte erklärt werden können (§ 389 BGB). Das bedeutet:

- Ein zwischenzeitlich erklärter Rücktritt geht ins Leere (§ 352 BGB).
- Eine Anfechtung wirkt hingegen noch vor der Aufrechnung und verhindert die Entstehung der entsprechenden Forderung (§ 142 BGB) - dann ist eine Aufrechnung nicht mehr möglich, weil nie eine Aufrechnungslage bestand.

- Ein **Verzug** (§ 286 BGB) und ein Anspruch auf Zinsen entfallen ebenfalls rückwirkend, ebenso Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verzögerung (§ 280 Abs. 2 BGB) und etwaige Vertragsstrafen (§ 339 BGB). Hierauf bereits erfolgte Leistungen sind nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückzufordern.
- Auch im **Prozess** führt die erfolgreiche Aufrechnung durch den Beklagten dazu, dass der Kläger die Kosten tragen muss (§ 91 ZPO); etwas anderes gilt nur, wenn die Aufrechnungslage erst nach Rechtshängigkeit (§ 253 ZPO, § 261 ZPO: Zustellung der Klageschrift an den Beklagten) eingetreten ist und der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Umgekehrt findet nach der Rechtsprechung eine nach rechtskräftigem Urteil erklärte Aufrechnung nicht mehr im Zwangsvollstreckungsverfahren Berücksichtigung, soweit die *Aufrechnungslage* schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand ("Präklusion", § 767 Abs. 2 ZPO). Die Literatur stellt hingegen auf die *Erklärung* der Aufrechnung ab und verneint einen solchen Einwendungsausschluss.

Eine § 366 Abs. 1 BGB verwandte Regelung findet sich in § 396 Abs. 1 BGB: Hat der Gläubiger **mehrere Forderungen** gegen den Schuldner, kann dieser entscheiden, welche er durch die Aufrechnung zu Fall bringt. Das würde aber zu einem "Wettlauf der Aufrechnenden" führen: Um zu verhindern, dass die (etwa wegen einer Bürgschaft) sicherste Forderung vernichtet wird, müsste der Gläubiger schnellstmöglich eine weniger sichere Forderung opfern. Aus diesem Grunde gewährt § 396 Abs. 1 BGB dem Aufrechnungsempfänger ein **Widerspruchsrecht**. Widerspricht er der Wahl seines Schuldners, ist auf § 366 Abs. 2 BGB zurückzugreifen. Werden neben der Hauptforderung auch **Zinsen und Kosten** geschuldet, werden diese auch durch eine Aufrechnung zuerst getilgt (§ 396 Abs. 2 BGB iVm § 367 BGB).

Vor Erklärung der Aufrechnung bestehen die beiden Forderungen grundsätzlich unabhängig voneinander. Es gibt also kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Gläubiger.

Dies kann aber im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen für akzessorisch haftende Dritte führen, welche sich ihrer Haftung nicht durch Aufrechnungserklärung entziehen können. In diesen Fällen gewährt das Gesetz eine "**Einrede der Aufrechenbarkeit**":

- Dementsprechend können persönlich haftende (§ 128 S. 1 HGB) Gesellschafter einer GbR, einer OHG oder KG nach § 129 Abs. 3 HGB (ggf. iVm § 161 Abs. 2 HGB) die Erfüllung einer Verbindlichkeit solange verweigern, wie die Gesellschaft aufrechnen kann (entgegen dem Wortlaut aber gerade nicht, wenn der Gläubiger aufrechnen könnte!).
- Ein vergleichbares Leistungsverweigerungsrecht gewährt das Gesetz Personen, die akzessorisch für eine fremde Schuld haften, namentlich Bürgen (§ 770 Abs. 2 BGB), Hypothekenschuldner (§ 1137 Abs. 1 S. 1 BGB) und Verpfänder (§ 1211 Abs. 1 S. 1 BGB).

Ansonsten bewirkt das Bestehen einer Aufrechnungslage vor allem einen **Bestandsschutz**. Dieser schützt vor einem Verlust der Aufrechnungsbefugnis durch Gläubigerwechsel (§ 406 BGB), Verjährung (§ 215 BGB), Insolvenz (§ 94 InsO) oder Pfändung der Forderung nach Eintritt der Aufrechnungslage. Dahinter steht die Überlegung, dass ein Schuldner, der weiß, dass er sich durch Aufrechnung von seinen Pflichten befreien könnte, keine Furcht vor Zinsen, Vertragsstrafen, etc. haben wird. Dieses Vertrauen sieht der Gesetzgeber als schutzwürdig an.

C. Was sind "Unmöglichkeit" und "Unzumutbarkeit" (§ 275 BGB)?

Niemand kann dazu verpflichtet werden, etwas zu leisten, das er selbst unter Einsatz aller zulässigen Mittel nicht erbringen kann (**impossibilium nemo obligatur**). Diesen selbstverständlichen Grundsatz regelt das BGB in § 275 Abs. 1 BGB. Die **Unmöglichkeit** führt automatisch zum Erlöschen der jeweiligen Leistungspflicht. Was Unmöglichkeit ist, wird dabei vorausgesetzt und nicht näher definiert.

Wird ein verkaufter PKW gestohlen, ist die Eigentumsverschaffung noch möglich - nach § 931 BGB genügt insoweit die Einigung unter Abtretung des Herausgabeanspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB gegen den Dieb. Eine Übergabe scheitert hingegen am fehlenden Besitz des Veräußerers. Aber mit entsprechend großem Aufwand lässt sich der PKW vielleicht wieder beschaffen - liegt hier schon Unmöglichkeit vor? Die hM bejaht dies unter Hinweis auf die hohe Unsicherheit.



Demgegenüber kann in den Fällen der **Unzumutbarkeit** die Leistung noch erbracht werden. Sie ist jedoch entweder volkswirtschaftlich unsinnig (§ 275 Abs. 2 BGB) oder aus persönlichen Gründen für den Schuldner eine unverhältnismäßige Belastung (§ 275 Abs. 3 BGB). In diesen Fällen erlischt die Leistungspflicht nicht automatisch, sondern nur wenn sich der Schuldner auf die Unzumutbarkeit beruft.

Ebenfalls nicht in § 275 BGB geregelt ist die Frage, welche Auswirkungen die Unmöglichkeit einer Leistung auf die **Verpflichtung der anderen Vertragspartei in einem gegenseitigen Vertrag** hat. Diese Frage beantwortet § 326 Abs. 1 BGB: Mit der Unmöglichkeit der Leistung einer Partei erlischt grundsätzlich auch die Verpflichtung der anderen. Dies ist die logische Konsequenz aus der Gegenseitigkeitsbeziehung, die schon im Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB zum Ausdruck kommt.

I. Wann liegt Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) vor?

Unmöglichkeit im Sinne des BGB liegt vor, wenn endgültig feststeht, dass der Schuldner die Leistung unter keinen Umständen mehr erbringen kann. Eine einmal festgestellte Unmöglichkeit wird durch eine spätere Änderung **nicht mehr geheilt**.

- Ist aufgrund eines Diebstahls Unmöglichkeit eingetreten, lebt die Pflicht zur Übergabe und Übereignung des gestohlenen Gegenstands nicht mit Wiederfinden auf.
- Wurde bei Errichtung eines Hauses eine Wärmedämmung versprochen, die objektiv von niemandem erbracht werden kann, muss dies nicht erfolgen, sobald die entsprechende Technologie zur Verfügung steht.
- Wurde ein verbotenes Verhalten versprochen, muss dieses auch dann nicht erbracht werden, wenn das Verbotsgesetz später aufgehoben wird.



§ 275 Abs. 1 BGB stellt ausdrücklich klar, dass es rechtlich keinen Unterschied zwischen **objektiver** (*für jedermann unmöglich*) und **subjektiver** (*[nur] für den Schuldner ... unmöglich*) Unmöglichkeit gibt. Ebenso wenig hat es Konsequenzen, ob die Unmöglichkeit auf **rechtlichen** (gesetz-

liche Verbote, fehlende Genehmigungen) oder **tatsächlichen** Gründen (Übereignung endgültig zerstörter Sachen, Leistungen einer verstorbenen Person) beruht.



In der Klausur ist es sinnvoll, **kurz (!)** festzustellen, was Ursache der Unmöglichkeit ist, etwa "*Hier ist die Leistung aus tatsächlichen Gründen objektiv unmöglich.*" - obwohl dies keine Konsequenzen hat. Der Grund hierfür ist, dass nach früherer Rechtslage die Unterscheidung bedeutsam war und viele Korrektoren dementsprechend Ausführungen hierzu erwarten. Sie wissen aber, dass die Unterscheidung rechtlich irrelevant ist.

1. Was sind "Zweckerreichung" und "Zweckfortfall"?

Für die Unmöglichkeit ist nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg maßgeblich. Daher kann tatsächliche Unmöglichkeit eintreten, weil der geschuldete Erfolg bereits aus anderen Gründen eingetreten ist (sog. "**Zweckerreichung**"). Die mögliche Leistungshandlung des Schuldners wäre dann schlicht sinnlos und darf von ihm nicht mehr erbracht werden. Ohne Bedeutung ist, wodurch der Leistungserfolg eingetreten ist - ob durch ein Verhalten des Gläubigers, eine Handlung eines Dritten oder gar durch Zufall.



Der Notarzt wird gerufen, weil ein Kind eine Erbse durch die Nase aufgesaugt hat. Bevor der Notarzt eintrifft, niest das Kind die Erbse wieder aus.

Unmöglichkeit kann zudem eintreten, wenn es aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist, dass der mit dem Leistungserfolg verfolgte Zweck noch eintreten kann ("**Zweckfortfall**").



Ein zu reparierender PKW explodiert, bevor er in die Werkstatt geliefert werden kann. Der zu behandelnde Patient stirbt, bevor der Arzt eintrifft.

Bei Zweckfortfall und Zweckerreichung sind allerdings im Vertrauen auf die Leistungspflicht **bereits erbrachte Vorleistungen des Schuldners** zu ersetzen. Es wäre unbillig, ihm diese Kosten aufzuerlegen. Dies folgt aus einer für alle Vertragstypen geltenden Gesamtanalogie zu § 645 Abs. 1 S. 1 BGB (Werkvertrag), § 615 BGB (Dienstvertrag), § 537 Abs. 1 BGB (Mietvertrag).

Der schlichte Wegfall des subjektiven Leistungsinteresses kann aber nicht genügen, um Unmöglichkeit anzunehmen ("**Interessenfortfall**"). Hier liegt also keine Unmöglichkeit vor, soweit die Umstände nicht in der Sphäre einer Partei liegen, kann man aber an eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) denken.



X kauft sich ein Flugticket, um zu einem Konzert in London zu fahren. Das Konzert fällt aus. Die Erbringung des Fluges ist nicht wegen Zweckfortfall unmöglich; die Verwendungsabsicht liegt allein in der Risikosphäre des X (daher auch kein Fall einer Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 BGB).

2. Was ist ein "absolutes Fixgeschäft"?

Grundsätzlich sind Leistungen nachholbar. Das bedeutet, dass bei Verzögerung der Leistung zwar eine Pflicht verletzt wird (und nach § 280 Abs. 2 BGB iVm § 286 Abs. 1 BGB Schadensersatz zu leisten ist), aber die Leistungspflicht nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) untergeht. Allein der Umstand, dass der Gläubiger die Leistung nun nicht mehr in gleichem Umfang nutzen kann, genügt nicht, um die Leistungspflicht untergehen zu lassen.

Es gibt jedoch auch Schuldverhältnisse, bei denen eine Nachholung der Leistung nicht mehr als Erfüllung der ursprünglich vereinbarten Pflicht angesehen werden kann. Soweit für den Schuldner **offensichtlich** ist, dass die Leistung für den Gläubiger nur sinnvoll verwendbar ist, wenn sie zum festgelegten Zeitpunkt erfolgt und er sich dennoch auf die **Pflicht einlässt**, tritt Unmöglichkeit ein.

Dies ist der Fall beim Kauf von Hochzeitskleidern oder Weihnachtsbäumen - diese machen nach Ablauf des jeweiligen Termins keinen Sinn. Demgegenüber genügt selbst eine Verspätung von 12 Stunden bei Flugreisen im Regelfall nicht, um Unmöglichkeit anzunehmen.



Ein absolutes Fixgeschäft liegt in der Regel bei **Dauerschuldverhältnissen** vor. Das kann man sich leicht erklären: Weil bei diesen Schuldverhältnissen in einem bestimmten Zeitraum ("von A bis B") zu leisten ist (etwa der Gebrauch einer Sache zu verschaffen, § 535 BGB oder ein Dienst zu erbringen, § 611 BGB), gibt es ein bestimmtes Ende der Leistungspflicht. Fehlt nun am Anfang der Leistungszeit etwas, kann dies nicht einfach hinten wieder angehängt werden, ohne den Leistungsinhalt zu verändern.

A leiht B für eine Hausarbeit im Studium ein Notebook vom ersten Tag bis zum letzten Tag der Schreibfrist (§ 598 BGB). In der ersten Woche der Hausarbeit vergisst A, dem B das Notebook zu übergeben. Dann nützt es B nichts, wenn ihm A das Notebook für eine weitere Woche nach Ende der Schreibfrist überlässt - er benötigt das Gerät genau in dieser Frist, eine Nachholung ist unmöglich.



3. Was gilt für "vorübergehende Unmöglichkeit"?

§ 275 Abs. 1 BGB kennt zwar die teilweise Unmöglichkeit ("soweit"), aber regelt nicht, was gelten soll, wenn eine Leistung offensichtlich demnächst erbracht werden kann, dies aber derzeit ausgeschlossen ist. Keinesfalls darf man bei **vorübergehender Unmöglichkeit** eine teilweise Unmöglichkeit (der rechtzeitigen Leistung) annehmen.

Aufgrund eines Streiks, Hochwasser oder einer nicht erfolgten Lieferung maßgeschneiderter Bauteile kann V eine bestellte Maschine nicht liefern - nach Wegfall des Leistungshindernisses ist ihm dies aber möglich.



In diesen Fällen ist zu differenzieren:

- Solange die Leistung nicht erbracht werden kann, besteht **keine Leistungspflicht**. Damit liegt in der Nichtleistung auch keine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 BGB und es kann kein

Schadensersatz verlangt werden; ebensowenig ist ein Rücktritt nach § 323 BGB möglich. Ist hingegen bereits Verzug eingetreten, kann auch trotz zwischenzeitlich eingetretener vorübergehender Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Verzögerung (§ 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 BGB) verlangt werden.



V bestellt bei K ein Auto. Aufgrund schlechter Betriebsorganisation kann V nicht zum vereinbarten Termin liefern. Zwei Tage später ist seine Fabrikhalle wegen unvorhersehbarer Hochwassers überschwemmt; erst drei Wochen später kann er wieder produzieren. Hier kann K für den kompletten Zeitraum ab vereinbarter bis zur tatsächlichen Lieferung (trotz zwischenzeitlich eingetretener und wieder erledigter Unmöglichkeit!) Ersatz seines Nutzungsausfalls verlangen.

- Eine vorübergehende Unmöglichkeit ist als **dauerhafte Unmöglichkeit** nach § 275 Abs. 1 BGB zu behandeln (mit der Folge, dass die Leistung weder erbracht werden noch gefordert werden darf), wenn der Vertragszweck in Frage gestellt wird und ein Festhalten bis zum Wegfall des Hindernisses den Parteien nicht zumutbar ist. In diesem Fall erlischt die Leistungspflicht mit Eintritt des (vorübergehenden) Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 1 BGB. Dies ist namentlich in den bereits erörterten Fällen eines absoluten Fixgeschäfts der Fall.

4. Was sind "qualitative" und "teilweise Unmöglichkeit"?

Nicht in jedem Fall muss die gesamte Leistung unmöglich werden, vielmehr kann ein Teil der Leistung durchaus noch erbringbar sein. Insoweit ordnet § 275 Abs. 1 BGB ausdrücklich den Wegfall der Pflicht nur an, *soweit* die Leistung unmöglich ist ("**teilweise Unmöglichkeit**"). Allerdings muss es sich dazu um eine teilbare Leistung handeln - Voraussetzung hierfür ist, dass auch der verbleibende Teil für den Gläubiger einen Wert hat.



Verkauft V dem K eine Sache, die er E gestohlen hat, kann V dem K die Sache zwar übergeben (§ 854 Abs. 1 BGB), ihm jedoch kein Eigentum verschaffen (§ 935 BGB verhindert einen gutgläubigen Erwerb). Hier liegt vollständige (und nicht nur teilweise) Unmöglichkeit vor, obwohl eine (von zwei) Pflichten aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt werden könnte (nämlich die Übergabe, aber nicht die Übereignung). Dies gilt entsprechend auch für den Fall, dass nur die Übereignung, aber nicht die Übergabe möglich ist, wenn E die Sache an X verkaufen will (denn er weiß nicht, wo der Dieb V die Sache aufbewahrt).

Wenn von einer sechsköpfigen Band nur drei auftreten können, ist der gesamte Auftritt unmöglich, obwohl ein Teil auftreten kann. Die drei verbleibenden Mitglieder können also nicht auftreten und hierfür eine Vergütung fordern; umgekehrt darf der Gläubiger keinen Auftritt einklagen.

Teilweise Unmöglichkeit ist insbesondere bei Kauf vertretbarer Sachen (§ 91 BGB) denkbar: Sind wegen Zerstörung einer Mühle nur 100 Säcke Mehl statt der bestellten 500 Säcke lieferbar, besteht die Pflicht zur Lieferung dieser Teilmenge möglich.

Von einer "**qualitativen Unmöglichkeit**" spricht man, wenn ein Sachmangel auch durch Nacherfüllung (§ 439 BGB, § 635 BGB) nicht beseitigt werden kann (es also z.B. keine denkbare Ersatzsache gibt und eine Reparatur unmöglich ist). Der Ausdruck stammt daher, dass die ge-

schuldete Qualität ("*frei von Sach- und Rechtsmängeln*", § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, § 633 Abs. 1 BGB) unmöglich zu erbringen ist. Dementsprechend verweisen § 437 Nr. 3 BGB bzw. § 634 Nr. 4 BGB ausdrücklich auch auf die Regelungen zum Schadensersatz wegen Unmöglichkeit (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB bzw. § 311a Abs. 1 BGB) und § 437 Nr. 2 BGB bzw. § 634 Nr. 3 BGB ausdrücklich auch auf das Rücktrittsrecht wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 5 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB.

5. Welche Besonderheiten sind bei Gattungsschulden zu beachten?

Wenn die Lieferung eines bestimmten Gegenstandes geschuldet ist (Stückschuld), tritt bei dessen Untergang Unmöglichkeit ein. Bei einer Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB) setzt Unmöglichkeit hingegen voraus, dass die **gesamte Gattung untergeht**. Der Verkäufer muss sich also gegebenenfalls bei der Konkurrenz eindecken, wenn sein Lieferant und sein Vorrat nicht zur Erfüllung genügen. Allerdings kann sich aus einer **Auslegung des Vertrages** (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergeben, dass nur **aus dem Vorrat oder der eigenen Produktion** zu erfüllen ist.

Der Winzer wird also im Zweifel nicht verpflichtet sein, sich bei Kunden oder Konkurrenten einzudecken, wenn sein Vorrat zerstört wird, weil eine solche Pflicht im Verkehr unüblich wäre.



Etwas anderes gilt allerdings nach **Konkretisierung** (§ 243 Abs. 2 BGB): Hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, beschränkt sich seine Leistungspflicht auf einen bestimmten Gegenstand. Dieser kann untergehen mit der Folge, dass eine weitere Ersatzbeschaffung untergeht.

In der Klausur müssen Sie genau darauf achten, ob alle Voraussetzungen der Konkretisierung vorliegen - allein der Wille des Schuldners, einen bestimmten Gegenstand zu leisten, genügt ebensowenig wie die bloße Aussonderung bei der Bringschuld!



6. Was gilt für Geldschulden?

Da eine **Geldschuld** keine Gattungsschuld ist, scheidet eine Konkretisierung aus (§ 243 Abs. 2 BGB). Es gilt "Geld hat man zu haben"; im schlimmsten Fall muss der Schuldner ein Insolvenzverfahren einleiten (bei dem das Restvermögen unter allen Gläubigern anteilig verteilt wird); er kann aber nicht einfach seine Leistung unter Hinweis auf § 275 Abs. 1 BGB verweigern.

Auch hiervon gibt es aber eine **klausurrelevante Ausnahme** (die zwar auch für die Gattungsschuld gilt, aber dort keine praktische Relevanz hat): Nach § 300 Abs. 2 BGB geht die Gefahr des Untergangs auch auf den Gläubiger über, wenn die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen

K will bei V zur vereinbarten Zeit und am vereinbarten Ort eine Kaufpreisschuld in bar bezahlen. Wenn V die Annahme verweigert oder nicht anwesend ist (§ 293 BGB) und K auf dem Heimweg überfallen wird (und so das Geld verliert), kann V nicht mehr Zahlung verlangen (§ 300 Abs. 2 BGB).



Wie Sie bereits wissen, kann bei einem Vertrag über **Sammlermünzen** auch eine **Gattungsschuld** (und keine Geldschuld im obigen Sinne) vorliegen. Sie müssen in der Klausur also auch hier sauber abgrenzen.



Ein häufiger Irrtum ist, dass die Geldleistungspflicht immer die Gegenleistungspflicht im Sinne von § 326 Abs. 1 BGB ist - das ist völliger Unsinn. Es ist nur so, dass die Konstellationen, in denen eine Geldleistung unmöglich wird, in Klausuren sehr selten sind.

II. Was ist Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB)?

Der Schuldner hat grundsätzlich die uneingeschränkte Pflicht, seine Leistung zu erbringen. Stellen sich dabei unerwartete Hindernisse oder ist der Aufwand höher als prognostiziert, ist dies sein Risiko - er hätte sich durch Vereinbarung einer höheren Gegenleistung oder entsprechender Vorbehalte schützen können und müssen.

Aus **volkswirtschaftlichen Gründen** müssen diesem Prinzip aber Grenzen gesetzt werden: Steht der Aufwand des Schuldners objektiv völlig außer Verhältnis zum Nutzen für den Gläubiger, genügt es, ihm statt der Leistung seinen durch deren Ausbleiben entstehenden Verlust in Geld (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB) zu ersetzen. Diesem Gedanken trägt § 275 Abs. 2 BGB Rechnung. Dieser hat drei Voraussetzungen:



1. Der Leistungsaufwand des Schuldners muss das Leistungsinteresse des Gläubigers überschreiten.
2. Aufwand und Interesse müssen in einem groben Missverhältnis zueinander stehen.
3. Der Schuldner muss sich auf die Unzumutbarkeit der Leistung berufen.

Sie müssen in der Klausur § 275 Abs. 2 BGB von zwei anderen Fällen der Unzumutbarkeit abgrenzen:

- Übersteigt der Aufwand nur die **individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des konkreten Schuldners** (würde sie ihn also in die Insolvenz treiben), ohne dass der Aufwand objektiv zu hoch ist, kommt eine Lösung nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht.
- Nach § 439 Abs. 3 BGB bzw. § 635 Abs. 3 BGB kann eine **bestimmte Form der Nacherfüllung** (i.d.R. Reparatur oder Ersatzlieferung) verweigert werden, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten (i.d.R. gegenüber der jeweils anderen Form) möglich wäre.

1. Worauf stellt § 275 Abs. 2 BGB ab?

Auf der einen Seite der Abwägung müssen Sie das **Leistungsinteresse des Gläubigers** ermitteln. Das ist grundsätzlich der Geldbetrag, der als Schadensersatz statt der Leistung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB zu zahlen wäre, wobei aber anders als nach § 253 Abs. 1 BGB auch immaterielle Verluste zu berücksichtigen sind. In fast jedem Fall wird dieses Leistungsinteresse höher als die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung liegen, weil kaum jemand gezielt ein wirtschaftlich nachteiliges Geschäft abschließen will. Wie viel mehr die Leistung für den Gläubiger

wert ist, wird man aber kaum beziffern können: Der Wert, den er durch Weiterverkauf erzielen kann, lässt sich nur ansetzen, soweit er jedenfalls potentiell zum Weiterverkauf bereit ist. Das Leistungsinteresse muss nicht zwingend in einem materiellen Vermögenswert liegen; auch ideelle Zwecke der Leistung sind zu berücksichtigen, denn eine § 253 Abs. 1 BGB vergleichbare Einschränkung fehlt in § 275 Abs. 2 BGB.

Bei Kauf von Kunstwerken wird es oft um einen individuellen Liebhaberwert gehen; der bei Auktionen erzielbare Preis ist daher allenfalls eine Orientierungshilfe.



Eine "**Vorteilsausgleichung**" in dem Sinne, dass ein bei Bejahung von § 275 Abs. 2 BGB begründeter Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 283 BGB), die nach § 326 Abs. 1 BGB entfallende Gegenleistung oder auch nur das dann herauszugebende stellvertretende commodum (§ 285 BGB) anzurechnen sind, scheidet aus - denn sonst wäre das Gläubigerinteresse (mit Ausnahme etwaiger immaterieller Verluste) immer Null und würde auch durch den geringsten Mehraufwand des Schuldners überwunden.

Als **Aufwand des Schuldners** sind demgegenüber alle finanziellen Ausgaben (etwa erhöhte Transportkosten, Einstellung von zusätzlichem Personal, Zahlung eines Mehrpreises) sowie persönliche Anstrengungen (Zeitaufwand, etc.) zu berücksichtigen (ebenso bei Kosten in § 439 Abs. 3 BGB und § 635 Abs. 3 BGB). Dabei wird nicht nur der durch spätere Veränderungen eingetretene Mehraufwand berücksichtigt, sondern der gesamte Aufwand des Schuldners für die Erfüllung seiner Pflicht. Keine Berücksichtigung finden drohende Schäden und die individuelle Leistungsfähigkeit.

In **zeitlicher Hinsicht** ist für das Leistungsinteresse auf die erstmalige Fälligkeit des Anspruchs abzustellen - also weder auf den Vertragsschluss noch auf die ggf. später eintretende Unmöglichkeit oder gar die letzte mündliche Verhandlung vor einem Gericht. Demgegenüber bestimmt sich der Aufwand ausschließlich nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung - spätere Veränderungen sind also zu berücksichtigen.

2. Was bedeutet "grobes Missverhältnis"?

Ein **grobes Missverhältnis** liegt erst vor, wenn kein vernünftiger Mensch in der Position des Gläubigers auch nur daran denken würde, den erforderlichen Aufwand zu treiben, um in den Genuss der Leistung zu gelangen.

Preissteigerungen bei Massengütern fallen nie unter § 275 Abs. 2 S. 1 BGB, da ein über die vereinbarte, von ihm zu erbringende Gegenleistung hinausgehendes Leistungsinteresse des Gläubigers zumindest in Höhe des Marktpreises zu bejahen ist. Wenn der Marktpreis steigt, wächst daher auch das Leistungsinteresse des Gläubigers.



Es ist also ein strenger Maßstab anzulegen. Dazu gibt das Gesetz drei Orientierungspunkte:

- Zunächst verlangt das Gesetz die *Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses*. Damit ist gemeint, dass insbesondere bei Verträgen der Schuldner selbst dafür Sorge tragen muss, die Gegenleistung anhand seiner erforderlichen Aufwendungen zutreffend zu bestimmen. Fehleinschätzungen, die nicht auf unvorhersehbaren Entwicklungen beruhen, gehen zu seinen Lasten.

- Die weiterhin erforderliche *Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben* bezieht sich vor allem auf das zu erwartende Verhalten der Parteien: Wenn der Gläubiger das Leistungshindernis verursacht hat, wird im Zweifel ein grobes Missverhältnis eher naheliegen, ebenso wenn dieser von vornherein den hohen Aufwand kannte und den gutgläubigen Schuldner arglistig darüber im Unklaren ließ.
- Ausdrücklich verlangt § 275 Abs. 2 S. 2 BGB, dass man berücksichtigen muss, ob der Schuldner *das Leistungshindernis zu vertreten* hat. Wer also eine Garantie oder ein Beschaffungsrisiko übernommen hat, muss mehr Aufwand treiben als jemand, der nichts versprochen hat. Erst Recht gilt dies, wenn vorsätzlich oder fahrlässig das Risiko in Kauf genommen wurde (etwa trotz politischer Krise bis zum Beginn eines Bürgerkriegs gewartet wurde).

3. Was bedeutet "kann verweigern" in § 275 Abs. 2 BGB?

Während nach § 275 Abs. 1 BGB die Pflicht zur Leistung automatisch (und unabhängig vom Willen von Schuldner oder Gläubiger) unwiderruflich untergeht, **darf der Schuldner trotz Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 BGB die Leistung erbringen**. Insofern spricht man auch von der "Einrede der Unzumutbarkeit".



Dies kann etwa der Fall sein, wenn ihm eine Gegenleistung angeboten wird, die seinen Aufwand bei weitem übersteigt (noch einmal: Für § 275 Abs. 2 BGB ist nicht die vom Gläubiger erbrachte Gegenleistung, sondern dessen Leistungsinteresse maßgeblich - zahlt ein irrationaler Gläubiger mehr als ihm die Leistung wert ist, darf er das natürlich). Ebenso ist aber denkbar, dass der Schuldner eine langfristige Vertragsbeziehung zum Gläubiger aufbauen will oder sich Reputationsvorteile erhofft.

Freilich müsste der Schuldner in einem Rechtsstreit vor Gericht **auch die Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) als für ihn günstige Tatsache darlegen und beweisen**. Solange er nichts sagt, wird er trotzdem zur Leistung verurteilt. Umgekehrt genügt es zur Geltendmachung der Einrede des § 275 Abs. 2 BGB, dass der Schuldner auf das Leistungshindernis hinweist. Insofern gilt auch für die Unmöglichkeit praktisch, dass man "darüber reden muss".

Der Gläubiger kann die Einrede nicht für den Schuldner erheben. Allerdings kann er dem Schuldner eine Frist setzen und nach deren Ablauf Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB) verlangen und vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB). Damit erreicht er wirtschaftlich die selben Folgen, als wenn sich der Schuldner von vornherein auf die Unzumutbarkeit berufen hätte (dann ergäbe sich das Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB und die Schadensersatzpflicht aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB).

4. Wo prüfe ich die Unzumutbarkeit in der Klausur?

In der Klausur sollten Sie die Unzumutbarkeit **unter "Anspruch untergegangen"** diskutieren. Dies folgt aus der Nähe zur Unmöglichkeit und den daran anknüpfenden parallelen Sekundäransprüchen (§ 275 Abs. 4 BGB).



Die andere Einordnung ist zwar auch vertretbar (§ 275 Abs. 2 BGB ist wie die Verjährung eine sog. "peremptorische", d.h. endgültige Einrede), führt aber zu unnötiger Verwirrung im Aufbau: Sie müssten dann § 313 BGB unter "Anspruch untergegangen" prüfen und dürften die Abgrenzung zu § 275 Abs. 2 BGB erst unter

"Anspruch durchsetzbar" erwähnen - was sie aber bei Bejahung von § 313 BGB gar nicht prüfen dürfen. Das Problem tritt nicht auf, wenn Sie auch § 275 Abs. 2 BGB unter "Anspruch untergegangen" erörtern.

Unabhängig von der Geltendmachung der Einrede hindert das Vorliegen der Unzumutbarkeitslage bereits den **Eintritt des Verzugs** (§ 286 Abs. 1 BGB) - die Erhebung der Einrede hat also Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses.

Ist eine unzumutbare Leistung einmal (trotz des Leistungshindernisses) erbracht worden, kann das Geleistete **nicht nach § 813 BGB zurückgefordert werden**. Dies folgt im Regelfall aus der Kenntnis des Schuldners, § 814 BGB, sonst aus Sinn und Zweck des § 275 Abs. 2 BGB.

III. Was ist persönliche Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB)?

Während für die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 S. 1 BGB ausschließlich der Aufwand mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers abzuwägen war, während die Leistungsfähigkeit des Schuldners außer Betracht blieb, stellt § 275 Abs. 3 BGB ausschließlich auf die Person des Schuldners ab.

In § 275 Abs. 3 BGB erfolgt **keine objektive Kosten-Nutzen-Abwägung**, sondern es wird individuell das Überwiegen eines persönlichen Leistungsverweigerungsgrundes untersucht.



Voraussetzung ist eine *persönlich zu erbringende Leistung*. Das bedeutet, dass der Schuldner keine Erfüllungsgehilfen statt seiner selbst einschalten darf. In Betracht kommt dies vor allem beim Dienstvertrag (§ 611 BGB), Werkvertrag (§ 631 BGB), Auftrag (§ 663 BGB) und beim Geschäftsbesorgungsversorgungsvertrag (§ 675 Abs. 1 BGB). Da § 613 S. 1 BGB und § 664 Abs. 1 S. 1 BGB abdingbar sind, fallen aber nicht jeder Dienstvertrag oder Auftrag unter diese Regelung, sondern es ist eine Prüfung der Übertragbarkeit im Einzelfall erforderlich.

Neben ausdrücklichen Vereinbarungen ist an klassische höchstpersönliche Tätigkeiten zu denken, die künstlerische, wissenschaftliche oder politische Voraussetzungen erfüllen, die nur der Schuldner selbst aufweist. Wer etwa ein Konzert von Lady Gaga besuchen will, muss sich nicht mit einem Lied von deren Garderobefrau abspeisen lassen.



1. Wann ist die persönliche Leistung unzumutbar?

Erforderlich ist ein Hindernis, dessen Überwindung dem Schuldner persönlich nicht zumutbar ist. Dies ist der Fall, wenn gewichtige Interessen betroffen sind, namentlich bei Beeinträchtigung von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen. Davon unberührt bleibt zunächst eine potentielle Haftung auf Schadensersatz nach § 280 BGB.

Zu denken ist etwa an die körperliche Unversehrtheit und das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG): Wer zum Wehrdienst im Heimatstaat muss, weil ihm sonst die Todesstrafe



droht, darf seine Arbeit in Deutschland bis zur Ableistung verweigern. Nichts anderes kann bei angedrohten Terroranschlägen oder Infektionsgefahr am Arbeitsplatz gelten. Ebenso kann ein Arztbesuch im Einzelfall auch während der Arbeitszeit erforderlich werden.

Ebenfalls möglich ist die Berücksichtigung von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG): Ist das Kind einer Sängerin lebensbedrohlich erkrankt, darf sie ihren Auftritt absagen. Ebenso wird man dem Arbeitnehmer ermöglichen müssen, seinen schwer verletzten Ehegatten zu versorgen.

2. Was gilt für eine Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen?

Der Wortlaut des § 275 Abs. 3 BGB erfasst auch die **Leistungsverweigerung wegen eines religiösen Bekenntnisses oder aus Gewissensgründen (Art. 4 Abs. 1 GG)**. Der Arbeitnehmer muss nicht entgegen seinem Gewissen arbeiten - erhält dann aber auch keinen Lohn (§ 326 Abs. 1 BGB) und haftet ggf. auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB). Letzteres kommt vor allem in Betracht, wenn bereits bei Aufnahme der Arbeit der Eintritt des Gewissenskonflikts vorhersehbar war.



Ein Postbote mag im Einzelfall den Einwurf rechtsradikaler Postwurfsendungen, ein in einem Pharmaunternehmen angestellter Forscher die Mitwirkung an der Erforschung militärischer Präparate verweigern, ein Arzt in einem Krankenhaus weigert sich, an legalen Schwangerschaftsabbrüchen mitzuwirken, eine angestellte Apothekerin weigert sich, Antibabypillen zu verkaufen, ein muslimischer Arbeitnehmer besteht auf regelmäßigen Gebetspausen.

Teilweise wird jedoch die Anwendung der Norm auf diese Fälle trotz des eigentlich passenden Wortlauts abgelehnt.



Das Bundesarbeitsgericht (BAG) prüft insoweit einen Ermessensfehler in der Weisung des Arbeitgebers (§ 106 S. 1 GewO). Liegt ein Ermessensfehler vor, darf eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Verweigerung nicht erfolgen. Dafür spricht, dass das Problem dort spezifischer an einer Einzelweisung angeknüpft wird, während die Leistung im Übrigen unberührt bleibt.

Ein Teil der Literatur will für die Leistungsverweigerung wegen Religion oder Gewissen ausschließlich auf die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückgreifen. Dafür spricht, dass diese Regelung eine deutlich flexiblere Reaktion ermöglicht.

In der Klausur ist aber im Einklang mit der herrschenden Literatur ein Rückgriff auf § 275 Abs. 3 BGB empfehlenswert. Dafür spricht schon die kaum mögliche Abgrenzung zu den anderen Konfliktfällen (Gesundheit, Familie).



BAG, Urt. v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09

IV. Was gilt für die Gegenleistungspflicht (§ 326 BGB)?

Die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit führt nicht zum Erlöschen des Schuldverhältnisses insgesamt, sondern bewirkt nur, dass die Leistungspflicht einer Seite untergeht. Bei einem einseitig verpflichtenden Schuldverhältnis bleibt dann freilich kaum noch etwas bestehen.

Der Schenker muss bei Unmöglichkeit nichts mehr übergeben, ebensowenig muss der Verleiher irgendetwas statt der verliehenen Sache zum Gebrauch überlassen. Allerdings kommt ggf. eine Haftung auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB bzw. § 311a BGB) oder ein Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodums (§ 285 BGB) in Betracht.



Bei einem gegenseitigen Vertrag stehen die Leistungspflichten jedoch in einem **wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis (Synallagma)**. Damit betrifft der Untergang der einen Leistungspflicht unmittelbar auch die Leistungspflicht des anderen Teils. Diese **geht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB automatisch unter**, sobald der andere Teil nicht mehr leisten muss. Das ist bei § 275 Abs. 1 BGB mit Eintritt der Unmöglichkeit, bei § 275 Abs. 2 BGB bzw. § 275 Abs. 3 BGB mit Erhebung der Einrede der Fall. Es bedarf hierzu keiner Rücktrittserklärung (§ 348 BGB) oder ähnlicher Gestaltungshandlungen.

Ist nur ein **Teil der Leistung** unmöglich ordnet das Gesetz eine verhältnismäßige Herabsetzung nach den Vorschriften zur kaufrechtlichen Minderung an (§ 326 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB iVm § 441 Abs. 3 BGB). In Abweichung zu § 266 BGB darf der Gläubiger die Annahme dieser Teilleistung auch nicht verweigern, er kann nur bei fehlendem Interesse an der Teilleistung nach § 326 Abs. 5 BGB iVm § 323 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 BGB zurücktreten.

Hat der Gläubiger der untergangenen Leistung seine Gegenleistungspflicht bereits (auch nur teilweise) erfüllt, kann er das Geleistete nach den noch näher zu erörternden Regelungen zum Rücktritt (§§ 346 ff. BGB) **zurückfordern** (§ 326 Abs. 4 BGB). Man muss also nicht etwa das Bereicherungsrecht wegen Wegfalls des Rechtsgrundes (§ 812 Abs. 1 S. 2, 1. Var. BGB) heranziehen!

1. Was gilt für qualitative Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB)?

§ 275 Abs. 1 BGB gilt für alle Leistungspflichten und damit **auch für die Pflicht zur Nachlieferung oder Nachbesserung bei einem Sach- oder Rechtsmangel** (§ 437 Nr. 1 BGB iVm § 439 BGB, § 634 Nr. 1 BGB iVm § 635 BGB). Bei einem irreparablen Sachmangel einer nicht substituierbaren Stückschuld ist daher der Anspruch auf Nacherfüllung ausgeschlossen.

Verkauft Privatmann V seinen alten PKW als unfallfrei und stellt sich heraus, dass dieser einen schweren Unfallschaden hat, kann er ihn nicht durch Reparatur unfallfrei machen. Er kann aber auch kein Ersatzfahrzeug liefern, weil er nur ein Fahrzeug hat. Beide Formen der Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB iVm § 439 BGB) sind ihm also objektiv unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB).



Würde man § 326 Abs. 1 S. 1 BGB unbesehen auf diese Konstellation anwenden, gäbe es aber ein **überraschendes Ergebnis**: Unabhängig vom Willen des Käufers bzw. Werkbestellers wäre die Gegenleistung **automatisch zu mindern** (§ 326 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB). Im Kauf- und Werkvertragsrecht ist die Minderung jedoch ein **Gestaltungsrecht und bedarf einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung** ("*durch Erklärung*", vgl. § 638 Abs. 1 BGB, § 439 Abs. 1 BGB).

Diesen vermeintlichen Widerspruch zwischen allgemeinem und besonderem Schuldrecht korrigiert § 326 Abs. 1 S. 2 BGB: Danach beeinflusst eine nicht behebbare Schlechtleistung (anders als die teilweise oder vollständige Unmöglichkeit) die Gegenleistungspflicht nicht. Vielmehr muss der Gläubiger in diesen Fällen ein Gestaltungsrecht (nämlich den Rücktritt nach § 326 Abs. 5 BGB iVm § 346 BGB) ausüben. Um die Geltung der Ausnahmen des § 326 Abs. 2 BGB auch für die Schlechtleistung zu gewährleisten, schließt § 323 Abs. 6 BGB für diese Fälle den Rücktritt aus.



Unklar ist, was gilt, wenn das jeweilige Gewährleistungsrecht (etwa im Dienstvertragsrecht) keine Minderungsmöglichkeit vorsieht. Zulässig ist dann in jedem Fall ein Rücktritt vom gesamten Vertrag nach § 326 Abs. 5 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB, wenn der Mangel erheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Zudem kann Schadensersatz nach §§ 280 ff. BGB verlangt werden, soweit der Mangel vom Schuldner zu vertreten ist. Ein Teil der Literatur gewährt aber darüber hinaus eine Möglichkeit zum "Teilrücktritt" mit den Folgen einer Minderung analog § 443 BGB.

2. Was gilt bei überwiegendem Gläubigerverschulden (§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB)?

Nach § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB erlischt die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung ausnahmsweise nicht, wenn er für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nicht zu leisten braucht, *allein oder zumindest weit überwiegend verantwortlich* ist.

Die **Verantwortlichkeit des Gläubigers** ist allerdings anders als die Verantwortlichkeit des Schuldners (das Vertretenmüssen der §§ 276 ff. BGB) **nicht ausdrücklich im BGB geregelt**. Eine einklagbare Pflicht zur Abnahme ist zwar für einzelne Schuldverhältnisse vorgesehen (§ 433 Abs. 2 BGB), aber keinesfalls der Regelfall. Anknüpfungspunkt dürfte die **Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht** (§ 241 Abs. 2 BGB) des Gläubigers gegenüber dem Schuldner sein. Eindeutig ist dies bei deliktischen Handlungen (etwa einer Sachbeschädigung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB), aber auch bei Verletzung von Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten. Da es sich bei § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB aber anders als bei § 280 Abs. 1 BGB nicht um eine Schadensersatzpflicht handelt, ist ein Vertretenmüssen im engeren Sinne (also Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nicht erforderlich; wie bei anderen Obliegenheiten geht es um ein "*Verschulden gegen sich selbst*". Dafür genügt es aber nicht, dass das Hindernis aus der Risikosphäre des Gläubigers stammt.



In der Klausur können Sie aber trotzdem § 276 ff. BGB entsprechend heranziehen: So muss der Gläubiger für seine Hilfspersonen analog § 278 BGB einstehen. Wie generell im BGB kann von § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB **auch durch Vereinbarung abgewichen werden**. So kann der Gläubiger eine Garantie für das Vorliegen eines außerhalb der Risikosphäre beider Parteien liegenden Umstands übernehmen (etwa die Verfügbarkeit der Ware auf dem Markt). Dann muss er bei Fehlen dieses Umstands und daraus folgender Nichterbringbarkeit der Leistung trotzdem die volle Gegenleistung erbringen.

Weites Überwiegen der Verantwortlichkeit bedeutet, dass ein hypothetischer Mitverschuldensanteil des Gläubigers im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB bei mindestens 90% liegt. Dann wäre nämlich auch ein Anspruch auf Schadensersatz vollständig ausgeschlossen.

3. Was gilt bei Annahmeverzug des Gläubigers (§ 326 Abs. 2 S. 1, 2. HS BGB)?

Wenn der Gläubiger im Annahmeverzug (d.h. im Gläubigerverzug nach §§ 293 ff. BGB) ist, muss er grundsätzlich trotz Unmöglichkeit der Leistung seines Schuldners weiterhin seine Gegenleistung erbringen.

Ein typischer Klausurfehler ist die Annahme, die Unmöglichkeit müsse auf dem Annahmeverzug beruhen - das ist nicht der Fall! Maßgeblich ist allein der zeitliche Zusammenhang (...tritt dieser ... Umstand zu einer Zeit ein...).



Etwas anderes gilt nach § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB nur, wenn der Schuldner den Umstand, der zum Untergang der Leistungspflicht führt, **zu vertreten hat**. Dies verweist unmittelbar auf § 276 BGB und § 278 BGB (obwohl es hier nicht um Schadensersatzansprüche geht!). Allerdings ist die Haftung des Schuldners im Gläubigerverzug auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (§ 300 Abs. 1 BGB), so dass einfache Fahrlässigkeit (auch seiner Hilfspersonen im Sinne von § 278 BGB) außer Betracht bleibt. Die Beweislast für das fehlende Vertretenmüssen hat dabei der Schuldner, der vom Gläubiger weiterhin die Gegenleistung verlangt.

Bei einer Gattungsschuld greift § 326 Abs. 2 BGB nur, wenn entweder Konkretisierung eingetreten oder die gesamte Gattung untergegangen ist.



4. Welche anderen Gefahrtragungsregelungen sollte man kennen?

Neben § 326 Abs. 2 BGB ist ein Übergang der **Gegenleistungsgefahr** (manchmal auch "**Preisgefahr**" genannt) auch in einigen anderen Normen angeordnet:

- Im Kaufrecht ordnet **§ 446 S. 1 BGB** an, dass ein **Untergang oder eine Verschlechterung nach Übergabe** (selbst wenn dies vor der ebenfalls geschuldeten Übereignung erfolgt - namentlich bei einem Eigentumsvorbehalt im Sinne von § 449 Abs. 1 BGB, bei dem die Eigentumsübertragung nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt ist) die Gegenleistungspflicht nicht mehr beeinflusst. Dies erweitert **§ 446 S. 3 BGB** auf den Fall, dass der **Käufer im Annahmeverzug** ist (was sich aber ohnehin aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB ergibt).
- Klausurrelevanz hat auch die **Regelung des § 447 BGB**: Danach muss der Käufer den Kaufpreis auch dann bezahlen, wenn der Verkäufer die Sache einer **Transportperson übergeben** hat und die Sache **vor der Übergabe an den Käufer untergeht**. Erforderlich ist dafür eine vom Verkäufer unabhängige Transportperson sowie eine ordnungsgemäße Verpackung, Adressierung und Verladung und die Befolgung etwaiger Sonderweisungen des Käufers. Bei einem Verbrauchsgüterkauf gilt dies freilich nur unter den **einschränkenden Vorgaben des § 475 Abs. 2 BGB** (vom Käufer selbstständig ausgewählte und beauftragte Transportperson), ansonsten muss der Käufer nach § 446 BGB nur zahlen, wenn die Ware ihm bzw. seinem Erfüllungsgehilfen übergeben wird.
- Ist eine **Nachleistung im Rahmen eines Dienstvertrages möglich** (liegt also ausnahmsweise kein **absolutes Fixgeschäft** im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB vor), bleibt bei Annahmeverzug nach § 615 S. 1 BGB trotz Nichterbringung und fehlender Nachholung die Vergütungspflicht erhalten. § 615 S. 3 BGB erweitert dies auf die Fälle des Betriebsrisikos.
- Im **Werkvertrag** geht die Preisgefahr nach **§ 644 Abs. 1 S. 2 BGB** mit **Annahmeverzug des Bestellers** auf diesen über. Weitergehend bestimmt **§ 645 Abs. 1 BGB**, dass der Werkunter-

nehmer einen Teil der geschuldeten Gegenleistung verlangen kann, wenn das Werk **wegen fehlerhaft gelieferter Stoffe oder Anweisungen** nicht wie geschuldet erbracht werden kann. Schließlich regelt § 642 Abs. 1 BGB einen von der Gegenleistung unabhängigen Entschädigungsanspruch bei **fehlender Mitwirkung des Bestellers**.

- Im **Mietrecht** bestimmt § 537 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die fehlende Gebrauchsmöglichkeit der Mietsache aufgrund von **in der Person des Mieters liegenden Gründen** nicht zum Untergang der Mietzahlungspflicht führt.

5. Was gilt bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit?

Nach § 326 Abs. 1 BGB geht die Gegenleistungspflicht unabhängig davon unter, wer den Untergang der Leistungspflicht zu vertreten hatte. § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB macht nur eine Ausnahme für alleiniges oder weit überwiegendes Verschulden des Gläubigers. Nach Eintritt des Annahmeverzugs bleibt die Gegenleistungspflicht hingegen bestehen, soweit der Schuldner nicht Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit trifft (§ 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB iVm § 300 Abs. 1 BGB). Was aber für eine Quotelung im Übrigen gilt, lässt das Gesetz offen. Hieran knüpft ein **Meinungsstreit an, den Sie unbedingt kennen sollten:**



Möglich erscheint zunächst eine **analoge Anwendung von § 326 Abs. 2 BGB**. Dann bleibt auch bei (geringfügiger) Verantwortlichkeit des Gläubigers der vollständige Gegenleistungsanspruch des Schuldners bestehen. Allerdings hat der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB, der nur um seinen Anteil nach § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen ist. Durch Anwendung der Differenzmethode gelangt man automatisch zu einem gekürzten Anspruch.

Eine **andere Möglichkeit** besteht in einer **teleologischen Reduktion des § 326 Abs. 1 BGB**. Man könnte hier den Vertrag in zwei gedachte Teile aufgliedern, von denen der eine allein durch den Gläubiger unerfüllbar gemacht wurde (mit der Folge, dass die Gegenleistungspflicht insoweit vollumfänglich nach § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB bestehenbleibt), die Leistungspflicht des anderen hingegen vom Zufall oder vom Schuldner zum Untergang gebracht wurde (mit der Folge, dass die Gegenleistungspflicht insoweit vollumfänglich nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt). Im Ergebnis hat der Schuldner also gegen den Gläubiger einen analog § 254 Abs. 1 BGB anteilig herabgesetzten Gegenleistungsanspruch. Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB wird ebenfalls um seinen Verschuldensanteil nach § 254 Abs. 1 BGB gekürzt. Auch hier ist eine automatische Verrechnung nach der Differenzmethode möglich.

Eine **dritte Ansicht** will das Problem nicht durch eine Korrektur des § 326 BGB lösen und belässt es bei dessen Rechtsfolge. Der Gläubiger erhält einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB, der um seinen Verantwortungsanteil nach § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen ist. Aber auch dem Schuldner wird ein Schadensersatzanspruch gewährt: Dieser folgt aus der Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB), der aber seinerseits um den Anteil des Schuldners zu mindern ist. Auch hier ist eine Aufrechnung (§ 389 BGB) möglich.

6. Welche Rolle spielt das stellvertretende commodum (§ 285 BGB)?

Bei Unmöglichkeit einer Leistungspflicht darf der Gläubiger (muss es aber nicht!) nach § 285 BGB Herausgabe eines erlangten Ersatzgegenstandes bzw. Abtretung eines Ersatzanspruchs verlangen. Man spricht insoweit vom "stellvertretenden commodum".

Typische Fälle sind Zahlungen einer Versicherung für die Zerstörung der bereits verkauften Sache, aber auch der Kaufpreis, der durch Verkauf an einen weiteren Käufer erzielt wird.



Soweit er diesen Anspruch geltend macht, ordnet § 326 Abs. 3 S. 1 BGB an, dass die Gegenleistung insoweit fortbesteht. Der Gläubiger hat insoweit ein Wahlrecht; bis zur Entscheidung, ob er den Anspruch aus § 285 BGB geltend macht, kann er die Erbringung seiner Gegenleistung verweigern.

Allerdings soll der Schuldner hierdurch keinen Vorteil erlangen. Dementsprechend beschränkt § 326 Abs. 3 S. 2 BGB das Fortbestehen. Wie bei § 326 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB wird insoweit auf die Minderungsvorschrift des Kaufrechts verwiesen. Es erfolgt also eine anteilige Herabsetzung der Gegenleistung:

Die Gegenleistung betrug 10.000 €. Der objektive Wert der dafür zu erbringenden Leistung betrug (bei Vertragsschluss) 5.000 €. Für die Beschädigung erlangt der Schuldner eine Ersatzzahlung von 2.500 €. Verlangt nun der Gläubiger diese 2.500 € heraus, müsste er hierfür eine nach § 441 BGB geminderte Gegenleistung erbringen:



$\frac{\text{ursprünglicher Wert}}{\text{ursprüngliche Gegenleistung}} =$	$\frac{\text{verlangter Ersatz}}{\text{zu erbringende Gegenleistung}}$
$? \frac{\text{ursprüngliche Gegenleistung} \cdot \text{verlangter Ersatz}}{\text{ursprünglicher Wert}} =$	$\text{zu erbringende Gegenleistung}$
$? \frac{10.000 \text{ €} \cdot 2.500 \text{ €}}{5.000 \text{ €}} =$	$\text{zu erbringende Gegenleistung}$
$? \quad 5.000 \text{ €} =$	$\text{zu erbringende Gegenleistung}$

Er müsste also 5.000 € zahlen, um 2.500 € zu erhalten - ein schlechtes Geschäft; er sollte sich also lieber auf § 326 Abs. 1 BGB berufen.

Ist der Wert der Ersatzes höher als die ursprünglich geschuldete Leistung, **erhöht sich die Gegenleistung nicht**. Es handelt sich um einen Spekulationsgewinn, der dem Gläubiger zusteht.

D. Was ist ein "Rücktritt" (§ 346 BGB)?

Ein Rücktritt ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch welche sich ein Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Anders als die Anfechtung (§ 142 BGB) wird der Vertrag also nicht unwirksam; im Gegensatz zu einer Kündigung sind die bereits erbrachten Leistungen jedoch rückabzuwickeln.



1. Gegenseitiger Vertrag
2. Rücktrittsgrund
 - a) vertraglicher Rücktrittsvorbehalt
 - b) gesetzlicher Rücktrittsgrund
 - aa) Nichtleistung trotz Möglichkeit (§ 323 Abs. 1 BGB)
 - bb) Reparable Schlechtleistung (§ 323 Abs. 1 BGB)
 - cc) Unmögliche Leistung (§ 326 Abs. 5 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB)
 - dd) Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 324 BGB)
 - ee) Irreparable Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 BGB)
3. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)
4. Kein Ausschluss des Rücktritts (insb. § 218 BGB, § 323 Abs. 5 BGB, § 323 Abs. 6 BGB)

I. Welche Rücktrittsgründe sind zu unterscheiden?

Neben einem vertraglichen Rücktrittsvorbehalt kennt das BGB insgesamt fünf gesetzliche Rücktrittsgründe:

- Nach § 323 Abs. 1, 1. Var. BGB kann ein Rücktritt wegen Nichterfüllung einer Leistungspflicht erfolgen. Voraussetzung dafür ist freilich, dass im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung die Leistungspflicht noch bestand - namentlich bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (§ 275 BGB) scheidet daher § 323 BGB unmittelbar aus - es bedarf des Verweises aus § 326 Abs. 5 BGB.
- § 323 Abs. 1, 2. Var. BGB erlaubt den Rücktritt wegen nicht vertragsgemäßer Erbringung einer Leistung, d.h. wegen einer behebbaren Schlechtleistung. Praktische Bedeutung entfaltet diese Variante vor allem durch die Verweise in § 437 Nr. 2 BGB (für das Kaufrecht) und in § 634 Nr. 3 BGB (für den Werkvertrag).
- § 326 Abs. 5 BGB erlaubt einen Rücktritt wegen einer nach § 275 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB unmöglichen oder unzumutbaren Leistung bzw. einer nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand behebbaren Schlechtleistung. Wegen des automatischen Wegfalls der Gegenleistungspflicht (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB) bedarf es des Rücktritts vor allem im zuletzt genannten Fall, der sog. "qualitativen Unmöglichkeit", da hier der automatische Wegfall nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB gerade ausgeschlossen ist. Zudem soll die Regelung sicherstellen, dass ein Rücktritt auch in einer Situation möglich ist, in welcher der Gläubiger nicht weiß, ob der Schuldner nicht leisten kann oder nur nicht leisten will. Läge hier Unmöglichkeit vor, wäre sein Rücktritt ohne § 326 Abs. 5 BGB unwirksam.

- § 324 BGB sieht den Rücktritt wegen **Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB** vor. Wie bei § 282 BGB ist Voraussetzung hierfür, dass das Festhalten an der Leistung unzumutbar ist.
- Schließlich erlaubt § 313 Abs. 3 BGB einen Rücktritt bei einer nicht durch Vertragsanpassung behebbaren **Störung der Geschäftsgrundlage**. Soweit in §§ 346 ff. BGB von einem gesetzlichen Rücktrittsrecht die Rede ist, meint der Gesetzgeber damit allerdings im Zweifel nicht § 313 BGB.

Aus dem Recht der zweiten Andienung folgt, dass auch beim Rücktritt bei Nicht- oder Schlechtleistung eine Fristsetzung erforderlich ist. Grundsätzlich muss also der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist setzen, die fruchtlos abgelaufen ist. Wird eine zu kurze Frist gesetzt, gilt automatisch die angemessene Frist (Parallele zu § 281 BGB).

Auch hier kann eine Fristsetzung unter Umständen entbehrlich sein:

- § 323 II Nr. 1 BGB: endgültige Leistungsverweigerung durch den Schuldner
- § 323 II Nr. 2 BGB: relatives Fixgeschäft
- § 323 II Nr. 3 BGB: besondere Umstände unter Abwägung beiderseitiger Interessen
- § 440, § 636 BGB: Verweigerung, Fehlschlagen oder Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

II. Was ist bei der Rücktrittserklärung zu beachten (§ 349 BGB)?

Wie die Aufrechnung ist auch der Rücktritt ein **Gestaltungsrecht**, das durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung geltend gemacht wird (§ 349 BGB). Aus diesem Grunde kann auch der Rücktritt entsprechend § 388 S. 2 BGB **nicht unter einer Bedingung oder Befristung** erklärt werden.

In Klausuren müssen Sie gelegentlich eine Erklärung nach § 133 BGB, § 157 BGB **auslegen**, ob diese als Widerrufserklärung (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB), Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) oder Anfechtungserklärung (§ 143 BGB) zu verstehen ist. Da das Wort "Anfechtung" bzw. "Rücktritt" nicht ausdrücklich verwendet werden muss (§ 133 BGB), ist dabei das für einen objektiven Dritten erkennbare Interesse des Erklärenden maßgeblich. Dabei ist im Regelfall der verbraucherschützende Widerruf für den Erklärenden die günstigste Variante, da hier grundsätzlich keine Wert- oder Nutzungsersatzpflicht besteht. Eine Anfechtung führt zur Anwendung der §§ 812 ff. BGB, die je nach Fall wegen der Möglichkeit der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) günstiger als der Rücktritt sein kann.



Als **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** kann die Rücktrittserklärung nichtig oder anfechtbar (§ 142 BGB) sein. Ein Widerruf ist hingegen nur bis zum Zugang möglich (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB). Bei Geschäftsunfähigen muss der Rücktritt durch den gesetzlichen Vertreter erklärt werden; bei beschränkt Geschäftsfähigen ist die (vorherige) Zustimmung der Eltern erforderlich (§ 111 BGB).

Da der Rücktritt den Vertrag insgesamt zu einem Rückgewährschuldverhältnis umgestaltet, hat er automatisch **Wirkung für alle Schuldner und Gläubiger**. Dementsprechend bestimmt § 351 BGB, dass das Rücktrittsrecht nur für und gegen alle Beteiligte ausgeübt werden kann.

III. Wodurch kann der Rücktritt ausgeschlossen werden?

Die Gründe, aufgrund derer ein Rücktritt ausgeschlossen sein kann, finden sich leider nicht einheitlich an einer Stelle im BGB zusammengefasst.

Sie müssen vielmehr differenzieren zwischen

- einem **vertraglichen Rücktrittsrecht** (die diesbezüglichen Ausschlussgründe finden sich in § 350 BGB und § 353 BGB) und
- einem **gesetzlichen Rücktrittsrecht** wegen Nicht- oder Schlechterfüllung (für das sich Ausschlussgründe in § 218 BGB, § 323 BGB und § 352 BGB finden).



In der Klausur sollten Sie Rücktrittsgründe nur ansprechen, wenn es irgendwelche Indizien dafür gibt. Etwas anderes gilt nur für § 323 Abs. 5 BGB, den Sie bei Nicht- oder Schlechtleistung stets ansprechen müssen.

1. Wodurch wird ein vertragliches Rücktrittsrecht ausgeschlossen?

Ausschlussgründe für ein vertragliches Rücktrittsrecht finden sich in § 350 BGB und § 353 BGB:

- Grundsätzlich wird ein vertragliches Rücktrittsrecht an eine Frist geknüpft sein. Soweit eine dementsprechende Vereinbarung fehlt, ist nach § 350 BGB der Rücktrittsgegner berechtigt, eine **angemessene Frist** zu setzen, innerhalb derer das Rücktrittsrecht auszuüben ist. Damit soll die Möglichkeit gewährleistet werden, Rechtssicherheit zu schaffen.
- Eine weitere Einschränkungsmöglichkeit des **vertraglichen Rücktrittsrechts** spricht § 353 BGB an: Es ist zulässig den Rücktritt an ein "**Reugeld**" (eine Strafzahlung) zu knüpfen. Bei einer solchen Vereinbarung ist grundsätzlich der Ersatz vor oder bei Rücktrittserklärung zu leisten. Erfolgt dies nicht, steht dem Rücktrittsgegner ein Zurückweisungsrecht zu (das unverzüglich geltend gemacht werden muss). Bei einer Zurückweisung kann die aus diesem Grund unwirksame Rücktrittserklärung durch Zahlung des Reugelds unverzüglich nach der Zurückweisung geheilt werden.

2. Wodurch wird ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgeschlossen?

Ausschlussgründe für den Rücktritt wegen Nicht- oder Schlechtleistung (§ 323 BGB bzw. § 326 Abs. 5 BGB) finden sich in § 218 Abs. 1 BGB, § 323 Abs. 5 BGB, § 323 Abs. 6 BGB sowie der Rücktritt nach § 352 BGB unwirksam wird:

- Nach § 218 Abs. 1 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der **Anspruch auf die Leistung (bei Nichtleistung) bzw. auf Nacherfüllung (bei Schlechtleistung) verjährt** ist.



Der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht und kein Anspruch (es gibt einen "Anspruch auf Rückgewähr", aber keinen "Anspruch auf Rücktritt"). Damit unterliegt er nicht der "**Verjährung**" (§ 194 BGB) - bei § 218 BGB handelt es sich um eine "**Ausschlussfrist**". Dies wird in Klausuren oft falsch ausgedrückt, was zu hohen Punktabzügen führt.

- Der Rücktritt wegen Nichterfüllung ist zudem ausgeschlossen, wenn die betroffene Leistungspflicht durch **wirksame Aufrechnung erloschen** ist, da dann schon keine Nichterfüllung mehr vorliegt. Darüber hinaus wird der Rücktritt nach § 352 BGB unwirksam, wenn der Schuldner sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und die Aufrechnungserklärung unverzüglich nach dem Rücktritt erfolgt. Der Grund dafür ist, dass die Aufrechnung Rückwirkung auf den Zeitpunkt des erstmaligen Bestehens der Aufrechnungslage entfaltet, die vor dem Rücktritt erfolgt ist.
- **Weitere Ausschlussgründe** finden sich in § 323 BGB. Diese sind besonders klausurrelevant und sollen daher im Folgenden näher betrachtet werden.

3. Welche Ausschlussstatbestände regelt § 323 BGB?

In § 323 BGB finden sich insgesamt **vier verschiedene Ausschlussstatbestände** für den Rücktritt wegen Schlecht- oder Nichtleistung (die über § 323 Abs. 6 BGB auch auf den Rücktritt bei Unmöglichkeit Anwendung finden):

- Nach § 323 Abs. 6, 1. Var. BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der **Rücktrittsberechtigte selbst für die Nicht- oder Schlechtleistung allein oder zumindest weit überwiegend verantwortlich** ist. Damit wird ein Gleichlauf zu § 254 Abs. 1 BGB (für Schadensersatz) und zu § 326 Abs. 2 BGB (für die Gegenleistungspflicht) erreicht.
- Nach § 323 Abs. 6, 2. Var. BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn sich der **Rücktrittsberechtigte im Annahmeverzug (§ 293 BGB) befand und der Schuldner die Nicht- oder Schlechtleistung nicht zu vertreten hat** (wobei die Erleichterung des § 300 Abs. 1 BGB zu beachten ist). Damit wird der Rücktritt ausnahmsweise verschuldensabhängig.
- Nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB (der § 281 Abs. 1 S. 2 BGB für Schadensersatz statt der ganzen Leistung entspricht) ist der Rücktritt wegen Erbringung einer bloßen Teilleistung nur möglich, soweit der **Rücktrittsberechtigte an der erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat**. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trifft den Rücktrittsgegner (d.h. den Schuldner, der nur teilweise erfüllt hat).
- Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB (der § 281 Abs. 1 S. 3 BGB für Schadensersatz statt der ganzen Leistung entspricht) ist der Rücktritt **wegen Schlechtleistung ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich** ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trifft den **Rücktrittsberechtigten**.

Ein Problem in diesem Zusammenhang bildet § 434 Abs. 3 BGB: Danach ist eine **Zuwenigleistung als Sachmangel** anzusehen, also als nicht vertragsgemäße Leistung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob § 323 Abs. 5 S. 1 BGB oder § 323 Abs. 5 S. 2 BGB anzuwenden ist.



IV. Welche Folgen hat ein Rücktritt?

Ein wirksamer Rücktritt führt zunächst dazu, dass die Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) bei der Parteien aus dem ursprünglichen Vertrag erlöschen (dies folgt implizit aus § 346 Abs. 1 BGB, wird dort aber nicht ausdrücklich erwähnt, sondern vorausgesetzt). Stattdessen entstehen jedoch **neue Leistungspflichten**, soweit bereits Leistungen erbracht wurden. Es entsteht ein sog. Rückgewährschuldverhältnis:

- Nach § 346 Abs. 1 BGB sind alle bereits gewährten **Leistungen zurückzugewähren**. Soweit dies nicht mehr in vollem Umfang möglich ist, muss stattdessen nach § 346 Abs. 2 S. 1 BGB Wertersatz geleistet werden. Auch hiervon gibt es aber Ausnahmen (§ 346 Abs. 3 S. 1 BGB) - dann wird stattdessen nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB nur ein Anspruch auf Bereicherungsausgleich (§ 818 BGB) gewährt.
- Darüber hinaus sind nach § 346 Abs. 1 BGB die tatsächlich gezogenen **Nutzungen** zurückzugewähren. Weitergehend müssen nach § 347 Abs. 1 BGB aber auch schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausgegeben werden. Auch hier gilt die hilfsweise Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB und der Ausschluss nach § 346 Abs. 3 S. 1 BGB.
- Allerdings können **getätigte Aufwendungen**, die im Vertrauen auf den Fortbestand des Schuldverhältnisses getätigt wurden, durch die nicht geplante Rückabwicklung für den Schuldner sinnlos werden. Daher bestimmt § 347 Abs. 2 S. 1 BGB, dass notwendige Verwendungen (also Aufwendungen auf eine Sache) zu ersetzen sind. Auch andere Aufwendungen können nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB ersetzt werden, soweit der andere dadurch bereichert würde.

Bei **Verletzung dieser Leistungspflichten** gelten nach § 346 Abs. 4 BGB die §§ 280 ff. BGB, so dass insbesondere Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB bzw. iVm § 283 BGB verlangt werden kann.

Unberührt bleiben **vor dem Rücktritt entstandene Schadensersatzansprüche** statt der Leistung (§ 325 BGB) wegen der ursprünglich geschuldeten Leistungen sowie die wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) - selbst wenn man annehmen würde, dass die bisherigen Rücksichtnahmepflichten durch den Rücktritt erlöschen würden, entstünden im Rahmen der Rückgewährpflicht neue, gleichgelagerte Pflichten.

1. Wie erfolgt die Rückgewähr (§ 346 Abs. 1 BGB)?

§ 346 Abs. 1 BGB verlangt, dass die Leistungen in dem Zustand zurückzugewähren sind, in dem sie empfangen wurden. Dies geschieht bei einem gegenseitigen Vertrag **Zug um Zug** (§ 348 S. 1 BGB), so dass jede Partei die Rückgewähr verweigern kann, bis die andere Partei ihrerseits Rückgewähr anbietet (§ 348 S. 2 BGB iVm § 320 Abs. 1 S. 1 BGB).

Die Leistung ist allerdings nach hM **nicht an dem Ort zurückzugewähren, an dem sie empfangen wurde** ("actus contrarius"). Vielmehr richtet sich der Ort der Rückgewähr nach § 269 Abs. 1 BGB. Danach sind vorrangig vertragliche Vereinbarungen zu prüfen. Bei einem vertraglichen Rücktrittsrecht soll der Rücktrittsberechtigte in der Regel das Transport- und Kostenrisiko der Rückgewähr tragen, so dass er die Leistung zum Rücktrittsgegner bringen muss. Im Übrigen wird sich in der Regel aus den Umständen ergeben, dass der Gegenstand an dem Ort abzuholen ist, an dem er sich vertragsgemäß befindet. Das bedeutet, dass unvorhersehbare Bewegungen des Gegenstandes nicht zu Lasten des Gläubigers gehen, der vorhersehbare oder vereinbarte Transport insbesondere zum Betriebs- oder Wohnort jedoch schon. Notfalls greift die Vermutung des § 269 Abs. 1 BGB.

Geldschulden stellen im Regelfall bloße Geldsummensschulden dar, so dass nicht die ursprünglich übereigneten (§ 929 S. 1 BGB) Münzen oder Scheine zurückzuzahlen sind, sondern nur der Betrag zu verschaffen ist; daher kommen Wertersatz (§ 346 Abs. 2 BGB) oder sogar eine Leistungsbefreiung (§ 346 Abs. 3 BGB) nicht in Betracht. Die Kosten und das Transportrisiko trägt insoweit nach der Spezialregelung des § 270 Abs. 1 BGB der jeweilige Rücktrittsschuldner. Auch hier kann aber anderes vereinbart werden.

2. Welche Bedeutung hat die Wertersatzpflicht (§ 346 Abs. 2 BGB)?

In § 346 Abs. 2 BGB ordnet das Gesetz eine verschuldensunabhängige Wertersatzpflicht an, neben die verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche nach § 346 Abs. 4 BGB iVm § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB bzw. § 283 BGB treten können. Dabei erlaubt das Gesetz eine Aufteilung der Leistungen: Nur *soweit* die Rückgewähr in natura nicht möglich ist, muss Wertersatz geleistet werden, so dass teilweise Rückgewähr und teilweise Wertersatz zu leisten sein kann.

- In Anlehnung an § 818 Abs. 2, 1. Var. BGB ordnet § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB einen Wertersatzanspruch an, wenn die Rückgewähr ***nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist***. Damit bezieht sich das Gesetz vor allem auf Dienstleistungen (§ 611 BGB), auf die Gebrauchsüberlassung einer Sache (§ 535 BGB) oder auf unkörperliche Werke wie eine Taxifahrt oder ein mündliches Gutachten (§ 631 BGB).
- Als Teilmenge von § 818 Abs. 2, 2.Var. BGB bestimmt § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, dass Wertersatz zu leisten ist, **wenn die Sache verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet** wurde. Da die empfangene Leistung im ursprünglichen Zustand zurückzugewähren wäre, ist insoweit tatsächliche Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) eingetreten. Freilich steht es dem Rücktrittsschuldner frei, die Belastung zu beseitigen (d.h. etwa ein Pfandrecht abzulösen), den veräußerten Gegenstand wiederzubeschaffen oder die Folgen einer Verarbeitung vollständig rückgängig zu machen. Dann muss er die Leistung in natura zurückgewähren, seine Wertersatzpflicht entfällt.
- Schließlich umfasst § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die in § 818 Abs. 2, 2. Var. BGB ebenfalls erfassten **weiteren Fälle der Unmöglichkeit der Herausgabe**, die nicht in Verbrauch, Veräußerung, Belastung, Verarbeitung oder Umgestaltung im Sinne von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB liegen. Sie müssen dabei allerdings sauber zwischen einer Verschlechterung und einem Untergang differenzieren: Nur für die 1. Variante (nicht für den Untergang!) schließt nämlich der zweite Halbsatz von Nr. 3 eine Wertersatzpflicht wegen Verschlechterung durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme aus. Dabei geht es etwa um die Wertminderung eines PKW allein durch die Erstzulassung.

a. Was muss man zu § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB wissen?

Das Gesetz unterscheidet in § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB drei verschiedene Modalitäten:

- Ein Gegenstand wird "**verbraucht**", wenn die Sachsubstanz bestimmungsgemäß verzehrt wird; der bloße Wertverlust ("Verschleiß") durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch zählt hingegen nicht hierzu (der entsprechende Wert wird als Nutzung ersetzt; ansonsten würde ein doppelter Ersatz erfolgen).

Eine Wurst wird verbraucht, indem man sie isst. Heizöl wird verbraucht, indem man es verbrennt. Ein Auto wird nicht durch Fahren verbraucht.



- **Veräußerung** und **Belastung** beziehen sich auf dinglich wirksame Verfügungen (Übereignung, Bestellung eines Pfandrechts, etc.). Erfasst sind aber auch schuldrechtliche Verträge, die einer Rückgewähr entgegenstehen (etwa Miete wegen § 566 BGB bei Immobilien bzw. wegen § 986 Abs. 2 BGB bei beweglichen Sachen). Grundsätzlich muss derjenige, der zur Rückgewähr (aus dem Rückgewährschuldverhältnis) verpflichtet ist, vorrangig versuchen, die Sache zurückzuerwerben oder die Belastung zu beseitigen, bevor er sich auf Wertersatz berufen kann. Nur wenn dies unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder unzumutbar (§ 275 Abs. 2

BGB) ist, kann er stattdessen Geld als Wertersatz zahlen. Keine Veräußerung liegt in bloßem Abhandenkommen iSv § 935 Abs. 1 BGB (insb. Verlust oder Diebstahl).

- **Verarbeitung** und **Umgestaltung** lehnen sich an den Begriff der Umbildung im Sinne von § 950 BGB an. Sie setzen eine menschlich gesteuerte Arbeitsleistung voraus, welche zu einer nicht unerheblichen Änderung führt. Ausgeschlossen ist damit insbesondere eine bloße Reparatur. Auch insoweit ist vorrangig der ursprüngliche Gegenstand wiederherzustellen. Nur wenn dies unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder unzumutbar (§ 275 Abs. 2 BGB) ist, kann nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB stattdessen Wertersatz gezahlt werden. Der Rücktrittsschuldner hat also kein Wahlrecht.



Eine genaue Definition müssen Sie hierzu in der Klausur nicht liefern. Es genügt ein "natürliches" Verständnis! Sparen Sie sich also die Gedächtnisleistung.

b. Was muss man zu § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB wissen?

Nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist Wertersatz zu leisten, soweit der empfangene Gegenstand *sich verschlechtert hat oder untergegangen ist*.

- **Untergang** ist (ähnlich wie die Zerstörung einer Sache im Sinne von § 303 StGB) die vollständige Vernichtung der Sachsubstanz. Bei einer Forderung entspricht dies dem Erlass (§ 397 BGB).
- Eine **Verschlechterung** ist demgegenüber jede nachteilige Veränderung der Sachsubstanz oder jede Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit der Sache.

Ohne Bedeutung sind ein **Verschulden** des Rückgewährschuldners und der **Zeitpunkt** des Untergangs bzw. der Verschlechterung. Eine vorrangige Pflicht zur Reparatur gibt es nicht, vielmehr ist ohne weiteres Wertersatz zu leisten (insoweit anders als bei § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB).



Es ist denkbar, dass die Rückgewährpflicht aus § 346 Abs. 1 BGB unmöglich ist, aber keiner der ausdrücklich in § 346 Abs. 2 S. 1 BGB genannten Fälle vorliegt (etwa bei Verbindung, § 946 BGB, oder Vermischung, § 948 BGB oder bei Abhandenkommen im Sinne von § 935 BGB). Dann ist trotzdem nach dem allen drei Nummern zugrundeliegenden Rechtsgedanken (Ersatz für nicht mehr erfüllbare Rückgewährpflicht) Wertersatz zu leisten - entweder durch extensive Auslegung oder notfalls durch eine Analogie.

Ausdrücklich ausgenommen ist der **Wertverlust durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch** (ähnlich wie schon bei § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Dieser wird über den Ersatz der gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB) bzw. der schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen (§ 347 Abs. 1 BGB) kompensiert. Erst bei "Übermaßfrüchten" kommt ein eigener Wertersatzanspruch in Betracht. Was bestimmungsgemäß ist, orientiert sich an der Vereinbarung über die Beschaffenheit oder die Verwendung bzw., wenn eine solche Vereinbarung nicht vorliegt, an den üblichen Erwartungen (analog § 434 BGB).

Wer einen gekauften Neuwagen für illegale Straßenrennen nutzt und dabei Motor, Reifen und Bremsen übermäßig abnutzt, muss hierfür Wertersatz leisten, weil dieser Einsatz nicht mehr zum bestimmungsgemäßen Gebrauch gehört.



c. Wie wird der Wertersatz berechnet?

Nach § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ist die im Vertrag bestimmte Gegenleistung für den Wertersatz *zugrunde zu legen*. Dadurch soll sichergestellt werden, dass sich das Äquivalenzverhältnis im Rücktritt nicht verschiebt. Kann die Rückgewährpflicht gar nicht erfüllt werden, wird diese in gleicher Höhe wie die Gegenleistung bewertet - damit kann jede der beiden Parteien aufrechnen und die Rückgewähr entfällt (§ 389 BGB).

Hatte ein Auto einen Wert von 5.000 €, wurde aber für 10.000 € verkauft und kann dieses wegen einer verschuldeten Zerstörung im Zeitpunkt des Rücktritts nicht mehr zurückübertragen werden, ist nicht nur Wertersatz in Höhe von 5.000 € (der objektive Verlust), sondern sogar in Höhe von 10.000 € (also der ursprünglich vereinbarten Gegenleistung) zu leisten.



Bei einer unentgeltlichen Leistung wird kein Wertersatz geschuldet.

Fehlt eine Vereinbarung über die Gegenleistung, wird der Wert grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln bestimmt: Bei einem Dienst- (§ 612 Abs. 2 BGB) oder Werkvertrag (§ 632 Abs. 2 BGB) ist *bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung* maßgeblich. Bei allen anderen Verträgen fehlt hingegen eine entsprechende Regelung. Wurde insoweit die Vergütung offengelassen, gilt grundsätzlich die Zweifelsregelung des § 316 BGB und derjenige, der die Gegenleistung zu fordern hätte, setzt diese fest. Im Einzelfall können die Parteien aber auch gewollt haben, dass die Gegenleistung nach dem Marktwert bestimmt wird - hier ist also eine Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) erforderlich

Kommt es zur objektiven Wertberechnung, ist umstritten, welcher Zeitpunkt für die Berechnung maßgeblich sein soll:



In Betracht kommt der Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe in Natura, die Erklärung des Rücktritts, der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder der je nach Fall zu ermittelnde Zeitpunkt des Entstehens der Wertersatzpflicht (entweder mit Rücktrittserklärung bei vorheriger Verschlechterung oder bei Verschlechterung nach Rücktrittserklärung).

Ist die Leistung nur verschlechtert worden (§ 346 Abs. 2 S. 1: "soweit"), ist sie in verschlechterter Form zurückgewähren und für den Wertverlust anteilig Wertersatz in Geld zu erbringen.



Umstritten ist mangels gesetzlicher Vorgaben, wie die Minderung bei Rückgewähr in verschlechtertem Zustand zu berechnen ist.

Einerseits könnte man (wie der BGH und die wohl hM) die Regelungen der Minderung im Kaufrecht (§ 441 Abs. 3 BGB) oder Werkvertragsrecht (§ 638 Abs. 3 BGB) entsprechend heranziehen. Denn diese Regelung behandeln gerade die anteilige Anpassung der Gegenleistung bei Mängeln.

Demgegenüber ist es auch möglich, bei einer Verschlechterung stattdessen nur den objektiven Wert anteilig zurückzugewähren. Ansonsten würde der Käufer bei einem nachteiligen Geschäft unzumutbar benachteiligt: Er würde letztlich gar nichts mehr von der mangelhaften Kaufsache haben, müsste aber ggf. nahezu den vollen Kaufpreis als Wertersatz leisten.

Selbstverständlich passt § 346 Abs. 2 S. 2 BGB nur bei Wertersatz für die Rückgewähr der vertraglichen Leistung, nicht aber bei Wertersatz für die gezogenen Nutzungen - denn für diese gibt es ja keine Gegenleistung. Der Wert der Nutzungen kann jedoch geschätzt werden, indem der Kaufpreis für die Sache auf die voraussichtliche Nutzungsdauer verteilt und dann der prozentuale Anteil für die tatsächliche Nutzungszeit bis zur Rückgabe ermittelt wird.



Ein Auto, das 10 Jahre hält und für 100.000 € erworben wird, muss jedes Jahr 10.000 € an Nutzungen abwerfen, damit es sich rentiert. Daher wäre der Wert insoweit 10.000 € pro Jahr.

3. Wann ist die Wertersatzpflicht ausgeschlossen (§ 346 Abs. 3 BGB)?

Soweit Sie einen Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 BGB bejaht haben, müssen Sie prüfen, ob dieser nicht ausnahmsweise nach § 346 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist. Auch hier sind drei Varianten zu unterscheiden:

- Zunächst ist trotz Bejahung von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB kein Wertersatz zu leisten, wenn sich erst **bei der Verarbeitung bzw. Umgestaltung ein zum Rücktritt berechtigender Mangel zeigt** (§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB). Dies gilt nicht nur für gesetzliche Rücktrittsrechte (etwa nach § 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB), sondern auch für vertragliche Rücktrittsrechte, die an Mängel anknüpfen. Im Wortlaut fehlt die Variante des "Verbrauchs" aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB. Jedoch findet der Ausschluss insoweit analoge Anwendung, es handelt sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.
- Demgegenüber bezieht sich § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB auf § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB: Hat der Rücktrittsgläubiger den Untergang oder die Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstandes **selbst zu vertreten**, kann er dafür keinen Wertersatz verlangen. Ebenso ist der Wertersatz ausgeschlossen, wenn der Untergang oder die Verschlechterung in gleicher Weise beim Gläubiger eingetreten wäre - dies umfasst **Fälle höherer Gewalt**.
- Der **klausurrelevanteste Ausschlussstatbestand** findet sich in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Diesen werden wir uns auf den folgenden Seiten näher ansehen.

a. Für welche Rücktrittsrechte gilt § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB?

Nach dem klaren Wortlaut greift der Ausschluss des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB nur *im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts* (also für § 323 BGB, § 324 BGB und § 326 Abs. 5 BGB). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass nur in diesem Fall der Rücktrittsberechtigte gutgläubig im Hinblick auf seine dauerhafte Verwendungsmöglichkeit sei.

Diese Verknüpfung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB mit gesetzlichen Rücktrittsrechten ist aber in zweierlei Hinsicht unzutreffend:

- Zunächst kann ein **vertragliches Rücktrittsrecht** genauso wie ein gesetzliches Rücktrittsrecht an Voraussetzungen geknüpft sein, auf deren Vorliegen der Rücktrittsberechtigte keinen Einfluss hat. Dann ist der Rücktrittsberechtigte aber in genau derjenigen Konfliktlage, die § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB im Blick hat: Er kann entweder zurücktreten und muss dann die Gegenleistung als Wertersatz erbringen oder aber er verzichtet auf die Ausübung seines Rücktrittsrechts. Ein Anlass, vor Kenntnis der Rücktrittsmöglichkeit besonders vorsichtig zu sein (d.h. mit der Sache wie mit einem fremden Gegenstand umzugehen), existiert nicht.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein für den Käufer günstiges vertragliches Rücktrittsrecht (z.B. abweichend von § 323 Abs. 1 BGB ohne Fristsetzungserfordernis) für den Fall eines Sachmangels im Sinne von § 434 BGB gewährt wird. Es wäre widersinnig, für diesen Fall vollen Wertersatz zu gewähren, nach (vergeblicher) Fristsetzung bzw. bei anderer Begründung des Rücktritts hingegen den Wertersatz auszuschließen.



- Andererseits ist die Anknüpfung an gesetzliche Rücktrittsrechte aber zu weit: Auch § 313 Abs. 3 BGB gewährt bei einer Störung der Geschäftsgrundlage ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Wer hier aber zurücktritt, ist dem Zufall überlassen. Es wäre kaum zu rechtfertigen, denjenigen, der den Rücktritt erklärt, (durch den Entfall der Wertersatzpflicht) zu privilegieren; die andere Partei bliebe dagegen zur Rückgewähr der empfangenen Leistung verpflichtet. Denn § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB rechtfertigt sich nur dadurch, dass der Rücktrittsgegner eine Pflicht zur Leistung (§ 323 BGB iVm § 241 Abs. 1 BGB) oder zumindest zur Rücksichtnahme (§ 324 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB) verletzt hat (wenngleich er dies ggf. nicht zu vertreten hat).

b. Für welche Fälle des Untergangs gilt § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB?

Der Wortlaut von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB bezieht sich ausdrücklich nur auf die *Verschlechterung* und den *Untergang* im Sinne von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB. Scheinbar gilt also für den Verbrauch (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) oder die Veräußerung (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) der Ausschlussstatbestand nicht.

Allerdings kann auch der **Verbrauch** einer Sache (etwa bei Lebensmitteln) oder deren **Veräußerung** (etwa bei Wertpapieren) zum sorgfältigen Gebrauch gehören. Es wäre kaum vertretbar, in diesen Fällen vollen Wertersatz vom gutgläubigen Rücktrittsberechtigten zu verlangen. Daher findet die Regelung entsprechende Anwendung auf § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.

Weitergehend muss die Regelung für die **ungeregelten Fälle** entsprechende Anwendung finden, in denen aufgrund eines Verhaltens, das der Sorgfalt entspricht, die der Rücktrittsschuldner in eigenen Angelegenheiten anwendet, die Sache nicht zurückgewährt werden kann. Dies betrifft insbesondere den in § 346 Abs. 2 BGB nicht erwähnten Diebstahl der Sache trotz ordnungsgemäßer Aufbewahrung.



Entgegen dem Wortlaut findet also § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auf alle Fälle des § 346 Abs. 2 BGB und sogar auf die Fälle der analogen Anwendung des § 346 Abs. 2 BGB Anwendung!

c. Greift § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auch nach Kenntnis des Rücktrittsgrundes?

Hintergrund der Privilegierung von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ist, dass ein gesetzliches Rücktrittsrecht nicht von Anfang an erkennbar ist. Aus Sicht des Rücktrittsberechtigten handelt es sich bei den durch Vertrag erlangten Gegenständen um seine eigenen. Man kann daher von ihm keine besondere Rücksicht erwarten. **Weil der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nicht kennt, darf er mit der Sache wie mit einer eigenen umgehen.**



Wer mit seinen eigenen Sachen schlecht umgeht, muss auch auf Sachen, die er später wegen eines nicht vorhersehbaren Rücktritts zurückgeben muss, keine besondere Rücksicht nehmen. Besonders sorgfältige Menschen werden hingegen nicht privilegiert, sondern müssen auch die Sachen, die sie kraft Rücktritts zurückgeben müssen, genauso sorgfältig wie ihre eigenen behandeln. Allerdings greift nach § 277 BGB wie bei allen Fällen eigenüblicher Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) der absolute Mindeststandard der "groben Fahrlässigkeit". Wer also dümmer ist als die dümmsten und noch nicht einmal das beachtet, was sich jedem aufdrängen müsste, kann sich nicht darauf berufen, auch die eigenen Sachen nicht besser zu behandeln.

Diese Ausgangslage ändert sich jedoch, sobald der Rücktrittsberechtigte weiß, dass er sich vom Vertrag durch Rücktrittserklärung lösen kann. Dann ist fraglich, ob es gerechtfertigt sein kann, den Rücktrittsberechtigten gegenüber einem vertraglich Rücktrittsberechtigten zu privilegieren.



Einerseits besteht insoweit die Möglichkeit des Rücktrittsgläubigers, Schadensersatz nach § 346 Abs. 4 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB wegen Verzögerung des Rücktritts zu verlangen. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Norm.

Andererseits kann man § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB teleologisch reduzieren. Es ist kein Grund für einen besonderen Schutz des Rücktrittsberechtigten zu entdecken, der von der Möglichkeit jederzeitiger Vertragsbeendigung Kenntnis hat. Der Schadensersatzanspruch ist verschuldensabhängig und auch von der Höhe her nicht zwingend mit dem Wertersatz identisch.

d. Was gilt bei Ausschluss der Wertersatzpflicht?

Obwohl die Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist, soll nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB eine noch **vorhandene Bereicherung herausgegeben** werden. Dies ist ein Rechtsfolgenverweis auf das Bereicherungsrecht, mithin auf § 818 BGB. Ein Rechtsgrundverweis wäre insoweit sinnlos, denn der fehlende Rechtsgrund für das Behaltendürfen ergibt sich aus § 346 Abs. 1 BGB.

In der Klausur müssen Sie also zunächst prüfen, ob der (ggf. beschädigte) empfangene **Gegenstand** zurückgegeben werden kann. Ebenso sind für den Gegenstand erhaltene **Surrogate**, etwa Versicherungsleistungen oder ein Verkaufserlös, herauszugeben (§ 818 Abs. 1 BGB).

Allerdings greift zugunsten des Rückgewährschuldners die **Einrede der Entreicherung** (§ 818 Abs. 3 BGB). Umstritten ist in diesem Zusammenhang, inwieweit auch nicht von § 347 Abs. 2 BGB umfasste Aufwendungen in Abzug gebracht werden können.

Einerseits wird insoweit auf die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätze verwiesen. Danach ist die Vermögensgesamtbilanz maßgeblich.

Andererseits wird betont, dass die §§ 346 ff. BGB als Gesamtsystem zu betrachten sind. Dabei ist § 347 Abs. 2 BGB als abschließende Spezialregelung vorrangig gegenüber einer nur durch die Rechtsfolgenverweisung in § 346 Abs. 3 S. 2 BGB für den dortigen Spezialzusammenhang mögliche Prüfung des § 818 BGB. In diese Richtung tendierte auch der Gesetzgeber, wenngleich dieser Wille im Wortlaut nicht zum Ausdruck gekommen ist.



Unklar ist, inwieweit über § 818 Abs. 4 BGB iVm § 819 BGB eine **Haftung nach den allgemeinen Vorschriften** (insb. § 292 BGB iVm §§ 987 ff. BGB) möglich ist. Dann wäre bei Bösgläubigkeit wieder eine unbeschränkte Wertersatzpflicht denkbar. Da diese Frage aber bereits in § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB entschieden ist, ist eine Anwendung von § 818 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.

4. Was gilt für die Herausgabe von Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB, § 347 Abs. 1 BGB)?

Der Rückgewährschuldner muss nach § 346 Abs. 1 BGB nicht nur den erhaltenen Gegenstand herausgeben, sondern auch die von ihm gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB). Dies umfasst die **Früchte einer Sache** (Eier eines Huhns, Milch einer Kuh), **eines Rechtes** (Dividende einer Aktie, Zinsen eines Darlehens) sowie **Gebrauchsvorteile** (Nutzungsmöglichkeit eines PKW).

Allerdings ist in vielen Fällen die Herausgabe der Nutzungen in Natur nicht möglich, so dass nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB **Wertersatz** in Geld zu leisten ist. Dabei ist natürlich nicht die Gegenleistung (§ 346 Abs. 2 S. 2 BGB) maßgeblich, sondern es ist der objektive (Verkehrs-)Wert nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln.

In der Klausur müssen Sie bei der Pflicht zur Rückgabe eines PKW also unterscheiden: Wenn der Rückgewährschuldner damit gefahren ist, hat er Gebrauchsvorteile und damit Nutzungen im Sinne von § 100 BGB erhalten, für die er nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz leisten muss. Damit ist aber auch der mit der Nutzung einhergehende Verschleiß ausgeglichen - insoweit ist nicht weiterer Wertersatz nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB wegen der verschlechterten Rückgabe des Fahrzeugs zu zahlen.



Weitergehend sieht § 347 Abs. 1 S. 1 BGB (ähnlich wie § 987 Abs. 2 BGB im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) eine Pflicht zum **Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen** vor. Voraussetzung ist, dass die Unterlassung (die Nutzungen zu ziehen) den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht, d.h. objektiv pflichtwidrig war; es handelt sich hierbei um eine Obliegenheit.

a. Zu welchem Zeitpunkt müssen die Nutzungen gezogen werden?

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut ist es ohne Bedeutung, ob die nach § 347 Abs. 1 S. 1 BGB nicht gezogenen Nutzungen vor oder nach der Ausübung des Rücktrittsrechts hätten gezogen werden müssen. Auch hier würde aber derjenige, der gar nichts von der Rücktrittsmöglichkeit weiß, benachteiligt.

Daher wird durch § 347 Abs. 1 S. 2 BGB wie in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB derjenige privilegiert, der aufgrund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts (aus § 323 BGB, § 324 BGB oder § 326 Abs. 5 BGB - aber nicht aus § 313 Abs. 3 BGB) zum Rücktritt berechtigt ist: Er muss bei der Ziehung von Nutzungen nicht die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden, sondern haftet nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*); zumindest haftet er aber für grobe Fahrlässigkeit (§ 277 BGB).

Wie § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ist diese Privilegierung entsprechend auf vertragliche Rücktrittsrechte anwendbar, welche den gesetzlichen Rücktrittsgründen nachgebildet sind. Zudem ist die Regelung nach umstrittener Auffassung (siehe oben bei § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB) auf den Zeitraum bis zur Kenntniserlangung vom Rücktrittsgrund teleologisch zu reduzieren.

b. Wie verhält sich die Nutzungsherausgabe zum Schadensersatz?

Nach § 346 Abs. 1 BGB sind beim Rücktritt die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben; nach § 347 Abs. 1 S. 1 BGB zusätzlich sogar die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen. Demgegenüber wird nach § 280 BGB der Schaden ersetzt, der durch eine Pflichtverletzung eingetreten ist. Dazu gehört in vielen Fällen auch die fehlende Nutzbarkeit einer Sache (sog. Nutzungsausfallschaden). Dieser ist grundsätzlich in Geld zu ersetzen, da eine Wiederherstellung in Natur durch Zeitablauf unmöglich geworden ist (§ 251 Abs. 1 BGB).



K kauft bei V ein Auto. Schon nach einem Tag lässt sich das Auto nicht mehr starten. K gibt das Auto in die Werkstatt des V. V versucht zwei Wochen lang vergeblich das Auto zu reparieren und gibt es dann K als irreparabel zurück; weitere Reparaturen verweigert er. Daraufhin erklärt K den Rücktritt (§ 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB). Nun begehrt K von V Ersatz des in der Zeit zwischen Beginn der Unbenutzbarkeit und Rücktrittserklärung eingetretenen Nutzungsausfallschadens.

In dieser Konstellation steht der Anspruch auf Schadensersatz aus § 437 Nr. 3 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB scheinbar im Widerspruch zu der Entscheidung des (über § 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB anwendbaren) § 346 Abs. 1 BGB, wonach die Gebrauchsvorteile (also die Nutzungen, § 100 BGB) mit Erklärung des Rücktritts rückwirkend nicht mehr dem K, sondern dem V zustehen sollen. Es scheint aber widersprüchlich, dass V an K Ersatz für entgangene Nutzungen leisten muss, obwohl K den Wert dieser Nutzungen (wenn er sie hätte ziehen können) an V herausgeben muss.

Die Lösung dieses Konflikts zwischen Rücktritts- und Schadensersatzrecht ist umstritten.

Einerseits verweist § 281 Abs. 5 BGB für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung auf das Rücktrittsrecht, was für einen Vorrang der dortigen Wertungen sprechen könnte. Der Rücktritt soll gerade bewirken, dass die Leistungen an die jeweils Leistungspflichtigen zurückgelangen - damit wäre ein Ausgleich von Verlusten aber kaum zu vereinbaren. Zudem ist der Gedanke eines "Hin- und Herzählens" dem deutschen Recht fremd und wird seit jeher mit der *dolo agit* Einrede korrigiert.

Andererseits könnte man dem Schadensersatzanspruch Vorrang gewähren; bei Geltendmachung dieses Anspruchs sei aber der Anspruch auf Ersatz von Nutzungen (etwa Zinsen auf den Kaufpreis) gegenüber dem Rücktrittsgegner anzurechnen. Dafür spricht, dass dieser ein Vertretenmüssen voraussetzt (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) und damit an strengere Voraussetzungen als der Rücktritt geknüpft ist. Nach § 325 BGB können Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung nebeneinander geltend gemacht werden. Würde man aber dem Rücktritt Vorrang einräumen, bliebe vom Schadensersatzanspruch nichts mehr übrig. Denn zum auszugleichenden Schaden gehört nach § 252 BGB ausdrücklich auch der entgangene Gewinn. Schließlich würde bei einem Vorrang des Rücktrittsrechts ein rechtsunkundiger Käufer benachteiligt - denn durch die irriige Erklärung des Rücktritts würde sein Ersatzanspruch empfindlich geschmälert. Dies soll § 325 BGB sicherstellen.



5. Was gilt für Schadensersatzansprüche (§ 346 Abs. 4 BGB)?

Die Pflicht zur Rückgewähr nach § 346 Abs. 1 BGB ist eine einklagbare Leistungspflicht. Wird sie verletzt, finden nach der (klarstellenden) Regelung des § 346 Abs. 4 BGB die §§ 280 ff. BGB Anwendung. Im Gegensatz zum Wertersatz umfasst der Schadensersatz insbesondere auch einen entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Damit hat der Rückgewährgläubiger bei Unmöglichkeit der Herausgabe nicht nur einen Anspruch auf Wertersatz nach § 346 Abs. 2 BGB, sondern kann möglicherweise auch Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB verlangen. Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist allerdings im Gegensatz zum Wertersatz, dass der Rückgewährschuldner den Untergang im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 276 Abs. 1 BGB zu vertreten hat.

Im Rahmen des Vertretenmüssens ist die Wertung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB zu berücksichtigen: Bis zur Kenntnis vom Rücktrittsgrund darf der Rückgewährschuldner einen Gegenstand als eigenen behandeln, so dass auch nur eigenübliche Sorgfalt verlangt werden kann. Erst bei grober Fahrlässigkeit oder Schlechterbehandlung als eigener Sachen wird man ihm einen Vorwurf machen können (§ 277 BGB).

Attraktiv ist der Schadensersatzanspruch auch, wenn der Rückgewährschuldner die Rückgabe der Leistung verweigert. Dann besteht zunächst ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 BGB für den Verzögerungsschaden. Nach einer Fristsetzung kann insoweit zudem Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 Abs. 1 BGB) verlangt werden - hierdurch erlöschen jedoch die Herausgabe- und Wertersatzpflichten aus § 346 BGB (§ 281 Abs. 4 BGB).

Die Rückgewährpflicht nach § 346 Abs. 1 BGB wird erst mit Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) der Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) fällig. Vorher besteht diese Pflicht also nicht - dementsprechend kann es eigentlich auch keine Pflichtverletzung darstellen, die noch nicht geschuldete

Herausgabe unmöglich werden zu lassen. Dennoch wird diskutiert, inwieweit ein Schadensersatzanspruch aufgrund eines Verhaltens vor Rücktrittserklärung begründet werden kann.



Zunächst kann man es **beim Gesetzeswortlaut belassen**. Der Gesetzgeber kannte das Problem, sah es aber als nicht regelungsbedürftig. Soweit die Herausgabe nicht möglich ist, ist nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB bzw. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz zu leisten; ein zusätzlicher Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht.

Stattdessen kann man aber auch in der unsachgemäßen Behandlung vor Rücktritt die **Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht** des ursprünglichen Vertrages im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB sehen. Diese führt zu einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung.

Eine dritte Ansicht nimmt schließlich an, dass die **Rückgewährpflicht schon "schwebend" auch vor der Erklärung besteht**, sobald Kenntnis vom Rücktrittsgrund vorliegt (also beim vertraglichen Rücktrittsrecht von Anfang an, bei einem Rücktritt wegen Schlechtleistung ab Kenntnis des Mangels). Danach führt die Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB. Die Verletzung der Pflicht zur sorgsamem Behandlung vor Wirksamwerden des Rücktritts schlägt adäquat kausal zur Unmöglichkeit der Herausgabe nach Rücktritt um.

6. Was gilt für Aufwendungsersatzansprüche (§ 347 Abs. 2 BGB)?

Der Rückgewährschuldner kann Ansprüche gegen den Rückgewährgläubiger auf Ersatz freiwilliger Vermögensopfer (Aufwendungen) haben, die er vor der Rücktrittserklärung getätigt hat. Sie müssen nach § 347 Abs. 2 BGB in Bezug auf derartige Aufwendungen differenzieren:

- § 347 Abs. 2 S. 1 BGB betrifft den Ersatz **notwendiger Verwendungen**. Diese sind dem Rückgewährschuldner bei Rückgewähr zu erstatten, selbst wenn der Rücktrittsgläubiger durch diese nicht (mehr) bereichert würde. Der Begriff „Verwendungen“ stammt eigentlich aus dem Sachenrecht (§ 994 BGB) - er erfasst alle freiwilligen Vermögensopfer, die zugunsten des zurückzugewährenden Gegenstands aufgebracht wurden (ob dies auch grundlegende Veränderungen umfasst, ist umstritten; jedenfalls wären diese aber nicht „notwendig“, so dass der Streit nur im Sachenrecht relevant ist). Eine Verwendung ist nur "notwendig", wenn sie objektiv erforderlich ist, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschließlich ihrer Nutzungsfähigkeit zu erhalten oder sie ordnungsgemäß zu bewirtschaften.



Erfasst sind etwa Kosten für das Futter oder die tierärztliche Behandlung eines zurückzugewährenden Tieres; die Wartung und die notwendigen Reparaturarbeiten an betriebsnotwendigen Teilen eines PKW (zB Bremse, Reifen), Schutzmaßnahmen (etwa Sicherung eines Rohbaus gegen Regen) oder die Restauration eines alten Gemäldes.

- Demgegenüber regelt § 347 Abs. 2 S. 2 BGB den **Ersatz aller anderen Aufwendungen**. Dazu gehören einerseits Ausgaben, die nicht als "Verwendungen" qualifiziert werden können (also nicht dem zurückzugewährenden Leistungsgegenstand zugute kamen), andererseits aber auch alle Vermögensopfer, die nicht "notwendig" (sondern zB nur „nützlich“) waren. Derartige freiwillige Vermögensopfer werden dem Rücktrittsschuldner erstattet, soweit der Gläu-

biger durch diese bereichert ist (also im Rahmen der Rückgewähr noch einen echten Mehrwert erhält) Zweck der Vorschrift ist, den Gläubiger des Rückgewähranspruchs vor einer gegen seinen Willen aufgedrängten Bereicherung zu schützen. Dies gilt sogar dann, wenn der Rücktrittsschuldner gar nicht vorhersehen konnte, dass der Gegenstand einmal zurückzugewähren sein könnte (etwa in den Fällen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB) - also Aufwendungen in der Annahme getätigt hat, dass ihm diese zugute kommen.

Erfasst sind etwa das Plüschlenkrad oder der Fuchsschwanz, die für einen zurückzugewährenden PKW angeschafft wurden; der Bau eines Hauses auf einem zurückzugewährenden Grundstück. Diese Kosten sind nur zu ersetzen, wenn der Rückgewährgläubiger das Lenkrad, den Fuchsschwanz oder das Haus behalten und (auch z.B. zur Vermietung) nutzen will - also eigene Aufwendungen erspart.



§ 347 Abs. 2 BGB soll eine **abschließende Regelung** darstellen. Die Norm verdrängt daher etwaige weitere Ansprüche aus §§ 677, 683 S.1, 670 BGB, aus § 812 BGB oder aus § 994 BGB. Aus § 292 Abs. 2 BGB iVm § 994 Abs. 2 BGB lässt sich entnehmen, dass ein Aufwandsersatz grundsätzlich nur besteht, wenn diese dem Willen und Interesse des Rücktrittsgläubiger entsprechen (§ 683 S. 1 BGB), soweit der Schuldner nach **Rechtshängigkeit** des Rückgewähranspruchs Aufwendungen tätigt. Ungeregelt ist hingegen, was nach Kenntnis des Rücktrittsgrundes bzw. Zugang der Rücktrittserklärung gelten soll.

Auf den folgenden Seiten werden wir uns die beiden Konstellationen näher ansehen.

a. Was gilt für den Ersatz notwendiger Verwendungen (§ 347 Abs. 2 S. 1 BGB)?

Grundsätzlich besteht nach § 347 Abs. 2 S. 1 BGB ein **Anspruch auf Ersatz notwendiger Verwendungen** (siehe die Parallelregelung in § 994 Abs. 1 S. 1 BGB für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis).

Verwendungen sind alle Vermögensaufwendungen auf eine Sache, die der Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung dienen; umstritten ist, ob auch die bloße Umgestaltung erfasst ist (so der weite Verwendungsbegriff).

Verwendungen sind **notwendig**, soweit sie gerade zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung erforderlich sind und nicht nur dem Rücktrittsschuldner dienen. Das bedeutet, dass sie dem Rückgewährgläubiger eigene Aufwendungen ersparen.

Zu den notwendigen Aufwendungen im Sinne von § 347 Abs. 2 S. 1 BGB gehören auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten - denn der Rückgewährschuldner muss alle Nutzungen herausgeben (§ 346 Abs. 1 BGB), so dass die Lage wie in § 994 Abs. 1 S. 1 BGB ist.



Vor der Rückgabe bzw. der Ersatzleistung ist der Anspruch grds. nicht fällig (§ 271 BGB). In den Fällen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB (Mangel zeigte sich erst bei Verarbeitung oder Umgestaltung) oder des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB (Verschlechterung oder Untergang hat der Gläubiger zu vertreten oder sie wären auch bei diesem eingetreten) entsteht der Ersatzanspruch hingegen sofort mit der Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses, d.h. mit Zugang der Rücktrittserklärung (§ 348 BGB, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB).

Allerdings ist der Ersatzanspruch **ausgeschlossen**, wenn der Rückgewährschuldner nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB (eigenübliche Sorgfalt beim gesetzlichen Rücksichtsrecht) von seiner Pflicht zur Rückgabe und zum Wertersatz befreit wurde. Dahinter steht die Überlegung, dass Nutzungen und Verwendungen einer Sache grundsätzlich derselben Person zustehen sollten. Ein Rücktrittsgegner, der weder den Gegenstand noch Geld erhält, soll nicht auch noch Verwendungen ersetzen müssen. Der Anspruch ist bereits dann ausgeschlossen, wenn die Rückgabe nur in verschlechtertem Zustand ohne Wertersatz für den Verlust möglich ist.

b. Was gilt für den Ersatz sonstiger Aufwendungen (§ 347 Abs. 2 S. 2 BGB)?

Für alle **sonstigen Aufwendungen** besteht nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB ein Herausgabeanspruch nur, soweit der andere Teil durch diese Vermögensopfer bereichert ist. Es muss sich dabei nicht unbedingt um Verwendungen (also Ausgaben in Bezug auf eine Sache) handeln. Ausgeschlossen sind allerdings die Vertragsabschlusskosten, z.B. die Ausgaben für einen Notar oder die Kosten für die Anreise zum Leistungsort.

Der Rücktrittsgegner muss durch die Aufwendungen (noch) **bereichert** sein. Obwohl dies kein Rechtsfolgenverweis auf §§ 812 ff. BGB ist, muss wie bei § 996 BGB der Rechtsgedanke des § 818 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden. Der Rückgewährgläubiger kann sich auf Entreicherung berufen, wenn die Aufwendung sein Vermögen tatsächlich nicht vergrößert hat. Hier stellt sich zudem das Problem der aufgedrängten Bereicherung.



V verkauft Tuning-Fan K einen Pkw. In Unkenntnis über einen Rücktrittsgrund des V "tunt" K den Pkw, indem er diesen für 3.000 € mit einem Flip-Flop-Lack lackieren lässt, mit Chromfelgen ausstattet und eine Lachgaseinspritzung installiert. Hier ist es sehr fraglich, ob der V im Falle des Rücktritts durch diese preislich nicht unerheblichen Änderungen bereichert ist.

Umstritten ist, ob eine objektive Wertmehrung genügt oder auch ein **subjektiver Nutzen** gerade für den Rückgewährgläubiger erforderlich ist.



Einerseits wird insoweit allein auf den objektiven Wert der zurückgewährten Leistung abgestellt. Dann besteht auch bei unerwünschten Verbesserungen ein Anspruch auf Ersatz der objektiven Steigerung des potentiellen Weiterveräußerungserlöses.

Andererseits wird ein subjektiver Vorteil verlangt. Der aufgedrängten Bereicherung wird analog § 951 BGB durch die Einräumung eines Wegnahmerechts begegnet; will der Rückgewährgläubiger die Verbesserung nicht, muss er dem Rückgewährschuldner gestatten, wertsteigernde Gegenstände wegzunehmen, um sich so der Ersatzpflicht zu entziehen.

c. Wie verhält sich § 347 Abs. 2 BGB zu § 284 BGB?

Ein gewisses Konfliktpotential besteht zwischen § 347 Abs. 2 S. 2 BGB und § 284 BGB:

- Nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB sind **Aufwendungen** nur zu ersetzen, soweit der Rücktrittsgläubiger durch diese bereichert ist.

- Demgegenüber besteht nach § 284 BGB ein Anspruch auf Ersatz **vergeblicher Aufwendungen** unabhängig davon, ob der andere Teil hierdurch einen Vorteil erreicht hat. Die Regelung gilt sowohl für ideelle als auch für kommerzielle Vorteile (also solche, die potentiell zu einem Wertzuwachs führen könnten).

Vergebliche Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung oder der nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldners als nutzlos erweisen.



Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach **in der Regel vergeblich**, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind. Denn Eigentum, Besitz und Nutzung einer mangelfreien Kaufsache sind die Leistung, auf deren Erhalt der Käufer vertraut und die er zum Anlass für Aufwendungen auf die Kaufsache nimmt. Damit sind diese aber unabhängig von einer Bereicherung des anderen Teils zu ersetzen.

Das **Konkurrenzverhältnis** des Schadensersatzrechts zum Rücktrittsrecht ist grds. in § 325 BGB geregelt. Danach schließen sich die beiden Regelungskomplexe nicht aus. Zu beachten ist aber, dass § 284 BGB den Ersatz vergeblicher Aufwendungen nur "an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung" vorsieht. Wird also Schadensersatz statt der Leistung verlangt, können die Aufwendungen nicht (mehr) als solche ersetzt werden.

E. Was ist ein "Widerruf" (§ 355 BGB)?

Nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB sind bei Ausübung eines **Verbraucherwiderrufsrechts** beide Parteien des widerrufenen Vertrags nicht mehr an ihre Willenserklärungen gebunden. Anders als die Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) **hindert dies aber nicht rückwirkend das Entstehen des Schuldverhältnisses**, sondern wirkt "ex nunc" - betrifft also ausschließlich die noch nicht erfüllten Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB): Es kann nicht mehr Erfüllung verlangt werden. Unberührt bleiben Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen erfolgt nach § 355 Abs. 3 BGB und den §§ 356 ff. BGB - **nicht etwa nach §§ 812 ff. BGB**.

Ein typischer **Anfängerfehler** ist es, die Widerrufsrechte nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB und nach § 355 BGB zu verwechseln - diese haben nichts miteinander zu tun!



Um festzustellen, ob der Verbraucher ein Widerrufsrecht ausüben kann, bietet sich folgendes Prüfungsschema an:

- I. Vorliegen eines **entgeltlichen Verbrauchervertrages** (§ 312 Abs. 1 BGB iVm § 310 Abs. 3 BGB)
- II. Keine **Ausnahme** nach § 312 Abs. 2 BGB
- III. Vorliegen eines **Widerrufsgrundes** (§ 312g BGB)
 1. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag (§ 312b BGB)



2. Fernabsatzvertrag (§ 312c BGB)

3. Verbraucherdarlehensvertrag (§ 495 Abs. 1 BGB)

4. Ratenlieferungsvertrag (§ 510 Abs. 2 BGB)

5. Teilzeitwohnrechtevertrag (§ 485 BGB)

IV. **Widerrufserklärung** (§ 355 Abs. 1 S. 2 - S. 4 BGB)

V. **Widerrufsfrist** (§ 355 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 BGB, §§ 356 ff. BGB)

VI. **Rechtsfolge**: Rückabwicklung (§ 355 Abs. 3 BGB, §§ 357 ff. BGB)

1. Was ist ein entgeltlicher Verbrauchervertrag?

Ein Widerrufsrecht setzt zunächst nach § 312 Abs. 1 BGB einen **Verbrauchervertrag** voraus, der auf eine **entgeltliche Leistung** des Unternehmers gerichtet ist.

Nach herrschender Meinung finden die Regelungen aber entsprechende Anwendung auf die **Vollmacht eines Verbrauchers an einen Unternehmer**, obwohl diese kein Vertrag im Sinne des BGB AT, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt (vgl. § 167 BGB). Denn bei der Vollmachtserteilung wird unter Umständen der Vertragsschluss vorverlagert, so dass der Verbraucher letztlich schutzlos stünde.

Da die Folgen eines Widerrufs (§ 355 BGB, § 357 BGB) für den Verbraucher in der Regel günstiger sind als das Bereicherungsrecht (§ 812 BGB, insb. § 818 Abs. 3 BGB), wird ein Widerrufsrecht nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Vertrag **nichtig** (etwa bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB oder Sittenwidrigkeit, § 138 BGB aber auch bei Minderjährigkeit des Verbrauchers, § 107 BGB) oder **anfechtbar** (etwa wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB) ist. Voraussetzung ist dabei aber stets, dass zusätzlich zur Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit auch die Voraussetzungen eines Widerrufsgrundes (etwa § 312g BGB) vorliegen. Der Verbraucher hat dann ein Wahlrecht, ob er sich auf die Nichtigkeit beruft oder ein Widerrufsrecht geltend macht.

Ein **Verbrauchervertrag** erfordert nach § 310 Abs. 3 BGB, dass eine Partei des Vertrages Unternehmer (§ 14 BGB) und die andere Verbraucher (§ 13 BGB) ist. Besondere Formen von Verbraucherverträgen sind daher etwa der Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) oder das Verbraucherdarlehen (§ 491 BGB).

In der Klausur müssen Sie dabei zwei Fragen unterscheiden:

- Woran erkennt man, wer "*Verbraucher*" und wer "*Unternehmer*" ist?
- Was bedeutet "*Entgeltlichkeit*"?

1. Woran erkennt man, wer Verbraucher und wer Unternehmer ist?

Die Frage, wer Verbraucher und wer Unternehmer ist, bestimmt sich nach § 13 BGB und § 14 BGB. Dabei gilt nicht zwingend, dass jemand, der nicht Unternehmer ist, zwingend Verbraucher sein muss. Vielmehr gilt zunächst:

- Alle **juristischen Personen** (Vereine, Aktiengesellschaften, Staaten, Gemeinden, Stiftungen, etc.) sind nie Verbraucher. Sie sind Unternehmer, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsge-

schäfts *in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit* handeln. Das ist eine Frage des Einzelfalls.

- **Natürliche Personen** (Menschen) können je nach Zusammenhang des Geschäfts als Verbraucher oder Unternehmer auftreten - hier gibt es also keine dritte Kategorie.

Der einen Kiosk betreibende Einzelkaufmann (§ 1 HGB), der sich mittags einen Hamburger kauft, handelt als Verbraucher. Bestellt er hingegen neue Cola für den Kiosk, handelt er als Unternehmer.



- **Rechtsfähige Personengesellschaften** (§ 14 Abs. 2 BGB) können nach dem BGB ebenfalls nur Unternehmer, aber nicht Verbraucher sein. Hiervon weicht die allgemeine Ansicht jedoch ab, wenn es sich um eine privaten Zwecken dienende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) handelt: Diese kann auch Verbraucher sein.

Jedoch stellen sich einige Abgrenzungsprobleme, die wir auf den folgenden Seiten näher betrachten werden: Was gilt bei Stellvertretung (§ 164 BGB) im Rahmen des Vertragsschlusses? Was gilt bei einem falschen Rechtsschein (Unternehmer tritt als Verbraucher auf oder umgekehrt)? Was gilt für Gesellschaften im Sinne der §§ 705 ff. BGB, die keinen gewerblichen Zweck verfolgen? Was gilt für GmbH-Geschäftsführer und Unternehmensgründer?

a. Wonach beurteilt sich die Verbrauchereigenschaft?

Nach § 13 BGB handelt eine natürliche Person als Verbraucher, wenn *sie ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können*. Menschen können also je nach Kontext "Verbraucher" oder "Unternehmer" sein.

Die Unternehmereigenschaft darf daher insbesondere nicht mit der Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 ff. HGB verwechselt werden, die einer Person allgemein und nicht nur situationsspezifisch anhaftet.



Wenn ein im Handelsregister eingetragener Großunternehmer (also nach §§ 1 f. HGB ein Kaufmann) eine Yacht für seinen Urlaub kauft, handelt er als Verbraucher (§ 13 BGB).



Aufgrund fehlender selbstständiger Tätigkeit im Sinne des § 84 Abs. 2 HGB sind auch **Arbeitnehmer** Verbraucher im Sinne der Verbraucherschutzvorschriften. Europarechtlich fehlt die Anforderung der Selbstständigkeit hingegen, so dass das deutsche Recht insoweit einen stärkeren Schutz gewährleistet als europarechtlich vorgeschrieben. Aufgrund der Weisungsbindung (§ 37 GmbHG) gelten sogar **angestellte Fremdgeschäftsführer einer GmbH** als Verbraucher: Sie sind nicht "selbständig" im Sinne des Gesetzes. Etwas anderes gilt jedoch für den Vorstand einer Aktiengesellschaft - dieser leitet nach § 76 AktG die Gesellschaft *unter eigener Verantwortung*.



Praktisch bedeutsam ist dies etwa beim Abschluss des Anstellungsvertrages (so dass ein Arbeitsvertrag stets einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB darstellt), beim Kauf von Arbeitskleidung oder bei einer Bürgschaft zugunsten des Arbeitgebers (bzw. der GmbH).

Fraglich ist, worauf sich das Überwiegen der privaten Nutzung beziehen muss.



Einerseits könnte man auf die **tatsächliche Nutzung des Vertragsgegenstandes** abstellen. Allerdings würde dadurch ein untragbarer Schwebezustand entstehen.

Der Wortlaut des BGB deutet auf die Maßgeblichkeit der **subjektiven Vorstellungen des Verbrauchers** hin. Allerdings würde dies den Unternehmer benachteiligen, der keine Möglichkeit hätte, das Bestehen eines Widerrufsrecht sicher einzuschätzen.

Damit ist letztlich auf die **Erkennbarkeit** abzustellen. Maßgeblich ist die Perspektive eines objektiven Dritten (§ 157 BGB). Dabei spricht eine tatsächliche Vermutung für die Verbrauchereigenschaft.

b. Was gilt bei Mehrpersonenverhältnissen?

Es gibt vier Problemfälle, in denen auf einer Seite des Vertrages mehrere Personen stehen:

- Im Wege der **Stellvertretung (§ 164 BGB)** kann ein Unternehmer für einen Verbraucher oder ein Verbraucher für einen Unternehmer einen Vertrag abschließen. Da nach § 164 Abs. 1 BGB die Wirkungen aber ausschließlich den Vertretenen treffen, kommt es in diesen Fällen auf die Verbrauchereigenschaft des Hintermanns an. Auch für die Konfliktsituation (Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag) kommt es nicht auf den Vertreter an; § 166 BGB passt insoweit nicht.



Umstritten ist, was gelten soll, wenn ein Verbraucher für einen Unternehmer als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** auftritt, da er dann grundsätzlich nach § 179 Abs. 1 BGB haften müsste.

Nach einer Ansicht besteht auch in diesem Fall kein Widerrufsrecht: Der Vertragspartner habe davon ausgehen können, mit einem Unternehmer zu kontrahieren. Nur wenn Vertreter und vermeintlich Vertretener Verbraucher seien, könne der Vertreter gegen einen Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB geltend machen.

Die Gegenansicht sieht hier eine gefährliche Lücke im Verbraucherschutz, schließlich würde der Verbraucher auf Erfüllung eines Vertrags haften (§ 179 Abs. 1 1.

Var. BGB) und wäre wie ein Unternehmer daran gebunden. Das Vertrauen des Vertragspartners sei nicht schutzwürdig, der Verbraucherschutz sei vorrangig. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht könne daher widerrufen und so der Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB entgehen.

- **Tritt ein Verbraucher seine Ansprüche aus einem Vertrag an einen Unternehmer ab** (§ 398 BGB), erwirbt der Unternehmer nicht etwa mit der Forderung auch die Verbrauchereigenschaft - diese ist nicht übertragbar.
- Stehen auf einer Seite des Vertrages Unternehmer und Verbraucher (**Schuldnermehrheit im Sinne der §§ 421 ff. BGB**), greifen die Verbraucherschutzvorschriften ausschließlich zugunsten des Verbrauchers. Der Unternehmer kann also nicht widerrufen, der Verbraucher jedoch schon.

Praktisch bedeutsam ist dies insbesondere bei Finanzierung eines Kaufvertrags, bei dem der unternehmerische Verkäufer neben dem Verbraucherkäufer gegenüber der Bank für die Darlehensrückzahlung haftet.



- Beim **Vertrag zugunsten Dritter** (§ 328 BGB) ist irrelevant, ob der Dritte Verbraucher ist: Ihn trifft keine Pflicht und er kann die Leistung nach § 333 BGB ablehnen.

c. Welche weiteren Problemfälle gibt es?

Nach dem klaren Wortlaut von § 13 BGB werden nur **natürliche Personen** als Verbraucher geschützt.

- Teilweise wird aber eine analoge Anwendung auf **nicht wirtschaftliche Idealvereine** (§ 21 BGB) diskutiert, die wie Verbraucher im Rechtsverkehr auftreten. Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut der Parallelnorm des § 14 BGB und die erst 2014 erfolgte Änderung des § 13 BGB. Hätte der Gesetzgeber entgegen der aktuellen Rechtsprechung auch Vereine schützen wollen, hätte er dies auch klargestellt.
- Dieses Argument scheint auch auf **Gesellschaften bürgerlichen Rechts** (§§ 705 ff. BGB) zu passen - immerhin regelt § 14 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Unternehmereigenschaft von rechtsfähigen Personengesellschaften. Jedoch gelangt die herrschende Meinung hier zu einem anderen Ergebnis, indem sie auf das personale Substrat der dahinterstehenden Personen abstellt: Es kann keinen Unterschied machen, ob zehn Verbraucher jeweils für sich eine Urlaubsreise buchen oder aber eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen, die für alle Gesellschafter die Reise bucht. Eine solche Gesellschaft kann daher als Verbraucher gelten.

Da der Zweck eines Rechtsgeschäfts maßgeblich ist, muss die gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit bei Abschluss des Geschäfts noch nicht ausgeübt sein. **Unternehmensgründer** sind daher nicht Verbraucher im Sinne des Gesetzes - wie auch die ausdrückliche Ausnahmeregelung des § 512 BGB zeigt, die ansonsten keinen Sinn hätte. Voraussetzung ist freilich eine gewisse Nähe zur späteren Tätigkeit: Es genügt nicht, dass es sich um abstrakte Informations- oder Vorbereitungstätigkeiten (etwa der Kauf von Fachliteratur für eine spätere Tätigkeit als Unternehmensberater) handelt, sondern die Tätigkeit muss unmittelbaren Bezug zur konkreten Tätigkeit haben (Aufnahme von Gründungsdarlehen, Miete von Räumen, etc.).

d. Welche Rolle spielt Rechtsschein?

Besonders verwirrende Probleme treten auf, wenn ein Unternehmer als scheinbarer Verbraucher auftritt oder umgekehrt ein Verbraucher vorspiegelt, Unternehmer zu sein.

- Ein **bloßer Scheinverbraucher** ist nicht schutzwürdig. Wer im Rahmen einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, kann kein Widerrufsrecht dadurch erschleichen, dass er vorspiegelt, zu privaten Zwecken zu handeln. Im Gegenteil drohen eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB). Davon unberührt bleibt die Möglichkeit der Parteien, bewusst die Geltung der Verbraucherschützenden Vorschriften zu vereinbaren (etwa für einen Existenzgründer).
- Schwieriger zu beurteilen ist die Frage eines **Scheinunternehmers**. Der Schutz der §§ 312 ff. BGB ist nicht vertraglich abdingbar (§ 312k Abs. 1 BGB). Allerdings nimmt die Rechtsprechung bei bewusster Täuschung einen Ausschluss der Geltendmachung von Verbraucherschützenden Vorschriften wegen widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) an. Provoziert freilich der tatsächliche Unternehmer das Auftreten eines Verbrauchers als Unternehmer, indem er durch AGB-Klauseln oder andere nicht unmittelbar erkennbare Maßnahmen die Angabe der Unternehmereigenschaft durch seine Kunden erzwingt, kann er sich nicht darauf berufen, da er selbst treuwidrig handelt.



Wer in einem Onlineshop, in dem Gegenstände für den Privatverbrauch (etwa Computerspiele) vertrieben werden, jeden Kunden bestätigen lässt, dass er als Unternehmer handelt, umgeht dadurch gezielt § 312c BGB, so dass diese Angabe nach § 312k Abs. 1 S. 2 BGB unbeachtlich ist.

Im Übrigen kommt es um eine **Auslegung des Verhaltens des vermeintlichen Unternehmers nach Treu und Glauben** (§ 157 BGB) an: Allein aus dem Umstand, dass Waren an die Geschäftsstatt an die Privatanschrift bestellt werden, kann nicht auf das Fehlen der Verbrauchereigenschaft geschlossen werden. Dies ist vielmehr bei vielen berufstätigen Personen üblich.

2. Was bedeutet "Entgeltlichkeit"?

Es muss sich zudem nach § 312 Abs. 1 BGB um einen **entgeltlichen Vertrag** handeln. Damit soll ausgesagt werden, dass der Verbraucher nicht nur Rechte erwirbt, sondern gerade zu deren Erhalt auch Pflichten eingehen muss; seine **Gegenleistung** muss nicht in Geld bestehen.



Auch wenn der Unternehmer einen Gegenstand des Verbrauchers erwirbt (etwa rebuy.com, letsbuyit.com, etc.), liegt ein entgeltliches Verbrauchergeschäft vor, da der Verbraucher für die Gegenleistung sein Eigentum aufgeben muss (das ist das Entgelt). Entgeltlich sind zudem der Beitritt zu einem Verein, um dessen Leistungen in Anspruch zu nehmen (etwa Pannenhilfe des ADAC) oder zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, um Geld anzulegen (Investmentfonds, etc.), hier ist die Einlage bzw. der Beitrag das Entgelt.

Ein Problem bereitet insoweit nur die **Bürgschaft** (§ 765 BGB): Dabei verpflichtet sich der Bürge, akzessorisch (aber grds. subsidiär) für eine fremde Schuld einzustehen. Eine Gegenleistung erhält er hierfür jedenfalls vom Gläubiger nicht. Wenn sich also ein Verbraucher (§ 13 BGB) ge-

genüber einem Unternehmer (§ 14 BGB) für eine Schuld verbürgt, muss der Unternehmer kein "Entgelt" erbringen, so dass scheinbar § 310 Abs. 1 BGB zu verneinen wäre. Damit wäre der Schutz des Verbrauchers jedoch ausgehöhlt; die Schriftform des § 766 BGB und die Möglichkeit einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB sind einem Widerrufsrecht nicht gleichwertig. Daher wird die **Entgeltlichkeit hier weit ausgelegt** und es genügt, dass der Gläubiger für die **Hauptforderung** eine Gegenleistung erbringt, die auch durch die Bürgschaft mitverursacht wurde.

II. Welche Widerrufsgründe gibt es?

Widerrufsgründe finden sich sowohl im Allgemeinen Schuldrecht (also in den Abschnitten 1 bis 7 des Zweiten Buchs des BGB, §§ 241-432 BGB) als auch im Besonderen Schuldrecht (also in Abschnitt 8 des Zweiten Buchs des BGB, §§ 433-853 BGB).

Während die Widerrufsgründe im Allgemeinen Schuldrecht auf die **Gestaltung des Vertragsschlusses** abstellen, wird im besonderen Schuldrecht an den **Inhalt des Vertrages** angeknüpft.

Die Widerrufsgründe des Allgemeinen Schuldrechts sind zudem in § 312g BGB gebündelt. Dieser setzt einen Verbrauchervertrag im Sinne von 312 BGB und **entweder** einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag im Sinne von § 312b BGB **oder** ein Fernabsatzgeschäft im Sinne von § 312c BGB voraus. Demgegenüber sind die jeweiligen Widerrufsgründe im Besonderen Schuldrecht in eigenen Normen aufgeführt .

1. Was ist ein Außergeschäftsraumvertrag?

Wenn ein Vertrag in einem Ladengeschäft geschlossen wird, kann der Käufer überlegen und sich die Ware genau ansehen. Außerhalb von Geschäftsräumen droht hingegen eine **Überrumpelung** und es besteht schon allein aufgrund der Umstände ein gewisser **Druck zum Vertragsschluss**. Daher ordnet § 312d BGB für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge besondere Informationspflichten an und § 312g BGB gewährt ein Widerrufsrecht.

Vertreter V taucht samstags um 9 Uhr an der Wohnung des verkaternten Jurastudenten J auf, um diesem den kompletten Münchener Kommentar zum BGB zu verkaufen. Der übermüdete J wird von V überrumpelt und willigt in den Kaufvertrag ein, um V loszuwerden.



Geschäftsraum im Sinne von § 312b BGB ist jeder Ort, der ersichtlich der Anbahnung und dem Abschluss von Geschäften dient (die Unterscheidung nach § 312b Abs. 2 BGB ist in der Klausur wenig hilfreich).



Das Gesetz verlangt nicht, dass das Geschäft in einem Privatraum geschlossen wird; maßgeblich ist vielmehr, ob es sich um einen **Geschäftsraum des unternehmerischen Vertragspartners** handelt. Erforderlich ist jedoch, dass der Verbraucher und der Unternehmer oder ein Gehilfe am **Abschlussort gleichzeitig anwesend** sind (dafür genügt nicht die Nutzung des Telefons!). Freilich genügt auch ein **Vertreter des Verbrauchers** - maßgeblich ist nicht die Erteilung die Vollmacht, sondern der Abschluss des Vertrages. Auch die **Vollmacht selbst kann aber widerrufen** werden (obwohl es sich um eine einseitige Willenserklärung und keinen Vertrag handelt), wenn sie in einer Konstellation des § 312b BGB abgegeben wurde.

Soweit § 312b Abs. 1 Nr. 2 BGB von einem "Angebot" des Verbrauchers spricht, ist damit nicht etwa ein "Antrag" im Sinne von § 145 BGB gemeint. Vielmehr genügt je nach Gestaltung auch eine (antizipierte) "Annahme" im Sinne von § 146 BGB - etwa wenn der Unternehmer bereits einen bedingten Antrag abgegeben hat.

In den Fällen des § 312b Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BGB wird der Vertrag in Geschäftsräumen geschlossen - jedoch beruht die Überrumpelung auf den sonstigen Umständen ("Ansprechen" oder "Ausflug").

2. Was ist ein Fernabsatzgeschäft?

Bei einem Fernabsatzvertrag hat der Verbraucher keine Gelegenheit, den Vertragsgegenstand selbst zu prüfen. Das Gesetz gewährt daher einen besonderen Schutz, wenn ein **Vertrag ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen** wurde, soweit dies auf Grundlage eines organisierten Vertriebssystems erfolgt. Der Katalog von Fernkommunikationsmitteln in § 312c Abs. 2 BGB ist dabei nur **beispielhaft**. So ist auch ein menschlicher Bote, der selbst keine Informationen zum Vertrag geben kann, "Fernkommunikationsmittel" im Sinne des Gesetzes.

Kein Fernabsatzgeschäft liegt vor, wenn nur die Anbahnung über Fernkommunikationsmittel erfolgt, der **verbindliche Vertragsschluss aber mit persönlichem Kontakt**.



K vereinbart per Internet einen Termin, um einen neuen Beamer im Showroom des Multimediasspezialisten V zu besichtigen und dort zu kaufen.

Umgekehrt liegt auch kein Fernabsatzgeschäft vor, wenn die **Anbahnung mit persönlichem Kontakt** erfolgt, aber der Vertragsschluss auf elektronischem Wege.



K sieht im Elektrofachmarkt des V einen tollen Fernseher, den er aber nicht sogleich mitnehmen will. V gibt ihm seine Visitenkarte mit; K bestellt den Fernseher im Onlineshop des V.

In der Klausur hat das Erfordernis eines "*organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems*" **keine große Bedeutung**. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Unternehmer; es genügt bereits, dass solche Geschäfte nicht nur ausnahmsweise abgeschlossen werden.

3. Welche Ausschlussgründe sollte man kennen?

Sowohl in § 312 Abs. 2 bis Abs. 4 BGB als auch in § 312g Abs. 2 BGB finden sich umfangreiche Ausnahmekataloge. In der Klausur sollten Sie diese stets überfliegen und möglicherweise einschlägige Tatbestände erörtern (ähnlich wie §§ 308, 309 BGB bei der AGB-Kontrolle). Die wichtigsten Ausnahmen sind:

- § 312 Abs. 2 Nr. 12 BGB, wonach außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge für maximal 40 €, bei denen der Leistungsausschluss unmittelbar bei Abschluss der Verhandlungen erbracht wird, überhaupt nicht dem Verbraucherschutzrecht unterliegen ("**de minimis Klausel**"). Werden freilich mit demselben Verbraucher im Rahmen einer Kaffeeahrt eine Vielzahl solcher Kleingeschäfte abgeschlossen, muss man eine verbotene Umgehung nach § 312h Abs. 1 S. 2 BGB prüfen.

- § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB betrifft **maßgefertigte Gegenstände**. Hier würde ein Widerruf den Unternehmer unzumutbar belasten, da er die Ware nicht anderweitig vertreiben kann; es genügt bereits eine Namensgravur. Die Regelung greift aber nicht, wenn der Gegenstand (etwa ein Computer) aus Standardkomponenten zusammengesetzt ist und sich der Gegenstand mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Substanzschäden wieder auseinanderbauen lässt.
- Eine kurze Warnung ist auch bei § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB erforderlich: Dabei geht es nur um **echte Versteigerungen** (§ 156 BGB), nicht hingegen um Internetauktionen wie bei eBay.
- § 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB schließt das Widerrufsrecht wegen einer **Einladung des Verbrauchers** nur aus, soweit es um dringende Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten handelt. Ein Widerrufsrecht besteht zudem für bei Gelegenheit solcher Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten über die Reparatur hinausgehende, zusätzlich erbrachte Dienstleistungen oder verkaufte Waren.
- Klausurrelevanz haben vor allem die Konstellationen der **Einschaltung eines Notars**. Dabei sind vier Ausnahmen zu unterscheiden:
 - § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB schließt ein Widerrufsrecht bei **Außergeschäftsraumverträgen** über **Finanzdienstleistungen** aus, wenn diese **notariell beurkundet** wurden (egal ob dies vorgeschrieben war oder nicht).
 - § 312g Abs. 2 Nr. 13 2. Hs. BGB schließt den Widerruf von **Fernabsatzverträgen** über **Finanzdienstleistungen** aus, wenn diese notariell beurkundet wurden und der Notar **bestätigt**, dass die Informationspflichten (§ 312d Abs. 2 BGB) erfüllt sind.
 - § 312g Abs. 2 Nr. 13 1. Hs. BGB schließt den Widerruf für andere Verträge als Finanzdienstleistungen aus, die **notariell beurkundet** sind, unabhängig von der Beurkundungspflicht und unabhängig von einer Bestätigung der Rechtewahrung.
 - Schließlich schließt § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB den Widerruf von notariell beurkundeten Verträgen außer Finanzdienstleistungen aus, soweit die Beurkundung **nicht vorgeschrieben war** und der Notar über den Wegfall des Widerrufsrecht **belehrt**.

4. Welche weiteren Widerrufsrechte kennt das BGB?

Die weiteren Widerrufsrechte aus dem besonderen Schuldrecht sollen hier nur kurz erwähnt werden, weil die §§ 355 ff. BGB auch für diese gelten.

Sie müssen nach § 312g Abs. 3 BGB **vorrangig diese speziellen Widerrufsrechte** prüfen, bevor Sie einen Widerruf wegen eines Fernabsatzvertrages (§ 312c BGB) oder eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages (§ 312b BGB) untersuchen. **Nur wenn keines dieser Rechte in Betracht kommt, ist ein Widerruf nach § 312g BGB zu prüfen.**



- Das Widerrufsrecht für **Verbraucherdarlehen** (§ 495 BGB) soll dem Verbraucher Gelegenheit geben, nach Abschluss des Darlehensvertrages (§ 488 BGB) seine Pflichten noch einmal zu überprüfen und mit anderen Angeboten zu vergleichen.
- Die Gefahr einer übereilten Bindung besteht auch bei **Ratenlieferungsverträgen**, durch welche immer wieder Dienstleistungen oder Waren gleicher Art zu erbringen sind. Dementsprechend ordnet § 510 Abs. 2 BGB auch insoweit ein Widerrufsrecht an; dieses ist freilich subsidiär zu anderen Widerrufsrechten.

- Keine besondere Klausurrelevanz hat schließlich das Widerrufsrecht für **Teilzeitwohnrechtverträge** (§ 485 BGB). Dahinter steht die Überlegung, dass solche Time-Sharing-Verträge meist kompliziert und schwer durchschaubar sind, ausländischen Rechtsordnungen unterliegen und Immobilien im Ausland betreffen. Deshalb soll der Verbraucher Gelegenheit zur Prüfung erhalten.

III. Was gilt für die Widerrufserklärung?

Der Widerruf eines Vertrages ist wie u.a. Anfechtung (§ 143 BGB) und Rücktritt (§ 349 BGB) ein Gestaltungsrecht, das durch **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung** geltend gemacht wird (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB). Wie Rücktrittserklärung, Anfechtungserklärung und Aufrechnungserklärung ist daher auch die Widerrufserklärung bedingungs- und befristungsfeindlich (arg. ex § 388 S. 2 BGB). Der Widerruf kann nicht zurückgenommen werden; möglich ist aber eine Anfechtung (§ 142 BGB) oder eine Bestätigung des widerrufenen Geschäfts analog § 141 BGB.

Auf die Widerrufserklärung finden (wie auch auf die Rücktrittserklärung, etc.) die **Regelungen des BGB AT**, insbesondere über Zugang (§ 130 BGB), Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) und Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) Anwendung. Die Widerrufserklärung ist auslegungsfähig (§ 133 BGB, § 157 BGB) und muss das Wort "Widerruf" nicht verwenden. Im Zweifel wird ein Widerruf statt eines Rücktritts oder einer Anfechtung gewollt sein, da dessen Rechtsfolgen für den Verbraucher vorteilhaft sind - daher kann auch eine "Anfechtung" (oder ein "Rücktritt") als "Widerruf" ausgelegt werden.



Der Gesetzeswortlaut ist insoweit ungenau, als er verlangt, dass *der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig* aus der Erklärung hervorgehen muss. Das ist nur als Hinweis auf die allgemeinen Auslegungsregeln zu verstehen und meint keine Verschärfung!

Eine besondere **Form** ist für den Widerruf nicht angeordnet, allerdings muss die Auslegung aus dem Empfängerhorizont (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergeben, dass der Verbraucher nicht am Vertrag festhalten will (§ 355 Abs. 1 S. 3 BGB). Die schlichte Rücksendung ohne ergänzende Angaben soll hierzu nicht genügen - dies folgt daraus, dass diese Konstellation vorher ausdrücklich geregelt wurde und durch die europarechtlichen Vorgaben nunmehr ausdrücklich nicht genügen soll. Zudem kann in der schlichten Rücksendung auch ein Nachbesserungs- oder Nachlieferungsverlangen zu sehen sein. Eine Begründung ist hingegen nach § 355 Abs. 1 S. 4 BGB nicht erforderlich.

IV. Wie berechnet man die Widerrufsfrist?

Nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB beträgt die Widerrufsfrist **14 Tage** (nicht: 2 Wochen!). Die Berechnung richtet sich also nach § 187 Abs. 1 BGB iVm § 188 Abs. 2 BGB. Für den Beginn ist zu differenzieren:

- Für **Widerrufsrechte nach § 312g BGB** gelten vorrangig § 356 Abs. 2 bis Abs. 4 BGB. Besondere Bedeutung hat dabei § 356 Abs. 2 BGB: Bei einem Verbrauchsgüterkauf beginnt die Frist nicht mit Vertragsschluss, sondern mit Übergabe der letzten Ware aus einer Bestellung an den Verbraucher oder einer von diesem benannten Hilfsperson (aber nicht der Transportperson, also etwa der Post). Maßgeblich ist also weder der Zugang (§ 130 BGB) noch der Annahmeverzug (§ 293 BGB) - entscheidend ist die tatsächliche Besitzerlangung, so dass die Ware geprüft werden kann. Demgegenüber ist nach § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB für digitale Inhalte, Wasser, Gas, Strom und Fernwärme der Vertragsschluss maßgeblich.

- Bei **Teilzeitwohnrechtverträgen** beginnt die Widerrufsfrist mit Vertragsschluss oder sogar mit einem Vorvertragsschluss (§ 356a Abs. 1 BGB). Für **Verbraucherdarlehensverträge** verschiebt § 356b Abs. 3 BGB den frühest möglichen Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Übergabe einer Abschrift des Vertrages (§ 494 Abs. 7 BGB), ähnlich verlagert § 356a Abs. 3 BGB den Fristbeginn bei Teilzeitwohnrechtverträgen bis die Widerrufsbelehrung in deutscher Sprache überlassen wurde (§ 356a Abs. 3 BGB).
- Generell soll die Frist **nicht vor ordnungsgemäßer Belehrung und Information** beginnen, vgl. etwa § 356 Abs. 3 S. 1 BGB. Auch ohne das Nachholen einer Belehrung oder Information erlischt das Widerrufsrecht nach bestimmten Höchstfristen: Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen und Fernabsatzverträgen erlischt das Widerrufsrecht beispielsweise gemäß § 356 Abs. 3 S. 2 BGB **spätestens 12 Monate und 14 Tage** nach Lieferung bzw. Vertragsschluss (§ 356 Abs. 2 BGB, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB). Ähnliche Fristregelungen zu anderen widerruflichen Verträgen finden sich in den §§ 356a ff. BGB.
- Nur wenn keine dieser Ausnahmen eingreift, kann auf § 355 Abs. 2 S. 2 BGB zurückgegriffen werden: Danach beginnt die Frist mit Vertragsschluss. Abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Verbrauchers sind aber zulässig.

Lassen Sie sich nicht verwirren: Auch wenn die Frist (etwa mangels Belehrung) noch gar nicht begonnen hat, darf widerrufen werden! Der Fristbeginn ist nur für die Berechnung maßgeblich.



V. Welche Folgen hat ein Widerruf?

Nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB sind die jeweils empfangenen Leistungen unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) zurückzugewähren. Im Übrigen ist wieder nach dem jeweiligen Widerrufsrecht zu differenzieren:

- Für **Widerrufsrechte nach § 312g BGB** gilt § 357 BGB, soweit diese keine Finanzdienstleistungen betreffen.
 - Danach gilt eine **absolute Höchstfrist** von 14 Tagen für die Rückgewährpflicht, die für den Unternehmer mit Zugang der Widerrufserklärung und den Verbraucher mit deren Abgabe beginnt (§ 355 Abs. 3 S. 2 BGB). Allerdings ist der Verbraucher **vorleistungspflichtig** (§ 357 Abs. 4 BGB). Der Unternehmer trägt die **Hinsendekosten** (§ 357 Abs. 2 BGB), der Verbraucher die **Rücksendekosten**, wenn er darauf hingewiesen wurde (§ 357 Abs. 5 BGB). Die Gefahr eines Verlusts oder einer verspäteten Zustellung der rechtzeitig versandten Ware trägt der Unternehmer (§ 355 Abs. 3 S. 3, S. 4 BGB).
 - Der Verbraucher ist zum **Wertersatz** (§ 357 Abs. 7 BGB) verpflichtet, soweit er einen Wertverlust verursacht hat, *der auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war*. Nach den europarechtlichen Vorgaben ist dies eng zu verstehen - der Verbraucher soll mit der Ware nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen dürfen, wie er dies in einem Geschäft hätte tun dürfen. Insoweit ist die Wertersatzpflicht strenger als nach § 346 BGB!
 - Umstritten ist, inwieweit neben Rücksendung und Wertersatz auch **Schadensersatzansprüche** bei Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Rückabwicklung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB) bestehen - dem könnte § 361 Abs. 1 BGB entgegenstehen.

- Für **Verbraucherdarlehen und andere Finanzdienstleistungen** gilt § 357a BGB. Danach ist spätestens innerhalb von 30 Tagen zurückzuzahlen; eine Wertersatzpflicht für Verträge über Finanzierungshilfen ist nach Hinweis und Zustimmung möglich (§ 357a Abs. 2 BGB). Für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung ist der Sollzins (§ 489 Abs. 5 BGB) zu leisten (§ 357a Abs. 3 BGB).
- Weitere Sonderregelungen finden sich in § 357b BGB für **Teilzeitwohnrechtverträge** und in § 357c BGB für **Ratenlieferungsverträge**, die nicht unter § 312g BGB fallen.

VI. Was sind verbundene und zusammenhängende Verträge?

In §§ 358-360 BGB geht es um Verträge, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zu einem Vertrag stehen, der widerrufen werden kann. In derartigen Fällen soll der Widerruf des einen Vertrages automatisch auch den anderen Vertrag mitziehen. Hierdurch soll verhindert werden, dass sich der Verbraucher wegen des unwiderruflichen Folgevertrages an das andere Geschäft gebunden fühlt. Dabei sind zwei grundlegende Konstellationen zu unterscheiden:

- Bei einem **verbundenen Vertrag** muss ein Darlehensvertrag ganz oder teilweise zur Finanzierung eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung vereinbart worden sein. Die Verknüpfung zwischen den Verträgen muss so stark sein, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bilden, die nur juristisch separat gehandhabt wird (§ 358 Abs. 3 S. 1 BGB). Um diese "wirtschaftliche Einheit" festzustellen gibt das Gesetz zwei Beispiele (§ 358 Abs. 3 S. 2 BGB) - einerseits liegt dies vor, wenn Darlehen und finanziertes Geschäft mit dem selben Unternehmer geschlossen werden, andererseits wenn der Unternehmer selbst das Darlehen vermittelt.



K kauft bei einem BMW-Händler einen neuen BMW X6 auf Raten. Hierzu legt ihm der Händler ein Formular der BMW-Bank vor, das K unterzeichnet. Hier liegen gemäß § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB **verbundene Verträge** vor.

- Ein **zusammenhängender Vertrag** ist jeder Vertrag, der (irgend)einen Bezug zu einem widerrufenen Vertrag aufweist und eine Leistung betrifft, die entweder vom Unternehmer des widerrufenen Vertrages oder einem Dritten aufgrund einer Vereinbarung zwischen diesem und dem Unternehmer (nicht dem Verbraucher!) erbracht wird (§ 360 Abs. 2 BGB). Anders als bei verbundenen Verträgen muss es dabei nicht um ein Darlehen gehen - so können etwa Unternehmen Versicherungen ("AppleCare" o.ä.) vermitteln. Speziell für Darlehensverträge greift die weitere Sonderregel des § 360 Abs. 2 S. 2 BGB: Ein Darlehensvertrag hängt auch dann mit einem finanzierten Geschäft zusammen, wenn *es ausschließlich der Finanzierung des widerrufenen Vertrags dient und die Leistung des Unternehmers aus dem widerrufenen Vertrag in dem Darlehensvertrag genau angegeben ist*.



K kauft im Fernabsatz einen neuen Laptop. Da K nicht genug Geld hat, wendet er sich an seine Bank, die ihm einen Kleinkredit ausdrücklich (nur) zum Kauf des bestimmten Modells bei dem bestimmten Händler gewährt. Dieser Kredit wird an K ausgezahlt, der sich davon den erhofften Laptop kauft. Erklärt K nun den Rücktritt vom Kauf des Laptops, entfällt auch die Bindung an den damit "zusammenhängenden" Darlehensvertrag (§ 360 Abs. 1 BGB).

1. Was ist der **Widerrufsdurchgriff** (§ 358 BGB, § 360 BGB)?

- **Widerruft der Verbraucher den Darlehensvertrag** (§ 355 Abs. 1 BGB iVm § 495 Abs. 1 BGB), ist er nach § 358 Abs. 2 BGB auch an die auf den Abschluss des finanzierten Vertrages gebundene Erklärung nicht gebunden (und auch der Vertragspartner dieses Vertrages nicht, was ggü. § 355 BGB nicht ausdrücklich gesagt wird). Es spielt keine Rolle, ob der verbundene Vertrag als solcher widerruflich gewesen wäre.
- Der **Widerruf des finanzierten Geschäfts** führt nach § 358 Abs. 1 BGB dazu, dass der Verbraucher auch an die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Erklärung nicht gebunden ist (auch hier ist auch der Kreditgeber nicht mehr gebunden, was anders als in § 355 BGB aber nicht ausdrücklich gesagt wird). Voraussetzung ist freilich, dass für das finanzierte Geschäft überhaupt ein Widerrufsgrund bestand (etwa § 312g BGB).
- Nach § 360 Abs. 1 S. 1 BGB führt der **Widerruf eines widerruflichen Hauptgeschäfts** auch dazu, dass der Verbraucher an die auf den Abschluss von **zusammenhängenden Verträgen** gerichtete Willenserklärungen nicht mehr gebunden ist. Die Rückabwicklung erfolgt wie bei einem mit einem Darlehensvertrag verbundenen Geschäft nach § 358 Abs. 4 S. 1 bis S. 3 BGB.

Dies betrifft etwa Zusatzleistungen (Girokonto im Zusammenhang mit Darlehensvertrag, Versicherung im Zusammenhang mit Smartphone, etc.). Weitergehend genügt es nach § 360 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn ein Darlehen ausschließlich der Finanzierung des widerrufenen Vertrages dient und die Leistung "genau" angegeben ist (wozu nicht die Gegenstandsgattung "Smartphone" allgemein, sondern eine sachenrechtlich bestimmte Bezeichnung z.B. durch eine Seriennummer, etwa "Samsung Galaxy Alpha AX2109DE49", erforderlich ist).



Grundsätzlich sind der Darlehensvertrag und das verbundene bzw. zusammenhängende Geschäft **unabhängig voneinander rückabzuwickeln**. Dies bringt § 355 Abs. 4 S. 1 BGB in etwas umständlicher Weise zum Ausdruck, indem er auf § 355 Abs. 3 BGB und die §§ 357 ff. BGB verweist.

Besonderheiten gelten für **Streaming-/Downloadinhalte**: Hier trifft den Verbraucher eine Wertersatzpflicht, wenn der Vertrag nach § 356 Abs. 5 BGB nicht widerrufbar wäre (weil bereits mit dem Angebot begonnen wurde), der Verbraucher entsprechend belehrt wurde und die Rückabwicklung nur auf einem Widerrufsdurchgriff beruht (§ 358 Abs. 4 S. 1 BGB). Kann der Verbraucher hingegen den Vertrag über die Downloadinhalte widerrufen, scheidet eine Wertersatzpflicht aus (§ 357 Abs. 9 BGB).

Ausgeschlossen ist der **Anspruch auf Zinsen und Kosten** aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach § 357 Abs. 4 S. 4 BGB.

Der **weitestgehende Durchgriff der Relativität der Schuldverhältnisse** folgt aber aus § 357 Abs. 4 S. 5 BGB: Wenn das Darlehensgeber bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist, erfolgt die Rückabwicklung nicht gegenüber dem Unternehmer, sondern gegenüber dem Darlehensgeber. Dabei handelt es sich nicht um einen Schuldbeitritt, sondern um einen echten Übergang aller Rechte und Pflichten. Das bedeutet: Der Verbraucher muss das Erlangte an den Kreditgeber (nicht an den Unternehmer) herausgeben, der Darlehensgeber muss dem Verbraucher dafür die geleisteten Teilzahlungen und eine ggf. direkt dem Unternehmer zugeflossene Anzahlung einschließlich etwaiger Zinsen rückerstatten. Ziel ist es, dem Verbraucher die Rückabwicklung zu erleichtern und ihm einen möglichst solventen Vertragspartner für die Rückabwicklung zu gewährleisten. Ohne die Regelung müsste der Verbraucher einerseits der Bank den

Darlehensbetrag (Zug um Zug gegen Erstattung der Zinsen) zurückerstatten und andererseits den von der Bank gezahlten Kaufpreis vom Unternehmer zurückfordern.

Ungeregelt ist das **Innenverhältnis von Darlehensgeber und Unternehmer** im Fall § 357 Abs. 4 S. 5 BGB: Der Unternehmer hat in diesem Fall das Darlehen erhalten, der Darlehensgeber erhält zwar vom Verbraucher die Ware, kann damit aber in der Regel kaum etwas anfangen. In der Praxis gibt es einen vertraglichen Anspruch zwischen Darlehensgeber und Unternehmer. In der Klausur ist dies nicht zwingend der Fall. Dann bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Durchgriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB).

2. Was ist der Einwendungsdurchgriff (§ 359 BGB)?

Obwohl es sich beim Darlehensvertrag und dem verbundenen Geschäft um separate Verträge (oft mit verschiedenen Vertragspartnern) handelt, ist das eine Geschäft ohne das andere wirtschaftlich unsinnig. Daher verknüpft § 359 BGB die beiden Rechtsgeschäfte und **durchbricht daher die Relativität der Schuldverhältnisse**:

Solange dem Verbraucher aus dem verbundenen Geschäft eine Einwendung oder Einrede zusteht, darf er nach § 359 Abs. 1 S. 1 BGB Leistungen auf den Darlehensvertrag verweigern. Erfasst sind damit rechtshindernde (Anfechtung, Nichtigkeit), rechtsvernichtende (Aufrechnung, Unmöglichkeit, Rücktritt) und rechthemmende (Verjährung, Zurückbehaltungsrecht) Einwendungen.

Von diesem weitgehenden Grundsatz macht das Gesetz **drei Ausnahmen**:

- Ein Einwendungsdurchgriff ist bei **Bagatelldarlehen** zur Finanzierung von Geschäften von bis zu 199,99 € ausgeschlossen (§ 359 Abs. 2 BGB).
- Ausgeschlossen sind nach § 359 Abs. 1 S. 2 BGB zudem alle Einwendungen, die **durch vereinbarter Vertragsänderung nach Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages** entstanden sind (Aufhebungsverträge, Stundungsabreden). Dabei würde es sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter (des Darlehensgebers handeln).
- Schließlich ist ein **Zurückbehaltungsrecht wegen Schlechtleistung** (§ 320 BGB) nach § 359 Abs. 1 S. 3 BGB nur dann gegen die Darlehensrückzahlungspflicht zulässig, wenn die Nacherfüllung bereits "fehlgeschlagen" ist. Dies setzt nach § 440 S. 2 BGB grundsätzlich einen zweiten erfolglosen Versuch voraus - wobei im Einzelfall auch schon früher ein Fehlschlag zu bejahen ist (etwa bei ernsthafter und endgültiger Verweigerung der Nacherfüllung).

Zwar bestimmt § 359 BGB, dass Einwendungen aus dem verbundenen Geschäft auch dem Gläubiger eines Darlehensvertrages entgegengehalten werden können - er hat also ein Leistungsverweigerungsrecht für die Zukunft (§ 359 Abs. 1 S. 1 BGB). Ungeregelt ist jedoch, inwieweit auch eine **Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen** möglich ist.



K hat bei V ein Auto gekauft, das er durch ein Darlehen bei der B-Bank finanziert hat. Dabei hat B das Darlehen als Kaufpreis sofort an V gezahlt; K muss es nun monatlich in Raten zurückzahlen. Trotz mehrerer Reparaturversuche weist das Auto auch sechs Monate später einen erheblichen Sachmangel auf. Daraufhin tritt K vom Kaufvertrag zurück (§ 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB iVm § 346 Abs. 1 BGB). Damit erlischt seine Zahlungspflicht gegenüber V und auch die Pf-

licht, künftige Darlehensraten an B zurückzuzahlen. Ungeregelt ist jedoch, ob K die bereits an B gezahlten Darlehensraten zurückverlangen kann.

Die Lösung dieses Problems ist umstritten.

Einerseits wird darauf hingewiesen, dass eine Rückabwicklung des Darlehensvertrages in § 358 Abs. 4 S. 5 BGB nur bei *Widerruf* des verbundenen Geschäfts vorgesehen ist. Würde man bei jeglicher Einwendung einen Rückforderungsdurchgriff ermöglichen, wäre das Risiko für die Bank unkalkulierbar - es genügt gerade nicht, die (überschaubare) Widerrufsfrist vor Auszahlung des Darlehens abzuwarten. Einen Grund für einen besonderen Schutz des Verbrauchers gäbe es nicht - dieser sei nur so zu stellen, als habe er mit seinem Verkäufer Ratenzahlung vereinbart; durch die Einschaltung der Bank solle allein der Verkäufer, nicht hingegen der Käufer begünstigt werden. Daher kann K von V Rückzahlung des Kaufpreises verlangen; die Rückzahlung des Darlehens erfolgt im Verhältnis V zu B. Ist V insolvent, kann K die gezahlten Raten nicht zurückverlangen, da er keinen Anspruch gegen die Bank hat.

Andererseits wird eine Analogie zu § 358 Abs. 4 S. 5 BGB, § 355 Abs. 3 BGB angenommen. Nur so wird der Verbraucher umfassend geschützt - er trägt nicht das Risiko, dass sein Vertragspartner (der Verkäufer) insolvent wird, sondern nur die unwahrscheinliche Gefahr, dass die kreditgebende Bank seine Raten nicht zurückzahlen kann.



Beachten Sie: Bestand von Anfang an eine dauernde rechtshindernde Einrede (insb. Nichtigkeit, auch aufgrund erfolgreicher Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB) besteht ein Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB iVm § 813 Abs. 1 S. 1 BGB, da dem Anspruch von Anfang an eine dauernde Einrede (aus § 359 Abs. 1 S. 1 BGB) entgegenstand. Es hätte also nie auch nur eine Rate gezahlt werden müssen: K kann daher von B Rückzahlung der bereits gezahlten Darlehensraten Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

F. Was ist eine "Störung der Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB)?

Verträge basieren im Regelfall auf gewissen Annahmen und Erwartungen, die sich nachträglich als falsch erweisen können. Handelt es sich dabei um grundlegende Veränderungen, erlaubt § 313 BGB **ausnahmsweise** eine Anpassung der Vereinbarung an die geänderten Verhältnisse. Für gesetzliche Schuldverhältnisse gilt dies selbstverständlich nicht - denn dort fehlt gerade eine gemeinsame Erwartungshaltung als Grundlage.

Während bei den bislang behandelten Untergangstatbeständen das Erlöschen die einzige Rechtsfolge ist, führt eine Störung der Geschäftsgrundlage **nur in äußersten Extremfällen zu einem Rücktritts- oder Kündigungsrecht** (§ 313 Abs. 3 BGB).

Diese Durchbrechung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" ist **vorsichtig zu handhaben** - Sie sollten sich in der Klausur im Zweifel nicht auf § 313 BGB stützen!



Diskutieren sollten Sie die Problematik vor allem in den bereits entschiedenen konkreten Fallgruppen, die wir sogleich behandeln werden.

Sie sollten sich bei der Prüfung der Norm an folgendem Schema orientieren:



1. Keine vorrangigen vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen
2. Geschäftsgrundlage, die nicht in der Risikosphäre nur einer Partei liegt
3. Schwerwiegende Änderung (§ 313 Abs. 1 BGB) oder wesentlicher Irrtum (§ 313 Abs. 2 BGB)
4. Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag

I. Was sind vorrangige Regelungen?

Vorrangig sind zunächst die Regelungen des Vertrags selber, etwa **Beschaffensvereinbarungen** (§ 434 Abs. 1 BGB) oder Regelungen zu Leistungsmodalitäten, sowie **Bedingungen** (§ 158 BGB) oder **Leistungsbestimmungsrechte** (§§ 315 ff. BGB). Die Parteien können sich durch **Rücktrittsvorbehalte** (§ 346 BGB) und **Anpassungsklauseln** schützen. Zudem scheidet eine Anwendung von § 313 BGB aus, wenn eine Partei ausdrücklich oder konkludent das Risiko für einen bestimmten Erfolg übernommen hat. Sie müssen hierzu den Vertrag auslegen (§ 133 BGB, § 157 BGB).



Wer einen Festnetztelefonanschluss abschließt, riskiert, dass er diesen bei einem Umzug nicht mehr nutzen kann. Wer ein Beschaffungsrisiko oder eine Garantie (§ 276 Abs. 1 S. 1 a. E. BGB) übernimmt, kann keine Anpassung verlangen, wenn sich die Beschaffung als schwer oder gar unmöglich herausstellt.

Kein Raum für § 313 BGB besteht zudem immer dann, wenn das Gesetz die **Gefahr einer Partei zuweist**. So darf der Verkäufer nicht **die §§ 434 ff. BGB** unterlaufen, indem er bei Schlechtleistung seinerseits eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB geltend macht; der nach § 765 BGB in Anspruch genommene Bürge kann dem nicht entgegenhalten, er habe doch auf die **Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners** vertraut und nun Aufhebung der Bürgschaft verlangen.

Eine ausdrückliche Sonderregelung für einen Irrtum **über die Grundlage eines Vergleichs** (als besonderen Vertrag) findet sich in § 779 BGB. Schließlich sind vorrangig Regelungen wie **die Unsicherheitseinrede** (§ 321 BGB), die **Anfechtung wegen Irrtums** (§ 119 BGB) und die Regelungen zur **Unzumutbarkeit** in § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. Abzugrenzen sind auch die **Kündigung aus wichtigem Grund** (§ 314 BGB) sowie die Möglichkeit zur Rückabwicklung wegen Zweckverfehlung ("condictio ob rem", § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Var. BGB).

II. Was ist eine Geschäftsgrundlage?

Nicht Geschäftsgrundlage ist der Vertragsinhalt - es geht um vorgelagerte Umstände, die gerade nicht zu den Leistungspflichten der Parteien gehören.

Man unterscheidet die objektive und die subjektive Geschäftsgrundlage:

- Als **objektive Geschäftsgrundlage** bezeichnet man Umstände, deren Vorhandensein oder Fortdauer aus Sicht jedes objektiven Dritten erforderlich sind, damit der Vertrag noch eine dem Parteiwillen entsprechende Regelung bilden kann. Stellt sich eine Prognose (§ 313 Abs. 1 BGB) oder die zugrundeliegende Annahme (§ 313 Abs. 2 BGB) als falsch heraus, kommt eine Vertragsanpassung in Betracht.

Hierzu gehören das Ausbleiben von Krieg, Naturkatastrophen, Aufständen, radikaler Inflation, etc.



- Als **subjektive Geschäftsgrundlage** bezeichnet man demgegenüber Umständen, die nur aus Sicht der Parteien wesentliche Grundlage ihres jeweiligen Geschäftswillens sind. Dafür genügt es, dass nur eine Partei den Umstand als wesentlich voraussetzt und die andere Partei, welche diese Prämisse erkennt, nach Treu und Glauben die Gefahr einer Änderung (§ 313 Abs. 1 BGB) oder eines Irrtums (§ 313 Abs. 2 BGB) nicht allein dieser Partei überlassen kann.

Dies betrifft etwa beiderseitige Motivirrtümer (die Annahme, es fände ein Karnevalszug statt, ein Grundstück habe eine bestimmte Größe, etc.).



Eine sog. "**Zweckstörung**" liegt vor, wenn ein beiden Parteien bekannter, mit der Leistung verbundener Zweck nicht mehr erreicht werden kann und so die Leistung für den Gläubiger nichts mehr oder zumindest deutlich weniger als vereinbart wert ist. Anders als in den Fällen der "Zweckerreichung" oder des "Zweckfortfalls", die nach Unmöglichkeitregeln (§ 275 Abs. 1 BGB) behandelt werden, liegt dieser Zweck aber außerhalb der eigentlichen Leistung, die durchaus erbracht werden kann. Entscheidend ist, ob das Risiko insoweit anders als im Normalfall nicht beim Gläubiger liegen soll, sondern eine Vertragsanpassung (§ 313 Abs. 1 BGB) bzw. -aufhebung (§ 313 Abs. 3 BGB) erforderlich ist. Das Aufdrängen der Leistung durch den Schuldner muss sich als widersprüchliches Verhalten (§ 242 BGB) darstellen.

Wer ein Zimmer im zweiten Stock für den Rosenmontagszug in Köln bucht, hat kein Interesse an der Nutzung, wenn dieser wegen eines Sturms abgesagt wird. Hätten die Parteien dies bedacht, hätten sie wohl keine oder jedenfalls eine niedrigere Entgeltspflicht vereinbart.

Anders ist es hingegen, wenn jemand ein Hochzeitsgeschenk für seine Tochter kauft, aber diese im letzten Moment den Bräutigam am Altar stehen lässt - dieses Risiko muss der Käufer tragen.



Die "**Äquivalenzstörung**" beschreibt eine ähnliche Konstellation: Auch insoweit ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gestört, allerdings zu Lasten des Schuldners, für den sich seine Leistung wider Erwarten nicht lohnt. Ursache ist hier aber zumeist eine nicht vorhergesehene Leistungerschwerung, die zu einer Kostenexplosion führt oder aber eine plötzliche radikale Inflation, welche die Gegenleistung praktisch wertlos macht. Man spricht hier auch von "wirtschaftlicher Unmöglichkeit". Anders als bei § 275 Abs. 2 BGB sind die individuellen Verhältnisse des Schuldners, nicht die objektive Werthaltigkeit maßgeblich.



Wichtige Fälle sind Naturkatastrophen (Vulkanausbruch, Hochwasser) oder Krieg, mit denen keine Partei rechnet oder rechnen musste. Es wäre unbillig, insoweit das Risiko allein dem Schuldner zuzuweisen.

III. Wann ist eine Änderung schwerwiegend (§ 313 Abs. 1 BGB) bzw. ein Irrtum wesentlich (§ 313 Abs. 2 BGB)?

§ 313 Abs. 1 BGB setzt weiterhin voraus, dass die Parteien, wenn sie die tatsächliche **Änderung** der Umstände vorausgesehen hätten, den Vertrag nicht oder zumindest mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten. Ähnlich wie bei der Umdeutung (§ 140 BGB) ist also der hypothetische Parteiwille in Kenntnis der wahren Sachlage zu ermitteln. Sie müssen in der Klausur überlegen, worauf es den Parteien beim Vertragsschluss ankam.

Demgegenüber knüpft § 313 Abs. 2 BGB an eine **Fehlvorstellung** an. Auch diese muss sich allerdings auf einen Umstand beziehen, der für den Vertragsschluss wesentlich ist. Es kann sich um einen Irrtum beider Parteien handeln oder um einen Irrtum einer Partei über einen Umstand, der subjektive Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden ist.

IV. Wann ist das Festhalten am Vertrag unzumutbar?

Nicht jede Abweichung vom Erwarteten führt zu einer Aufhebung des Vertrages. Vielmehr muss die entstehende Situation für eine Partei "unzumutbar" sein. Dabei müssen Sie die Grenzen des Zumutbaren (man spricht insoweit von der "**Opfergrenze**") im Einzelfall feststellen:

- Auf der einen Seite sind **Vertragspflichten einzuhalten** ("pacta sunt servanda") und die Verbindlichkeit des Vertrages darf nicht leichtfertig aufgegeben werden. Hier ist insbesondere die vertragliche Risikoverteilung (der Schuldner trägt das Beschaffungsrisiko, der Gläubiger das Verwendungsrisiko) zu berücksichtigen.



Wer langfristig Heizöl zum Festpreis verkauft, nimmt grundsätzlich das Risiko einer Preissteigerung in Kauf (da er auch von einer Preissenkung profitiert); er kann notfalls Vorräte bilden. Erst bei plötzlichen, unvorhersehbaren und gewaltigen Preisexplosionen (z.B. bei einem Golfkrieg) kann man an § 313 BGB denken.

Bei Geldleistungen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Entwertung zum Risiko des Gläubigers gehört ("Euro ist Euro"). Wer dies vermeiden will, muss Wertsicherungsklauseln vereinbaren (dafür gibt es sogar ein besonderes Preisklauselgesetz!). Eine Ausnahme kann auch hier nur bei radikaler, unvorhersehbarer und plötzlicher Inflation angenommen werden (etwa bei Krieg).

- Auf der anderen Seite soll ein Schuldner grundsätzlich nicht überraschend **in seiner Existenz gefährdet** werden (Art. 1 GG, Art. 2 GG). Ein Indiz ist ein Wertverlust der Gegenleistung um 150%.

G. Was ist eine Kündigung?

Bei **Dauerschuldverhältnissen** (etwa einem Arbeits- oder Mietvertrag) wäre ein Rücktritt (§ 346 BGB) mit kaum überschaubaren Folgen verbunden: Alle bereits erbrachten Leistungen müssten im Wege des Wertersatzes (§ 346 Abs. 2 BGB) rückabgewickelt werden. Dies wäre mit den Interessen der Parteien kaum zu vereinbaren. Dementsprechend sieht das Gesetz für diese Schuldverhältnisse die Möglichkeit einer **Beendigung durch Kündigung** vor. Diese ist im Regelfall **vorrangig gegenüber einem Rücktritt**.

Dabei unterscheidet man die ordentliche und die außerordentliche Kündigung:

- Eine **außerordentliche Kündigung** ist in jedem Fall möglich. Sie bedarf keiner Frist, jedoch im Regelfall eines wichtigen Grundes. Regelungen hierzu finden sich etwa im Gesellschaftsrecht (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB) im Dienstvertragsrecht (§ 626 BGB) oder im Mietrecht (§ 543 BGB). Ergänzend schafft § 314 BGB als Auffangregelung eine allgemeine Möglichkeit zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund.
- Demgegenüber ist eine **ordentliche Kündigung** in der Regel nur bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen möglich, d.h. solchen mit offenem Ende, vgl. § 542 BGB, § 620 BGB, § 723 Abs. 1 S. 1 BGB. Im Regelfall ist eine Frist einzuhalten (etwa § 621 BGB, § 622 BGB, § 573c BGB), während ein Grund nur bei besonderer sozialer Schutzbedürftigkeit erforderlich ist (etwa bei ordentlicher Kündigung durch den Vermieter, § 573 BGB oder den Arbeitgeber bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes).

Bei einer Kündigung erlöschen die Leistungspflichten mit **Wirkung für die Zukunft (= "ex nunc")**; bereits erbrachte Leistungen bleiben unberührt.

Eine Kündigung nach § 314 BGB hat vier Voraussetzungen. Sie sollten die Norm nur prüfen, wenn keine Sonderregelungen (etwa im Gesellschaftsrecht, Mietrecht, Arbeitsrecht oder Dienstvertragsrecht) ersichtlich sind.

Bäcker B hat mit Großhändler H einen Vertrag geschlossen, nach welchem er monatlich verpflichtet ist, eine bestimmte Menge Mehl abzunehmen. H liefert mehrfach Mehl, das nicht mehr zur Weiterverarbeitung geeignet ist. Da es sich hier um ein Dauerschuldverhältnis handelt, tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts nach § 323 BGB ein Kündigungsrecht nach § 314 BGB.



1. Es muss ein **wichtiger Grund** vorliegen, aufgrund dessen nach Abwägung der Interessen beider Parteien die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar geworden ist (§ 314 Abs. 1 S. 2 BGB). Dazu ist nicht unbedingt ein Verschulden und manchmal noch nicht einmal ein konkretes Verhalten erforderlich; ebenso hinreichend ist auch eine Veränderung von äußeren Umständen, die nicht aus der Risikosphäre des Kündigenden stammen.
2. Grundsätzlich ist wie bei § 281 BGB und § 323 BGB vorrangig die **Möglichkeit zur Heilung des Verhältnisses** zu geben (§ 314 Abs. 2 BGB). Hierzu ist je nach konkre-



tem Anlass eine Frist zur Abhilfe zu setzen oder eine Unterlassungspflicht durch Abmahnung hervorzuheben. Ohne eine solche letzte Chance soll die Beendigung nicht eintreten.

3. Erforderlich ist sodann eine **Kündigungserklärung**, d.h. eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.
4. Schließlich muss die Kündigung in einem **zeitlichen Zusammenhang mit der Kenntnis vom Kündigungsgrund** erfolgen (§ 314 Abs. 3 BGB). Die Länge der Frist hängt dabei vom Einzelfall ab.

H. Was ist eine "Hinterlegung" (§ 372 BGB)?

In einigen Fällen kann der Schuldner seine Leistungspflicht nicht erfüllen, weil der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert (Annahmeverzug, § 293 BGB), die Erfüllung wegen Gründen in der Person des Gläubigers nicht möglich ist (etwa weil dieser verschollen ist oder geschäftsunfähig wurde, aber noch keinen Betreuer hat) oder unklar ist, wer überhaupt Gläubiger ist (§ 372 S. 2 BGB). Für diese Fälle sieht das BGB die Möglichkeit der Hinterlegung (§ 372 BGB) vor.



Voraussetzung ist, dass die Ungewissheit nicht auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruht (§ 372 S. 2 a.E. BGB). Das bedeutet, dass es keine Möglichkeit geben darf, durch Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) Gewissheit zu erlangen. Praktisch relevant sind etwa unklare Erbfolge oder eine Abtretung, deren Wirksamkeit fraglich ist. Die Hinterlegungsmöglichkeit wird dabei nicht durch Schuldnerschutzvorschriften wie § 407 BGB oder § 370 BGB ausgeschlossen, weil der Schuldner dadurch zwar geschützt, aber nicht zur Leistung an den Scheinberechtigten gezwungen werden soll. Die Gläubiger können dann untereinander über die Herausgabe streiten (sog. "Prätendentenstreit") - siehe auch § 75 ZPO.

Eine Hinterlegung erfolgt, indem Geld, Wertpapiere, Urkunden oder Kostbarkeiten nach dem jeweiligen Landesrecht (in NRW etwa nach dem Hinterlegungsgesetz NRW; in Bayern nach dem Bayerischen Hinterlegungsgesetz) bei den Amtsgerichten abgegeben werden, die sie nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften verwahren (§ 372 BGB).

- Wenn die Rücknahme durch den Hinterleger **ausgeschlossen** ist, **erlischt im Zeitpunkt der Hinterlegung der Anspruch gegen den Hinterleger** (§ 378 BGB). Dies ist aber nur ausnahmsweise der Fall, insbesondere wenn der Hinterleger auf das Recht zur Rücknahme verzichtet (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB).
- Ohne einen derartigen Verzicht hat der Schuldner aber ein **Leistungsverweigerungsrecht** (§ 379 Abs. 1 BGB) und darf den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen. Er muss keine Zinsen zahlen und steht auch für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen nicht ein; zudem muss **bei Verlust der hinterlegten Sache** der Gläubiger trotzdem seine Gegenleistung erbringen (§ 379 Abs. 2 BGB).

I. Was ist ein Selbsthilfeverkauf (§ 383 BGB)?

Von der Hinterlegung ausgeschlossen sind **größere oder gar verderbliche Sachen**, da Kostbarkeiten nur kleine, unverderbliche Gegenstände bezeichnen, deren Wert im Verhältnis zu Größe und Gewicht besonders hoch ist. Dennoch kann die Aufbewahrung der Sachen Aufwand verursachen.

Beim Kauf von einem PKW oder gar einem LKW ist die Parkfläche begrenzt; bis zum Abschluss eines Rechtsstreits über die Abnahmepflicht bezüglich einer Tonne Bananen (§ 433 Abs. 2 BGB) sind diese verfault.



Für solche nicht hinterlegungsfähigen Gegenstände (und nur für diese!) erlaubt das BGB einen **Selbsthilfeverkauf** (§ 383 BGB), so dass hernach nur der Verkaufserlös hinterlegt werden muss (§ 383 Abs. 1 S. 1 BGB, § 378 BGB).

Allerdings muss der Verkauf in der Regel **durch eine öffentliche Versteigerung erfolgen** (§ 383 Abs. 3 BGB), etwas anderes gilt nur, wenn es einen Börsen- oder Marktwert gibt: Dann ist ein freihändiger Verkauf durch eine öffentlich ermächtigte Person möglich (§ 385 BGB), soweit dabei mindestens der Durchschnittspreis am Tag und Ort des Verkaufs erzielt wird.

Nach Abschluss des Verkaufs hat der Schuldner statt der geschuldeten Sache Geld. Auf diesen Ersatz erstreckt sich nunmehr seine Leistungspflicht (analog § 1247 BGB). Der Geldbetrag kann aber beim Amtsgericht nach § 372 BGB hinterlegt werden, so dass der Schuldner sich der Unsicherheit begeben kann.

II. Welche Besonderheit gilt für den Handelskauf (§ 373 HGB)?

Gewisse Besonderheiten gelten bei einem **Kaufvertrag**, wenn der Käufer **oder (!)** der Verkäufer Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB ist, selbst wenn die andere Partei Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist, soweit der Käufer im Annahmeverzug ist:

- Nach § 373 Abs. 1 HGB sind **Waren aller Art in einem Lagerhaus oder in sonst sicherer Weise** hinterlegungsfähig. Eine Hinterlegung beim Amtsgericht ist für Waren damit nicht mehr erforderlich.
- Ein Selbsthilfeverkauf ist über § 383 BGB hinaus bei Annahmeverzug **auch für hinterlegungsfähige Waren** möglich (§ 373 Abs. 2 S. 1 HGB).

Die HGB-Normen überschneiden sich **nur bei Kaufverträgen über Waren im Annahmeverzug des Käufers** mit den Regelungen der §§ 373 ff. BGB. In diesem Schnittbereich finden beide Normen parallele Anwendung. Eine Hinterlegung von Geld, Wertpapieren, Urkunden und Kostbarkeiten beim Amtsgericht bleibt daher ebenso möglich wie ein Selbsthilfeverkauf nach § 385 BGB. Für den Käufer verbleibt es hingegen bei §§ 373 ff. BGB.

Bestellt K bei der V GmbH im Internet 10 Diamanten und verweigert die Annahme des Pakets, kann V die Diamanten etwa bei einer Bank hinterlegen und die Kosten dem K in Rechnung stellen. Denn V ist Kaufmann (§ 6 HGB iVm § 13 GmbHG) und der Kaufvertrag gehört zu ihrem Handelsgewerbe. Alternativ können die Diamanten aber auch beim Amtsgericht hinterlegt werden nach § 373 BGB.



I. Welche weiteren Erlöschensgründe gibt es?

Das Zivilrecht kennt vier weitere Konstellationen, die zum Erlöschen von Leistungspflichten führen können:

- Nach § 397 Abs. 1 BGB können Schuldner und Gläubiger einen Vertrag über den **Erlass** der Forderung schließen. Bemerkenswert dabei ist vor allem, dass ein einseitiger Verzicht gerade nicht im Gesetz vorgesehen wurde. Der Erlassvertrag ist ein Verfügungsvertrag, der keiner Form bedarf und sogar konkludent vereinbart werden kann. Dieser Verfügung liegt in der Regel ein Verpflichtungsgeschäft (etwa eine Schenkung, § 516 BGB oder ein Vergleich, § 779 BGB) zugrunde, von dem der Erlass jedoch gedanklich zu trennen ist (Trennungsprinzip). Die Unwirksamkeit der Verpflichtung berührt daher die Wirkung des Verzichts nicht.
- Vom Verzicht nach § 397 Abs. 1 BGB unterscheidet das BGB das **negative Schuldanerkenntnis** (§ 397 Abs. 2 BGB). Auch dieses geschieht freilich durch einen Vertrag, d.h. es bedarf der Annahme durch den Schuldner. Inhalt des Vertrages ist, dass eine Forderung aus Sicht beider Parteien nicht besteht.
- Eine dritte Möglichkeit die Leistungspflichten zum Erlöschen zu bringen, ist der Abschluss eines **Aufhebungsvertrages** (§ 311 Abs. 1 BGB). Dieser kann (wie eine einseitige Kündigung) nur mit Wirkung für die Zukunft geschlossen werden, aber auch (wie ein einseitiger Rücktritt) eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen enthalten. Anders als der Verzicht betrifft die Aufhebung nicht nur einzelne Leistungspflichten, sondern das Schuldverhältnis insgesamt.
- Schließlich erlischt eine Leistungspflicht dann, wenn der Schuldner den Anspruch erwirbt (sog. "**Konfusion**"). Dies kann etwa durch Abtretung (§ 398 BGB) oder durch Erbfall (§ 1922 BGB) geschehen. Gibt es freilich noch andere Schuldner, besteht der Anspruch gegen diese fort (§ 425 BGB), während bei Gesamtgläubigerschaft der Anspruch gegen alle erlischt (§ 429 BGB).

4. Kapitel: Welche Folgen haben Pflichtverletzungen?

Liebe Leserin, lieber Leser,

Ein Verstoß gegen die im ersten Kapitel behandelten Pflichten kann vielfältige Folgen auslösen. Dabei ist einerseits nach der verletzten Pflicht sowie andererseits nach der gewünschten Rechtsfolge zu differenzieren. In §§ 280 ff. BGB finden sich Regelungen für alle Schuldverhältnisse (insbesondere Schadensersatz, Verzugszinsen oder Herausgabe von Surrogaten) und in §§ 320 ff. BGB sind die Folgen für gegenseitige Verträge geregelt. Eine Sonderregelung für die anfängliche Unmöglichkeit trifft § 311a Abs. 2 BGB.

Nach Lektüre dieses Kapitels sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Was bedeutet "Verzug"? Welche Folgen hat er?
- Was ist "Schadensersatz statt der Leistung"? Was ist ein "Verzögerungsschaden"?
- Was ist das stellvertretende commodum? Wofür erhält man es?

A. Was ist das "Leistungsstörungenrecht"?

Lassen Sie sich vom allgemein üblichen Begriff "Leistungsstörungenrecht" nicht verwirren: Dieses beschränkt sich nicht auf die Nicht- bzw. Schlechterfüllung von Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB), sondern **umfasst auch Verstöße gegen Schutzpflichten** (§ 241 Abs. 2 BGB).

Unter Leistungsstörungen versteht man **alle** Unregelmäßigkeiten bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses.



Das Leistungsstörungenrecht gewährt **Sekundäransprüche**, d.h. Rechte, die an die Stelle eines ursprünglichen Erfüllungsanspruchs treten. Dabei sind drei verschiedene Regelungskomplexe im BGB zu unterscheiden:

- Für **alle Schuldverhältnisse** sieht das BGB bei Verletzung beliebiger Pflichten Schadensersatzansprüche vor (§§ 280 ff. BGB). Unter bestimmten Umständen kann stattdessen auch Aufwendungsersatz verlangt werden (§ 284 BGB). Ergänzend gibt es Verzugszinsen (§ 288 BGB) und eine Pflicht zur Herausgabe des an Stelle einer unmöglichen oder unzumutbaren Leistung Erlangten (stellvertretendes commodum, § 285 BGB).
- Für **Verträge** werden diese Vorschriften ergänzt durch gesetzliche Rücktrittsrechte in den §§ 323 ff. BGB. Ergänzend sieht § 326 Abs. 1 BGB einen automatischen Wegfall der Gegenleistung bei Unmöglichkeit vor. Das Verhältnis der beiden Regelungskomplexe statuiert § 325 BGB: Man kann Schadensersatz neben dem Rücktritt verlangen.
- Schließlich findet sich eine **Regelung zu gegenseitigen Verträgen** in § 311a Abs. 2 BGB: Verpflichtet sich eine Partei zu einer schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglichen oder unzumutbaren Leistung (§ 275 BGB), muss sie diese selbstverständlich nicht erbringen. Allerdings ist stattdessen Schadensersatz oder Aufwendungsersatz zu leisten - ob schon (mangels Möglichkeit bei Vertragsschluss) keine Pflicht verletzt wird.

Im Folgenden differenzieren wir entsprechend dem Gesetzesaufbau nach den **Rechtsfolgen** und nicht nach der Art der Pflichtverletzung.

I. Welche Pflichtverletzungen werden unterschieden?

Soweit nur **einfacher Schadensersatz "neben der Leistung"** nach § 280 Abs. 1 BGB, d.h. kein Schadensersatz "statt der Leistung", den es nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 280 Abs. 3 BGB gibt, verlangt wird, kommt es nicht darauf an, welche Pflicht verletzt wurde. Eine Besonderheit gilt nur für Schadensersatz "**wegen Verzögerung der Leistung**" (§ 280 Abs. 2 BGB) - dort besteht nämlich eine besondere Voraussetzung (§ 286 BGB: "Verzug").



Sie müssen auch im Übrigen selbstverständlich die Pflicht benennen (und ob diese aus dem Gesetz oder aus dem Vertrag folgt) und feststellen, wodurch (Tun/Unterlassen) diese verletzt wurde. Darauf bezieht sich nämlich das Vertretenmüssen in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm §§ 276 ff. BGB. Eine reine Erfolgshaftung gibt es im Allgemeinen Schuldrecht grundsätzlich nicht.

Für Ansprüche auf **Schadensersatz statt der Leistung** (§ 280 Abs. 3 BGB) sowie für die Bestimmung eines Rücktrittsgrundes nach § 323 BGB, § 324 BGB oder § 326 Abs. 5 BGB müssen Sie sich hingegen entscheiden, ob

- eine im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens noch bestehende und bereits fällige sowie durchsetzbare **Leistungspflicht (§ 241 Abs. 1 BGB)** dadurch verletzt wurde, dass sie überhaupt nicht oder nicht wie geschuldet bzw. vereinbart erbracht wurde (dann greifen § 281 BGB bzw. § 323 BGB),
- eine **Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)** verletzt wurde (dann greifen § 282 BGB bzw. § 324 BGB),
- eine bei Vertragsschluss noch erfüllbare Leistungspflicht (§ 241 Abs. 1 BGB) nicht mehr erfüllt werden muss, weil sie **nach § 275 Abs. 1 BGB (Unmöglichkeit) oder § 275 Abs. 2 BGB bzw. § 275 Abs. 3 BGB (Berufen auf Unzumutbarkeit) erloschen** ist (dann greifen § 283 BGB und für den Fall, dass die Pflicht nicht bereits nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen ist, auch § 326 Abs. 5 BGB) oder
- nie eine Leistungspflicht (§ 241 Abs. 1 BGB) entstehen konnte, weil der Schuldner **schon bei Abschluss des Vertrages eine unmögliche (§ 275 Abs. 1 BGB) oder jedermann bzw. bei einer persönlichen Erbringungspflicht ihm unzumutbare (§ 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB) Leistung versprochen hat** (dann greift § 311a Abs. 2 BGB und § 326 Abs. 5 BGB).

Da nach § 284 BGB **Ersatz vergeblicher Aufwendungen** nur an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung verlangt werden kann, spielt die Unterscheidung auch dort eine Rolle.

Ausdrücklich nur für die Unmöglichkeit greift der Anspruch auf **Ersatz des stellvertretenden commodums** (§ 285 BGB).

II. Welche Rechtsfolgen sieht das Gesetz vor?

Das Leistungsstörungenrecht beschränkt sich nicht auf die Schadensersatzansprüche in § 280 BGB und § 311a Abs. 2 BGB. Daneben werden eine Vielzahl anderer Rechtsfolgen unter den Begriff gefasst:

- Nach §§ 323 ff. BGB gibt es bei Pflichtverletzungen in gegenseitigen Verträgen (und nur dort) **Rücktrittsrechte**. Dabei entspricht § 323 BGB der Regelung des § 281 BGB zu Nicht- und Schlechtleistung und § 324 BGB regelt wie § 282 BGB die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Regelungen zu Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit (§ 283 BGB und § 311a Abs. 2 BGB) finden ihre Entsprechung in § 326 Abs. 5 BGB. Die Rücktrittsrechte haben wir bereits erörtert.
- Der **Wegfall der Gegenleistungspflicht** (§ 326 Abs. 1 BGB) bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Erbringung einer Leistung in einem gegenseitigen Vertrag stellt ebenfalls eine wichtige Frage des Leistungsstörungenrechts dar. Näheres dazu haben wir aber bereits behandelt.
- Auch die **Kündigung aus wichtigem Grund** (§ 314 BGB) und die **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) gehören zum Leistungsstörungenrecht. Diese haben wir aber ebenfalls bereits diskutiert.
- Eine besondere Rechtsfolge (nur) für die Unmöglichkeit stellt der **Anspruch auf Herausgabe bzw. Abtretung eines stellvertretenden commodums** (§ 285 BGB) dar. Dies sind alle Ersatzansprüche oder Ersatzgegenstände, welche der Schuldner für den Untergang seiner Leistungspflicht erhalten hat (insb. Versicherungsleistungen aber auch die Gegenleistung bei einer Übereignung an einen Dritten trotz bestehender Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger).
- Besonders geregelt sind schließlich **Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, die alternativ (an Stelle) des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden können (§ 284 BGB). Anders als Schäden sind dies freiwillige Vermögenseinbußen, für die nicht notwendig eine gleichwertige Bereicherung eintritt.

B. Unter welchen Voraussetzungen gibt es Schadensersatz?

Das BGB kennt vier verschiedene Arten von Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche:

- Die einzige Leistungspflicht aus manchen **gesetzlichen Schuldverhältnissen** ist die Pflicht zum Ersatz von Schäden.

Dies sind die Normen des Deliktsrechts, insbesondere die Generalklauseln des § 826 BGB, des § 823 Abs. 1 BGB und des § 823 Abs. 2 BGB, aber auch Regelungen wie z.B. § 832 BGB.



- Für manche Schuldverhältnisse sieht das Gesetz **eigene Anspruchsgrundlagen** vor, aus denen der Ersatz von Schäden verlangt werden kann. Für andere verweist das Gesetz dagegen auf die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts.

So ist etwa der Schadensersatz wegen Mängeln im Mietrecht in § 536a Abs. 1 BGB abschließend geregelt; ebenso § 651n BGB für Mängel bei einer Pauschalreise; § 989 BGB ist eine Sonderregel für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis; § 437 Nr. 3 BGB und § 634 Nr. 4 BGB verweisen hingegen auf die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts und sind daher keine solche Sonderregeln.



- § 311a Abs. 2 BGB sieht einen **besonderen Schadensersatzanspruch für das Versprechen einer Leistung** vor, die aufgrund von § 275 Abs. 1-3 BGB nicht erfüllt zu werden braucht.



Wer eine Reise nach Alpha Centauri verspricht, kann diesen Vertrag objektiv wegen Unmöglichkeit nicht erfüllen (§ 275 Abs. 1 BGB). Er muss jedoch (grundsätzlich) den Schaden ersetzen, der durch das Vertrauen auf die Erfüllung entstanden ist.

- Schließlich **regeln § 280 Abs. 1 BGB allgemein**, dass bei der Verletzung von Leistungs- (§ 241 Abs. 1 BGB) oder Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) aus beliebigen Schuldverhältnissen der dadurch entstehende Schaden zu ersetzen ist. Die Regelung findet nur Anwendung, wenn keine der oben genannten Spezialkonstellationen vorliegt.

1. Was setzt § 280 Abs. 1 BGB voraus?

Eines der wichtigsten Prüfungsschemata im gesamten Zivilrecht ist dasjenige für Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB. Wenn Sie dieses nicht beherrschen, werden Sie kaum je eine Klausur in Ihrem Studium bestehen. Sie sollten es sich also **unbedingt** einprägen:



1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung (§ 241 BGB)
3. Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm §§ 276 ff. BGB)
4. Schaden (§§ 249 ff. BGB)
5. Ggf. *zusätzliche Voraussetzung des § 286 BGB* (§ 280 Abs. 2 BGB) oder *zusätzliche Voraussetzungen des § 281 BGB, des § 282 BGB oder des § 283 BGB* (§ 280 Abs. 3 BGB)

Sie können auch die *zusätzlichen Voraussetzungen* aus § 280 Abs. 2 BGB oder § 280 Abs. 3 BGB **statt im Schaden unter der Pflichtverletzung** erörtern. Dabei handelt es sich um eine bloße Nachfrage, keinen Meinungsstreit, den Sie entscheiden müssen!



Wenn Sie die Voraussetzungen von § 280 Abs. 2 BGB oder § 280 Abs. 3 BGB in der Pflichtverletzung prüfen, müssen Sie **sauber herausarbeiten**, warum es sich beim Ausgleich des geltend gemachten Verlusts gerade um einen "*Schadensersatz statt der Leistung*" (§ 280 Abs. 3 BGB) handelt, bzw. warum der "*Schadensersatz wegen Verzögerung*" (§ 280 Abs. 2 BGB) eingetreten ist. Sie müssen also schon in der Pflichtverletzung darlegen, welchen Verlust sie eigentlich prüfen - eine Problematik, die sie später **noch einmal im Schaden** erwähnen müssen. Das führt zu gewissen Doppelungen.

1. Welche Schuldverhältnisse kommen in Betracht?

Nach dem Wortlaut von § 280 Abs. 1 S. 1 BGB kommen für einen Schadensersatzanspruch aus dieser Norm grundsätzlich **alle Schuldverhältnisse** in Betracht. Dies umfasst:

- Schuldverhältnisse, in denen **ausschließlich Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) bestehen**

Solche Schuldverhältnisse finden Sie in § 311 Abs. 2 BGB ("culpa in contrahendo"). Ebenfalls fallen nachvertragliche Pflichten ("culpa post contractum finitum"), Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Sachwalter- bzw. Vertreterhaftung (§ 311 Abs. 3 S. 1 BGB) in diese Gruppe. Sie dürfen insoweit nur keine Leistungspflichtverletzung und keinen Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) oder Schadensersatz wegen Verzögerung (§ 280 Abs. 2 BGB) in Betracht ziehen, da es gerade keine Leistungspflicht im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB gibt.



- **Vertragliche Schuldverhältnisse**, soweit diese keine abschließenden Sonderregelungen enthalten

Verweisungen finden sich (wie bereits erörtert) in § 437 BGB und in § 634 BGB. Sonderregelungen finden sich im Mietrecht (§ 536a BGB) und im Reisevertragsrecht (§ 651n BGB).



- **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, soweit diese keine abschließenden Sonderregelungen enthalten

Kommt der deliktsrechtliche Schuldner mit der Leistung des Schadensersatzes (§ 823 Abs. 1 BGB) in Verzug, haftet er auf Ersatz des Verzugsschadens aus § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 BGB. Demgegenüber findet für den Ersatz des durch die Rechtsgutsverletzung entstandenen Schadens unmittelbar § 823 Abs. 1 BGB Anwendung. Eine Sperrwirkung entfaltet auch § 989 BGB iVm § 990 BGB - aber auch hier kommt ein Ersatz von Verzugsschäden nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 BGB in Betracht (§ 990 Abs. 2 BGB). Eine Sperrwirkung gegenüber §§ 280 ff. BGB ergibt sich schließlich mittelbar aus § 818 Abs. 3 BGB: Da eine Enreicherung den Anspruch ausschließt, kommen Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit der Herausgabe daneben nicht in Betracht.



2. Was erfordert die Pflichtverletzung?

Im Rahmen der Pflichtverletzung müssen Sie sauber zwischen Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) und Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) unterscheiden und das Fehlverhalten des Schuldners möglichst genau angeben.

- In den meisten Fällen geht es um eine Leistungspflichtverletzung im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB).



Dies ist etwa der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer eine Sache entgegen § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zwar (etwa nach § 930 BGB oder § 931 BGB) übereignet, aber nicht übergibt oder umgekehrt zwar die Sache übergibt, aber die dingliche Einigung unter eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) stellt und so seine Übereignungspflicht nicht erfüllt (bei einem nicht im Kaufvertrag vereinbarten Eigentumsvorbehalt).

Eine Leistungspflichtverletzung liegt auch vor, wenn die übergebene Sache einen Sach- (§ 434 BGB) oder Rechtsmangel (§ 435 BGB) aufweist (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Dann findet § 280 BGB aber nur über den Umweg des § 437 Nr. 3 BGB Anwendung.

Leistungspflichtverletzungen liegen auch vor, wenn der Schuldner nicht zur vereinbarten Zeit (§ 271 BGB) oder am vereinbarten Ort (§ 269 BGB) seine Leistung erbringt.

- Nur ausnahmsweise werden Ihnen in Klausuren reine Rücksichtnahmepflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2 BGB) begegnen.



Daran müssen Sie denken, wenn Rechte, Rechtsgüter oder Interessen (§ 241 Abs. 2 BGB) des Schuldners im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss oder der Erfüllung einer Leistungspflicht verletzt werden, etwa bei Beleidigungen, Sachbeschädigungen oder Körperverletzungen.

- Besondere Schwierigkeiten bereitet die **Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)** oder **Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB)** der Erfüllung einer Leistungspflicht.



Ist eine Leistung unmöglich, gibt es keine Pflicht, sie zu erbringen (§ 275 Abs. 1 BGB), bei Unzumutbarkeit ist die Leistungspflicht nicht durchsetzbar, wenn sich der Schuldner darauf beruft (§ 275 Abs. 2 BGB). Muss der Schuldner aber nicht leisten, verletzt er dadurch keine Pflicht.

Für die anfängliche Unmöglichkeit löst § 311a Abs. 2 BGB dieses Dilemma, indem er auf das bloße Versprechen der unmöglichen Leistung als Pflichtverletzung abstellt. Bei der nachträglichen Unmöglichkeit ist die Erklärung nicht ganz einfach.

3. Was umfasst das "Vertretenmüssen" (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm §§ 276 ff. BGB)?

Ein sehr häufiger Fehler in Klausuren (nicht nur bei Anfängern, sondern sogar im Examen) ist, dass die Begriffe "Verschulden" und "Vertretenmüssen" verwechselt werden. Jedoch handelt es sich dabei um völlig verschiedene Anknüpfungspunkte.

"Verschulden" meint Vorsatz und Fahrlässigkeit (wie in § 823 Abs. 1 BGB) bei Vorliegen der Verschuldensfähigkeit. Demgegenüber regelt das "Vertretenmüssen" in § 276 ff. BGB die Abgrenzung von Risikosphären in Schuldverhältnissen. Deutlich wird dies vor allem in § 278 BGB: Danach muss sich der Schuldner das Verschulden von Hilfspersonen wie eigenes zurechnen lassen - während für ein Verschulden im Deliktsrecht stets eine eigene Verantwortlichkeit erforderlich ist. Aber auch sonst kann das Vertretenmüssen enger oder weiter sein als das Verschulden - dies ergibt sich aus § 276 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB.

Nur die Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 Abs. 2 BGB gilt auch für das Verschulden bei §§ 823 ff. BGB; eine Anwendung von § 278 BGB, die Annahme eines Beschaffungsrisikos oder einer Garantie im Rahmen von §§ 823 ff. BGB wäre ein **grober Fehler!**



Sie müssen daher gedanklich das Vertretenmüssen immer in drei Schritten durchdenken:

1. Gibt es einen vereinbarten oder gesetzlich angeordneten besonderen Haftungsmaßstab?
2. Wenn nicht: Verhielt sich der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB?
3. Wenn nicht: Kann dem Schuldner das Verschulden einer Hilfsperson nach § 278 BGB zugerechnet werden?



a. Inwieweit sind Vereinbarungen möglich?

Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB kann "eine strengere oder mildere Haftung ... bestimmt" werden. Wie in § 269 BGB, § 271 BGB greift der gesetzliche Maßstab für das Vertretenmüssen also nur ein, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Die Vereinbarung muss nicht ausdrücklich erfolgen - illustrativ ist hierfür der Ausschluss der Haftung des potentiellen Kunden bei einer Probefahrt mit einem Neuwagen.



- Im Regelfall wird eine **Haftungsbeschränkung** oder **gar ein Haftungsausschluss** vereinbart. Eine Grenze hierfür gibt allerdings § 276 Abs. 3 BGB vor: Danach kann die Haftung des Schuldners für eigenen Vorsatz nicht ausgeschlossen werden. Denn bei einer solchen Vereinbarung wäre das Schuldverhältnis letztlich wertlos - der Schuldner dürfte bewusst die Pflichten ignorieren. Noch engere Grenzen gelten für Haftungsbeschränkungen durch AGB: Nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB kann auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden. Die Haftung für Pflichtverletzungen von Erfüllungsgehilfen oder gesetzlichen

Vertretern kann hingegen durch Vereinbarung auch für deren vorsätzliches Handeln ausgeschlossen werden (§ 278 S. 2 BGB). Dann haftet der Schuldner nur noch für eigenes Verschulden. Auch hier sieht § 309 Nr. 7 lit. b BGB für AGB-Klauseln aber einen strengeren Maßstab vor: Der Schuldner muss danach zumindest für vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten seiner Gehilfen haften. Haftungsbeschränkende Klauseln sind im Zweifel eng auszulegen.

- In umgekehrter Hinsicht kann die **Haftung aber auch verschärft** werden - insbesondere kann eine Garantiehaftung geschaffen werden. Gewisse Grenzen hierzu geben § 309 Nr. 4-6 BGB vor, im Übrigen bleibt allenfalls der Rückgriff auf Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) oder Treu und Glauben (§ 242 BGB).

b. Welche besonderen Maßstäbe sollte man kennen?

Nach § 276 Abs. 1 BGB kann eine strengere oder mildere Haftung durch gesetzliche Regelungen "bestimmt" sein oder sich "aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses" ergeben.

- **Gesetzliche Regelungen** enthalten im Regelfall Haftungserleichterungen für den Schuldner.
 - Einige Regelungen beschränken die Haftung dabei auf "**grobe Fahrlässigkeit**" (§ 300 Abs. 1 BGB für den Fall, dass der Gläubiger in Annahmeverzug ist, § 521 BGB für den Schenker, § 599 BGB für den Verleiher, § 680 BGB für GoA zur Gefahrenabwehr, § 968 BGB für den Finder).
 - In anderen Regelungen wird bestimmt, dass der Schuldner nur "**eigenübliche Sorgfalt**" zu vertreten hat (§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB für den Rücktrittsberechtigten vor Kenntnis eines gesetzlichen Rücktrittsrechts, § 690 BGB für den unentgeltlichen Verwahrer, § 708 BGB für Gesellschafter einer GbR, § 1359 BGB für Eheleute, § 1664 Abs. 1 BGB für Eltern ggü. ihren Kindern). Die Besonderheiten der "groben Fahrlässigkeit" und der eigenüblichen Sorgfalt (§ 277 BGB) werden wir uns gleich ansehen.
 - Eine **gesetzlich angeordnete verschuldensunabhängige Haftung** ("Gefährdungshaftung") besteht vor allem im außervertraglichen Bereich (d.h. in Fällen, in denen § 276 Abs. 1 BGB ohnehin unanwendbar ist), etwa in § 7 StVG oder in § 833 S. 1 BGB.
- Für einen besonderen Maßstab aus dem **Inhalt des Schuldverhältnisses** nennt das Gesetz zwei Beispiele: Die Übernahme einer Garantie und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos.
 - Der Schuldner übernimmt eine **Garantie**, wenn er durch sein Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringt, für die Erfüllung bestimmter Pflichten (in der Regel das Vorliegen bestimmter Beschaffenheitsmerkmale oder die Mangelfreiheit einer Sache im Übrigen) verschuldensunabhängig eintreten zu wollen. Dann wäre es widersprüchlich, wenn er sich bei einer Pflichtverletzung auf fehlendes Verschulden berufen könnte - er muss sich eindeutig äußern.
 - Ein **Beschaffungsrisiko** übernimmt der Schuldner, wenn er einen Vertrag über einen Gegenstand schließt, den er sich erst noch selbst beschaffen muss. Dies ist insbesondere bei einer Gattungsschuld (§ 243 BGB) der Fall. Dann haftet der Schuldner selbst dann, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gar nicht beschaffen konnte. Er hat auch insoweit etwas versprochen und muss sich daran festhalten lassen.

c. Was bedeutet Vorsatz?

Unter Vorsatz versteht man im Zivilrecht dasselbe wie im Strafrecht. Leider sind die Voraussetzungen aber weder im BGB noch im StGB definiert. Sie müssen die **Definition daher auswendig lernen**.

Vorsatz ist die (auch unsichere) Kenntnis aller relevanten Umstände (§ 16 StGB) und zumindest deren billiges Inkaufnehmen sowie (anders als im Strafrecht) auch die Kenntnis der Pflicht- und Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens.



Daher scheidet vorsätzliches Handeln immer aus, wenn der Schädiger einen Umstand nicht kannte oder diesbezügliche Fehlvorstellungen hatte (**Irrtum**). Anders als im Strafrecht schadet auch ein Rechtsirrtum (also die Annahme, das eigene Verhalten sei erlaubt) - bei Vermeidbarkeit des Irrtums liegt dann aber Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) vor. Für die Vermeidbarkeit solcher Rechtsirrtümer gilt der gleiche Maßstab wie in § 17 StGB: Es wird eine Gewissensanstrengung und gegebenenfalls das Einholen rechtlicher Beratung (etwa durch einen Anwalt) erwartet. Im Vertragsrecht resultiert die Rechtswidrigkeit und die Kenntnis um diese aus der Kenntnis der Pflichtwidrigkeit.

Der Vorsatz muss sich nur auf die Pflichtverletzung, nicht aber auf den Schaden (erst recht nicht auf die Schadenshöhe!) beziehen, arg. § 254 Abs. 2 BGB.



Wie im Strafrecht kann man bei gründlicher Prüfung **drei Stufen des Vorsatzes** unterscheiden:

- Bei Absicht ("**dolus directus I**") will der Schädiger gerade die Pflicht verletzen (auch als Zwischenziel). Hier liegt auch ein Fall von § 826 BGB nahe.
- Bei sicherer Kenntnis ("**dolus directus II**") weiß der Schädiger, dass er in jedem Fall eine Pflicht verletzt - auch wenn ihm dies ungünstig erscheinen mag.
- Schließlich gibt es den sog. "**Eventualvorsatz**" ("**dolus eventualis**"). Hierzu gibt es im Strafrecht einen komplexen Theorienstreit. Im Zivilrecht genügt es, der sog. "Billigungslehre" zu folgen. Danach liegt Vorsatz vor, wenn der Schädiger die Pflichtverletzung für möglich gehalten hat, aber diesen Verstoß "billigend in Kauf genommen hat". Damit soll der Fall ausgeschlossen werden, dass er die Möglichkeit nach einer Abwägung ausgeschlossen hat ("Es wird schon nichts passieren"). Vorsatz liegt also vor, wenn ihm der Erfolgseintritt egal ist ("Na wenn schon").

d. Welche Bedeutung hat die Verschuldensfähigkeit?

Nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB finden § 827 BGB und § 828 BGB entsprechende Anwendung. Diese Normen regeln die Verschuldensfähigkeit. Nicht maßgeblich sind daher insbesondere die §§ 104 ff. BGB oder § 21 StGB.

Danach ist eine Haftung für Verschulden auch im Rahmen des Vertragsrechts (d.h. im Rahmen von § 280 BGB) bei einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit (oder Bewusstlosigkeit) und bei Minderjährigen im Alter von bis zu sieben Jahren bzw. bei Straßenverkehrsunfällen sogar bis zehn Jahren ausgeschlossen.

Umstritten ist, ob auch die Billigkeitshaftung aus § 829 BGB herangezogen werden kann.



Gegen eine analoge Anwendung sprechen Wortlaut und Systematik: Die Regelung wird offensichtlich nicht im Verweis genannt. Zudem ist eine "Billigkeitsregelung" im deutschen Zivilrecht untypisch und daher möglichst eingeschränkt anzuwenden.

Für eine analoge Anwendung spricht, dass im Vertragsrecht eine Garantiehaftung und daher auch eine Billigkeitshaftung besser zu rechtfertigen ist als bei Fehlen einer Sonderbeziehung: Ob man einen Vertrag begründet, hängt von einer vorherigen Entscheidung (ggf. der Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter) ab. Dann ist aber auch eine strengere Haftung zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung wendet § 829 BGB zudem im Rahmen des Mitverschuldens (§ 254 BGB) an. Dann wäre es widersprüchlich, die Regelung nicht auch im Rahmen des § 276 BGB anzuwenden.

e. Was ist Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB)?

Während der Vorsatz gesetzlich nicht definiert ist, bestimmt § 276 Abs. 2 BGB, dass Fahrlässigkeit das "Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" ist.

Es geht daher nach dem ausdrücklichen Wortlaut nicht um die dem Schuldner "mögliche" oder "zumutbare" Sorgfalt, sondern darum, was die Gläubiger der Sorgfaltspflicht (d.h. der "Verkehr") von ihm erwarten darf (was im Verkehr "erforderlich" ist).



Dies ist ein **wesentlicher Unterschied zum Strafrecht**. Dort geht es um persönliche Verantwortlichkeit ("Schuld"), die stets individuell für den Täter zu bestimmen ist. Es kann also passieren, dass jemand für einen Verkehrsunfall Schadensersatz leisten muss, aber sich nicht strafbar gemacht hat.

Maßstab ist daher nicht etwa der konkrete Schuldner (bzw. seine Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB), sondern eine fiktive Person, die sich so verhält, wie es der Durchschnittsverkehr erwarten darf.



Auch ein dummer und ungeübter Autofahrer muss sich so verhalten wie ein ordentlicher Autofahrer.

f. Was ist ein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB)?

Nach § 278 S. 1 BGB haftet der Schuldner nicht nur für eigenes Verschulden, sondern muss sich auch das Verschulden seiner **Erfüllungsgehilfen** und gesetzlichen Vertreter "wie eigenes" zurechnen lassen. Die Regelung ist allerdings nach § 278 S. 2 BGB dispositiv - man kann also die Zurechnung durch Vertrag (nicht aber durch AGB, § 309 Nr. 7 BGB) vollständig ausschließen



Erfüllungsgehilfe ist jede Person, die (wenn auch nur faktisch) mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung von Leistungs- (§ 241 Abs. 1 BGB) oder Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) mitwirkt.

Bei der Anwendung dieser Norm gibt es einige typische Fehler, die Sie unbedingt vermeiden sollten:

1. Es muss **kein Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Erfüllungsgehilfen** bestehen, sondern nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Der Erfüllungsgehilfe kann also z.B. auch ein Verwandter ohne jede vertragliche Beziehung sein.
2. Es muss **keine konkrete Weisung** des Schuldners gegenüber dem Erfüllungsgehilfen in Bezug auf den Gläubiger erfolgen. Der Erfüllungsgehilfe kann vielmehr auch eigenverantwortlich handeln, solange er generell in die Pflichten einbezogen ist. So muss ein Hausmeister das Licht reparieren oder die Straße streuen - auch wenn ihm keine konkrete Weisung erteilt wurde.
3. Das Verschulden wird nicht "weggerechnet" - der **Erfüllungsgehilfe bleibt seinerseits verantwortlich**. Mangels Sonderbeziehung haftet er aber nicht gegenüber dem Gläubiger aus § 280 BGB (sondern allenfalls aus § 823 BGB).
4. Die Zurechnung bewirkt nur, dass das Verschulden des Erfüllungsgehilfen **wie Verschulden des Schuldners** behandelt wird. Soweit dieser nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz oder sogar nur für Vorsatz haftet, schadet ihm also einfache Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen nicht.
5. § 278 S. 1 BGB umfasst nicht nur die Verschuldenszurechnung im engeren Sinne, sondern setzt implizit voraus, dass auch eine **Handlung oder ein Unterlassen zugerechnet** wird. Dies müssen Sie im Rahmen von Rücksichtnahmepflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2 BGB) bereits in der Pflichtverletzung erörtern.

g. Was gilt für gesetzliche Vertreter?

§ 278 S. 1 BGB sieht nicht nur vor, dass das Verschulden von Erfüllungsgehilfen zugerechnet wird, sondern auch dasjenige von "gesetzlichen Vertretern". Diese müssen vom Schuldner nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit herangezogen werden, sondern die Verantwortlichkeit des Schuldners erstreckt sich "von Amts wegen" auf diese. Gibt es mehrere Gesamtvertreter genügt das Verschulden auch nur eines Vertreters (also z.B. Vater *oder* Mutter).

Das bedeutet insbesondere, dass Kinder für ihre Eltern haften - denn nach § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Eltern gesetzliche Vertreter des Kindes. Auch der Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker handelt im Sinne von § 278 BGB als gesetzlicher Vertreter des Schuldners. Nach herrschender Meinung gilt § 278 BGB entsprechend sogar für Ehegatten untereinander, soweit diese im Rahmen des § 1357 BGB auch den anderen mitverpflichten können (obwohl dies keine gesetzliche Vertretung darstellt).



Umstritten (aber praktisch irrelevant) ist das **Verhältnis von § 278 BGB zu § 31 BGB**: Immerhin gelten die Vorstandsmitglieder als gesetzliche Vertreter (§ 26 Abs. 2 BGB), sodass scheinbar die Voraussetzung von § 278 BGB erfüllt ist Teilweise wird § 31 BGB als *lex specialis* für alle Organmitglieder gesehen, teilweise wird § 278 BGB als Sonderregelung für die Zurechnung innerhalb

von Schuldverhältnissen gesehen. Praktisch sind aber beide Regelungen Zurechnungsnormen, so dass es insoweit keinen Unterschied macht, welche Regelung man anwendet.

Nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB findet § 278 BGB auch im Hinblick auf das **Mitverschulden** entsprechende Anwendung. Das würde den Geschädigten aber bei Fehlen eines vor Schadenseintritt bestehenden Schuldverhältnisses (also bei Ansprüchen aus § 823 BGB oder § 7 StVG) erheblich benachteiligen - insoweit nimmt die hM eine teleologische Reduktion vor bzw. sieht § 254 Abs. 2 S. 2 BGB als Rechtsgrundverweisung und verlangt auch bei der Zurechnung in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB, dass zwischen Schädiger und Geschädigtem ein Schuldverhältnis besteht.

4. Was ist beim Schaden in § 280 BGB zu prüfen?

Nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Gläubiger bei einer Pflichtverletzung *Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen*. Sie müssen daher in der Klausur in vier Schritten vorgehen, die wir uns noch näher ansehen werden:



1. Ist eine materielle oder immaterielle Einbuße an einem geschützten Recht, Rechtsgut oder Interesse eingetreten?
2. Kann man sich die Pflichtverletzung nicht hinwegdenken, ohne dass auch die Einbuße entfiere (Kausalität)? Lag der Eintritt dieser Einbuße bei Vorliegen der Pflichtverletzung nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit (Adäquanz)? Soll die im Schuldverhältnis bestehende Pflicht gerade den Eintritt solcher Verluste verhindern (Schutzzweck der Norm)?
3. In welchem Umfang und in welcher Form ist die Einbuße auszugleichen? (Wiederherstellung in Natur, § 249 Abs. 1 BGB; Zahlung der Herstellungskosten, § 249 Abs. 2 BGB bzw. § 250 BGB; Entschädigung, § 251 BGB, § 253 Abs. 2 BGB)?
4. Ist die Geltendmachung des Schadens möglicherweise gemindert oder ausgeschlossen durch Mitverschulden (§ 254 BGB) oder aufgrund eines gestörten Gesamtschuldverhältnisses?

Besondere Voraussetzungen stellt das Gesetz dann auf, wenn der Schaden die geschuldete Leistung ersetzt (Schadensersatz **statt der Leistung**, § 280 Abs. 3 BGB) oder auf einer Verspätung der geschuldeten Leistung beruht (Schadensersatz **wegen Verzögerung**, § 280 Abs. 2 BGB). Auch diese besonderen Voraussetzungen können Sie erst prüfen, nachdem Sie festgestellt haben, worauf sich der Ersatz eigentlich bezieht.

II. Welche weiteren Merkmale erfordert § 280 Abs. 3 BGB?

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz berechtigterweise statt der Leistung, darf der Schuldner insoweit die eigentlich vereinbarte Leistung (§ 241 Abs. 1 BGB) nicht mehr erbringen (§ 281 Abs. 4 BGB). Stattdessen muss er **Geld zahlen, weil die Herstellung in Natur hierdurch ausgeschlossen wird** (§ 251 Abs. 1, 1. Var. BGB).

Während dadurch zwar eine Bereicherung des Gläubigers ausgeschlossen wird (dieser erhält statt der Leistung in Natur deren Wert in Geld - nicht aber beides), **belastet dies den Schuldner** erheblich.

Wurde eine Sache verkauft, die der Verkäufer tatsächlich in Eigentum und Besitz hat, darf er diese dem Käufer nicht mehr übergeben und übereignen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern muss ihm den über den Kaufpreis hinausgehenden Wert der Sache ersetzen. Für den Verkäufer wäre es praktischer, die Sache zu übergeben und zu übereignen, soweit er den Mehrwert nicht anderweitig realisieren kann. Nichts anderes gilt für den Werkunternehmer (§ 631 BGB), dessen ohnehin vorhandene Angestellte in seiner bereits vorhandenen Werkstatt den geschuldeten Erfolg ohne weiteres erbringen könnten - während die Zahlung von Geld eine weitere Ausgabe darstellt.



Daher kann der Gläubiger nicht bei jeder Pflichtverletzung sofort Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sondern nur unter **einschränkenden, den Schuldner schützenden Voraussetzungen**:

- Besteht die Pflichtverletzung in der **Nichterbringung einer geschuldeten Leistung oder aber in einer Schlechtleistung**, muss der Schuldner nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine Gelegenheit erhalten, doch noch richtig zu leisten ("Recht zur zweiten Andienung"). Hierzu ist ihm eine angemessene Frist zu setzen - erst nach deren Ablauf kann Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden. Bei Unterlassungspflichten (§ 241 Abs. 1 S. 2 BGB) wäre eine Frist aber unsinnig - stattdessen ist insoweit eine Abmahnung auszusprechen (§ 281 Abs. 3 BGB) und erst der zweite Verstoß berechtigt zum Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung.
- Bei **Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit** (§ 275 BGB) einer Leistungspflicht gibt es hingegen keinen Mehraufwand für den Schuldner: Dieser kann oder will die Leistung ja ohnehin nicht erbringen - daher muss er mit der Geldzahlungspflicht leben. Eine Fristsetzung oder Abmahnung würde ihm nichts nützen; § 281 BGB passt schon deshalb nicht, weil es im Zeitpunkt der Unmöglichkeit keine Pflicht mehr zur Erbringung der Leistung gibt (§ 275 BGB). Dementsprechend verlangt § 283 BGB für diese Fälle abweichend von § 281 BGB keine weiteren Voraussetzungen.
- Wurde eine **Rücksichtnahmepflicht** (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt, verlangt § 282 S. 1 BGB, dass dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist. Dies setzt ähnlich wie bei der Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) eine völlige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses voraus. Im Zweifel wird daher auch hier eine vorherige Abmahnung erforderlich sein.

1. Wie grenzt man Schadensersatz statt der Leistung ab?

Im Schadensersatzrecht gilt grds. ein Bereicherungsverbot: Der Geschädigte soll durch den Ersatz nicht besser stehen, als er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Eine solche Gefahr besteht, wenn die Leistung und eine in Geld erbrachte Ersatzzahlung teilweise das gleiche Interesse betreffen. Das Gesetz bezeichnet diesen Fall, dass der Schadensersatz die Leistung ersetzt, treffend als "Schadensersatz statt der Leistung". Es löst den Konflikt in § 281 Abs. 4 BGB, indem es dem Gläubiger ein Wahlrecht einräumt: Er kann entweder den Ersatz in Geld (§ 251 Abs. 1 BGB) oder die Leistung verlangen - wählt er das Geld, scheidet der Anspruch auf die Leistung endgültig aus (§ 281 Abs. 4 BGB).



Die Abgrenzung hat in der Gerichtspraxis grds. nur in den Fällen Relevanz, in denen eine Fristsetzung im Sinne von § 281 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfolgte und sofort eine Geldzahlung verlangt wird. Wurde eine Frist gesetzt, kann ein Richter immer auf § 281 BGB abstellen. In der Klausur müssen Sie hingegen sauber abgrenzen: Nach § 280 Abs. 3 BGB greift § 280 Abs. 1 BGB "pur" gerade nicht, wenn Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird; umgekehrt findet § 281 Abs. 1 S. 1 BGB (oder § 282 BGB oder § 283 BGB) ausdrücklich nur Anwendung, wenn Schadensersatz statt der Leistung gefordert wird, nicht aber bei einfachem Schadensersatz.

Die Abgrenzung ist allerdings nicht unproblematisch.



Schadensersatz statt der Leistung ist die Zahlung von Geld (§ 251 Abs. 1 BGB) als Ersatz für die nach § 241 Abs. 1 BGB geschuldete Leistung. Er liegt immer dann vor, wenn der Gläubiger, soweit er sowohl die Leistung als auch die Geldzahlung erhält, besser stehen würde, als er ohne die Pflichtverletzung gestanden hätte.

2. Was setzt § 281 BGB voraus?

Leistet der Schuldner nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nach Setzen einer Frist gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen. Neben dem Schadensersatzanspruch kann der Gläubiger außerdem gem. § 325 BGB vom Vertrag zurücktreten, Rücktritt und Schadensersatz sind also nebeneinander anwendbar.

§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf alle vertraglichen Erfüllungsansprüche anwendbar.

Voraussetzungen:



1. Fällige, durchsetzbare Leistungspflicht

Mögliche Einreden: z.B. § 320 BGB, § 273 BGB

2. Pflichtverletzung

- Leistungsverzögerung (Nichtleistung) § 281 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB:
 - Hier erbringt der Schuldner die Leistung nicht rechtzeitig. Ein Verzug i.S.v. § 286 BGB ist hier aber nicht notwendig!

- **WICHTIG:** Die Leistung muss aber noch möglich, d.h. sie darf nicht schon gem. § 275 BGB unmöglich geworden sein (bei Unmöglichkeit findet § 283 Anwendung)!

- **Schlechtleistung § 281 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB:**

- Der Schuldner hat seine Leistung nicht wie geschuldet erbracht. Besonders das Kauf- (§§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 434, 435 BGB) und Werkvertragsrecht (§§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 633 BGB) finden hier ihre Anwendung.

3. Vertretenmüssen §§ 276 ff. BGB:

Schadensersatz statt der Leistung kann nur gewährt werden, sofern der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Hier gilt die Beweislastumkehr aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

4. Fristsetzung § 281 Abs. 1 S. 1 BGB und fruchtloser Fristablauf/ Entbehrlichkeit der Fristsetzung § 281 Abs. 2 BGB

Die Frist ist erfolglos abgelaufen, wenn der Schuldner bis zum Fristablauf nicht geleistet oder nacherfüllt hat. Dabei ist nach h.M. die Leistungshandlung und nicht der Leistungserfolg maßgeblich. Wird innerhalb der Frist nur teilweise oder mangelhaft geleistet, bedarf es keiner erneuten Fristsetzung, sondern der Gläubiger kann sofort nach Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

a. Was ist bei der Fristsetzung zu beachten?

Die Fristsetzung hat den Zweck, dem Schuldner eine letzte Chance zur Vertragserfüllung zu geben. Dabei ist die Angemessenheit der Frist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Wurde eine zu kurze Frist gesetzt, so gilt nicht diese, sondern eine den Umständen entsprechend angemessene Frist. Eine solche Frist kann jedoch nicht schon vor Fälligkeit, sondern erst ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit gesetzt werden.

b. Wann ist die Fristsetzung entbehrlich?

Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung richtet sich nach § 281 Abs. 2 BGB.

1. § 281 Abs. 2 HS 1 BGB - Erfüllungsverweigerung:

- Hier verweigert der Schuldner ernsthaft und endgültig die Leistung. Das Setzen einer Frist wäre somit sinnlos. Die Verweigerung durch den Schuldner muss dabei eindeutig zum Ausdruck gebracht werden und darf nicht nur einfach rechtliche Zweifel des Schuldners beinhalten.
- Strittig ist, ob die Fristsetzung entbehrlich ist, wenn schon vor Fälligkeit klar ist, dass der Schuldner bei Fälligkeit die Leistung verweigern wird (Parallele zu § 323 IV BGB)

- Pro analoge Anwendung von § 323 IV BGB:

Der Gesetzgeber wollte die Voraussetzungen für Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt gleich regeln, in den Gesetzesbegründungen gibt es keinerlei Hinweise, warum der Gesetzgeber gerade in diesem Fall einen Unterschied machen wollte.

- Contra analoge Anwendung von § 323 IV BGB:

Gerade weil der Fall ausdrücklich in § 323 IV BGB geregelt ist, spricht der Umkehrschluss gegen eine analoge Anwendung.

2. § 281 Abs. 2 HS 2 - Generalklausel:

Die Fristsetzung kann auch entbehrlich sein, wenn besondere Umstände und eine Abwägung beider Interessen dies rechtfertigen. Hier hat die Rechtsprechung großen Spielraum bei der Beurteilung. Unter anderem ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner schlecht geleistet, für die Eigenschaften einer Sache aber eine Garantie gem. § 276 Abs. 1 S. 1, 1. Alt BGB übernommen hat.

3. § 281 Abs. 2 HS 2 - Generalklausel und das relative Fixgeschäft:

- Strittig ist, ob die Fristsetzung bei einem relativen Fixgeschäft analog zu § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB entfallen soll.

- Pro analoge Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB:

In der Gesetzesbegründung werden die "just in time"-Verträge als Anwendungsbeispiel dieser Generalklausel angeführt. Bei diesen Verträgen handelt es sich um relative Fixgeschäfte.

- Contra analoge Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB:

Auch hier wieder spricht der Umkehrschluss gegen eine analoge Anwendung, da das relative Fixgeschäft in § 281 Abs. 2 BGB gerade nicht ausdrücklich geregelt wurde.

4. Kauf- (§ 440 BGB) und Werkvertragsrecht (§ 636 BGB):

Weitere Regelungen finden sich in § 440 BGB und § 636 BGB, welche besagen, dass die Fristsetzung entbehrlich ist, wenn der Schuldner die Nacherfüllung verweigert, diese fehlgeschlagen oder dem Gläubiger unzumutbar ist.

3. Was setzt § 282 BGB voraus?

Schadensersatz statt der Leistung kann auch verlangt werden, wenn der Schuldner eine Rücksichtnahmepflicht verletzt. Grundsätzlich löst eine solche Verletzung nur Schadensersatz neben der Leistung aus. Ggf. kann aber dem Gläubiger nicht mehr zugemutet werden, die Leistung vom Schuldner entgegenzunehmen. Stattdessen kann er Schadensersatz statt der Leistung verlangen (parallel kann der Gläubiger gem. § 325 BGB nach § 324 BGB vom Vertrag zurücktreten).

Voraussetzungen:



Verletzung einer Verhaltenspflicht, § 241 Abs. 2 BGB:

Der Schuldner hat die Pflicht verletzt, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen

- Bsp.: Beschädigung des Eigentums und Beleidigung oder Kränkung des Gläubigers durch den Schuldner oder durch einen seiner Erfüllungsgehilfen

Unzumutbarkeit:

- Das Festhalten am Vertrag darf einem Durchschnittsgläubiger nicht mehr zumutbar sein
- Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Abmahnung
 - Handelt es sich aber um eine besonders schwere Pflichtverletzung, kann die Abmahnung entbehrlich sein

Vertretenmüssen:

Das Vertretenmüssen des Schuldners wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet und richtet sich nach §§ 276 ff. BGB.

4. Was setzt § 283 BGB voraus?

Im Fall der Unmöglichkeit besteht die **Gefahr einer Bereicherung** des Gläubigers durch Kumulation von tatsächlicher Leistung und Schadensersatz in Geld nicht: Die Leistung kann ja wegen § 275 Abs. 1 BGB nicht erbracht werden bzw. darf berechtigterweise nach § 275 Abs. 2 BGB bzw. § 275 Abs. 3 BGB verweigert werden.

Aus diesem Grunde sieht § 283 S. 1 BGB auch **keine weiteren Voraussetzungen** für den Schadensersatz statt der Leistung voraus.

Das bedeutet nicht, dass Sie in der Klausur auf die Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung verzichten dürfen. Vielmehr heißt dies nur, dass Sie sauber zwischen der noch möglichen, aber nicht erbrachten Leistung bzw. Nacherfüllung einerseits (§ 281 BGB) und der nach § 275 BGB ausgeschlossenen Leistungspflicht andererseits **differenzieren müssen**.



Lesen sollten Sie aber unbedingt § 283 S. 2 BGB: Dieser verweist für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung auf § 281 Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB und § 281 Abs. 5 BGB. § 283 S. 1 BGB betrifft daher auch die teilweise Unmöglichkeit und die Unmöglichkeit der Nacherfüllung ("qualitative Unmöglichkeit"). In diesem Fall wird aber grds. nur der mangelhafte bzw. unmögliche Teil durch eine Geldzahlung ersetzt. Der weiterhin mögliche Teil bleibt hingegen uneingeschränkt in Natur beim Gläubiger. Insoweit ähnelt die Regelung der Minderung (§ 441 BGB) - es geht zumeist schlicht um die Wertdifferenz. Nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB (gar kein Interesse des Gläubigers an der Teilleistung) oder des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB (Unterschied zwischen geschuldeter und erbrachter Leistung ist erheblich) kann Ersatz auch für den noch möglichen bzw. mangelfreien Teil verlangt werden. Diese Voraussetzungen entsprechen § 323 Abs. 5 BGB - konsequent muss dann auch der Gläubiger den mangelfreien bzw. möglichen Teil nach Rücktrittsrecht zurückgewähren, d.h. es sind insb. Nutzungen (auch schuldhaft nicht gezogene, § 347 Abs. 1 BGB) zu ersetzen oder Wertersatz für Verschlechterungen zu leisten (§ 346 Abs. 2 BGB). Zudem besteht ein Anspruch auf Verwendungsersatz (§ 347 Abs. 2 BGB).

Im Zusammenhang mit § 283 BGB steht auch § 285 Abs. 2 BGB: Danach ist der Schadensersatz zu mindern, soweit ein stellvertretendes commodum (also eine Versicherungsleistung, ein erzielter Kaufpreis etc.) verlangt wurde.

5. Was erhält der Gläubiger als Schadensersatz "statt der Leistung"?

Liegen die Voraussetzungen von § 281 BGB oder § 282 BGB vor, hat der Gläubiger **drei Möglichkeiten**:

- Grundsätzlich darf der Gläubiger trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung weiterhin die **geschuldete Leistung in Natur** verlangen. Er kann also z.B. eine weitere Frist setzen oder wegen der Rücksichtnahmepflichtverletzung bloß eine Mahnung aussprechen. Nach § 281 Abs. 4 BGB scheidet diese Wahlmöglichkeit erst aus, wenn er ausdrücklich Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Erst dann darf der durch die verlangte Geldsumme zu ersetzende, nach dem Vertrag bzw. dem gesetzlichen Schuldverhältnis eigentlich geschuldete Gegenstand nicht mehr gefordert werden. Erfüllt der Schuldner, sind Schadensersatz statt der Leistung und Ersatz frustrierter Aufwendungen ausgeschlossen.
- Sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat, ist auch Naturalrestitution im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB rechtlich unmöglich: Denn die Herstellung des geschuldeten Zustandes wäre die Erbringung der Leistung, was ja gerade nicht mehr zulässig sein soll. Demnach wird Schadensersatz statt der Leistung stets nach § 251 Abs. 1 BGB **durch eine Geldleistung** erbracht. Durch diese Zahlung soll der Gläubiger so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Pflicht stehen würde. Wegen § 253 Abs. 1 BGB erfasst die Ersatzleistung jedoch keine immateriellen Vorteile. Das sog. positive Interesse umfasst nur die konkreten Vermögenseinbußen einschließlich eines etwaigen entgangenen Gewinns (§ 252 BGB). Insoweit kann es für den Gläubiger durchaus nachteilig sein, den Schadensersatz zu wählen - dennoch ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen; ebensowenig darf er zusätzlich Ersatz vergeblicher Aufwendungen fordern (soweit diese nicht aufgrund der Rentabilitätsvermutung als Teil des Schadens gelten).
- Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger auch **Ersatz frustrierter Aufwendungen gem. § 284 BGB** verlangen. Dafür muss er Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung durch den Schuldner getätigt haben, die sich im Nachhinein als wertlos erwiesen haben. Die Norm setzt zudem voraus, dass der Gläubiger diese Aufwendungen billigerweise auch für erforderlich halten durfte. Hier müssen Sie also prüfen, ob ein vernünftiger Mensch in seiner Lage diese Ausgaben getätigt hätte. Verlangt der Gläubiger Ersatz frustrierter Aufwendungen, sind sowohl der Schadensersatz statt der Leistung als auch die Erfüllung in Natur ausgeschlossen.

III. Was ist ein "Verzögerungsschaden" im Sinne von § 280 Abs. 2 BGB?

Die §§ 286 ff. BGB sind auf alle rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse anwendbar. Bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen gibt es jedoch einige Sonderregelungen: §§ 812 ff. BGB (Verzugshaftung nur nach § 818 IV bzw. § 819 BGB iVm §§ 292, 990 Abs. 2, 286 ff. BGB) und §§ 987 ff. BGB (eingeschränkte Haftung nach § 990 Abs. 2 BGB). Des Weiteren handelt es sich bei den §§ 286 ff. BGB um dispositives Recht und kann grundsätzlich durch Parteivereinbarung oder AGB (Grenzen siehe §§ 305 ff. BGB) abbedungen werden.

Während der Schadensersatz "statt" der Leistung an das Verhältnis der als Ersatz erbrachten Geldzahlung zur ursprünglich geschuldeten Leistung, d.h. an die **Rechtsfolge** der Haftung, anknüpft, stellt der Schadensersatz "wegen Verzögerung" auf die **Pflichtverletzung** ab. Es geht also um Vermögensverluste, die gerade dadurch entstehen, dass eine Leistung zu spät erbracht wird.

Wer ein Auto kauft, das am 1. August geliefert werden soll, kann dieses Auto nicht nutzen, um am 2. August in Urlaub zu fahren, wenn sich die Lieferung verzögert. Die Kosten für die Miete eines Ersatzfahrzeugs sind dann ein Vermögensverlust wegen Verzögerung der Leistung.



Diese Schäden könnte man als **Schadensersatz statt der (rechtzeitigen) Leistung** ansehen, da gerade der Wertverlust durch die später nicht mehr mögliche Leistung zur rechten Zeit ersetzt werden soll. Es würde sich also um Schadensersatz statt der Leistung handeln, der nach § 280 Abs. 3 BGB unter den Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB zu ersetzen wäre.

Das BGB regelt dies jedoch anders: Nach § 280 Abs. 2 BGB ist der *Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung* kein *Schadensersatz statt der Leistung* im Sinne von § 280 Abs. 3 BGB und muss daher auch nicht *den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB, des § 282 BGB oder des § 283 BGB* genügen.

Ganz ohne weitere Voraussetzungen will das Gesetz den Verzögerungsschaden aber trotzdem nicht gewähren: § 280 Abs. 2 BGB verweist auf die *zusätzliche Voraussetzung des § 286 BGB* und damit auf das Vorliegen von **Verzug des Schuldners**. Dieser hat wiederum vier Voraussetzungen:

1. Die Leistungspflicht muss **fällig** (§ 271 Abs. 1 BGB), **nicht untergegangen** und **durchsetzbar** sein.
2. Es muss eine **Mahnung** (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB), eine **Klageerhebung** (§ 286 Abs. 1 S. 2, 1. Var. BGB iVm § 253 ZPO iVm § 261 ZPO), die **Zustellung eines Mahnbescheides** (§ 286 Abs. 1 S. 2, 2. Var. BGB iVm § 693 ZPO), einer der vier **Ausnahmefälle des § 286 Abs. 2 BGB** oder ein **Fall des § 286 Abs. 3 BGB** vorliegen.
3. Der Schuldner muss die Nichterbringung der geschuldeten Leistung zu **vertreten haben** (§ 286 Abs. 4 BGB iVm § 276 ff. BGB).



1. Welche Voraussetzungen bestehen in Bezug auf die geschuldete Leistung?

Solange der Schuldner nicht **auf die Leistung in Anspruch genommen werden kann**, können ihm keine negativen Folgen für die Nichtleistung drohen. Das bedeutet:

- Der Anspruch des Gläubigers muss **überhaupt gerichtlich durchsetzbar sein**. Das ist nicht der Fall bei sog. "unvollkommenen Verbindlichkeiten", etwa aus Glücksspiel oder Wetten (§ 762 Abs. 1 S. 1 BGB).
- Der Verzug kann frühestens zu dem Zeitpunkt eintreten, in dem der Gläubiger die Leistung erstmals verlangen durfte (**Fälligkeit**, § 271 Abs. 1 BGB). Dem kann nicht nur ein vertrag-

lich vereinbarter, späterer Leistungszeitpunkt, sondern vor allem auch eine Stundungsabrede entgegenstehen.

- Selbstverständlich ist der Verzug auch ausgeschlossen, wenn die **Leistungspflicht bereits erloschen** ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies etwa durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB), Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB), Aufrechnung (§ 389 BGB), Schadensersatzverlangen statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) oder Rücktritt (§ 346 Abs. 1 BGB) geschehen ist. Wichtig ist dies vor allem für nicht nachholbare Leistungen, insb. absolute Fixgeschäfte - hier scheidet ein Verzug mit der Leistungspflicht aus. Während die Aufrechnung Rückwirkung hat (vgl. § 389 BGB), wirken Erfüllung, Unmöglichkeit, Rücktritt etc. erst ab dem Zeitpunkt, in dem diese eintreten; bis zu diesem Zeitpunkt kann daher Verzug vorliegen.
- Klausurrelevant ist aber vor allem, dass **der Durchsetzbarkeit Einreden entgegenstehen** - egal ob diese dauerhaft ("peremptorisch", wie die Verjährung, § 214 Abs. 1 BGB) oder nur dilatorisch (wie etwa ein Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB) wirken. Problematisch ist dabei allerdings, dass Einreden grundsätzlich erhoben werden müssen ("*Über Einreden muss man reden*"). Sie müssen dabei differenzieren:
 - Grundsätzlich muss der Schuldner sich **nicht vor dem Leistungszeitpunkt auf eine Einrede berufen**, um den Verzugsseintritt zu verhindern. Es genügt vielmehr, wenn er dies nachträglich in einem Rechtsstreit vornimmt. Dies gilt insbesondere für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB): Hier setzt Verzug voraus, dass der Gläubiger seine Leistung dem Schuldner so angeboten hat, dass dieser in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) gelangt ist; eine Äußerung des Schuldners ist nicht erforderlich.
 - Etwas anderes gilt hingegen für das **Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB** : Hier hat der Gläubiger nämlich nach § 273 Abs. 3 BGB das Recht, die Geltendmachung des Verweigerungsrechts durch Leistung einer Sicherheit (§ 232 Abs. 1 BGB) zu verhindern. Das kann er aber nur, wenn er weiß, warum der Schuldner die Leistung verweigert.

2. Was ist eine Mahnung?

Das Gesetz verlangt für den Verzugsseintritt grundsätzlich eine Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB).



Mahnung ist jede ernsthafte Aufforderung des Gläubigers bei oder nach Fälligkeit an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Eine Aufforderung vor Fälligkeit ist rechtlich wirkungslos.

Die Mahnung ist keine Willenserklärung, da ihre Folgen unabhängig vom Willen des Erklärenden eintreten. Es handelt sich vielmehr um eine geschäftsähnliche Handlung, auf welche aber die Regeln über Willenserklärungen entsprechend anwendbar sind. Sie muss so eindeutig und bestimmt sein, dass der Schuldner erkennen kann, was von ihm erwartet wird und dass die Nichtleistung für ihn nachteilige Folgen hat (ohne dass diese benannt werden müssen).



Der Eindeutigkeit steht es nicht entgegen, wenn die Mahnung als Gedicht verfasst ist. Jedoch ist eine unter einer Bedingung (§ 158 BGB) erteilte Mahnung ungeeignet, den Schuldner in Verzug zu versetzen (Rechtsgedanke des § 388 S. 2 BGB).

Grundsätzlich muss die Mahnung auch die Höhe einer geltend gemachten Forderung angeben. Bei unbezifferten Ansprüchen (etwa Schmerzensgeld) wird dieser im Streitfall jedoch erst durch

das Gericht bestimmt (§ 287 ZPO) - daher genügt es insofern, dem Schuldner alle zur Bestimmung der Höhe relevanten Tatsachen konkret mitzuteilen und um Kompensation zu bitten.

Wird ein zu niedriger Betrag angemahnt, tritt Verzug nur in Bezug auf die genannte Summe ein. Wird ein zu hoher Betrag angemahnt, gilt dies nur als Mahnung der tatsächlichen Schuld, wenn diese entweder nur geringfügig über dem geschuldeten Betrag liegt oder aber der Schuldner erkennen konnte, dass der Gläubiger auch zur Annahme einer geringeren Leistung bereit ist.



3. Wann ist eine Mahnung entbehrlich?

Die Entbehrlichkeit der Mahnung richtet sich nach § 286 Abs. 2 BGB .

- **§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB:** Der Leistungszeitpunkt ist nach dem Kalender bestimmt (konkreter Termin oder konkrete Zeitspanne).
- **§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB:** Der Leistungszeitpunkt ist ab einem beliebigen Ereignis im Kalender berechenbar. Dieses Ereignis kann durch die Parteien selbst im Vertrag, durch Gesetz oder durch Urteil bestimmt werden. Eine einseitige Bestimmung durch eine Partei ist nicht ausreichend.
- **§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB:** Der Schuldner hat die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Daran sind hohe Anforderungen zu stellen und die Rechtsprechung und Literatur zu den Parallelbestimmungen von § 281 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind zur Beurteilung entsprechend heranzuziehen.
- **§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB:** Die Entbehrlichkeit der Mahnung ist aus besonderen Gründen nach einer Interessenabwägung gerechtfertigt. In dieser Generalklausel soll sich die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit wiederfinden. Hierunter fallen z.B. besondere Erfüllungsdringlichkeit, vertraglicher Verzicht einer Mahnung oder ein die Mahnung verhinderndes Verhalten des Schuldners. Auch hier können die Parallelregelungen von § 281 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB als Hilfe herangezogen werden.

4. Wie verhält sich § 286 Abs. 4 BGB zu § 280 Abs. 1 S. 2 BGB?

Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird vermutet, dass der Schuldner die Verzögerung zu vertreten hat. § 286 Abs. 4 BGB wiederholt dies eigentlich nur. Der Schuldner trägt die Behauptungs- und Beweislast. Kann er aufgrund eines Umstandes, den er nicht zu vertreten, aber zu beweisen hat, nicht leisten, so kommt er nicht in Verzug. Da § 286 BGB jedoch auch die Voraussetzung für die anderen Verzugsfolgen regelt (§§ 287, 288 ff. BGB), bedarf es dieser nochmaligen Regelung des Vertretenmüssens.

5. Welche weiteren Folgen hat der Verzug?

Der Schuldner hat gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB den Verzögerungsschaden des Gläubigers zu ersetzen, d.h. denjenigen Schaden, der infolge der verspäteten Leistung entstanden ist. Da es sich allerdings hier um Schadensersatz neben der Leistung handelt, kann der Gläubiger weiterhin vom Schuldner Erfüllung der Leistung verlangen. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches richten sich nach §§ 249 ff. BGB. Auch hier gilt der Grundsatz der Naturalrestitution. Da die Naturalrestitution aber eher die Ausnahme darstellt, wird in der Regel gem. § 251 Abs. 1 BGB in Geld geleistet.

Während sich § 281 BGB, § 282 BGB und § 283 BGB darauf beschränken, zusätzliche Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 280 Abs. 3 BGB) aufzustellen, hat § 286 BGB eine **über § 280 Abs. 1 BGB iVm § 280 Abs. 2 BGB hinausgehende Bedeutung**:

- Zunächst regelt § 287 BGB, dass sich der Maßstab für das Vertretenmüssen des Schuldners (im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) ab dem Eintritt des Verzuges verändert. Dies hat erhebliche (klausurrelevante) Folgen.
- Große praktische Bedeutung haben § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB: Danach sind auf Geldforderungen im Verzug **Zinsen** zu leisten. Ergänzend regelt § 290 BGB die Verzinsung von Wertersatz. Dabei handelt es sich bei § 288 Abs. 1 BGB um eine eigenständige Anspruchsgrundlage für den Gläubiger. Die Zinshöhe beträgt pro Jahr 5 Prozentpunkte (gem. § 288 Abs. 2 BGB 8 Prozentpunkte, soweit kein Verbraucher Vertragspartei ist) über dem Basiszinssatz (§ 247 BGB).
- Schließlich bestimmt § 288 Abs. 3 BGB, dass der Gläubiger höhere Zinsen und weitere Schäden geltend machen kann. Weiterhin hat er gegen den Schuldner bei einer Entgeltforderung (d.h. einer in Geld zu erbringenden Gegenleistung - also nicht bei Schadensersatz o.ä.) einen eigenen Anspruch auf Zahlung einer **Pauschale in Höhe von 40 €** hat, soweit der Schuldner nicht Verbraucher ist. Dieser wird auf die als Verzögerungsschaden im Sinne von § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 BGB zu ersetzenden Rechtsverfolgungskosten angerechnet und soll den nicht in jedem Fall in Geld zu ermittelnden Durchsetzungsaufwand abstrakt kompensieren. Es handelt sich also um einen gesetzlichen Mindestschaden.

Besondere Regelungen und Folgen zum **Verzug bei Geldschulden** finden sich in **§ 286 Abs. 3 BGB**.

Ab dem Zeitpunkt des Verzugseintritts hat der Schuldner "**jede Fahrlässigkeit**" zu vertreten (§ 287 S. 1 BGB). Das bedeutet, dass eine vertraglich oder gesetzlich (z.B. § 521 BGB, § 680 BGB) beschränkte Haftung auf Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit oder eigenübliche Sorgfalt (§ 277 BGB) ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gilt. Es handelt sich um eine spiegelbildliche Regelung zu § 300 Abs. 1 BGB, der bei Annahmeverzug die Haftung des Schuldners auf Vorsatz und Fahrlässigkeit beschränkt, also eine *gesetzlich oder vertraglich verschärfte Haftung* verdrängt. Die dadurch eintretende Fahrlässigkeitshaftung soll nach hM sowohl für Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) als auch für Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) gelten.

Weitergehend bestimmt § 287 S. 2 BGB sogar, dass der Schuldner für Nicht- oder Schlechterfüllung bzw. Untergang (§ 275 BGB) einer **Leistungspflicht** (§ 241 Abs. 1 BGB) durch Zufall haftet. Zufall bedeutet, dass weder Schuldner noch Gläubiger (bzw. deren Hilfspersonen) die Pflichtverletzung zu vertreten haben; ein Einwirken Dritter ist hingegen Zufall im Sinne der Regelung. Liegt also Verzug vor, genügt es nicht, dass der Schuldner nachweist, dass eine Beschädigung oder Zerstörung auch durch Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) nicht eingetreten wäre. Allerdings kann der Schuldner nachweisen, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre - also die Verzögerung nicht für den Verlust des Gläubigers ursächlich war (§ 287 S. 2 a.E. BGB). Für § 287 BGB spielt es keine Rolle, ob Schadensersatz statt der Leistung oder neben der Leistung verlangt wird. Für Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) greift die Zufallshaftung hingegen schon nach dem Wortlaut nicht ein.

IV. Warum gibt es § 311a Abs. 2 BGB als Sonderregelung?

§ 311a Abs. 2 BGB regelt den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und Ersatz frustrierter Aufwendungen bei anfänglicher Unmöglichkeit ausschließlich bei vertraglichen Schuldverhältnissen (bei anderen Schuldverhältnissen findet § 311a Abs. 2 BGB keine Anwendung).

Rechtsfolgen:

- Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB, § 275 Abs. 4 BGB:

Der Schadensersatz wird aufgrund der Unmöglichkeit nicht als Naturalrestitution, sondern in Geld gem. § 251 BGB geleistet. Dabei wird der Gläubiger so gestellt, als sei die Leistung erfüllt worden (positives Interesse).

Bei Teilunmöglichkeit ist Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a Abs. 2 S. 3 BGB iVm § 281 Abs. 1 S. 2, 3 BGB nur möglich, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat und die Pflichtverletzung nicht nur unerheblich ist. Erhaltene Leistungen müssen gem. §§ 346 Abs. 1, 281 Abs. 5, 311a Abs. 2 S. 3 BGB zurückgewährt werden.

- Ersatz frustrierter Aufwendungen gem. §§ 311a Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB, § 284 BGB, § 275 Abs. 4 BGB

Voraussetzungen:

1. Anfängliche Unmöglichkeit einer Leistungspflicht (objektive oder subjektive):

- Primärleistungspflicht ist anfänglich unmöglich geworden (Bsp. Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB)
- Nacherfüllung ist anfänglich unmöglich geworden (Bsp. §§ 311a Abs. 2, 437 Nr. 3, 434, 433 BGB)

2. **Kenntnis/verschuldete Unkenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit:** Das Vertretenmüssen des Schuldners wird gem. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB vermutet. Exkulpationsmöglichkeiten, wenn der Schuldner

- die Unmöglichkeit nicht kannte UND
- er oder seine Erfüllungsgehilfen die Unkenntnis nicht gem. §§ 276 ff. BGB vertreten müssen. (Ausnahme: Der Schuldner hat eine Garantie oder ein Beschaffungsrisiko gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB übernommen und haftet somit verschuldensunabhängig.)



C. Wann bildet eine Pflichtverletzung einen Rücktrittsgrund?

Bereits im dritten Kapitel haben wir die gesetzlichen Rücktrittsrechte als Fälle des Untergangs von Leistungspflichten kennengelernt. Nachdem wir uns zuvor mit den §§ 280 ff. BGB befasst haben, sollte Ihnen klar geworden sein, dass eine unmittelbare Beziehung zu den §§ 323 ff. BGB besteht:

- § 323 BGB stellt ebenso wie § 281 BGB auf die **Nicht- oder Schlechterfüllung von Leistungspflichten im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB** ab. Anders als § 281 BGB spricht § 323 BGB von "nicht vertragsgemäß" statt von "nicht wie geschuldet" - das liegt daran, dass §§ 320 ff. BGB nur für Verträge gelten, §§ 280 ff. BGB hingegen für alle Schuldverhältnisse. Da der Rücktritt wie der "Schadensersatz statt der ganzen Leistung" beide Leistungspflichten zum Erlöschen bringt, finden sich die besonderen Anforderungen aus § 281 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB in § 323 Abs. 5 S. 1 und S. 2 BGB wieder. Demgegenüber übernimmt § 323 Abs. 6 BGB die Ausschlussstatbestände von § 326 Abs. 2 BGB. Der Grund dafür ist, dass eine Quotelung, die

im Rahmen von § 280 ff. BGB durch die Berücksichtigung von Mitverschulden (§ 254 BGB) möglich ist, im Rahmen des Rücktritts ausscheidet.

- § 324 BGB knüpft ebenso wie § 282 BGB an die **Nichterfüllung einer Rücksichtnahmepflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB** an. Wie in § 282 BGB ist auch insoweit erforderlich, dass dem Gläubiger das *Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist* (auch insoweit ist der Unterschied zu § 282 BGB, der verlangt, dass *die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist*, dadurch bedingt, dass die §§ 320 ff. BGB nur für Verträge gelten, §§ 280 ff. BGB hingegen für alle Schuldverhältnisse).
- Schließlich gibt es auch eine Entsprechung zu § 283 BGB (und zu § 311a Abs. 2 BGB): Nach § 326 Abs. 5 BGB ist bei Untergang oder Nichtbestehen der Leistungspflicht des Schuldners wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) oder Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 BGB oder § 275 Abs. 3 BGB ein Rücktritt nach § 323 BGB ohne Fristsetzung möglich.

Die Details dieser Rücktrittsrechte haben wir bereits erörtert - daher ist eine Wiederholung hier nicht erforderlich.

D. Was ist das stellvertretende commodum?

§ 285 BGB bestimmt, dass der Schuldner in jedem Fall, d.h. auch wenn die Unmöglichkeit vom Gläubiger oder durch Zufall verursacht wurde, alles herausgeben muss, was er für die Unmöglichkeit erhalten hat. Es handelt sich um eine "schuldrechtliche Surrogation", der Anspruch ist auf das "stellvertretende commodum" gerichtet.



Unter § 285 BGB fallen etwa Zahlungen einer Sachversicherung (Kaskoversicherung, Hausratversicherung), aber auch Schadensersatzleistungen eines Dritten, der die Sache zerstört hat.

Unter § 285 BGB fällt aber auch der gesamte Erlös, den der Schuldner für die Übereignung der Sache an einen Dritten erzielt, wenn ihm dadurch die Übereignung an den Gläubiger unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) wird. Das mag Sie verwirren - denn die Gegenleistung erfolgt gerade nicht aufgrund der Übereignung (§ 929 S. 1 BGB), sondern basiert auf dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft (etwa dem Kaufvertrag, § 433 Abs. 2 BGB). Dies wird (ähnlich wie im Rahmen von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB) überwunden, um den Mehrwert dem Berechtigten zuzusprechen.

Verlangt der Gläubiger das stellvertretende commodum, bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet (§ 326 Abs. 3 BGB). Zudem wird das erhaltene Surrogat auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB) angerechnet.

Das stellvertretende commodum kann grundsätzlich immer herausverlangt werden, wenn eine Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) erlischt. Im Einzelnen gilt dabei:

- Dies ist insbesondere auch der Fall bei **Rückgewährschuldverhältnissen** (§ 346 Abs. 1 BGB), wenn eine Partei die empfangene Leistung nicht zurückgeben kann. Dann muss sie zumindest Versicherungs- und Ersatzleistungen herausgeben; dies wird auf den Wertersatzanspruch (§ 346 Abs. 2 BGB) angerechnet.
- In **vertraglichen Schuldverhältnissen** sind vorrangig die Regeln des Gewährleistungsrechts (etwa § 437 BGB) zu prüfen. Bei einer nicht reparablen Schlechtleistung findet § 285 BGB grundsätzlich keine Anwendung.

- Im Rahmen des **Bereicherungsrecht** findet § 285 BGB keine Anwendung, da ansonsten § 818 Abs. 2, Abs. 3 BGB umgangen würden. Nur bei der verschärften Haftung (§ 818 Abs. 4 BGB, § 819 Abs. 1 BGB) greift § 285 BGB als "allgemeine Vorschrift".
- Ausgeschlossen ist die Anwendung von § 285 BGB auf den **dinglichen Herausgabeanspruch** aus § 985 BGB. Dafür gibt es zwei Gründe: Einerseits ist eine erhaltene Versicherungsleistung oder Gegenleistung kein Ersatz für den nach § 985 BGB zu verschaffenden Besitz (sondern für das Eigentum), andererseits würden so § 989 BGB und § 990 BGB umgangen (wie § 818 Abs. 2, Abs. 3 BGB oben).
- Unproblematisch ist schließlich die **Anwendung im Deliktsrecht** (§ 823 BGB) oder in der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB).

E. In welchem Umfang werden frustrierte Aufwendungen ersetzt?

Während man unter einem Schaden eine *unfreiwillige* Einbuße an einem rechtlich geschützten Rechtsgut, Recht oder Interesse versteht, erfassen Aufwendungen *freiwillige* Verluste. Die Unterscheidung ist freilich nicht trennscharf, wenn mit der Aufwendung (wie regelmäßig) eine Gewinnerwartung verbunden ist. Dann soll die Aufwendung gerade nicht zu einem (freiwilligen) Verlust führen, sondern das Vermögen unverändert lassen oder es sogar vergrößern. Dann entsteht der Verlust erst dadurch, dass der Zweck der Aufwendung verfehlt wird ("**vergebliche**" bzw. "**frustrierte**" Aufwendungen).

Insoweit können auch **im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB)** vergebliche Aufwendungen ersetzt werden, sofern gerade aufgrund der vom Schuldner zu vertretenden Pflichtverletzung ein ansonsten mit der Aufwendung verbundener sicherer Vermögenszuwachs ausbleibt - denn dann hätte der Geschädigte die Aufwendung nicht getätigt, wenn er gewusst hätte, dass er diesen Gewinn nicht erhalten wird. Da dies praktisch kaum zu beweisen ist, hat die Rechtsprechung die sog. Rentabilitätsvermutung entwickelt:

Im Rahmen eines auf Gewinnerzielung gerichteten Vertrages wird vermutet, dass unmittelbar vor Vertragsschluss bzw. vor Erhalt der Leistung in Bezug auf die erwartete Leistung getätigte Aufwendungen deren Wert und damit das Vermögen des Gläubigers (mindestens) in dem Umfang steigern, die der Gläubiger der Leistung hierfür aufwendet ("**Rentabilitätsvermutung**"). Dies umfasst z.B. die Gegenleistung für den Erwerb der Leistung und alle Verwendungen zu deren Verbesserung.



Nun gibt es aber Fälle, in denen Aufwendungen **unter keinen Umständen einen Vermögenszuwachs bewirken können** - für diese Fälle gewährt § 284 BGB einen eigenständigen Ersatzanspruch.

I. In welchen Fällen müssen Sie § 284 BGB prüfen?

Grundsätzlich müssen Sie § 284 BGB in einer Klausur immer dann diskutieren, wenn jemand Aufwendungen getätigt hat, deren Zweck verfehlt wird. Was dieser Zweck ist, spielt keine Rolle - anders als bei der Rentabilitätsvermutung kommt es für § 284 BGB nicht darauf an, ob der Vertrag zu einem wirtschaftlichen Zweck geschlossen wurde. So sind auch nichtwirtschaftliche Zwecke relevant.



A mietet eine Stadthalle an, um dort einen Parteitag durchzuführen; Eintrittsgeld wird hierfür nicht verlangt. In der Folge druckt er Programmflyer, zahlt Honorare für die Dozenten und stellt Helpspersonal ein. Kurz vor der Veranstaltung verweigert die Stadt die Nutzung der Stadthalle aus politischen Gründen. Die Flyer, Honorare etc. dienen keinem wirtschaftlichen Zweck - der Parteitag konnte und sollte nie einen Gewinn erzielen. Dennoch wurde der Zweck der Aufwendungen verfehlt, da kein Parteitag stattfinden kann und so Flyer, Personal etc. sinnlos sind.

Damit nicht jede unsinnige Luxusausgabe vom Schuldner zu ersetzen ist, muss der Anspruch jedoch in anderer Hinsicht beschränkt werden. Dies geschieht durch die Vorgabe, dass nur vergebliche Aufwendungen ersetzt werden, die der Schuldner *im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte*. Das bedeutet, dass Sie in der Klausur prüfen müssen, ob die Aufwendungen gerade aufgrund der Erwartung der Leistung gemacht wurden (und nicht nur zufällig bei Gelegenheit der erwarteten Leistung) und zudem der konkrete Umfang der Aufwendungen nach der Verkehrsauffassung durch den Anlass gerechtfertigt war.

Die "es sei denn"-Formulierung im letzten Halbsatz des § 284 BGB bedeutet schließlich, dass die **Kausalität der Pflichtverletzung für das Scheitern der Aufwendungen** vom Schuldner, nicht vom Gläubiger, zu beweisen ist. Das ist ein wichtiger Unterschied zu § 280 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB, wonach der Gläubiger u.a. beweisen muss, dass sein Schaden gerade auf der Pflichtverletzung beruht.

II. Wie verhält sich § 284 BGB zu den §§ 280 ff. BGB?

Nach § 284 BGB kann *anstelle* des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangt werden. Das bedeutet drei Dinge:

- Zunächst müssen die Voraussetzungen von § 311a Abs. 2 BGB oder von § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB, § 282 BGB oder § 283 BGB vorliegen. Sie müssen also den **kompletten Tatbestand** bis auf das Vorliegen eines Schadens prüfen und bejahen.



1. Schuldverhältnis (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB)
2. Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB iVm § 241 BGB)
3. Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm §§ 276 ff. BGB)
4. Aufwendungen, deren Zweck nicht erreicht wird
5. Tätigkeit im Vertrauen auf Erhalt der Leistung und Vornahme billigenwert
6. Weitere Voraussetzungen des § 281 BGB, § 282 BGB oder § 283 BGB

- Neben dem Ersatz vergeblicher Aufwendungen kann **nur ein Verzögerungsschaden** nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB oder **ein einfacher Schadensersatz** nach § 280 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. In keinem Fall kann jedoch neben den vergeblichen Aufwendungen Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden.

Ein **Teil der Literatur** folgert aus dieser Einschränkung, dass vergebliche Aufwendungen auch nicht nach der Rentabilitätsvermutung zu ersetzen seien. Denn dadurch würde die Einschränkung des § 284 BGB ("Anstelle") unterlaufen.

Die **überwiegende Ansicht** betont hingegen, dass die Rentabilitätsvermutung nur die konsequente Anwendung des Schadensbegriffs der §§ 249 ff. BGB ist, den wir uns bereits näher angesehen haben.



- Da der Ersatz vergeblicher Aufwendungen an die Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung tritt, ist auch der **Anspruch auf die Leistung** (§ 281 Abs. 4 BGB) ausgeschlossen.

5. Kapitel: Was sind Schadens- und Aufwendungsersatz?

Liebe Leserin, lieber Leser,

obwohl wir bereits im 4. Kapitel die Frage behandelt haben, unter welchen Voraussetzungen das Gesetz Schadens- bzw. Aufwendungsersatz gewährt, ist bislang offen geblieben, was dies eigentlich bedeutet - d.h. welche konkreten Leistungs- bzw. Zahlungsansprüche daraus erwachsen. Diese Fragen des Schadensrechts behandeln wir im folgenden Kapitel. Es hat große Klausurrelevanz und gibt zudem oft Anlass zu Missverständnissen. Daher ist eine gründliche Lektüre sehr empfehlenswert!

Nach dem Lesen dieses Kapitels sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Was ist Schadensersatz in Abgrenzung zu Aufwendungsersatz und Beseitigung einer Störung?
- Welche Schäden sind aufgrund einer Pflichtverletzung zurechenbar? Welche Einschränkungen über schlichte Kausalität (*conditio sine qua non*) sind erforderlich?
- Unter welchen Umständen kann man auch Schäden Dritter ersetzt verlangen? Welche Konsequenzen hat der sog. "normative Schadensbegriff"?
- In welchem Umfang werden Schäden ersetzt? Wann kann oder muss eine Geldzahlung erfolgen? Was ist eine "billige Entschädigung" für immaterielle Einbußen?
- Unter welchen Umständen ist der Schadensersatzanspruch herabzusetzen? Was bedeuten Mitverschulden und gestörte Gesamtschuld? Was ist eine Vorteilsausgleichung?

A. Welche Schäden sind nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzen?

Die §§ 249 ff. BGB regeln einheitlich, in welchem Umfang Schäden zu ersetzen sind (sog. "**haftungsausfüllender Tatbestand**"). Sie gelten damit nicht nur für §§ 280 ff. BGB, sondern etwa auch in den §§ 823 ff. BGB, für § 989 BGB oder für § 651n BGB.

Damit haben die Regelungen große Klausurrelevanz - bereiten aber oft Schwierigkeiten. Eine gut strukturierte Prüfung bringt dabei erhebliche Pluspunkte.

Am einfachsten ist es, in vier Schritten zu denken (auch wenn Sie nicht immer zu jedem Schritt etwas schreiben müssen):



1. Liegt überhaupt ein rechtlich relevanter **Schaden** vor?
2. Ist dieser Schaden dem Anspruchsgegner **zurechenbar**?
3. In welcher Form bzw. in welchem **Umfang** ist der Schaden auszugleichen?
4. Ist der Ersatz durch Mitverschulden oder gestörte Gesamtschuld **ausgeschlossen**?

I. Was ist ein Schaden?

Nicht in den §§ 249 ff. BGB definiert ist, **was überhaupt ein "Schaden" ist**; die Regelungen bestimmen nur, in welchem Umfang Schäden auszugleichen sind.

Schaden ist jede **unfreiwillige Einbuße** an einer rechtlich geschützten Position.



Kein Schaden sind damit insbesondere **Aufwendungen** (§§ 256 f. BGB). Dabei handelt es sich um freiwillige Vermögenseinbußen.

Ein typischer Klausurfehler ist es, den Schaden mit der Rechtsgutverletzung gleichzusetzen. Im Zeitpunkt der Schädigung ist dies zwar zutreffend, jedoch kann der Schaden sich erweitern: Eine Körperverletzung kann psychische Folgeschäden verursachen, die Zerstörung eines Inhalators (Sachbeschädigung) kann zu einer Körperverletzung führen.



Der Schaden als solcher setzt **keine Vermögenseinbuße** voraus - auch Nichtvermögensschäden sind Schäden. Die Frage ist nur, ob diese Einbuße ausgeglichen wird (vgl. § 253 BGB). Das bedeutet: Bei Naturalrestitution (§ 249 BGB) spielt es keine Rolle, ob ein Vermögensverlust eingetreten ist.

Umgekehrt muss aber auch **kein absolut geschütztes Rechtsgut** betroffen sein - ein Schaden kann auch am Vermögen eintreten, sofern der Tatbestand irgendeiner Haftungsnorm (etwa §§ 280 ff. BGB oder §§ 823 ff. BGB) verletzt wurde.

1. Was unterscheidet Schaden und Rechtsgutverletzung?

Unter einer "Rechtsgutverletzung" versteht man eine unmittelbare Einbuße an einem absolut geschützten subjektiven Recht, insbesondere den in § 823 Abs. 1 BGB genannten, d.h. Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, etc.

Diese Rechtsgutverletzung stellt stets auch einen (insbesondere per Naturalrestitution ausgleichbaren) Schaden dar. Jedoch kann sich dieser Schaden einerseits umwandeln, andererseits aber auch erweitern.

- Wenn A aufgrund einer Körperverletzung im Krankenhaus behandelt werden muss, ist die Rechtsgutverletzung (etwa die Wunde, die innere Verletzung, etc.) nach der Behandlung meist restlos beseitigt. A hätte jedoch grundsätzlich eine **Vermögenseinbuße**: Er muss das Krankenhaus bezahlen und hat einen Verdienstausschlag. Diese stellen keine Rechtsgutverletzung dar - sind aber als "Folgeschäden" der ursprünglichen Rechtsgutverletzung ebenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Bei den meisten Menschen übernimmt freilich die gesetzliche Krankenversicherung die Behandlungskosten (§ 39 SGB V) und der Arbeitgeber muss den Lohn weiter zahlen (§ 3 EFZG). Der ausgeglichene Schaden kann daher von der Krankenkasse (§ 116 SGB X) und vom Arbeitgeber (§ 6 EFZG) geltend gemacht werden.



- Die einfache Körperverletzung kann aber auch zu **Folgeschäden** führen, etwa einem psychischen Trauma. Auch diese Schäden beruhen auf der Rechtsgutverletzung - stellen aber als solche keine eigene Rechtsgutverletzung dar.

Ein Schadensersatzanspruch setzt nicht notwendig eine Rechtsgutverletzung voraus (was sich schon daran zeigt, dass § 241 Abs. 2 BGB neben den Rechtsgütern gleichberechtigt Rechte und Interessen nennt).

2. Was sind "Totalreparation" und "Bereicherungsverbot"?

Das Gesetz geht davon aus, dass bei der Schadensermittlung vorrangig auf den Geschädigten abzustellen ist. Der Schädiger kann sich nicht auf Unzumutbarkeit der Schadenshöhe berufen. Er muss den Schaden vollumfänglich ersetzen (**Totalreparation**). Ohne Belang ist es insbesondere, ob er selbst einen Vorteil erzielt hat - anders als das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) hat das Schadensersatzrecht keine Abschöpfungsfunktion.



Ein Gast hat im Bett geraucht, wodurch das Hotel abbrannte. Er haftet für die Kosten der Wiederherstellung des Gebäudes, den Kauf neuen Inventars und die Behandlungskosten aller verletzten Gäste. Dass er dabei möglicherweise selbst in Insolvenz fällt und in seiner Existenz bedroht ist, bleibt dabei ohne Belang.

Umgekehrt darf der Geschädigte aber auch nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stehen würde (**Bereicherungsverbot**). Da das Schadensrecht nur dem Ausgleich von Verlusten dient, kann er einen Gewinn des Schädigers nicht abschöpfen (dies erfolgt nur nach den §§ 812 ff. BGB). Gewährleistet wird dies insbesondere durch die sog. "Vorteilsausgleichung", aufgrund derer alle Vorteile aus dem schädigenden Ereignis in Anrechnung zu bringen sind.



Bei einem Unfall wird die erwerbstätige Mutter F des minderjährigen M tödlich verletzt. Nach § 844 Abs. 2 S. 1 BGB erlangt der unterhaltsberechtigte Sohn gegen den Schädiger einen Anspruch auf eine Unterhaltsrente. Er muss sich jedoch das Erbe seiner Mutter anrechnen lassen, das ebenfalls auf dem Todesfall beruht.

a. Was ist der "normative Schadensbegriff"?

In einigen Fällen ist beim Geschädigten **keine negative Vermögensveränderung** eingetreten, allerdings nur aufgrund eines Umstandes, der dem Schädiger nicht zugute kommen sollte. Es handelt sich um die spiegelbildliche Lage zur Vorteilsanrechnung.



- Der arbeitslose Geschädigte repariert sein Auto selbst. Hierdurch entstehen ihm keine Reparaturaufwendungen (bis auf etwaige Materialkosten). Dieser Selbsteinsatz soll aber nicht den Schädiger entlasten. Er kann nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB Ersatz der (fiktiven) Herstellungskosten verlangen.
- Der Kunde eines Internetanbieters kann aufgrund eines gestörten Internetanschlusses nicht das Internet nutzen. Nach der Rechtsprechung kann er hierfür

selbst dann eine Entschädigung verlangen, wenn er während der Zeit der Störung gezielt auf die Nutzung des Internet verzichtet (statt etwa per Handy online zu gehen oder ein Internetcafé zu nutzen). Ein vorsichtiger Geschädigter, der keine weiteren Kosten verursacht, will nicht den Schädiger begünstigen. Dennoch sollen ihm die entgangenen Nutzungen nach § 251 Abs. 1 BGB ersetzt werden.

- Entsprechendes gilt für Schäden, welche durch die gesetzliche Kranken- oder Unfallversicherung ausgeglichen werden - auch hier soll die Leistung ausschließlich den Geschädigten schützen, nicht aber den Schädiger entlasten. Ansonsten würde die Regelung des § 116 SGB X ins Leere laufen.

In diesen Fällen wird der Schadensbegriff durch **normative Erwägungen erweitert**. Einen gesetzlich geregelten Sonderfall enthält § 843 Abs. 4 BGB - danach entfällt der Anspruch auf eine Geldrente nicht dadurch, *dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat*.

BGH, Urteil vom 24.01.2013, Az. III ZR 98/12
BGH, Urteil vom 21.2.1992, Az. V ZR 268/90
BGH, Urteil vom 09.07.1986, Az. GSZ 1/86



b. Was bedeutet "Vorteilsausgleichung"?

Durch ein schädigendes Ereignis kann der Geschädigte **auch Vorteile erlangen**. Würde man ihm darüber hinaus Schadensersatz gewähren, würde er letztlich durch das schädigende Ereignis einen Gewinn erzielen. Dass dies nicht erwünscht ist, kann man § 285 Abs. 2 BGB entnehmen, wonach ein stellvertretendes commodum auf den Schadensersatz wegen Unmöglichkeit anzurechnen ist. Logisch folgt dies auch aus der Differenzhypothese, nach welcher die gesamte Vermögenssituation (inkl. aller Vorteile) maßgeblich ist.

- Solange der Verletzte im Krankenhaus ist, spart er sich eigene Ausgaben für Essen (und ggf. Kleidung); solange das Auto in Reparatur ist, entfällt diesbezüglicher Pflegeaufwand.
- Durch Zerstörung eines denkmalgeschützten Gebäudes kann das zentral gelegene Grundstück mit wertvolleren Mehrfamilienhäusern bebaut werden; in der zerstörten antiken Kommode wird ein Schatz gefunden.
- Zerstört der Verkäufer vor Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) vorsätzlich die Kaufsache, muss der Käufer nach § 326 Abs. 1 BGB nicht mehr zahlen. Dieser Vorteil ist ihm in Abzug zu bringen.



Erhält der Geschädigte als Ersatz für die beschädigte gebrauchte Sache eine neue, muss er sich die Differenz zwischen dem Wert der Sache vor Beschädigung und dem Wert der neuen Sache anrechnen lassen ("**Abzug neu für alt**").

Musste die beschädigte Sache ohnehin repariert werden, muss der Geschädigte sich den unabhängigen vom Unfall zu erbringenden Reparaturaufwand anrechnen lassen ("**Sowieso-Kosten**")

Ausnahmsweise kann es den Schädiger allerdings zu **Unrecht begünstigen**, wenn man jeden Vorteil, den der Geschädigte erlangt, zu seinen Gunsten anrechnet.



Eine Vorteilsausgleichung scheidet aus, wenn dies den Schädiger begünstigen würde, obwohl der Vorteil nach der Sozialanschauung ausschließlich dem Geschädigten zugute kommen sollte.

Daher werden insbesondere vier Arten von Vorteilen nicht berücksichtigt:

- Zunächst werden **freiwillige Zuwendungen Dritter** (etwa Spenden) grundsätzlich nur dann angerechnet, wenn der Dritte damit auch die Schadensersatzforderung für den Schädiger erfüllen wollte (§ 267 BGB).
- Soweit der Geschädigte sich den **Ausgleich durch eigene Leistungen** (namentlich eine Kasko-, Lebens- oder private Krankenversicherung) selbst erkaufte, muss er ihn sich ebenfalls nicht anrechnen lassen.
- **Unterhaltszahlungen Dritter** sind nach § 843 Abs. 4 BGB nicht anzurechnen.
- **Eigene Leistungen** muss sich der Geschädigte nur anrechnen lassen, soweit ihn eine diesbezügliche Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB) traf.

c. Welche Rolle spielen Versicherungen?

In der Gerichtspraxis spielen Versicherungen im Schadensersatzrecht eine große Rolle. In Klausuren ist ihre Bedeutung jedoch in der Regel gering:

- Gerade bei Gesundheitsschäden wird der Geschädigte im Regelfall nicht Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) wünschen - eine Operation durch den in der Regel unerfahrenen Schädiger wird den Interessen des Geschädigten nicht gerecht. Soweit er aber ärztliche Behandlung sucht, wird in vielen Fällen die **gesetzliche Krankenversicherung bzw. die gesetzliche Unfallversicherung** die Heilung bezahlen. Man könnte dann (nachdem die Schäden wieder repariert sind) davon ausgehen, dass nichts mehr zu ersetzen ist. Jedoch ordnet § 116 SGB X an, dass ein Schadensersatzanspruch auf den Sozialversicherungsträger übergeht. Diese Regelung würde ins Leere laufen, wenn durch die Leistung der Sozialversicherungsträger jeder Schaden beseitigt würde und somit nichts mehr zu ersetzen wäre. Im Rahmen einer wertenden Betrachtung wird daher der Schaden durch die Leistung nicht aufgehoben, sondern besteht als "normativer Schaden" fort.
- Für **private Versicherungen des Geschädigten** ordnet § 67 VVG ebenfalls einen Anspruchsübergang an. Insoweit greifen die gleichen Überlegungen: Durch eine Vollkasko- oder Hausratversicherung soll nicht der Schädiger geschützt werden, sondern allein der Ersatz von Verlusten durch den Geschädigten erleichtert werden. Auch hier führt also die Zahlung der Versicherung nicht zum Untergang des Anspruchs.
- In der Praxis wird oft nicht der Schädiger selbst zahlen müssen, sondern im Innenverhältnis eine **Haftpflichtversicherung** den Schaden übernehmen. Im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs spielt das aber keine Rolle. Dies folgt schon daraus, dass im Normalfall der Geschädigte keinen Direktanspruch gegen die Versicherung hat (Ausnahme vgl. § 115 VVG).

II. Wonach bestimmt sich die Zurechnung der Schäden?

Das Verschulden in § 823 Abs. 1 BGB muss sich **nur auf die Rechtsgutverletzung**; das Vertretenmüssen in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB **nur auf die Pflichtverletzung** beziehen. Der Schädiger muss also nicht den Umfang voraussehen (vgl. aber § 254 Abs. 2 BGB). Dieses Ergebnis ist auch grundsätzlich gerechtfertigt:

Der Schädiger soll sich nicht damit **herausreden können**, dass er nicht wissen konnte, dass das Opfer Bluter war oder in sonstiger Weise gesundheitlich empfindlich ist.



Dennoch können nicht alle Schäden ersetzt werden, die irgendwie auf dem haftungsbegründenden Tatbestand beruhen. Insoweit sind drei Schritte zu prüfen:

1. **Äquivalenztheorie:** Wäre der Schaden ohne den haftungsbegründenden Tatbestand (die Pflichtverletzung in § 280 BGB bzw. die Rechtsgutverletzung in § 823 BGB) nicht eingetreten? (conditio sine qua non)
2. **Adäquanztheorie:** Lag der Eintritt des Schadens nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit?
3. **Schutzzweck der Haftungsnorm:** Stammen die Schadensfolgen gerade aus dem Gefahrenbereich, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen wurde (oder gehören sie zum allgemeinen Lebensrisiko)?



Ob diese drei Voraussetzungen zwingend kumulativ nebeneinander anzuwenden sind, ist umstritten. In der Literatur wird mitunter befürwortet, Adäquanz und Schutzzweck der Norm als einen Prüfungspunkt (entweder unter dem Titel "Adäquanz" oder "Schutzzweck der Norm") zusammengefasst zu prüfen. Eleganter ist es aber, die Merkmale zu trennen.

1. Was besagt die Äquivalenztheorie?

Nach der Äquivalenztheorie werden alle Schäden zugerechnet, die im naturwissenschaftlichen Sinne auf der Pflichtverletzung bzw. der Rechtsgutsverletzung beruhen. Dazu wird ein einfacher Eliminationstest angewandt:

Eine Ursache ist kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfiel (conditio sine qua non).



Der Begriff "Äquivalenztheorie" deutet bereits an, dass alle Ursachen gleichwertig sind - es spielt also keine Rolle, dass andere Ursachen ebenfalls notwendig für den Schadenseintritt waren. Auch die unbedeutendste Ursache ist genauso kausal wie die Hauptursache.

- Ist A Bluter und stirbt an einem leichten Schubser des B, kann sich B nicht darauf berufen, dass die Hauptursache des Todes im gesundheitlichen Zustand des A lag.



- Das Herstellen und Verkaufen von Pkw ist kausal für die Verletzungen und Todesfälle im Straßenverkehr.

a. Wie ermittelt man den relevanten Zustand?

Bei der Ermittlung der Kausalität genügt es nicht, das abstrakte Ergebnis zu vergleichen. Sie müssen vielmehr den Zustand "in seiner konkreten Gestalt" abgleichen. Hierbei dürfen Sie nicht schlicht eine Bilanz der sicheren Werte gegenüberstellen, sondern müssen nach § 252 BGB auch entgangene Gewinne berücksichtigen.



Der in der Spielbank B angestellte Kassierer K entnimmt der Kasse 15.000 €. Sein Freund F soll damit bei B Roulette spielen und hohe Gewinne erzielen; danach will K die entnommenen 15.000 € in die Kasse zurücklegen. Jedoch verliert F den gesamten Betrag an B. Kann B von K aus § 280 Abs. 1 BGB (iVm § 241 Abs. 2 BGB) Ersatz von 15.000 € verlangen?

Fraglich ist, ob ein Schaden im Sinne von § 249 BGB vorliegt. Auf den ersten Blick hat B nichts verloren: Vor der Entnahme der 15.000 € hatte sie 15.000 €. Da das gesamte Geld verloren wurde, hat sie nun ebenfalls 15.000 €, also den gleichen Betrag, den sie vor dem Griff in die Kasse hatte. Jedoch wurden so mehrere Leerspiele ohne eigenen Einsatz des F durchgeführt. Bei diesen hatte F die normale Gewinnchance, die er sich sonst hätte erkaufen müssen. Der B ist also der Einsatz des F entgangen. Folglich kann B von K aus § 280 Abs. 1 BGB (iVm § 241 Abs. 2 BGB) Ersatz von 15.000 € verlangen.

aa. Was gilt für hypothetische Kausalverläufe?

Da nach § 249 S. 1 BGB gerade die hypothetische Lage ohne das schädigende Ereignis herangezogen wird, sind **hypothetische Kausalverläufe grundsätzlich beachtlich**.



A wirft fahrlässig eine wertvolle Vase in der Wohnung des B um, die dadurch vollständig zerstört wird. 5 Minuten später zerstört ein Erdbeben das gesamte Mehrfamilienhaus, in dem B wohnt. Seine gesamte Wohnungseinrichtung liegt in Scherben. Hat B gegen A Anspruch auf Schadensersatz für die Beschädigung der Vase?

Es liegt eine rechtswidrige und verschuldete Rechtsgutverletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vor. Fraglich ist allerdings, ob B einen Schaden erlitten hat. Selbst wenn A die Vase nicht umgeworfen hätte, wäre sie zerstört worden. In den 5 Minuten vor der Zerstörung hätte B die Vase nicht verwerten können. Allerdings macht das Erdbeben die Vase auch nicht wieder vollständig - die einmal eingetre-

tene Zerstörung lässt sich nicht rückgängig machen. Insofern kann man die Kausalität bejahen, aber auch daran zweifeln.

Allerdings kann dies den Geschädigten erheblich benachteiligen. Daher gibt es zwei unumstrittene Ausnahmen: Unbeachtlich sind (1) alle hypothetischen Verläufe, durch welche der Schädiger ebenfalls ersatzpflichtig würde sowie (2) alle hypothetischen Verläufe, durch welche ein Dritter ersatzpflichtig würde (arg. ex § 830 Abs. 1 S. 2 BGB).

Die neuere Rechtsprechung gewährt auch in Fällen wie dem obigen Beispiel einen Schadensersatzanspruch. Dieser beschränkt sich jedoch auf den **unmittelbaren Objektschaden** an der Vase, erfasst jedoch **nicht Vermögensfolgeschäden**, die erst durch den Verlust der Vase entstehen (etwa die fehlende Möglichkeit zur Präsentation auf einer Ausstellung). Zudem ist dem Schädiger aus dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf eine Reserveursache zu berufen, wenn er bereits den Anspruch erfüllt hat.

Für Unterhaltsansprüche findet sich eine klare Regel in § 844 Abs. 2 S. 1 a.E. BGB: Danach besteht eine Pflicht zur Zahlung einer Geldrente bei Tötung eines Unterhaltspflichtigen *nur während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens*. Dementsprechend finden Schadensanlagen (etwa bei Tötung eines Sterbenden oder Zerstörung einer ohnehin im Zusammenbruch befindlichen Sache) stets Berücksichtigung.

bb. Was gilt für kumulative und alternative Kausalität?

Anders als im Strafrecht sind Fragen "kumulativer Kausalität" bzw. "alternativer Kausalität" im Zivilrecht unproblematisch.

Die **kumulative Kausalität**, bei der mehrere Schädiger erst durch ihr Zusammenwirken einen Schaden verursachen, ist in § 830 Abs. 1 S. 1 BGB leider nur fragmentarisch für den Fall eines gemeinsamen Tatplans (Mittäterschaft im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB) geregelt. Dennoch folgt unmittelbar aus der Äquivalenztheorie, dass beide Schädiger für den Erfolg ursächlich geworden sind und damit in vollem Umfang den Schaden zu ersetzen haben.

A und B planen unabhängig voneinander, C eine gesundheitsschädliche Menge Gift zuzufügen. Nacheinander schütten sie C, die von ihnen geplante Menge Gift in sein Getränk. Erst durch die Gesamtmenge an Gift erleidet C Verletzungen an den inneren Organen und muss im Krankenhaus behandelt werden.



Die **alternative Kausalität** ist in § 830 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt: Kann der Schaden entweder durch den einen Schädiger oder den anderen Schädiger verursacht sein, ist jeder Schädiger für den Schaden verantwortlich. Die alternative Kausalität wird also gegenüber dem Geschädigten wie kumulative Kausalität behandelt.



Wie oben planen A und B nun D durch Gift eine Körperverletzung zuzufügen. Nun reicht allerdings jede Menge unabhängig voneinander aus, D an der Gesundheit zu schädigen. Auf Grund der erhöhten Menge Gift sind die erlittenen Verletzungen von D besonders schwerwiegend.



Merken Sie sich: Egal wie viele Ursachen es für einen Schaden gibt, hat der Schädiger auch nur eine (mit-)gesetzt, haftet er für den vollen Schaden!

b. Was ist "psychische Kausalität"?

In bestimmten Fällen tritt der Schaden nicht unmittelbar aufgrund eines Verhaltens des Schädigers, sondern durch ein - an das Verhalten des Schädigers - anschließendes **eigenverantwortliches Verhalten eines Dritten** oder sogar durch ein **eigenverantwortliches Verhalten des Opfers** selbst ein.

Dadurch wird aber die Kausalität nicht zwingend ausgeschlossen, denn auch ein menschliches Verhalten kann gerade aufgrund einer fremden Rechtsgutverletzung erfolgen.

Entscheidend ist dann, ob sich der Geschädigte oder der Dritte zu seinem Verhalten **herausgefordert fühlen durfte**. Dies ist der Fall, wenn sein Verhalten sich aus Sicht eines normativen Dritten als rational darstellt. Dafür genügt es, wenn für den Dritten eine "wenigstens im Ansatz billigungswerte Motivation" bestand.



- Ein Polizist verfolgt einen Straftäter und verletzt sich dabei (selbst), indem er stolpert.
- Eine Mutter spendet ihre Niere, weil die einzige gesunde Niere ihrer Tochter durch einen Arzt fahrlässig verletzt wurde.

Nicht zurechenbar soll hingegen nach herrschender (wenn auch umstrittener) Ansicht ein **schuldhaft-rechtswidriges Verhalten Dritter** sein.

- Wer eine Fensterscheibe fahrlässig beim Sport einwirft, haftet nicht für einen darauf folgenden Einbruch ("Gelegenheit macht Diebe"), selbst wenn das offene Fenster als "Herausforderung" wahrgenommen wird.
- Wer schuldhaft einen Verkehrsstau verursacht, haftet nicht, wenn folgende Fahrer sich herausgefordert fühlen, auf den Bürgersteig zu fahren und dort Fußgänger zu verletzen.



BGHZ 63, 189
BGHZ 101, 215
BGHZ 58, 162



Unter bestimmten Umständen hat der Schädiger ein Rechtsgut einer Person unmittelbar verletzt - jedoch erleidet ein Dritter in der Folge eine eigene Gesundheitsschädigung.

A fährt mit seinem PKW den minderjährigen B an. Als die Polizei die Mutter des B darüber informiert, erleidet diese einen Nervenzusammenbruch und muss mehrere Monate in therapeutische Behandlung. Nach der Rechtsprechung hat die Mutter des B einen eigenen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, den sie gegen A geltend machen kann.



Es handelt sich dabei nicht um ein Problem der haftungsausfüllenden Kausalität, sondern um eine **Frage des haftungsbegründenden Tatbestandes**. Der Angehörige erhält also einen eigenen Anspruch gegen den Schädiger aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Gesundheit als absolut geschütztes Rechtsgut. Solche Schockschäden sind kaum überschaubar (so könnten auch Passanten, die den Unfall beobachten ein Trauma erleiden) und belasten durch ihren potentiellen Umfang den Schadensersatzpflichtigen (bzw. dessen Versicherung) erheblich.

Daher wird ihre Ersatzfähigkeit auf der Grundlage der Adäquanztheorie in dreierlei Hinsicht beschränkt:

- Einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB erhalten ausschließlich **enge Angehörige** (Eltern, Kinder, Ehegatten/Lebenspartner, nichteheliche Lebensgemeinschaft, ggf. Geschwister). Bei anderen Personen bzw. Überreaktionen soll sich hingegen das allgemeine Lebensrisiko verwirklichen.
- Erforderlich ist zudem, dass die Reaktion **objektiv nachvollziehbar** ist. Daran fehlt es, wenn jemand nur "kein Blut sehen kann" und nur eine geringfügige Verletzung vorlag oder wenn sich die Familie entfremdet hatte und sich die Betroffenen eher wie Fremde gegenüberstanden.
- Schließlich muss die Reaktion einen echten **Krankheitswert** erreichen, der über bloße Trauer hinausgeht. Dies kann z.B. durch psychologische Gutachten im Einzelfall nachgewiesen werden.



BGHZ 56, 163

c. Was meint der "Haftungsschaden"?

Ein Schaden kann auch darin bestehen, dass der Geschädigte Ansprüchen Dritter ausgesetzt wird.



- A beschädigt fahrlässig einen PKW, den B bei X geleast hat.
- Das Vorstandsmitglied A des Vereins B beschädigt vorsätzlich Audioequipment, das für eine Vereinsfeier bei X gemietet worden war.

In diesen Fällen ist der Schaden des Dritten ein durch den Schädiger zu ersetzender Schaden des Geschädigten, ohne dass es einer Drittschadensliquidation bedarf. Denn hier besteht ein Anspruch des Dritten gegen den Geschädigten, so dass dieser einen eigenen Schaden in der entsprechenden Höhe hat. Man nennt einen solchen Schaden, der in der Belastung mit Ansprüchen Dritter besteht einen "Haftungsschaden".

Umstritten ist allerdings, ob der Dritte dadurch besser stehen kann, als wenn der Schaden allein durch den Geschädigten verursacht wurde.



- Nach einer **früheren Auffassung** sollte die Ersatzpflicht des Schädigers nicht weiter reichen, als für den Geschädigten eine Zusatzbelastung entstanden ist. Eine solche Zusatzbelastung sollte nicht entstehen, soweit der Geschädigte ohnehin die Schuld nicht aus eigenen Mitteln begleichen konnte. War also B in den obigen Fällen vermögenslos oder sogar hoffnungslos überschuldet, so entstand ihm kein Schaden. Daher bestand auch keine Ersatzpflicht von A.
- Nach der **modernen Auffassung** ist diese Überlegung aber nicht stichhaltig. Denn ein Anspruch gegen den Schädiger vergrößert jedenfalls die Insolvenzmasse.



BGH, Urteil vom 29. 6. 1972 - II ZR 123/71
BGH, Urteil vom 05.11.1991 - VI ZR 145/91

2. Inwieweit wirkt die Adäquanztheorie einschränkend?

Die Adäquanztheorie soll die kaum überschaubare Weite der Äquivalenztheorie begrenzen. Dies geschieht, indem **bestimmte Ursachen aus dem Zurechnungszusammenhang ausgeklammert** werden.



Eine Ursache führt nur dann adäquat kausal zu einem Schaden, wenn dessen Eintritt nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit lag (und nicht auf dem allgemeinen Lebensrisiko, sondern gerade auf der Ursache beruhte).

Die naturwissenschaftliche Kausalität wird also **durch wertende Aspekte ergänzt**. Maßgeblich ist aber weder die Perspektive des Schädigers noch die des Geschädigten, sondern das Verständnis eines optimalen Beobachters. Damit werden nur **völlig fernliegende Kausalverläufe** (Wahrscheinlichkeit unter 0,1%) ausgeklammert.

A verursacht einen Autounfall mit einem Geldtransporter. Der Transporter wird von der Polizei sichergestellt. Auf dem Polizeiparkplatz werden knapp 100.000 € aus dem Geldtransporter entwendet. Dieser Diebstahl ist dem A nicht zurechenbar - es liegt außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass auf einem Polizeiparkplatz Bargeld aus sichergestellten Fahrzeugen entwendet wird.



Keine Anwendung findet die Adäquanztheorie in Fällen der **Gefährdungshaftung** (z.B. § 7 StVG), da dort ohnehin erforderlich ist, dass sich die tatbestandsspezifische Gefahr verwirklicht.

BGH, Urteil v. 10.12.1996 - VI ZR 14/96



3. Welche Bedeutung hat der Schutzzweck der Norm?

Hintergrund der Lehre vom Schutzzweck der Norm ist, dass jede gesetzliche oder vertragliche Bestimmung bestimmte **typische Gefahren verhindern soll**. Es ist also zu fragen, vor welchen Gefahren die jeweilige Regelungen (die Vertragspflicht, die verletzte Verhaltenspflicht) eigentlich schützen soll.

Ein Schaden ist nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst, wenn sich **ausschließlich das allgemeine Lebensrisiko** und nicht eine gerade durch die verletzte Norm zu verhindernde Gefahr im Schaden realisiert hat.



Autofahrer A fährt mit stark überhöhter Geschwindigkeit auf der Landstraße. Anschließend fährt er in der nächsten Ortschaft mit vorgeschriebener Geschwindigkeit und überfährt dort den plötzlich auf die Fahrbahn tretenden Fußgänger F.



Wäre A zuvor mit erlaubter Geschwindigkeit gefahren, wäre er später in der Ortschaft angekommen und hätte den F nicht überfahren. Die überhöhte Geschwindigkeit auf der Landstraße ist daher äquivalent und adäquat kausal für das Anfahren. Der Zweck der § 3 Abs. 3 StVO iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO ist aber nicht, zu verhindern, dass Fahrer schneller in der nächsten Ortschaft ankommen. Der Schaden ist damit nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst.

In der Praxis besteht eine erhebliche Nähe zur Adäquanztheorie. Die beiden Kriterien schließen sich jedoch nicht aus und sind auch nicht deckungsgleich. **In Klausuren** lässt sich ein Problem daher oftmals mit guten Gründen sowohl unter Adäquanzgesichtspunkten, aber auch als Problem des Schutzzwecks der verletzten Sorgfaltsnorm diskutieren.

Die wichtigste Fallgruppe eines Verhaltens, welches außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Norm liegt, ist das **rechtmäßige Alternativverhalten**: Der Schaden wäre auch eingetreten, wenn sich der Schädiger recht- und pflichtgemäß verhalten hätte.

4. Was ist die Drittschadensliquidation?

Es kann passieren, dass eine Person zwar einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 ff. BGB (oder §§ 823 ff. BGB) hat, aber der Vermögensverlust bei jemand anderem eintritt, zu dem kein Schuldverhältnis besteht. Ausnahmsweise wird in diesen Konstellationen die **Geltendmachung eines fremden Schadens** erlaubt, wenn drei Voraussetzungen vorliegen:



1. **Schaden ohne Anspruch:** Derjenige, der den Schaden erleidet hat, kann aus keiner Anspruchsgrundlage unmittelbar Ersatz seiner Verluste verlangen. Die Drittschadensliquidation scheidet also aus, wenn es einen Anspruch aus einem Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte gibt.
2. **Anspruch ohne Schaden:** Derjenige, dem ein Anspruch wegen Pflichtverletzung (§ 280 BGB) oder aus §§ 823 ff. BGB zusteht, hat keine Einbuße erlitten.
3. **Zufällige Verlagerung:** Aus Sicht des Schädigers führt die Schadensverteilung zu einer zufälligen und ungerechtfertigten Bereicherung.
4. **Folge:** Der Anspruchsinhaber kann einen fremden Schaden geltend machen (Der Schaden wandert zum Anspruch). Im Regelfall gibt es dann im Innenverhältnis zwischen Geschädigtem und Anspruchsinhaber einen Anspruch auf Abtretung (insb. § 285 Abs. 1 BGB).

Die Drittschadensliquidation ist für **bestimmte Fallgruppen** anerkannt, die wir uns gleich näher ansehen werden. Diese sollten Sie sich einprägen - im Regelfall sollten Sie in anderen Fällen keine Drittschadensliquidation anerkennen. Es handelt sich um eine eng auszulegende Ausnahme.

a. Was versteht man unter "obligatorischer Gefahrentlastung"?

Die früher am häufigsten erörterte Fallgruppe ist die schuldrechtliche Gefahrverlagerung auf eine Partei. Diese kann sich aus gesetzlichen Regelungen oder aus einer vertraglichen Vereinbarung (auch aus AGB) ergeben.

- Nach § 447 Abs. 2 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache für den Verkäufer mit der Übergabe der Sache an die Transportperson auf den Käufer über, er muss also trotz Untergangs zahlen.
- Nach § 644 Abs. 1 S.1 BGB trägt der **Werkunternehmer** bis zur Abnahme des Werkes (§ 640 Abs. 1 BGB) die Gefahr, bei zufälligem Untergang der Sache keinen Werklohn zu erhalten.
- Nach § 2174 BGB muss ein Erbe einen mit einem Vermächtnis belasteten Gegenstand an den **Vermächtnisnehmer** übereignen - bis zu diesem Zeitpunkt hat der Vermächtnisnehmer kein absolut geschütztes Recht und damit auch keine Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB gegen Dritte.



Selbstkontrollaufgabe: Bauherr B lässt von Dachdecker D sein Dach renovieren. Außerdem beauftragte er Handwerker H seinen Dachboden auszubauen. Aufgrund eines von H verschuldeten Feuers, brennt das Haus des B ab. Zu diesem

Zeitpunkt waren die Arbeiten des D im Wert von 15.000 € bereits fertiggestellt. Da B aber im Urlaub war, hatte er das Werk des D noch nicht abgenommen (§ 640 BGB). D verlangt Zahlung seines Werklohns, egal von wem. Hat D einen Anspruch?

A. D könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Werklohns iHv. 15.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.

I. Ein wirksamer Werkvertrag iSd. § 631 BGB ist gegeben.

II. Jedoch ist die Erbringung der Leistung für D nunmehr (mangels eines Hauses) unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). Damit entfällt die Gegenleistungspflicht des D (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB).

Die bereits abgeschlossenen Arbeiten können B mangels Gefahrenübergangs (§ 644 BGB) nicht angerechnet werden, denn die dafür notwendige Abnahme (§ 640 BGB) ist noch nicht erfolgt.

Daher war der Anspruch noch nicht fällig, sodass ein Anspruch des D aus § 631 Abs. 1 BGB ausscheidet.

B. D könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung iHv. 15.000 € aus § 632a Abs. 1 BGB haben.

I. Mit Abschluss der Arbeiten hat D seine *Leistungen vertragsgemäß* iSd. § 632a I S. 1 BGB *erbracht*. In diesem Zeitpunkt lag auch ein *Wertzuwachs* bei B vor, sodass der Anspruch grundsätzlich besteht.

II. Allerdings ist dieser Wertzuwachs durch den Brand wieder zunichte gemacht worden.

Die Erbringung des Werkes ist ab diesem Zeitpunkt nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich (da es kein Haus mehr gibt, an dem B seine Arbeiten vornehmen könnte). Gem. § 644 Abs. 1 BGB trägt D die Gefahr des Untergangs der Leistung bis zur Abnahme.

Daher ist der Anspruch des D aus § 632a BGB erloschen.

C. Zwischen D und H bestehen keinerlei schuldrechtliche Verbindungen, sodass Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB ausscheiden.

D. Ein Anspruch des D gegen H aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus, da schon eine Eigentumsverletzung als einzig in Betracht zu ziehende Rechtsgutsverletzung zu verneinen ist.

Durch den Einbau hat D das Eigentum an seinen Materialien gem. § 946 BGB, § 93 BGB, § 94 BGB an B verloren.

E. D könnte aber einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB iVm. den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wegen einer Pflichtverletzung des Werkvertrages zwischen B und H haben.

I. Es ist allgemein anerkannt, dass Dritte in den Schutzbereich eines Schuldverhältnisses einbezogen werden können. Als Rechtsgrundlage werden verschiedene

Lösungen vorgeschlagen. In Betracht kommen § 328 BGB, ergänzende Vertragsauslegung, richterlicher Rechtsfortbildung und § 311 Abs. 3 S. 1 BGB. Hierfür müssten kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. **Leistungsnähe** - Der Dritte müsste bestimmungsgemäß den Gefahren des Schuldverhältnisses ebenso ausgeliefert sein wie der Gläubiger.
2. **Schutzinteresse des Gläubigers** - Der Gläubiger müsste ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten haben. Dies nimmt der BGH zunächst nur dann an, wenn der Gläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich ist.
3. **Erkennbarkeit** für den Schuldner - Leistungsnähe und Schutzinteresse des Gläubigers müssten bei Vertragsabschluss für den Schuldner erkennbar sein, damit dieser sein Risiko abschätzen kann.
4. **Schutzbedürftigkeit** des Dritten - Der Dritte darf selbst keinen vertraglichen Anspruch desselben Inhalts haben.

II. Hier ist bereits die Leistungsnähe zweifelhaft. Jedenfalls scheitert der Anspruch an der Gläubignähe. Weder ist ein sog. personenrechtlicher Einschlag gegeben, noch ein gesteigerte Wille zur Begründung eine Schutzpflicht gegenüber D zu erkennen.

F. Jedoch könnte D gegen B einen Anspruch auf Abtretung seiner gegen B zustehenden Ansprüche aus einer analogen Anwendung von § 285 BGB haben.

I. Nach § 285 BGB müsste der Schuldner einer Pflicht wegen Unmöglichkeit befreit worden sein. Hier ist die Leistungspflicht des B gegenüber D nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB untergegangen (siehe oben). Diese Konstellation ist § 285 BGB vergleichbar.

II. Weiterhin müsste B einen Anspruch gegen H erlangt haben.

1. Es wurde ein Rechtsgut des B (dessen Haus) verletzt.
2. Dies beruhte auf einer Handlung des H.
3. Diese geschah auch rechtswidrig und schuldhaft.
4. Schließlich müsste B ein Schaden entstanden sein.

Für die Werkleistung des D musste B jedoch nicht bezahlen. Sein Schaden ersetzt daher grundsätzlich nicht die Leistung des B.

Jedoch könnte er auch den Verlust des B geltend machen, wenn die **Voraussetzungen der Drittschadensliquidation** vorliegen:

a. D müsste einen **Schaden, aber keinen Anspruch** haben. Dies ist hier wie festgestellt der Fall.

b. B müssten einen **Anspruch, aber keinen Schaden** haben. B hat hier gegen H Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Pflichtverletzung aus dem Werkvertrag mit H, aus § 823 Abs. 1 BGB (siehe oben) und § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 306d StGB. *Hinweis: Das müssen Sie in einer Klausur ggf. ausführlich inzi- dent oder vorher feststellen!* B hat aber hinsichtlich des Daches keinen Schaden, da er dem D wegen § 644 Abs. 1 S. 1 BGB keine Vergütung schuldet.

c. Die Schadensverlagerung müsste zufällig sein. Dies ist zu bejahen, wenn ein **Fall der obligatorischen Gefahrenentlastung** gegeben ist. Nach § 644 Abs. 1 S.1 BGB trägt der **Werkunternehmer** bis zur Abnahme des Werkes (§ 640 Abs. 1 BGB) die Gefahr, bei zufälligem Untergang der Sache keinen Werklohn zu erhalten.

Daher kann B den Schaden des D wie einen eigenen gegen H geltend machen. Er hat also einen Anspruch gegen D.

III. D hat einen Anspruch auf Abtretung des Schadensersatzanspruchs des B gegen H in Bezug auf die ihm entstandenen Verluste.

b. Was gilt für den Versendungskauf?

Eine Gefahrenentlastung war früher vor allem beim **Versendungskauf** (§ 447 BGB) von Bedeutung.

Nach § 447 Abs. 1 BGB **geht die Gefahr des Untergangs auf den Käufer über**, sobald die Sache der Transportperson übergeben wurde. Das bedeutet: Zerstört die vom Verkäufer beauftragte Transportperson schuldhaft die gekaufte Sache, muss der Käufer trotzdem den Kaufpreis bezahlen (§ 433 Abs. 2 BGB) und erhält keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 BGB iVm § 283 BGB gegen den Verkäufer. Der Verkäufer hat zwar einen Anspruch gegen die Transportperson aus § 280 BGB iVm § 283 BGB, aber keine Verluste, weil die Ware vom Käufer bezahlt wird. Der Käufer hat hingegen zwar einen Schaden, hat aber keinen Vertrag mit der Transportperson. Auch aus § 823 Abs. 1 BGB kann er keine Ansprüche geltend machen - Eigentümer wäre er erst durch die Übereignung, d.h. im Zweifel bei Übergabe der gekauften Sache geworden.



Die Bedeutung dieser Fallgruppe ist aber durch zwei **gesetzliche Regelungen** zurückgedrängt worden:

- Nach § 421 Abs. 1 S. 2 HGB iVm § 425 Abs. 1 HGB kann der Empfänger einer Ware bei **gewerbsmäßigem Transport** seine Schäden in eigenem Namen geltend machen. Er hat also einen eigenen Anspruch, so dass die Drittschadensliquidation auf nicht gewerbsmäßigen (Privat-) Transport beschränkt ist. Dabei sind Absender und Empfänger Gesamtgläubiger (§ 428 BGB).
- Im **Verbrauchsgüterkauf** ist nach § 475 Abs. 2 BGB geht die Gefahr nur auf den Käufer über, wenn *dieser* die Transportperson mit der Ausführung beauftragt hat. Dann besteht aber in der Regel ein Schuldverhältnis zur Transportperson und damit ein eigener Anspruch. Im Verbrauchsgüterkauf scheidet die Drittschadensliquidation ebenfalls aus.

c. Was gilt bei Obhutsverhältnissen?

In vielen Regelungen werden Sachen an Dritte überlassen, namentlich im Rahmen von Miete (§ 535 Abs. 1 BGB), Leihe (§ 598 BGB) oder Verwahrung (§ 688 BGB). In diesen Fällen besteht eine Rückgabepflicht (§ 695 BGB, § 604 BGB, § 546 BGB). Beschädigt ein Dritter die Sache, ohne dass der Obhutspflichtige dies zu vertreten hat, **erlischt die Rückgabepflicht** wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB). Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB, § 283

BGB scheidet mangels Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 276 BGB, § 278 BGB) aus. Der Obhutspflichtige erleidet also durch die Beschädigung der fremden Sache keinen Schaden - er muss die Sache nicht zurückgeben und keinen Ersatz leisten. Allerdings hat der Eigentümer unmittelbare Ansprüche gegen den Schädiger aus § 823 Abs. 1 BGB. Eigentlich fehlt es also an der ersten Voraussetzung der Drittschadensliquidation.

Dennoch erlaubt die Rechtsprechung es dem Obhutspflichtigen hier, die **Ansprüche des Eigentümers gegen den Schädiger geltend zu machen**, soweit ein Schuldverhältnis zum Schädiger besteht (für Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB fehlt es an einer Rechtsgutsverletzung). Dahinter steht die Überlegung, dass die Abwicklung in diesem Verhältnis oft Vorteile bei der Durchsetzung mit sich bringt (nämlich dann, wenn der unmittelbare Schädiger vermögenslos ist und eine zwischengeschaltete Person sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren könnte, aber sich nach § 278 BGB das Verschulden des Schädigers zurechnen muss).

In diesem Zusammenhang finden Sie auch die **einzige gesetzliche Regelung der Drittschadensliquidation**: Nach § 701 BGB haftet ein **Gastwirt** gegenüber seinem Gast für alle Schäden an dem vom Gast eingebrachten Sachen - das erfasst auch Sachen Dritter, die der Gast mit sich führt. Der Gast kann also Schadensersatz für die Verletzung fremden Eigentums verlangen (einen Drittschaden liquidieren).

d. Was gilt für mittelbare Stellvertretung?

Bei der mittelbaren (verdeckten) Stellvertretung handelt jemand in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung. Gesetzlich geregelt ist insbesondere die handelsrechtliche Kommission (§§ 383 ff. HGB). In diesem Fall kommt der Vertrag (mangels Anwendbarkeit des § 164 Abs. 1 BGB) mit dem mittelbaren Vertreter (und nicht mit dem Vertretenen) zustande. Dieser hat aber keinen Schaden, wenn der Dritte schlecht leistet: Wirtschaftlich übernimmt das Risiko der Auftraggeber.



Der Kunsthändler X schickt seinen unbekanntenen Bruder B zu einer Auktion des V, da er weiß, dass allein seine Beteiligung an den Geboten den Preis in die Höhe treiben würde. B gelingt es, das von X gewünschte Gemälde für einen guten Preis von 5.000 € zu ersteigern. Nun stellt es sich als Fälschung heraus. X, der das Bild schon für 10.000 € weiterverkauft hatte, hat gegen V keine Ansprüche - mit ihm ist kein Kaufvertrag zustande gekommen. B hat zwar einen Anspruch aus § 437 Nr. 3 BGB iVm § 311a Abs. 2 BGB - aber er hat weder Einnahmeverluste noch belastet ihn der an V gezahlte Kaufpreis, da die Rechnung von X gezahlt wird.

Die Drittschadensliquidation stellt also den Zustand her, der aus Sicht des Vertragspartners ohnehin bestand: Der Schaden ist unter den Vertragsparteien abzuwickeln.

III. Wie werden Schäden ausgeglichen / ersetzt?

Für den Umfang des Ersatzes kommt es darauf an, ob Naturalrestitution oder bloße Geldzahlung verlangt wird:

- Nach § 249 Abs. 1 BGB kann grundsätzlich verlangt werden, *den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre*. Dabei muss nicht geprüft werden, inwieweit ein Vermögensschaden vorliegt.
- Nach § 250 BGB oder § 251 BGB wird stattdessen eine **Geldzahlung** gewährt. Dies soll aber grundsätzlich nur für sog. **Vermögensschäden** (materielle Schäden) gelten (§ 253 Abs. 1

BGB). Das sind alle Vermögenseinbußen, die einen Marktpreis haben. Man kann sie mit der **Differenzhypothese** ermitteln, indem man den jetzigen Zustand mit demjenigen hypothetischen Zustand vergleicht, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte. Nur diese Differenz wird ersetzt.

Ein selbstständiger, privat krankenversicherter Anwalt, der einen verfaulten Joghurt isst, muss nicht nur die Krankenhauskosten begleichen, sondern erleidet auch einen Verdienstausschlag. Beides sind Vermögenseinbußen, die er ohne den Joghurt nicht erlitten hätte.



- Für **Nichtvermögensschäden** wird Ersatz nur aufgrund von Sonderregelungen gewährt (§ 253 Abs. 2 BGB, § 651n Abs. 2 BGB). Dahinter steht einerseits der Gedanke, dass ein solcher Ersatz schwierig zu ermitteln ist, andererseits die Gefahr von Missbräuchen.

Wenn der Anwalt Bauchschmerzen erleidet, kann er dafür nach § 253 Abs. 2 BGB eine *billige Entschädigung in Geld* ("Schmerzensgeld") verlangen.



Auf die Unterscheidung zwischen "positivem" (Erfüllungsschaden) und "negativem" Interesse (Vertrauensschaden) kommt es bei der Prüfung der §§ 249 ff. BGB nicht an. Sie müssen die Begriffe in der Klausur also an dieser Stelle nicht erwähnen.



1. Was bedeutet Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB)?

Soweit irgend möglich, muss der Schädiger den **Schaden in natura beseitigen**. Dabei steht zwar grundsätzlich dem Geschädigten das **Wahlrecht** zu, er hat jedoch den weniger aufwendigen Weg zu wählen (ansonsten haftet der Schädiger nur auf Geld, § 251 Abs. 2 S. 1 BGB). Eine wichtige Sonderregelung trifft § 251 Abs. 2 S. 2 BGB: Danach sind verletzte Tiere vorrangig zu heilen, bevor man nur Geld als Ersatz zahlt.

Dies bedeutet: Beschädigte Sachen hat der Schädiger (persönlich oder durch Hilfspersonen) zu reparieren oder sie zu ersetzen.



Naturalrestitution erfordert damit logisch aber auch, dass der Geschädigte die Reparatur oder den Austausch **überhaupt ermöglichen kann**. Daran fehlt es, wenn er die Sache inzwischen übereignet hat oder zumindest den unmittelbaren Besitz auf unbestimmte Zeit verloren hat (etwa wenn er sie nur als Mieter besaß und dem Vermieter zurückgegeben hat).

Die Naturalrestitution kann nicht nur in einem tatsächlichen, sondern auch in einem **rechtlichen Akt** liegen.



Soweit etwa ein belastender Vertrag im Rahmen von § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB als Schaden qualifiziert wird, ist dessen Rückabwicklung die Naturalrestitution im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB.

Obwohl es sich bei § 249 Abs. 1 BGB um den gesetzlichen Regelfall handelt, ist die Regelung in der Praxis die Ausnahme.

a. Wie grenzt man Beseitigungsansprüche ab?

An verschiedenen Stellen gewährt das BGB Ansprüche auf "Beseitigung" einer Störung (§ 12 BGB für Namensverletzungen, § 1004 BGB für Eigentumsstörungen, § 862 BGB für Besitzstörungen). Diese Regelungen werden nach allgemeiner Ansicht nur als Regelbeispiele für einen **weitergehenden quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch** angesehen. Danach kann bei Verletzung beliebiger absolut geschützter Rechtsgüter die Beseitigung der Störung verlangt werden.

Allerdings ist der Beseitigungsanspruch anders als Schadensersatzansprüche **verschuldensunabhängig**. Daher gibt es ein großes Bedürfnis, die bloße "Beseitigung" (Ursachenbeseitigung) von der (wegen der strengeren Voraussetzungen weitergehenden) "Naturalrestitution" (Folgenbeseitigung) abzugrenzen.



E lagerte in einem Schuppen auf seinem Grundstück giftige Flüssigkeiten. Ein Einbrecher drang in den unzureichend gesicherten Schuppen ein, so dass diese Gifte in den Boden des Nachbargrundstücks des N eindrangen. Auf Veranlassung der Ordnungsbehörden musste der Boden ausgetauscht werden, wozu u.a. ein Gehweg des N zu entfernen war. Nach der Entgiftung ließ N den Gehweg für 1.000 € wiederherstellen. Kann N von E Ersatz dieser 1.000 € verlangen?

Grundsätzlich muss E als (Zustands-)Störer nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB die Eigentumsbeeinträchtigung beseitigen. Das heißt, dass er den Zustand herstellen muss, den das Eigentum ohne die Beeinträchtigung hatte. Das erfordert unstreitig die Entfernung der Platten und den Austausch des betroffenen Erdreichs. Der Störer muss aber darüber hinaus auch die zwangsläufig durch die Beseitigung der primären Störung entstehenden Eigentumsbeeinträchtigungen beseitigen. Dies umfasst die Wiederherstellung des erst im Rahmen der Beseitigung beeinträchtigten Gehwegs. Der diesbezügliche Anspruch ergibt sich entweder unmittelbar aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB oder aus einer Gesamtanalogie zu § 867 S. 2 BGB, § 962 S. 3 BGB, § 1005 BGB.



BGH, Urt. v. 4. Februar 2005 - V ZR 142/04
BGH, Urt. v. 13.1.2012 - V ZR 136/11

b. Welche Ansichten werden zur Abgrenzung vertreten?

Unstreitig von § 1004 BGB nicht erfasst werden Folgeschäden, die ausschließlich über das Schadensersatzrecht abzuwickeln sind.

Wurzeln vom Grundstück des E dringen in den gewerblich genutzten Tennisplatz seines Nachbarn N ein. Bis zur Beseitigung der Wurzeln ist der Tennisplatz unbenutzbar. Diesen Verdienstausfall kann N jedoch nur als Schadensersatz (d.h. bei Vertretenmüssen bzw. Verschulden) gegen E geltend machen (z.B. aus § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 286 Abs. 1 BGB bzw. aus § 823 Abs. 1 BGB).



Wie weit die Beseitigung im Übrigen geht, ist jedoch umstritten.

- Die vom BGH vertretene, weitestgehende Ansicht ("**Wiederbenutzbarkeitstheorie**") verlangt die Herstellung eines Zustands, welcher die Benutzung der Sache (wieder) ermöglicht. Es müsste also nicht nur der durch die Scheibe geworfene Stein mitgenommen werden, sondern auch die Scheibe selbst ersetzt werden.



Argument: Das Eigentum gewährleistet einen "einwandfreien" Zustand, der nur durch restlose Beseitigung der Störung hergestellt werden kann. Kritik: Dadurch wird die Beseitigung dem Schadensersatz zu sehr angenähert, das Verschuldens-erfordernis der Schadensersatzansprüche wird umgangen.

- Eine engere Gegenansicht ("**Actus contrarius**")-Lehre lässt es genügen, dass nur die Ursache der Störung beseitigt wird. Der Anspruchsgegner muss also seine störende Tätigkeit einstellen bzw. die störende Anlage entfernen. Er muss jedoch nicht die Behinderungen und Schäden, die sein Eingriff ergibt, beseitigen (etwa den in die Scheibe geworfenen Stein mitnehmen, aber nicht die Scheibe austauschen).

Argument: § 1004 BGB erfordert eine fortdauernde Störung, nur diese muss beseitigt werden.

- Die engste Ansicht ("**Ursupationstheorie**") beschränkt sich darauf, dass sich der Störer aus dem fremden Rechtskreis zurückzieht. Dazu genügt etwa bereits die Eigentumsaufgabe (Dereliktion, § 959 BGB) am geworfenen Stein. Entfernung des Steins und Ersatz der Scheibe wären nach §§ 249 ff. BGB abzuwickeln.

Argument: Verschuldensabhängige Beseitigungsansprüche sind eng auszulegen. Schon der Wortlaut von § 1004 BGB bezieht sich auf die verursachte Störung, nicht jedoch auf den daraus entstehenden Zustand. Kritik: Durch Aufgabe des Eigentums (Dereliktion, § 959 BGB) soll man sich nicht der Verantwortung entziehen können.

c. Inwieweit kann die Beseitigung zur Entschädigung werden?

Zwar ist § 1004 BGB kein Schadensersatzanspruch, so dass § 249 Abs. 2 BGB, § 250 BGB und § 251 BGB keine Anwendung finden. Jedoch wird § 906 Abs. 2 BGB der allgemeine Gedanke entnommen, dass bei Unzumutbarkeit der Beseitigung (für den Störer) auch eine Geldentschädigung möglich ist. Insoweit sollen auch die Schadensminderungspflicht und die Herabsetzung bei Mitverursachung des Schadens aus § 254 BGB entsprechende Anwendung finden.

Außerdem tritt an Stelle der Beseitigung eine Geldzahlung, wenn die Beeinträchtigung durch den Betroffenen selbst auf **eigene Kosten beseitigt wurde**. Anspruchsgrundlage ist dann entweder eine berechnete **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§ 683 S. 1 BGB iVm § 670 BGB) oder eine **Verwendungskondition** (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB), da dem Störer Aufwendungen erspart wurden. Der Bereicherungsersatzanspruch erfordert keinen Fremdgeschäftswillen.

Wird die Sache durch die Reparatur in einen besseren Zustand versetzt, erfolgt eine Anrechnung dieser Verbesserung nach den Grundsätzen "**neu für alt**".



A besucht seinen Freund B. Als er in der Einfahrt parken möchte, verwechselt er das Gas- mit dem Bremspedal und zerstört die baufällige Garage des B. Ersatz kann B nur durch die Errichtung einer neuen Garage erlangen. Da die neue Garage allerdings einen höheren Wert besitzt als die vorherige baufällige Garage, muss sich A diesen Vorteil anrechnen lassen.

In Betracht kommt schließlich eine Geldzahlungspflicht, wenn der Störer die Störung nicht beseitigt. Denn zu ihm besteht ein (gesetzliches) **Schuldverhältnis im Sinne von § 280 BGB**, so dass insbesondere Schadensersatz statt der Leistung nach Fristsetzung (§ 281 BGB) bzw. bei Unmöglichkeit (§ 283 BGB) verlangt werden kann. Darüber hinaus kann er durch Mahnung in Verzug versetzt werden (§ 286 BGB).



BGH, Urt. v. 13. 1. 2012 – V ZR 136/11
BGH, Urteil vom 4. 2. 2005 - V ZR 142/04
BGH, Urteil vom 30. 5. 2008 - V ZR 184/07
OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 1. 2012 – 12 U 143/11

2. In welchen Fällen erfolgt Schadensersatz in Geld?

In der Gerichtspraxis wird regelmäßig nicht die Vornahme einer Handlung bzw. eine Einwirkung auf eine Sache oder einen Menschen im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB verlangt, sondern eine Geldzahlung.

Dabei muss man zwischen den "**Herstellungskosten**" (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB, § 250 BGB) einerseits und einer "**Entschädigung**" (§ 251 BGB, § 253 BGB) andererseits unterscheiden:

- **§ 249 Abs. 2 BGB** bestimmt, dass der Geschädigte ohne Fristsetzung sofort **statt der Naturalrestitution die Zahlung des hierzu erforderlichen Geldbetrags** verlangen kann, soweit eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung in Rede steht. Damit wird dem fehlenden Vertrauensverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem Rechnung getragen: Der Geschädigte soll sich nicht darauf verlassen müssen, dass der ihm oftmals nicht bekannte Schädiger kompetent die Schäden beseitigt.



Reparaturkosten, Aufwendungen für die Beschaffung einer gleichwertigen Sache, Kosten des Arzteingriffes bei einer Körperverletzung

- **§ 250 BGB** betrifft nur diejenigen Fälle, die nicht von § 249 Abs. 2 BGB erfasst sind - also alle Fälle außer Sachbeschädigung und Körperverletzung. In diesen Fällen wird der zur **Herstellung erforderliche Geldbetrag** nur nach einer vergeblichen Fristsetzung gezahlt. Diese Vorschrift hat keine große Bedeutung.

- § 251 BGB schafft demgegenüber einen echten **Entschädigungsanspruch**, der neben der Naturalrestitution oder dem Anspruch auf Ersatz der Herstellungskosten geltend gemacht werden kann. Es wird die rechnerisch ermittelte Vermögenseinbuße ausgeglichen.

- Ein Oldtimer erleidet einen Totalschaden und kann nicht mehr repariert werden (§ 251 Abs. 1 Var. 1 BGB).
- Ein neuer Porsche wird bei einem Unfall beschädigt. Der konkrete Schaden kann für 5.000 € behoben werden. Da der Porsche aber jetzt ein Unfallwagen ist, verbleibt ein merkantiler Minderwert iHv. 10.000 € (§ 251 Abs. 1 Var. 2 BGB).
- Der Oldtimer (Wert 100.000 €) kann theoretisch durch ein vergleichbares Exemplar bei einem Händler in Amerika für 350.000 € ersetzt werden (§ 251 Abs. 2 BGB).



a. Was heißt Erstattung der Herstellungskosten (§ 249 Abs. 2 BGB)?

Im Regelfall will der Geschädigte nicht, dass der Schädiger persönlich bzw. durch von ihm bestimmte Hilfspersonen den Schaden beseitigt. Daher erlaubt es ihm § 249 Abs. 2 S. 1 BGB statt der Naturalrestitution den hierzu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen.

Der Geschädigte muss unter mehreren möglichen Varianten der Herstellung des ohne Schädigung bestehenden Zustandes stets diejenige wählen, die mit den geringsten Kosten verbunden ist ("**Wirtschaftlichkeitsgebot**"). Er darf also nicht den teuersten Arzt oder die beste Werkstatt auswählen.

Die Regelung erfasst nur die **Sachbeschädigung** (die Zerstörung einer Sache fällt nur unter § 250 BGB) und die **Verletzung des Körpers**. Für andere Schäden kann Ersatz der Herstellungskosten erst nach einer vergeblichen Fristsetzung verlangt werden (§ 250 BGB).

Die Norm setzt nicht voraus, dass das gezahlte Geld auch tatsächlich für die Reparatur einer Sache genutzt wird. Allerdings erhält der Schädiger nur Mehrwertsteuer ausgezahlt, wenn er tatsächlich solche zahlen musste, d.h. die Reparatur oder Heilbehandlung wirklich durchgeführt wurde (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB).



Bei **Körperverletzungen** soll hingegen (abweichend vom Wortlaut!) eine Pflicht bestehen, auch wirklich den Schaden beseitigen zu lassen, bevor Ersatz der Kosten in Geld gefordert werden kann.

aa. Was sind Herstellungskosten (in Abgrenzung zur Entschädigung)?

Die Herstellungskosten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB umfassen unabhängig von der tatsächlichen Wertminderung oder einem Vermögensschaden den gesamten Aufwand, der zur Herstellung des Zustandes erforderlich ist, der ohne das schädigende Ereignis vorliegen würde.

Zu den Herstellungskosten gehören etwa die Fahrtkosten naher Angehöriger zum Krankenhausbesuch, da dies zur Heilung von Verletzungen beiträgt.

Erforderlich ist etwa die Einschaltung einer Fachwerkstatt bei Markengeräten.



Der Wert des beschädigten Gegenstandes spielt dabei zunächst keine Rolle. Erst *wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist*, greift nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB eine Grenze: In diesen Fällen soll es genügen, den Vermögensverlust in Geld auszugleichen. Dieser ist im Regelfall geringer als die Herstellungskosten.



Herstellungskosten bei einem Autounfall sind die Reparatur des beschädigten Fahrzeugs. Umstritten ist, ob auch die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs eine Form der Wiederherstellung ist (so die Rechtsprechung) oder ob der Ersatz der Wiederbeschaffungskosten nur als Entschädigung nach § 251 BGB gewährt werden kann.

Umgekehrt kann aber auch selbst eine perfekte Reparatur ein Unfallfahrzeug nicht unfallfrei machen. Daher ermöglicht § 251 Abs. 1 BGB eine **ergänzende** Entschädigung in Geld (merkantiler Minderwert), soweit die Herstellung als solche *zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist*.

(1) Inwieweit ist eine fiktive Schadensberechnung möglich?

§ 249 Abs. 2 BGB gewährt einen **Zahlungsanspruch**, nicht etwa nur ein Freistellungs- oder Aufwendungsersatzanspruch. Das bedeutet, dass die Herstellungskosten selbst dann zu ersetzen sind, wenn überhaupt keine Reparatur vorgenommen wird. Man spricht insoweit von einer "**fiktiven Schadensberechnung**".



Aufgrund eines von A verursachten Unfall weist das Auto des B auf der Fahrerseite einige Beulen auf. Nachdem sich B bei einer Vertragswerkstatt erkundigt hat, dass die Reparatur 400 € kostet, hat er sich gegen eine Wiederherstellung entschlossen. Dennoch kann er von A Schadensersatz in Höhe von 400 € aufgrund einer fiktiven Schadensberechnung verlangen.

Das Institut der fiktiven Schadensberechnung beruht darauf, dass bei Sachbeschädigungen der Geschädigte bereits durch die Beschädigung der Sache eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Daher soll es ihm freistehen, wie er den er aus der Beschädigung resultierenden Ersatzbetrag verwendet.



Bei Körperschäden findet keine fiktive Schadensberechnung statt.

Soweit die Rechtsprechung allerdings **Kosten in Höhe von bis zu 130% des Wiederbeschaffungswertes als Herstellungskosten** ersetzen lässt, gilt dies nur, soweit die Reparatur auch wirklich zu diesem Preis durchgeführt wird (Dadurch wird dem Interesse des Geschädigten Rechnung getragen sein bisheriges Auto weiterzuverwenden, auch wenn die Reparatur teurer ist, als ein vergleichbares Ersatzfahrzeug). In ähnlicher Weise bestimmt § 249 Abs. 2 S. 2 BGB, dass auch die **Mehrwertsteuer** nicht auf eine fiktive bzw. künftige Reparatur zu ersetzen ist, sondern nur, soweit diese auch tatsächlich angefallen ist.



Die fiktive Berechnung der Reparaturkosten beschränkt sich also stets auf **100% der marktüblichen Reparaturkosten bzw. 100% des Wiederbeschaffungswertes** (je nachdem, was günstiger ist).

(2) Kann man Herstellungskosten auch nach Übereignung verlangen?

Übereignet und übergibt der Geschädigte die nach § 249 Abs. 1 BGB wiederherzustellende Sache einem Dritten, kann *er* dem Schädiger die Wiederherstellung nicht mehr ermöglichen. Daher ist sein Schadensersatzanspruch nach diesem Zeitpunkt grundsätzlich auf Entschädigung (§ 251 BGB) gerichtet. Wenn aber die Herstellungskosten höher sind, ist es attraktiv, statt der Entschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB die Herstellungskosten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB (bzw. § 250 BGB) ersetzt zu verlangen. Ein gewisses Problem besteht aber darin, dass § 249 Abs. 2 BGB und § 250 BGB voraussetzen, dass die Wiederherstellung überhaupt möglich ist (siehe Wortlaut von § 251 Abs. 1 BGB) - was nach Übergabe und Übereignung nicht mehr der Fall ist. Die Folgen sind umstritten:

- Nach der älteren Rechtsprechung endete mit der Übereignung eines Grundstücks die "Rechtszuständigkeit" des früheren Eigentümers - die **Naturalrestitution musste also gerade beim Geschädigten persönlich möglich sein** und ist daher nach dem Eigentumsverlust unmöglich. Damit käme nur ein Anspruch auf Entschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB in Betracht, § 249 Abs. 2 S. 1 BGB scheidet aus.
- Für bewegliche Sachen betont die Rechtsprechung hingegen, dass die nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB gezahlten Herstellungskosten **nicht zwingend für die Herstellung ausgegeben werden müssen**. Dann spricht auch nichts dagegen, zuerst die Sache zu veräußern und dann die Herstellungskosten herauszuverlangen. In der Literatur wird überwiegend befürwortet, diese Erwägung auf alle Sachen zu übertragen.
- Die neuere Rechtsprechung vertritt für Grundstücke eine vermittelnde Lösung: Nach Übereignung kann der frühere Eigentümer weder selbst Ersatz der Herstellungskosten aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen noch diesen Anspruch abtreten. Jedoch soll es ihm möglich sein, **zeitgleich mit der Eigentumsübertragung auch den Anspruch auf Ersatz der Herstellungskosten abzutreten**. Denn es gäbe keinen Grund, den Fall der Universalsukzession durch Erbschaft (§ 1922 BGB) von der gemeinsamen Übertragung aller relevanten Ansprüche zu unterscheiden. Anders als bei beweglichen Sachen sei bei Grundstücken nämlich durchaus auch eine von der Reparatur bzw. Neuerrichtung völlig andere Verwertung denkbar, so dass ein Ersatz der Herstellungskosten eher die Ausnahme darstelle.



bb. Inwieweit sind Vorsorge- und Verfolgungsaufwendungen ersetzbar?

Wenn *der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre*, gäbe es auch keinen Anlass, zur Durchsetzung von Ansprüchen Anwälte und Gerichte zu bemühen. Dementsprechend umfassen die Herstellungskosten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch die **Rechtsverfolgungskosten**. Diesen Anspruch bezeichnet man in Abgrenzung zu § 91 ZPO als "materiell-rechtlichen Kostenersatzanspruch".

Nicht durch den zum Ersatz verpflichtenden Umstand verursacht sind demgegenüber Aufwendungen, die im Vorfeld zur **Verhinderung oder Ermittlung des Schadens** getätigt wurden. Werden also Überwachungskameras installiert oder Warnetiketten an Kleidungsstücken montiert, können diese Kosten nicht auf Ladendiebe umgelegt werden.

Jedoch soll es möglich sein, eine **Fangprämie**, die der Ladeninhaber vor dem ertappen des Ladendiebes versprochen hat, ersetzt zu verlangen. Diese kann pauschal bis 25 € betragen, höhere versprochene Beträge können bis zum Wert der gestohlenen Ware ersetzt werden. Aus

ähnlichen Erwägungen wird der GEMA die doppelte Lizenzgebühr als Ersatzanspruch für die Verfolgung zuerkannt.

cc. Welche Bedeutung hat die Fristsetzung nach § 250 BGB?

Der Schädiger ist nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich zur Naturalrestitution verpflichtet. Allerdings will der Schädiger nicht in jedem Fall warten, bis er ein rechtskräftiges gerichtliches Urteil erstritten hat. Hier gewährt ihm § 250 S. 1 BGB einen Ausweg: Er kann dem Schädiger eine Frist setzen, innerhalb derer dieser Naturalrestitution zu leisten hat. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schädiger den Ersatz ernsthaft und endgültig verweigert (analog § 281 Abs. 2 BGB)



Dies ist nicht die Pflicht aus § 281 BGB - diese bezieht sich auf die Leistung (bzw. die mangelfreie Leistung). Die Fristsetzung aus § 250 BGB setzt hingegen bereits einen bestehenden Schadensersatzanspruch voraus und ändert nur die Rechtsfolge.

Nach Ablauf dieser Frist ist der Anspruch auf Naturalrestitution ausgeschlossen. Stattdessen kann nur noch Zahlung des für die Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrags verlangt werden. Dies ist ein wichtiger Unterschied zu § 281 BGB - dort entfällt die Leistungspflicht erst, wenn Schadensersatz verlangt wird (§ 281 Abs. 4 BGB).

In den praktisch häufigsten Fällen bedarf es keiner Fristsetzung, um Ersatz der Kosten für die Naturalrestitution zu verlangen: Bei Sachbeschädigung und Körperverletzung können diese nämlich auch ohne Fristsetzung von Anfang an verlangt werden (§ 249 Abs. 2 BGB). Allerdings führt die Zerstörung einer Sache im Regelfall dazu, dass die Wiederherstellung unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) ist. Dann gibt es aber nach § 251 BGB eine Entschädigung in Geld (und keinen Raum für Wiederherstellungskosten). Somit bleibt im Wesentlichen nur die **Zerstörung einer vertretbaren Sache** im Sinne von § 91 BGB als Anwendungsfall von § 250 BGB.

b. Wann gibt es Entschädigung in Geld nach § 251 BGB?

Anders als bei den Herstellungskosten nach § 249 Abs. 2 BGB bzw. § 250 BGB soll im Rahmen von § 251 BGB nur der objektive Vermögensverlust ausgeglichen werden. Nach § 251 BGB werden also nur Vermögensschäden ersetzt. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden

- **Unmöglichkeit der Herstellung (§ 251 Abs. 1, 1. Var. BGB):** Nur eine Entschädigung kommt in Betracht, wenn der Schuldner oder sogar niemand den Zustand herstellen kann, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte (§ 275 Abs. 1 BGB). Dies betrifft insbesondere die Tötung einer Person oder die Zerstörung einer Sache. Es genügt nicht Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BGB, da dieser Fall in § 251 Abs. 2 BGB besonders geregelt ist.
- **Ungenügende Herstellung (§ 251 Abs. 1, 2. Var. BGB):** Unter bestimmten Umständen verbleibt trotz Reparatur eine Vermögenseinbuße (sog. "merkantiler Minderwert"). Außerdem gibt es Fälle, in denen dem Geschädigten die Herstellung nicht zugemutet werden kann. Für diese Fälle kann ein Ausgleich in Geld verlangt werden.
- **Unzumutbarkeit der Herstellung (§ 251 Abs. 2 BGB):** Der Schädiger (!) kann sowohl die Herstellung als auch die Zahlung der hierzu erforderlichen Kosten verweigern, wenn dies für ihn einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet (ähnlich wie nach § 275 Abs. 2 BGB). Auch in diesem Fall ist nur der Vermögensverlust auszugleichen. Maßgeblich sind die voraussichtlichen Herstellungskosten - stellen diese sich nach Beginn der Maßnahmen als höher heraus,

scheidet § 251 Abs. 2 BGB aus. Die Grenze der Verhältnismäßigkeit hängt von dem betroffenen Gegenstand ab.

- Bei Beschädigung eines PKW sind Reparaturkosten (§ 249 Abs. 2 BGB) bis zu einer Höhe von 130% des Wertes des Fahrzeugs vor der Schädigung zu zahlen. Wäre die Reparatur hingegen teurer ("wirtschaftlicher Totalschaden"), genügt eine Entschädigung zum Restwert.
- Bei Verletzung von Menschen findet § 251 Abs. 2 BGB keine Anwendung (arg. ex Art. 1 GG). Für Tiere verlangt § 251 Abs. 2 S. 2 BGB, dass die Heilbehandlungskosten ihren Wert erheblich übersteigen.



Im Fall eines **wirtschaftlichen Totalschadens** erhält der Geschädigte unstreitig nur noch den um den Restwert verminderten Preis eines gleichwertigen Ersatzwagens. Ein solcher wirtschaftlicher Totalschaden ist gegeben, wenn die Reparaturkosten 130% des Wiederbeschaffungswertes übersteigen. Wenn eine solche Überschreitung vorliegt, erhält der Geschädigte also nicht etwa pauschal 130% des Wiederbeschaffungswertes, sondern genau 100% - er fällt von 130% auf 100% zurück. Während dieses Ergebnis unumstritten ist, besteht Streit über die rechtliche Grundlage.

- Die Rechtsprechung sieht Reparatur und Ersatzbeschaffung als **gleichwertige Formen der Naturalrestitution** im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB, unter denen ein Wahlrecht besteht. Übersteigt der Reparaturaufwand aber 130% des Wiederbeschaffungswertes, ist dies kein zur Herstellung erforderlicher Geldbetrag im Sinne von § 249 Abs. 2 BGB. Dann beschränkt sich der Anspruch auf die andere Form, mithin die Ersatzbeschaffung (ähnlich wie § 439 Abs. 1 BGB), so dass auch der Anspruch auf **Ersatz der Wiederbeschaffungskosten aus § 249 Abs. 2 BGB** folgt.
- Die Literatur hält dem entgegen, dass eine Ersatzbeschaffung bei einem Gebrauchtwagen nie eine "Wiederherstellung", sondern stets ein aliud bedeutet. Die Erforderlichkeit soll gerade nicht für die Angemessenheit der Aufwendungen herangezogen werden, weil diese in § 251 Abs. 2 BGB geregelt sind. Es handelt sich danach bei den Herstellungskosten um eine **Entschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB**.



Nun ist mit dieser Einschätzung natürlich ein erhebliches Prognoseisiko verbunden. Die meisten Werkstätten lassen sich nicht auf eine Reparatur zum Festpreis ein, sondern geben nur einen Kostenvoranschlag. Soweit ein Sachverständiger den voraussichtlichen Reparaturaufwand unter 130% des Wiederbeschaffungswertes schätzt, darf mit der Reparatur begonnen werden. Stellt sich aber später heraus, dass der Aufwand über 130% liegt, muss der Schädiger trotzdem den gesamten Betrag ersetzen. Er trägt also das Risiko eines Prognosefehlers. Prognosefehler der Werkstatt sind dem Geschädigten nicht als Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB zurechenbar, da die Werkstatt nicht als sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) tätig wird.

c. Welche Bedeutung hat § 252 BGB?

Im Rahmen der Naturalrestitution ist der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte (§ 249 Abs. 1 BGB). Dazu gehört **selbstverständlich** auch ein möglicher-

weise entgangener Gewinn (§ 252 S. 1 BGB). Freilich könnte man diesen auch als bloß immateriellen Schaden im Sinne von § 253 Abs. 2 BGB qualifizieren, da der Gewinn als solcher ja noch nicht dem Vermögen des Anspruchstellers zugeordnet ist, sondern erst noch realisiert werden muss. Insoweit hat § 252 S. 1 BGB jedenfalls eine **Klarstellungsfunktion**.

Praktische Relevanz entfaltet die Regelung erst durch § 252 S. 2 BGB: Danach ist insoweit eine abstrakte Schadensberechnung möglich. Es genügt der Verweis auf den **gewöhnlichen Lauf der Dinge** bzw. den Gewinn, der nach den konkret getroffenen Maßnahmen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden durfte. Es kommt also nicht auf die ex ante, sondern auf die ex post Perspektive an. Man spricht daher von einer "**abstrakten Schadensberechnung**". Dies hat eine Aufteilung der Beweislast zur Folge:

- Der Schädiger *muss* beweisen, dass im konkreten Fall der **übliche Gewinn nicht eingetreten wäre**.
- Der Geschädigte *kann* beweisen, dass er im Einzelfall **einen höheren Gewinn erzielt hätte**.

Von einem entgangenen Gewinn im Sinne von § 252 BGB sind vergebliche Aufwendungen abzugrenzen.



Für ein romantisches Wochenende hat B Champagner, rote Rosen und einen Film gekauft. Wenn A ihn überfährt und dadurch das romantische Wochenende ausfällt, sind möglicherweise diese Gegenstände für ihn wertlos, weil das Ziel eines romantischen Wochenendes nicht erreicht werden kann.

Das Risiko, dass Aufwendungen fehlschlagen, trägt grundsätzlich der Geschädigte (nicht der Schädiger). Etwas anderes ist, wenn die Pflichtverletzung gerade die Aufwendungen provoziert hat - nämlich beim Vertrauensschaden (§ 311 Abs. 2 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB, § 179 Abs. 2 BGB, § 122 Abs. 1 BGB).

Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistungen werden vergebliche (nutzlose) Aufwendungen grundsätzlich nicht als Schaden ersetzt. Eine gewisse Korrektur erfolgt in der Rechtsprechung aber durch die sog. "**Rentabilitätsvermutung**": Danach wird zugunsten des Geschädigten vermutet, dass Aufwendungen den Wert der durch Schadensersatz ersetzten Leistung im Zweifel um den gleichen Wert erhöhen.

Entsprechend gewährt das Gesetz in § 284 BGB Aufwendungsersatz nur wahlweise an Stelle von Schadensersatz statt der Leistung.

d. Inwieweit werden entgangene Gebrauchsvorteile ersetzt?

Wenn eine Sache nicht genutzt werden kann, lässt sich in vielen Fällen die entgangene Nutzungsmöglichkeit nach § 252 BGB ersetzen.



A beschädigt die Einrichtung des Röntgenspezialisten B. Bis zur Lieferung von Ersatzgeräten muss B seine Praxis schließen. Die Einnahmeverluste sind nach § 252 BGB zu ersetzen.

Bei privater Nutzung eines Gegenstandes handelt es sich bei der Unbenutzbarkeit jedoch nicht um entgangenen Gewinn, sondern um eine Einbuße an Lebensqualität, die keine Vermögenseinbuße darstellt.

- A zerstört den privaten Fitnessraum des B. Daraufhin kann B bis zur Lieferung von Ersatzgeräten in seinem Haus nicht mehr trainieren.
- Hat A den privaten PKW des B zerstört, darf er sich grundsätzlich einen Mietwagen nehmen. Die Rechtsprechung erlaubt ihm, eine Nutzungspauschale zu fordern, wenn er diese Möglichkeit nicht wahrnimmt - der sparsame Geschädigte soll nicht bestraft werden.



Hat die fragliche Sache nach dem sog. **Kommerzialisierungsgedanken** einen vermögensmäßig messbaren Wert, so setzt der Ersatz der entgangenen Gebrauchsvorteile zum einen voraus, dass es sich um ein

- "**Lebensgut**" handelt, d.h. einen Gegenstand, dessen ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebensführung von zentraler Bedeutung ist. Zum anderen muss der Eingriff zu einer
- "**fühlbaren Beeinträchtigung**" führen. Dies ist nur der Fall, wenn ein konkreter Nutzungswille bestand und dieser die Sache auch wirklich nutzen konnte.

Dies gilt etwa nicht, wenn der Geschädigte auch ohne Schädigung seinen eigenen PKW nicht nutzen konnte (etwa weil ihm die Fahrerlaubnis entzogen war, er ohnehin im entfernten Ausland weilt oder verletzt im Krankenhaus liegt).



3. Inwieweit werden immaterielle Schäden in Geld ersetzt?

Für die **Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB** kommt es nicht darauf an, ob dadurch echte Vermögensschäden oder nicht bewertbare immaterielle Verluste ausgeglichen werden.

Auch das glücksbringende Plüschtier aus Kindheitstagen (Marktwert 0 €) muss nach § 823 Abs. 1 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB repariert werden, wenn jemand es beschädigt.



Wird hingegen eine **Entschädigung in Geld nach § 251 BGB** geleistet, greift die beschränkende Vorschrift des § 253 Abs. 1 BGB: Für immaterielle Schäden gibt es grundsätzlich keinen Ersatz.

Die wesentliche Ausnahme findet sich aber unmittelbar im Anschluss in § 253 Abs. 2 BGB: Für die Verletzung bestimmter, besonders hochrangiger Rechtsgüter (Körper, Gesundheit, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung) gibt es auch für immaterielle Schäden eine Entschädigung in Geld ("**Schmerzensgeld**").

Das Schmerzensgeld ist allerdings **keine "Strafe"**, die den Schädiger zu richtigem Verhalten erziehen soll (anders die "punitive damages" im US-amerikanischen Recht). Es soll nur die nicht in Geld bestehenden Nachteile des Geschädigten durch eine Zahlung ausgleichen, um dessen Leid etwas zu mindern ("**Ausgleichsfunktion**" bzw. "**Genugtuungsfunktion**"). Bei ganz ge-

ringfügigen Verletzungen ist diese Einbuße so gering, dass kein Bedürfnis nach einem Ausgleich besteht, so dass auch der Anspruch auf Schmerzensgeld ausgeschlossen ist.



Wenn der Friseur seinem Kunden ein graues Haar ausrupft, mag dies eine Körperverletzung darstellen und Schmerzen verursachen. Diese sind aber so gering, dass sie keine Geldzahlung rechtfertigen.

§ 253 Abs. 2 BGB nennt das verfassungsrechtlich gewährleistete **allgemeine Persönlichkeitsrecht** (Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 2 Abs. 1 GG) nicht. Der BGH bejaht jedoch über § 253 Abs. 2 BGB hinaus einen "Entschädigungsanspruch eigener Art" aus § 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG für besonders schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die sich nicht auf andere Weise ausgleichen lassen, insbesondere bei Eindringen in die Intimsphäre. Auch insoweit geht es um Genugtuungsaspekte, allerdings kann die Zahlung (etwa bei Prominenten) auch dazu dienen, einen Gegenanreiz für weitere Verstöße zu setzen (sog. Präventionsfunktion).

IV. Unter welchen Umständen ist der Ersatz ausgeschlossen/gemindert?

Als letzte Fragestellung einer Klausur sollten Sie stets prüfen, ob möglicherweise der (von Ihnen bereits der Höhe nach bestimmte) Anspruch ausgeschlossen ist oder herabgesetzt werden muss. Dabei sind **vier Konstellationen** zu unterscheiden:

- Das Gesetz schließt den Ersatz von Schäden in § 254 Abs. 1 BGB ganz oder teilweise aus, wenn *bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt* hat. Es wird also eine Verschuldensquote gebildet: Welche Verantwortung trifft den Schädiger - und welche den Geschädigten?
- Nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB trifft den Geschädigten eine **Schadensminderungspflicht**. Das bedeutet, er muss versuchen, den Schaden soweit zumutbar niedrig zu halten. Auch hier führt ein Verstoß aber nicht zum Ausschluss jeglichen Ersatzes, sondern nur zur Minderung.
- Die Regelungen zum Mitverschulden betreffen nur die Verantwortlichkeit des Geschädigten selbst. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB erweitert dies auf seine **Erfüllungsgehilfen und gesetzliche Vertreter** - auch deren Fehlverhalten muss sich der Geschädigte zurechnen lassen.
- Ein Ersatzanspruch kann schließlich ausnahmsweise nach den Regeln der "**gestörten Gesamtschuld**" ausgeschlossen sein. Damit ist die Problematik gemeint, dass ein weiterer potentieller Anspruchsgegner durch eine gesetzliche Regelung oder eine vertragliche Vereinbarung privilegiert ist.

1. Wie behandle ich eine gestörte Gesamtschuld?

Wenn mehrere Personen an einer Schädigung mitwirken, haften diese nach § 840 BGB als Gesamtschuldner. Das bedeutet, dass jeder vom Geschädigten in voller Höhe in Anspruch genommen werden kann. Im Innenverhältnis der Schädiger besteht dann ein Rückgriffsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB, der sich nach den jeweiligen Verschuldensanteilen richtet.

Nun kann aber trotz Verursachung durch mehrere Personen eine Gesamtschuld ausscheiden, wenn die Haftung eines der Schädiger durch eine gesetzliche Regelung (z.B. § 1664 BGB) oder eine vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen oder summenmäßig begrenzt ist. Was für diese Fälle gilt, hängt von der konkreten Ausgangslage ab, die dazu geführt hat, dass eine Person nicht haftet:

- **Lösung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers:** Nach dem Gesetz haftet der nicht privilegierte Schädiger im Innen- und Außenverhältnis allein (bzw. auf den Anteil der von der Haftungshöchstgrenze umfasst ist) - denn eine Gesamtschuld setzt eine Haftung zweier Personen auf eine einheitliche Leistung voraus (§ 421 BGB). Dieses Ergebnis wird aber für manche Fälle als ungerecht empfunden: Vertragliche Haftungsprivilegierungen würden dadurch nämlich zu einem Vertrag zu Lasten Dritter, den das Zivilrecht nicht kennt.
- **Lösung zu Lasten des Geschädigten:** Der Geschädigte erhält nur einen Anspruch gegen den nicht privilegierten Schädiger, der um den Anteil des privilegierten Schädigers gemindert ist. Er wird so behandelt, als sei der Schädiger sein Erfüllungsgehilfe gewesen (§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB iVm § 278 BGB). Auch diese Lösung ist aber nicht für alle Fälle geeignet - so würde dadurch etwa ein Kind benachteiligt, weil es besonders unsorgfältige Eltern hat.
- **Lösung zu Lasten des privilegierten Schädigers:** Der Geschädigte hat nur einen vollwertigen Anspruch gegen den nicht privilegierten Schädiger (nicht aber gegen den privilegierten Schädiger). Allerdings kann der nicht privilegierte Schädiger analog § 426 Abs. 1 BGB Ersatz vom privilegierten Schädiger verlangen, insoweit wird ein Gesamtschuldverhältnis fingiert. Damit steht der privilegierte Schädiger allerdings schlechter, als wenn er den Schaden allein verursacht hätte (denn dann würde er gar nicht haften). Um dieses Problem zu lösen, kann man dann dem privilegierten Schädiger wieder einen Anspruch gegen den Gläubiger gewähren - es entsteht ein Regresskreislauf.

a. Ist die gestörte Gesamtschuld ein klassischer Meinungsstreit?

Die drei Lösungsansätze der gestörten Gesamtschuld entsprechen **nicht etwa drei "Meinungen"**. Vielmehr vertritt kaum jemand, dass für alle Fälle die gleiche Lösung angewandt werden soll. Es ist vielmehr nach dem Rechtsgrund der jeweiligen Haftungsprivilegierung zu differenzieren.



In der Klausur sollten Sie also die drei Lösungen darstellen und dann fragen, was der **Schutzzweck der Haftungsprivilegierung im konkreten Fall** ist:

- **Vertragliche Regelungen** sollen nicht zu Lasten Dritter wirken. Daher kommt entweder eine Lösung zu Lasten des Geschädigten oder eine Lösung zu Lasten des privilegierten Schädigers in Betracht; eine Lösung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers liegt hingegen fern. Für welche Lösung Sie sich entscheiden, hängt von der Risikoverteilung im Innenverhältnis ab.
- **Gesetzliche Regelungen** können hingegen durchaus das Risiko einer Schädigung ausschließlich auf den nicht privilegierten Schädiger überwälzen. Dies liegt immer dann nahe, wenn zwischen dem Geschädigten und dem privilegierten Schädiger eine enge Beziehung besteht und letztlich eine Haftung des privilegierten Schädigers auf Kosten des Geschädigten ginge. In diesem Fall ist die Wertentscheidung des Gesetzgebers so zu verstehen, dass der Geschädigte einen vollen Anspruch haben soll, und der nicht privilegierte Schädiger voll zahlen muss. Ob die gesetzliche Privilegierung so zu verstehen ist oder eher wie eine vereinbarte Privilegierung auszulegen ist, müssen Sie je nach Norm entscheiden - so sind etwa § 300 BGB, § 521 BGB, § 599 BGB, § 690 BGB einer vertraglichen Privilegierung vergleichbar (so dass eine Benachteiligung des privilegierten Schädigers möglich ist), während bei § 1664 BGB der Familienfrieden auch auf Kosten Dritten geschützt werden soll.

b. Wie prüfe ich eine gestörte Gesamtschuld in der Klausur?

In Fällen, in denen Schadensersatzansprüche wegen des selben Sachverhalts gegen zwei Personen bestehen, haften diese grundsätzlich als Gesamtschuldner (§ 840 BGB). Soweit es aber Hinweise auf eine Haftungsprivilegierung gibt, müssen Sie an eine gestörte Gesamtschuld denken.

- § 300 I BGB: Haftungserleichterung während des Gläubigerverzuges
- § 521 BGB, § 599 BGB, § 690 BGB: Haftungserleichterung für Schenkung, Leihe, unentgeltliche Verwahrung
- § 680 BGB: Haftungsbeschränkung bei Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr
- § 708 BGB: Haftung der Gesellschafter bei der Erfüllung von Gesellschaftsverpflichtungen
- § 1359 BGB, § 1664 BGB: Haftungsbeschränkung der Ehegatten und der Eltern zu ihren Kindern



In diesen Fällen ist es sinnvoll, zunächst den **Anspruch des Geschädigten gegen den privilegierten Schädiger** zu prüfen und ihn am Merkmal "Verschulden" bzw. "Vertretenmüssen" abzulehnen.

Dann prüft man den **Anspruch des Geschädigten gegen den nicht privilegierten Schädiger**. Nach dem Schaden (also ganz am Ende der Prüfung) diskutiert man dann die Frage, ob der Anspruch des Geschädigten zu mindern ist ("Lösung zu Lasten des Geschädigten"). Dies kann man bejahen oder verneinen.

Wenn danach gefragt ist und man die Lösung zu Lasten des Geschädigten verneint hat, muss man dann einen **Anspruch des nicht privilegierten gegen den privilegierten Schädiger analog § 426 Abs. 1 BGB** prüfen. Hier diskutiert man dann die Lösung zu Lasten des privilegierten Schuldners.

Schließlich muss man, wenn man den Innenregress bejaht hat und danach gefragt ist, einen **Anspruch des privilegierten Schädigers gegen den Geschädigten** ("Regresskreisel") prüfen.

2. Was gilt für ein Mitverschulden bei Schadensentstehung?

Der zu zahlende Geldbetrag ist herabzusetzen, soweit an der **Entstehung** ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Gemeint ist damit ein Verschulden des Geschädigten **gegen sich selbst** (also eine **Obliegenheitsverletzung**) - denn eine einklagbare Pflicht, sich selbst nicht zu schädigen, gibt es nicht.

Es gilt allerdings (wenn nichts anderes vereinbart ist) analog § 276 Abs. 2 BGB ein objektiver Maßstab. Der Geschädigte muss sich also wie ein ordentlicher und verständiger Mensch verhalten, in dessen Interesse es liegt, den Schaden abzuwenden. Die Grenze ist jedoch bei Maßnahmen überschritten, die dem Geschädigten im Vorfeld nicht zumutbar waren.



Nach der Rechtsprechung soll es unzumutbar sein, das Tragen eines Fahrradhelms zu fordern. Zwar sei dieser unstreitig zur Schadensverhinderung geeignet, aber nicht sozial akzeptiert und daher nicht zumutbar. Ebenso wenig kann man angesichts der sogar verfassungsrechtlich gewährleisteten Allgemeinen Hand-

lungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) eine Haftung bei riskanten Sportarten (z.B. Bungee-Springen) generell ausschließen, nur weil die Teilnahme Gefahren mit sich bringt.

Die **Schuldfähigkeit** des Geschädigten beurteilt sich analog § 827 BGB, § 828 BGB. Ansonsten müssten auch Deliktsunfähige, insbesondere Kinder, den an Erwachsene gerichteten objektiven Maßstab der Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) erfüllen, um ihre Einbußen vollständig ersetzt zu bekommen - was sicherlich vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Neben einem echten Verschulden kann auch eine Sach- oder Betriebsgefahr genügen.

Nach § 7 StVG haftet ein Autofahrer verschuldensunabhängig für Körperverletzungen und Sachbeschädigungen durch seinen PKW (sog. "**Betriebsgefahr**"). Spiegelbildlich hierzu muss er sich, wenn sein eigenes Fahrzeug beschädigt wird, diese Betriebsgefahr im Rahmen von § 254 BGB anrechnen lassen. Insoweit gilt § 254 BGB auch im StVG (§ 9 StVG). Eine Sonderregelung gilt für Unfälle unter Beteiligung von zwei oder mehr Kraftfahrzeugen (§ 17 StVG): Dann hängt die Haftung untereinander "*von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist*".



Kein Mitverschulden beim Fahrradfahren ohne Helm - BGH, Urteil vom 17.6.2014 - [VI ZR 281/13](#)



a. Was prüfe ich bei der Schadensminderungspflicht?

Nach § 254 Abs. 2 S. 1, 2. Var. und 3. Var. BGB trifft den Geschädigten die Obliegenheit, einen einmal entstandenen Schaden möglichst gering zu halten, insbesondere Folgeschäden zu vermeiden.

Wer bei einem Unfall dauerhaft verletzt wird, muss etwa Umschulungen durchführen, um eine andere Tätigkeit wahrzunehmen, bevor er eine dauerhafte Rentenzahlung verlangt. Beschädigte Sachen sind möglichst günstig zu reparieren bzw. durch möglichst günstige Ersatzbeschaffungen zu ersetzen.



Auch hier wirkt die Zumutbarkeit aber einschränkend zugunsten des Geschädigten.

Der Geschädigte kann einen PKW grundsätzlich in eine Vertragswerkstatt geben und muss sich nicht auf eine deutlich günstigere Durchschnittswerkstatt verweisen lassen - selbst wenn der Unterschied 2.500 € beträgt (bei einem Schaden von 15.000 €); er darf einen Mietwagen zum "Unfallersatztarif" mieten und muss den Unfall nicht verschweigen.



Einen Sonderfall dieser Pflicht regelt § 254 Abs. 2, 1. Var. BGB: Danach muss der Geschädigte soweit möglich auf die Gefahr hoher Schäden aufmerksam machen, wenn der Schädiger diese nicht ohnehin kennt oder zumindest kennen musste. Sie müssen prüfen, ob der konkrete Scha-

den auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte vorher auf die drohende Höhe hingewiesen hätte. Hätte der Geschädigte solche Hinweise nachweislich ohnehin nicht beachtet, ist dies folgenlos.



Für die Schadensminderungspflicht ist nicht erforderlich, dass der Geschädigte selbst eine Ursache für das schädigende Ereignis gesetzt hat. Er muss vielmehr auch bei vorsätzlich verursachten Schädigungen weitere (Folge-)Schäden vermeiden und den Ersatzbetrag möglichst gering halten.

b. Welche Bedeutung hat § 254 Abs. 2 S. 2 BGB?

Entgegen der Stellung im Gesetz bezieht sich der Verweis des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB nicht nur auf die Schadensminderung (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB), sondern auch auf die Mitverursachung der Schadensentstehung (§ 254 Abs. 1 BGB). Die Regelung wird also als eigenständiger Absatz 3 gelesen. **Umstritten ist, ob § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung ist:**



- Wer eine Rechtsgrundverweisung annimmt, muss den gesamten § 278 BGB prüfen. Danach ist insbesondere ein Schuldverhältnis erforderlich. Hierfür spricht, dass § 254 Abs. 2 S. 2 BGB keine eigenen Voraussetzungen nennt.
- Wer eine Rechtsfolgenverweisung annimmt, verzichtet auf das Erfordernis eines Schuldverhältnisses. Dafür spricht, dass nur eine "entsprechende" Anwendung angeordnet ist. Allerdings führt dies zu einer Ungleichbehandlung von Schädiger und Geschädigten.

Im Rahmen von vertraglichen Schadensersatzansprüchen führt die Regelung zu einer Gleichbehandlung der Parteien - beide müssen sich das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen (der Schädiger unmittelbar nach § 278 BGB, der Geschädigte nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB iVm § 278 BGB).

Schwierig wird dies jedoch im Rahmen des Deliktsrechts - denn dort muss der Schädiger nur für ein Fehlverhalten weisungsgebundener Mitarbeiter mit Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 BGB einstehen. Der Geschädigte muss sich hingegen scheinbar nicht nur seine gesetzlichen Vertreter, sondern sogar jeden Erfüllungsgehilfen im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses aus §§ 823 ff. BGB zurechnen lassen. Dementsprechend setzt die Anwendung von § 254 Abs. 2 S. 2 BGB voraus, dass bereits **vor dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung** ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien bestand. Um eine umgekehrte Privilegierung des Geschädigten zu vermeiden, muss man § 831 BGB zu Lasten des Geschädigten entsprechend heranziehen.

3. Wie werden Gegenansprüche berücksichtigt?

Bei Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages grundsätzlich unberührt. Damit stehen sich zwei Ansprüche gegenüber. Wie diese Situation zu lösen ist, ist umstritten.

- Die **Surrogationsmethode** geht davon aus, dass der Schadensersatz an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt. Im Übrigen verbleibt aber der Vertrag unberührt - Schadensersatz kann also nur Zug-um-Zug gegen Erbringung der Gegenleistung verlangt werden (§ 320 BGB). Freilich ist, soweit beide Leistungen auf Geld gerichtet sind, eine Aufrechnung möglich (§ 389 BGB). Wurde der Rücktritt erklärt, scheidet die Anwendung der Surrogationstheorie schon nach dem Wortlaut von § 346 Abs. 1 BGB aus.
- Nach der **Differenzmethode** wird nur der Wertunterschied zwischen dem Wert der vereinbarten Gegenleistung und dem Wert der ausgebliebenen Leistung erstattet (siehe die gesetzliche Regelung in § 376 Abs. 2 HGB). Statt eines Leistungsaustauschs verbleibt also nur ein einseitiger Anspruch auf Geldzahlung. Gegen diese Theorie spricht aber, dass der Gläubiger, der seine Leistung nicht erbringen will, nach § 323 ff. BGB zurücktreten kann (vgl. § 325 BGB), dann wären ebenfalls die Wertersatzansprüche zu verrechnen.
- Die **abgeschwächte Differenzmethode** nimmt grundsätzlich ebenfalls nur einen Anspruch auf Ersatz der Wertdifferenz an. Allerdings wird eine Ausnahme gemacht, wenn der Schadensersatzgläubiger bereits in Vorleistung getreten ist oder ein besonderes Interesse daran besteht, die Gegenleistung noch zu erbringen.

Die wohl überwiegende Auffassung gewährt ein **Wahlrecht zwischen Surrogations- und Differenzmethode**. Es werden aber auch alle drei Ansichten jeweils für sich vertreten.

Im Übrigen kann dem Schädiger ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zustehen, soweit er Ansprüche gegen den Geschädigten hat. Wichtigster Fall ist § 255 BGB, der aber praktisch kaum einen Anwendungsfall hat: Wegen § 840 BGB liegt bei mehreren Schädigern grundsätzlich eine Gesamtschuld vor, so dass die *cessio legis* nach § 426 Abs. 2 BGB den Anspruch auf Abtretung verdrängt.

B. Was sind "Aufwendungen"?

Von Schäden (unfreiwilligen Vermögenseinbußen) sind Aufwendungen (freiwillige Vermögenseinbußen) abzugrenzen. Diese Unterscheidung ist allerdings keineswegs eindeutig:



- Wird **freiwillig ein Schadensrisiko übernommen**, können eingetretene Schäden als Aufwendungen abgerechnet werden. Das bedeutet insbesondere, dass im Rahmen von § 670 BGB auch Schäden des Geschäftsführers zu ersetzen sind.
- Umgekehrt stellen **fehlgeschlagene Aufwendungen**, d.h. freiwillige Vermögensleistungen, deren Zweck aufgrund eines schädigenden Ereignisses nicht (mehr) erreicht werden kann, unter bestimmten Umständen einen Schaden dar.



- Nach der sog. "**Frustrationstheorie**" sollen fehlgeschlagene Aufwendungen stets uneingeschränkt ersatzfähig sein. Dem wird aber entgegengehalten, dass die Schadenshöhe damit völlig in die Hand des Geschädigten gelegt wird, was mit § 254 Abs. 2 BGB unvereinbar wäre.
- Die Rechtsprechung bejaht hingegen einen Anspruch auf Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen nur, soweit der Anspruch gerade auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) gerichtet ist. Dies ist nicht nur im Rahmen von § 122 BGB, § 179 BGB und § 311 Abs. 2 BGB der Fall, sondern auch bei deliktischen Schäden, soweit ein die Dispositionsfreiheit betreffendes Schutzgesetz gerade vor unnötigen Aufwendungen schützen soll (etwa § 263 StGB).

- **Im Rahmen des positiven Interesses** sind vergebliche Aufwendungen als solche grundsätzlich nicht zu ersetzen, denn sie wären auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung getätigt worden, beruhen also nicht auf der Nicht- oder Schlechterfüllung. Allerdings kann es sein, dass die Aufwendungen den Wert der versprochenen Leistung gesteigert hätten. Die Rechtsprechung kommt insoweit den Geschädigten entgegen: Nach der sog. "**Rentabilitätsvermutung**" muss der Schädiger beweisen, dass die Aufwendungen nicht zu einer Wertsteigerung in der Höhe der jeweiligen Kosten geführt hätten. Der Geschädigte kann auch höhere Wertsteigerungen darlegen und beweisen.

1. Welche Regelungen zum Aufwendungsersatz gibt es?

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht vor allem nach § 670 BGB im Rahmen des Auftrags, auf den verschiedene Vorschriften Bezug nehmen (u.a. § 683 BGB für die GoA, auf den wiederum § 539 Abs. 1 BGB für die Miete, § 601 Abs. 2 BGB für die Leihe verweisen). Eigene Anspruchsgrundlagen für den Ersatz von Aufwendungen gibt es ferner in § 693 BGB (für den Verwahrer) und in § 970 BGB (für den Finder). Schließlich sind "Verwendungen" Aufwendungen in Bezug auf eine Sache, die nach § 347 Abs. 2 BGB und nach §§ 994 ff. BGB zu ersetzen sind. Darüber hinaus kann ein Aufwendungsersatz auch vertraglich vereinbart werden.

Für vergebliche Aufwendungen findet sich in § 284 BGB eine besondere Regelung, die wir uns gleich näher anschauen werden.

Für den Umfang des Aufwendungsersatzes finden sich im allgemeinen Schuldrecht nur zwei Regelungen:

- Nach § 256 S. 1 BGB sind Aufwendungen vom Zeitpunkt ihrer Aufwendung zu verzinsen. Maßgeblich ist aber nicht der Verzugszins, sondern der gesetzliche Zinssatz aus § 246 BGB (4% unabhängig vom Basiszins). Die Verzinsung besteht nicht, solange dem Anspruchsberechtigten Nutzungen oder Früchte verbleiben, ohne dass er für diese eine Vergütung zahlen muss.

- In § 257 BGB ist die Konstellation geregelt, dass Aufwendungen in der Eingehung einer Verpflichtung gegenüber einem Dritten bestanden. Als Rechtsfolge wird angeordnet, dass dann ein Anspruch auf Freistellung, d.h. auf Zahlung an den Dritten besteht.

II. Wie weit geht die Rentabilitätsvermutung?

Die Rentabilitätsvermutung der Rechtsprechung besagt, dass im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) davon auszugehen ist, dass der Gläubiger der Leistung alle Aufwendungen, die er in Bezug auf die geschuldete Leistung erbracht hat, letztlich kompensiert bekommen hätte.

Die Notarkosten bei Abschluss eines Kaufvertrages über ein Grundstück (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) und der Auflassung (§ 925 BGB) sind bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig, weil die Kosten durch die Nutzung des gekauften Grundstücks wieder eingespielt worden wären.



Der Schädiger kann aber beweisen, dass der Geschädigte mit dem erworbenen Gegenstand nie einen Gewinn erwirtschaftet hätte. Rein immaterielle Vermögenseinbußen sind nach § 253 Abs. 1 BGB nicht ersatzfähig.

- Muss A seinen bei Privatmann B gekauften defekten Fernseher in eine entfernte Werkstatt transportieren, um ihn dort reparieren zu lassen, kann er nicht Ersatz der hierfür aufgewendeten Urlaubs- oder Freizeit verlangen (anders als einen etwaigen Verdienstaussfall).
- Mietet eine Partei eine Stadthalle für eine Wahlkampfveranstaltung und kann diese dann nicht nutzen, kann sie keinen Ersatz für gedruckte Werbezettel oder gezahlte Reisekosten für Funktionäre verlangen, da diesen auch bei Erbringung der Leistung kein Gegenwert entgegengestanden hätte



Für diese Fälle schafft § 284 BGB eine eigene Anspruchsgrundlage, die aber nach ihrem Wortlaut nur "an Stelle" des Schadensersatzes statt der Leistung gewährt wird.

III. Welche Voraussetzungen hat § 284 BGB?

§ 284 BGB muss zwar im Obersatz erwähnt werden, wird zweckmäßigerweise erst an Stelle des Merkmals "Schaden" im Rahmen des normalen Prüfungsschemas von § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB, § 282 BGB oder § 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB diskutiert. Die Regelung gilt damit für alle Schuldverhältnisse (einseitige, gegenseitige, mehrseitige, gesetzliche), bei denen Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann. Aufgrund der Rentabilitätsvermutung hat der Anspruch aus § 284 BGB aber bei auf Gewinnerzielung gerichteten Verträgen nur eine geringe Bedeutung (konkret verbleiben nur Ausgaben aus bloßer Liebhaberei, welche den erzielbaren Wert übersteigen).

Anspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB, § 284 BGB

I. Schuldverhältnis



II. Pflichtverletzung: Schlecht-/Nichtleistung trotz Fristsetzung (§ 281 BGB), Unzumutbarkeit wegen Verstoßes gegen Schutzpflicht (§ 282 BGB), nachträgliche Unmöglichkeit (§ 283 BGB)

III. Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 276 BGB, § 278 BGB)

IV. Statt Schaden: Vergebliche Aufwendungen = freiwillige Vermögenseinbuße

1. "Billigerweise machen durfte" = Angemessenheit (wertend)

2. Ausnahme: Zweck wäre auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Schuldners verfehlt worden



Anspruch aus § 311a Abs. 2 BGB, § 284 BGB

I. Vertrag

II. Unmöglichkeit bei Vertragsschluss (§ 275 Abs. 1 BGB) bzw. Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB)

III. Kenntnis des Schuldners vom Leistungshindernis oder zu vertretende Unkenntnis (§ 276 BGB, § 278 BGB)

IV. Statt Schaden: Vergebliche Aufwendungen = freiwillige Vermögenseinbuße

1. "Billigerweise machen durfte" = Angemessenheit (wertend)

2. Ausnahme: Zweck wäre auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Schuldners verfehlt worden

1. Wie weit reicht die Alternativität von § 284 BGB zum Schadensersatzrecht?

Die Regelung des § 284 BGB ist auf den ersten Blick eindeutig: An Stelle der Leistung kann entweder Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangt werden. An eine einmal getroffene Wahl ist er dabei nach hM nicht gebunden; nur die Erfüllung ist beim Verlangen nach Aufwendungsersatz analog § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Bei für den Käufer günstigen Geschäften, die mit vergeblichen Aufwendungen verknüpft werden, ist dieses Ergebnis aber nicht unmittelbar einsichtig.



A kauft ein Bild für 1.000 €, das einen Marktwert von 2.000 € hat. Zudem erwirbt er für 1.000 € einen maßgeschneiderten Rahmen für das Bild, der ausschließlich um das konkrete Gemälde passt und ansonsten nichts wert ist. Nach dem Wortlaut von § 284 BGB kann er nun entweder 1.000 € als Schadensersatz statt der Leistung (entgangener Gewinn) oder 1.000 € als Aufwendungsersatz (wertloser Rahmen) verlangen. Beides parallel soll er hingegen nicht fordern können.

Dieses Ergebnis gibt Anlass für einen Meinungsstreit:

- In der Literatur wird für diese Fälle eine teleologische Reduktion des § 284 BGB vorgeschlagen: Es soll dem Gläubiger möglich sein, den materiellen Verlust und zusätzlich seine vergeblichen Aufwendungen (als immaterieller Schaden) ersetzt zu bekommen.
- Die herrschende Meinung lehnt jedoch eine teleologische Reduktion ab. Der Gesetzgeber habe immaterielle Schäden grundsätzlich als nicht ersatzfähig ausgestaltet. § 284 BGB sei daher eng auszulegen.



Unproblematisch ist hingegen die Konstellation, dass eine Leistung im Sinne von § 139 BGB teilbar ist - in diesem Fall kann für einen Teil der Leistung Schadensersatz statt der Leistung und für einen anderen Aufwendungsersatz verlangt werden. Unstreitig schließt § 284 BGB zudem nur den Schadensersatz statt der Leistung aus. Neben Aufwendungsersatz können also Verzögerungsschaden (§ 280 Abs. 2 BGB) und sonstiger einfacher Schadensersatz verlangt werden (§ 280 Abs. 1 BGB). Der Geschädigte muss demnach bloß entscheiden, ob er lieber Aufwendungsersatz oder Schadensersatz **statt der Leistung** will.

2. Inwieweit können die §§ 249 ff. BGB entsprechend herangezogen werden?

Aufgrund der unvollständigen Regelungen von Aufwendungen gibt es einige Fragen, die sich nicht unmittelbar aus § 284 BGB beantworten lassen. Praktisch behilft man sich damit, dass man § 284 BGB letztlich als einen Fall des (immateriellen) Schadensersatzes einordnet und damit soweit möglich die §§ 249 ff. BGB entsprechend heranzieht.

- Unklar ist etwa, wie sich ein **Mitverschulden bei Entstehung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung** auswirkt. In § 284 BGB werden diese teilweise an dem Wort "billigerweise" angeknüpft. Verursacht der Gläubiger selbst den Schaden oder tätigt er absolut unnötige Ausgaben trotz erkennbarer Unmöglichkeit, ist dies nicht zu billigen - und der Ersatzanspruch wird insgesamt ausgeschlossen (also nicht nur quotal gemindert). Die überzeugendere Gegenauffassung will hingegen § 254 BGB analog heranziehen.
- Keine Antwort gibt das Gesetz zudem, wie mit **Gegenständen** zu verfahren ist, die durch Aufwendungen erworben wurde.

Hat etwa der Schadensersatzgläubiger einen teuren Rahmen für das erwartete Gemälde in Sondermaßen erworben, der für ihn wertlos ist, kann dieser Rahmen durchaus für den Verkäufer wertvoll sein.



Analog § 254 Abs. 2 BGB muss der Ersatzberechtigte grundsätzlich so weit wie möglich von den Früchten seiner Aufwendung Gebrauch machen. Hat die Sache hingegen für den Geschädigten einen Wert, liegen schon tatbestandlich (jedenfalls teilweise) keine "vergeblichen" Aufwendungen vor, dies entspricht dem Gedanken der Vorteilsausgleichung. Im Übrigen wird man analog § 255 BGB einen Herausgabeanspruch des Ersatzpflichtigen bejahen müssen.

6. Kapitel: Unter welchen Umständen darf der Schuldner die Leistung verweigern?

Liebe Leserin, lieber Leser,

während das vorherige Kapitel Regelungen behandelte, aufgrund derer ein Anspruch objektiv für jedermann untergeht und die man daher als "rechtsvernichtende Einreden" unter der Überschrift "Anspruch untergegangen" prüft, gibt es auch Fälle, in denen der Schuldner nach seiner Wahl die Leistung (dauerhaft oder vorübergehend) verweigern darf. Diese prüfen Sie in der Klausur unter "Anspruch durchsetzbar".

A. Was sind Einreden?

Man unterscheidet dauerhafte ("peremptorische") und bloß vorübergehende ("dilatorische") Leistungsverweigerungsrechte:

- Die dauerhaften Leistungsverweigerungsrechte ähneln den Untergangstatbeständen, die wir uns bereits angesehen haben. Der Unterschied ist rein konstruktiv: Bei einer peremptorischen Einrede besteht der Anspruch rechtlich fort, er kann nur faktisch nicht durchgesetzt werden.



Peremptorische Einreden sind die Verjährung (§ 214 BGB), die ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers (§ 821 BGB) und die Arglist des Gläubigers (§ 853 BGB). Daneben gibt es die Möglichkeit, bei Eintritt der Volljährigkeit (§ 1629a BGB) und im Erbfall (§ 1973 BGB, § 1975 BGB, § 1990 BGB) die Haftung auf einen Teil des Gesamtvermögens zu beschränken. Schließlich darf die Erfüllung einer in einem Testament oder Erbvertrag begründeten Verpflichtung verweigert werden, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechtbar ist (§ 2083 BGB).

- Dieses Problem stellt sich bei bloß vorübergehenden Leistungsverweigerungsrechten nicht. Sobald hier der maßgebliche Umstand erlischt, muss die Leistung wieder erfolgen.



Dilatorische Einreden sind vor allem die Zurückbehaltungsrechte aus § 273 BGB, § 320 BGB und § 348 BGB. Ebenso gehören in diesen Zusammenhang die Einreden aus § 770 BGB, § 771 BGB und § 129 HGB.

Diese Unterscheidung erlangt Bedeutung im Bereicherungsrecht (§ 813 Abs. 1 S. 1 BGB).

B. Was bewirkt die Verjährung (§ 214 BGB)?

Nach § 214 Abs. 1 BGB *berechtigt* die Verjährung den Schuldner, *die Leistung zu verweigern*.

Dabei wird schon deutlich, dass der Schuldner seine Verweigerung irgendwie zum Ausdruck bringen muss - ein Gericht prüft die Verjährung also nicht von Amts wegen, sondern nur, wenn sich eine Partei darauf stützt. Das Wort "Verjährung" muss dabei freilich nicht benutzt werden, es genügt, wenn man dies durch Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) erkennt. Leistet der Schuldner trotz Verjährung, so kann er das Geleistete auch im Falle der Unkenntnis nicht zurückfordern, § 214 Abs. 2 S. 1 BGB.

Nur **Ansprüche** im Sinne von § 194 BGB können verjähren. Für Gestaltungsrechte (z.B. der Rücktritt, § 346 BGB oder die Anfechtung, § 142 BGB) gibt es im Regelfall **Ausschlussfristen** (siehe § 121 BGB, § 124 BGB, § 218 BGB).



Der **wesentliche Unterschied** ist, dass man sich auf eine **Ausschlussfrist** nicht berufen muss!

In der Klausur müssen Sie die Verjährung (sofern im Sachverhalt die entsprechende Einrede erhoben wurde) in drei Schritten prüfen:

1. Wann begann die Verjährung?
2. Wie lange dauert die Verjährungsfrist?
3. Wurde die Verjährung ggf. durch Hemmung, Ablaufhemmung oder Neubeginn hinausgeschoben?



I. Wann beginnt die Verjährung (§ 199 BGB, § 200 BGB)?

Für den Beginn der Verjährung müssen Sie zunächst feststellen, ob die regelmäßige Verjährung im Sinne von § 195 BGB eingreift oder eine andere, etwa nach § 196 BGB (für Grundstücke) oder nach § 197 BGB (für Herausgabeansprüche, rechtskräftig festgestellte Ansprüche etc.):

- Für die **regelmäßige Verjährung** im Sinne des § 195 BGB richtet sich der Beginn der Verjährung nach § 199 Abs. 1 BGB:
 - Danach muss der Anspruch zunächst "**entstanden**" sein. Dies bedeutet grundsätzlich, dass der Anspruch bereits fällig (d.h. gerichtlich erzwingbar) sein muss. Ausnahmsweise genügt aber bei Schadensersatzfällen für das Entstehen die Möglichkeit, eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) in Bezug auf den Ersatz zu erwartender bzw. noch nicht bezifferbarer Schäden zu erheben. Denn bereits in diesem Moment hat es der Gläubiger in der Hand, die Verjährung zu hemmen (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB: *Klage ... auf Feststellung des Anspruchs*)
 - Zudem muss der Gläubiger **Kenntnis** von dessen Bestehen und vom Anspruchsgegner haben oder ihm darf zumindest allein aufgrund **grober Fahrlässigkeit** diese Kenntnis fehlen.
 - Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist dabei stets das Jahresende maßgeblich - fallen Entstehung und Kenntnis also auf den 1. Januar, verlängert sich die Frist faktisch um ein Jahr.
 - Während die Kenntnis bei vertraglichen Hauptleistungsansprüchen (Kaufpreiszahlung, Übergabe und Übereignung der Kaufsache, etc.) in der Regel unproblematisch mit der Entstehung des Anspruchs zusammenfällt, kann die Kenntnis bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen (aus §§ 812 ff. BGB) oder im Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) durchaus er-

heblich hinausgezögert sein. Daher regeln § 199 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 4 BGB **Höchstfristen** für die Verjährung.



Ein typischer Fehler ist es, z.B. § 199 Abs. 4 als absolute Frist zu lesen - das ist **grob falsch!** Sobald Kenntnis vorliegt, beträgt die Verjährung nur noch 3 Jahre zum Jahresende - sie verlängert sich nicht etwa auf zehn Jahre.



V hat seit dem 01.02.2015 gegenüber K einen Zahlungsanspruch über 100 €. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt daher nach § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 31.12.2015.

- Für **andere Verjährungsfristen** ist nach § 200 BGB grundsätzlich allein die Entstehung des Anspruchs maßgeblich. Es kommt also nicht auf die Kenntnis an.

II. Wie lange dauert die Verjährungsfrist (§§ 195 ff. BGB)?

Der allgemeine Teil des BGB unterscheidet drei verschiedene Verjährungsfristen:

- Gem. § 195 BGB beträgt die **regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre**. Sofern Sie keine Sonderregelung in § 196 BGB, § 197 BGB oder im Zusammenhang mit der jeweiligen Anspruchsgrundlage finden, müssen Sie auf diese "Regelverjährung" zurückgreifen.
- Eine **zehnjährige Verjährungsfrist** gilt für Ansprüche auf Verfügungen über Grundstücke und die jeweiligen Gegenleistungen nach § 196 BGB.
- Schließlich sieht § 197 BGB für besonders wichtige Ansprüche eine **dreißigjährige Verjährungsfrist** vor. Dazu gehören etwa Herausgabeansprüche aus Eigentum (§ 985 BGB), Ansprüche aus vorsätzlicher Verletzung hochrangiger Rechtsgüter (§§ 823 ff. BGB) und Ansprüche, die durch ein Urteil oder einen anderen vollstreckbaren Titel festgestellt sind.



Große Klausurbedeutung haben die **besonderen Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche** in § 438 BGB (Verjährung von Mängelansprüchen im Kaufrecht), § 548 BGB (Verjährung der Ersatzansprüche im Mietrecht) und § 634a BGB (Verjährung von Mängelansprüchen im Werkvertragsrecht).

Das Ende der Verjährungsfrist berechnet sich nach den allgemeinen Regeln zur Fristberechnung nach §§ 187 ff. BGB.



Der Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB verjährt nach drei Jahren (§ 195 BGB) zum Jahresende (§ 199 Abs. 1 BGB), sodass sich der Käufer gem. § 214 Abs. 1 BGB iVm §§ 187 ff. BGB zum 1.1. drei Jahre später hierauf berufen und daher seine Leistung verweigern darf.

III. Wie wirkt die Hemmung (§ 209 BGB)?

Die Hemmung der Verjährung ist in den §§ 203 ff. BGB geregelt. Die Hemmung beendet eine Verjährungsfrist nicht, sondern unterbricht sie oder verzögert ihren Beginn, § 209 BGB.

Eine Frist würde noch zwei Tage laufen. Tritt die Hemmung ein, werden die restlichen zwei Tage erst nach Ablauf der Hemmung wieder berücksichtigt. Würde die Frist also am 03.03.2015 ablaufen und tritt eine Hemmung von sieben Tagen ein, so verschiebt sich das ursprüngliche Fristende um sieben Tage auf den 10.03.2015.



Bei der Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen nach § 203 BGB ist § 203 S. 2 BGB zu beachten, wonach die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt. Tritt in einer Klausur der Fall der Rechtsverfolgung auf, so ist auf § 204 BGB abzustellen.

Nach § 212 BGB kann die Verjährung auch in bestimmten Fällen erneut beginnen. Dies ist kein Fall der Hemmung!

C. Was ist ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB, § 320 BGB)?

Ein Zurückbehaltungsrechte kann sich aus verschiedenen Konstellationen ergeben:

- § 273 Abs. 1 BGB regelt das "allgemeine Zurückbehaltungsrecht", das für alle Schuldverhältnisse gilt. Es setzt voraus, dass aus einem einheitlichen Lebensverhältnis beide Parteien sich gegenseitig fällige Leistungen schulden.
- § 273 Abs. 2 BGB regelt ein besonderes Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf Herausgabeansprüche.
- § 320 Abs. 1 BGB regelt demgegenüber ein besonderes Zurückbehaltungsrecht für die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten aus einem gegenseitigen Vertrag.
- Weitere wichtige Zurückbehaltungsrechte gewährt § 348 BGB für die Rückgewährpflichten nach Rücktritt und § 1000 S. 1 BGB für den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB (bzw. aus § 1007 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB).

Nach § 274 Abs. 1 BGB (bzw. § 322 Abs. 1 BGB für gegenseitige Verträge) führt die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts dazu, dass der Schuldner nur zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung verpflichtet ist ("Zug um Zug"). In der Praxis muss er die andere Vertragspartei in Annahmeverzug versetzen, um gegen sie die Zwangsvollstreckung zu betreiben (§ 274 Abs. 2 BGB bzw. § 322 Abs. 3 BGB). Alternativ kann der Gerichtsvollzieher nach § 756 Abs. 2 ZPO die Leistung anbieten. Möglich ist nach § 273 Abs. 3 BGB zudem, dass der Gläubiger Sicherheit leistet - auch dann ist das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen.

Solange ein Zurückbehaltungsrecht berechtigterweise geltend gemacht wird, kann der Schuldner nicht in Verzug gelangen (§ 286 BGB) und ist damit nicht zum Ersatz des Verzögerungsschadens (§ 280 Abs. 2 BGB) verpflichtet; mangels durchsetzbarem Anspruch scheidet auch Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung nach Fristsetzung (§ 280 Abs. 3 BGB iVm § 281 Abs. 1 S. 1 BGB) aus.



I. Was setzt § 273 Abs. 1 BGB voraus?

Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB hat **sechs Voraussetzungen**:



1. **Gegenseitigkeit:** Der Schuldner muss einen Anspruch gegen den Gläubiger haben und umgekehrt der Gläubiger einen Anspruch gegen den Schuldner (wie bei der Aufrechnung). Unschädlich ist, dass auf einer Seite mehrere Personen berechtigt sind.
2. **Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Gegenanspruchs:** Der Anspruch des Schuldners muss (ebenfalls wie bei der Aufrechnung) durchsetzbar und fällig sein. Ohne Bedeutung für diese Voraussetzung ist selbstverständlich das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers aus § 273 BGB, da die Regelung sonst ins Leere laufen würde. Ähnlich wie bei der Aufrechnung ist zudem die Verjährung unbeachtlich, wenn die Ansprüche sich zumindest für eine juristische Sekunde unverjährt gegenüberstanden (§ 215 BGB). Für den Gegenanspruch des Gläubigers gibt es keine Voraussetzungen.
3. **Keine Gleichartigkeit:** Die Ansprüche dürfen nicht gleichartig sein, da sonst die Aufrechnung vorrangig ist (§ 387 BGB).
4. **Kein Fall von § 320 Abs. 1 BGB:** Die Ansprüche dürfen nicht die Hauptleistungspflichten aus einem einheitlichen gegenseitigen Vertrag sein, da insoweit § 320 Abs. 1 BGB die vorrangige Spezialregelung darstellt.
5. **Selbes rechtliches Verhältnis:** Die Ansprüche müssen auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Damit ist nicht etwa das selbe Rechtsgeschäft gemeint, sondern es genügt ein wirtschaftlicher oder inhaltlicher Zusammenhang. Das ist etwa bei einer ständigen Geschäftsbeziehung der Fall.
6. **Kein Ausschluss:** Das Zurückbehaltungsrecht darf nicht durch Vereinbarung oder Gesetz ausgeschlossen sein. Ein Ausschluss besteht für die Rückgabe von Vollmachtsurkunden (§ 175 BGB) und die Rückgabe der Mietsache (§ 570 BGB). Zudem findet u.a. § 393 BGB analoge Anwendung auf das Zurückbehaltungsrecht. Ein Ausschluss durch AGB ist nach § 309 Nr. 2b BGB nicht möglich.

II. Was ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB)?

Das besondere Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB hat **vier Voraussetzungen**:



1. **Pflicht im Gegenseitigkeitsverhältnis:** § 320 BGB umfasst (anders als § 273 BGB) nur die im Gegenseitigkeitsverhältnis ("Synallagma") stehenden Hauptleistungspflichten. Das sind die Pflichten, die in einem Austauschverhältnis stehen - die Leistung der einen Partei wird nur erbracht, damit die andere Partei ebenfalls ihre Leistung erbringt ("*Ich gebe, damit Du gibst*" - "*do ut des*"). § 320 Abs. 1 BGB erfasst auch Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB), da dieser an die Stelle der Hauptleistungspflicht tritt.

2. Wie beim Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB muss der Anspruch des Schuldners **wirksam und fällig** sein; die Verjährung ist nach § 215 BGB insoweit ebenso unschädlich wie das eigene Zurückbehaltungsrecht des anderen Vertragspartners.
3. Es darf **keine Vorleistungspflicht** des Schuldners bestehen (ansonsten greift allenfalls § 321 BGB).
4. Darüber hinaus bedarf § 320 BGB einer teleologischen Reduktion: Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht, soweit der Schuldner die Leistung ohne Grund verweigert oder sich im Verzug befindet ("**Vertragstreue**").

Solange die Voraussetzungen des § 320 BGB vorliegen, besteht **keine Pflicht des Schuldners zur (Vor-)Leistung**, anders als bei § 273 BGB sogar dann, wenn der Vertragspartner Sicherheit leistet (§ 320 Abs. 1 S. 3 BGB). Der Schuldner wird daher nur zur Leistung Zug-um-Zug verurteilt (§ 322 BGB). Das bedeutet, dass kein Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB) eintritt und auch keine Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichtleistung aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 Abs. 1 S. 1 BGB geltend gemacht werden können. Andererseits handelt es sich auch bei § 320 Abs. 1 BGB um eine Einrede - beruft sich der Schuldner also nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht, wird er zur uneingeschränkten Leistung verurteilt.

III. Was ist die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB)?

Wenn eine Partei **vorleisten** muss, steht ihr kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB zu. Dies ist eine logische Folge der Privatautonomie: Selbstverständlich darf eine Partei erklären, dass sie freiwillig vor der anderen ihre Leistung erbringt. Dann wäre es aber widersprüchlich, die Leistung zu verweigern, bis der andere seinerseits seine Pflicht erfüllt.

Ausnahmsweise kann dieses Ergebnis aber unbillig sein. Stellt sich erst nach Abschluss des Vertrages heraus, dass sich die Vermögensverhältnisse des Vertragspartners verschlechtern, droht die bei Vereinbarung der Vorleistungspflicht nicht vorhergesehene Gefahr, dass die **Gegenleistung ausbleibt**.

Um das Vertrauen des Schuldners in die Liquidität des Vertragspartners zu schützen, gewährleistet ihm § 321 Abs. 1 BGB trotz der Vorleistungspflicht ein § 320 Abs. 1 BGB vergleichbares **Zurückbehaltungsrecht**. Der andere Teil kann das Risiko durch eine Sicherheitsleistung ausschließen, dann lebt die Vorleistungspflicht wieder auf.

§ 321 Abs. 1 BGB begründet die Gefahr eines langwierigen Schwebbezustands. Dieses Problem löst § 321 Abs. 2 BGB, indem die Norm ein **besonderes Rücktrittsrecht** schafft. Der Schuldner kann dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Erbringung der Leistung oder zur Sicherheitsleistung setzen. Läuft diese Frist erfolglos ab, kann der Schuldner entsprechend § 323 BGB zurücktreten (vgl. § 321 Abs. 2 S. 3 BGB). Der Verweis erstreckt sich u.a. auf § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB, sodass der Schuldner den Rücktritt sofort und ohne Fristsetzung erklären kann, wenn der Gläubiger die Erfüllung der ihm obliegenden Gegenleistung ernsthaft und endgültig verweigert.

Hat der Schuldner die Vorleistung bereits erbracht, kann er nicht mehr nach § 321 Abs. 2 S. 3 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB zurücktreten, sondern nur noch nach § 323 Abs. 1 BGB in unmittelbarer Anwendung.



IV. Welche besonderen Zurückbehaltungsrechte sollte man kennen?

Neben § 273 Abs. 1 BGB gibt es einige weitere wichtige Zurückbehaltungsrechte:

- **§ 273 Abs. 2 BGB** erlaubt es, einen Gegenstand (eine Sache oder ein Recht und sogar unberechtigte Positionen wie etwa eine fehlerhafte Grundbucheintragung) zurückzubehalten, solange ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen oder von Schäden hinsichtlich dieses Gegenstands besteht. Bedeutung hat die Vorschrift vor allem, weil anders als in § 273 Abs. 1 BGB die Konnexität nicht geprüft werden muss. Es genügt nach der Wertung des Gesetzes, dass beide Ansprüche die selbe Sache betreffen. Ausgeschlossen ist das Zurückbehaltungsrecht, wenn der Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt wurde (§ 273 Abs. 2 a.E. BGB) - z.B. soll der Dieb die gestohlene Sache sofort zurückgeben, selbst wenn er ausnahmsweise Ersatz von Verwendungen verlangen kann. Neben § 273 Abs. 2 BGB finden die Zurückbehaltungsrechte aus § 273 Abs. 1 BGB, § 1000 S. 1 BGB und § 2022 BGB Anwendung.
- Ebenfalls auf Herausgabeansprüche bezieht sich **§ 1000 S. 1 BGB**. Diese Norm setzt eine Vindikationslage voraus: Jemand muss ohne Recht zum Besitz (§ 986 BGB) die Sache eines Dritteigentümers besitzen (§ 985 BGB). Dann kann der Besitzer vor der Herausgabe nach §§ 994 ff. BGB Verwendungen auf die Sache ersetzt verlangen. Anders als nach § 273 Abs. 2 BGB setzt § 1000 S. 1 BGB nicht voraus, dass der Verwendungsersatzanspruch bereits fällig ist. Der Grund dafür ist, dass die Fälligkeit von der Genehmigung durch den Eigentümer abhängt (§ 1001 S. 1 BGB) - und so das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 2 BGB zumeist ins Leere laufen würde.
- Besondere Rechtsfolgen sehen die **§§ 369 ff. HGB** vor, wenn es um fällige Forderungen aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft geht: Dann kann die Herausgabe von Waren oder Wertpapieren verweigert werden, die durch das beiderseitige Handelsgeschäft in den Besitz des Gläubigers gelangt sind. Neben der bloßen Zurückbehaltung gibt es in diesen Fällen ein weitergehendes Recht auf Befriedigung aus den Waren oder Wertpapieren (§ 371 HGB). Auch dieses Zurückbehaltungsrecht ist jedoch dispositiv (§ 369 Abs. 3 HGB).

D. Welche weiteren wichtigen Leistungsverweigerungsrechte gibt es?

Neben der Verjährung und den Zurückbehaltungsrechten gibt es einige weitere Leistungsverweigerungsrechte, die Sie unter der Überschrift "Anspruch durchsetzbar" prüfen können. Allerdings haben diese nur geringe Klausurrelevanz und sollten wirklich nur dann angesprochen werden, wenn es dafür konkrete Anhaltspunkte gibt:

- § 853 BGB schafft ein Verweigerungsrecht für den Fall, dass ein Anspruch nur durch eine **unerlaubte Handlung** gegen den Verletzten erlangt wurde (insb. durch Betrug). Grundsätzlich besteht in diesen Fällen ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB auf Rückgängigmachung der Forderung - dieser kann jedoch schon verjährt sein (§ 214 BGB iVm § 195 BGB, § 199 BGB). § 853 BGB verhindert, dass der rechtswidrig erlangte Anspruch (der ggf. später verliert) durchgesetzt werden kann. Wenn der Schuldner aber trotzdem zahlt, kann er seine Leistung nicht mehr zurückfordern.
- Sehr ähnlich ist die **Einrede der Bereicherung (§ 821 BGB)**: Danach kann jemand, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, die Leistung verweigern. Grundsätzlich kann man derartige Verbindlichkeiten nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zurückfordern (d.h. deren Aufhebung verlangen) - Bedeutung erlangt das Leistungsverweigerungsrecht daher nur, wenn der Rückgewähranspruch verjährt ist. Zahlt der Schuldner, statt sich auf die Einrede zu berufen, kann er das Geleistete nicht zurückfordern.

- Eng verwandt ist insoweit auch § 438 Abs. 4 S. 2 BGB, der die Verjährung von **Gewährleistungsansprüchen** betrifft: Auch wenn der Käufer wegen Verjährung seines Nacherfüllungsanspruchs (§ 434 Nr. 1 BGB iVm § 439 Abs. 1 BGB) verjährt und deshalb nach § 218 Abs. 1 BGB auch der Rücktritt (§ 434 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist, darf er (soweit er noch nicht gezahlt hat) die Kaufpreiszahlung verweigern. Auch hier gilt aber: Wer schon gezahlt hat, kann nichts mehr zurückverlangen.
- Weitere Leistungsverweigerungsrechte folgen aus dem **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB). Diese schauen wir uns auf der nächsten Seite näher an.
- Ebenso begründen § 770 BGB und § 771 BGB besondere Leistungsverweigerungsrechte für **Bürgen**; auch diese schauen wir uns auf der übernächsten Seite näher an.
- Schließlich begründen § 129 Abs. 2 und Abs. 3 HGB besondere Leistungsverweigerungsrechte für die **Gesellschafter** einer offenen Handelsgesellschaft (§ 105 HGB), einer Kommanditgesellschaft (§ 161 BGB) oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB). Diese Leistungsverweigerungsrechte sind jedoch klassischerweise Stoff des Gesellschaftsrechts.

I. Welche besonderen Verweigerungsrechte folgen aus § 242 BGB?

Über die gesetzlich besonders geregelten Leistungsverweigerungsrechte hinaus kann die Durchsetzung eines Anspruchs im Einzelfall gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen. Obwohl dies nur die Durchsetzung des Anspruchs hindert, soll es sich nach h.M. nicht um eine "Einrede" handeln, sondern um eine "Einwendung", die vom Gericht von Amts wegen, d.h. auch ohne Erklärung und sogar ohne Kenntnis des Schuldners, berücksichtigt wird.

- Ein offensichtlicher Fall ist die sog. "**dolo agit**"-Einrede: Generell ist ein Hin- und Herreichen oder -zahlen unsinnig und dient allein der Schikane des Schuldners. Daher ist es rechtsmissbräuchlich, etwas herauszuverlangen, das sofort zurückzugeben ist ("dolo agit, qui petit, quod statim rediturus est").
- § 242 BGB umfasst zudem den **Rechtsmissbrauch im engeren Sinne** und den **Vertragsbruch**: Gibt es eine schuldrechtliche Pflicht gegenüber einem Dritten, das Recht nicht auszuüben, oder wird das Recht entgegen der vom Gesetz vorgesehenen Zweckrichtung ausgeübt, muss der Schuldner den Anspruch nicht erfüllen. Ein besonderer Fall ist das Schikaneverbot (§ 226 BGB).
- Unter § 242 BGB fällt zudem der **Einwand unredlichen Rechtserwerbs**: Wer ein Recht nur durch Verstoß gegen vertragliche oder gesetzliche Pflichten oder gegen die Verkehrssitte erworben hat, darf es nicht geltend machen.
- Eine andere wichtige Fallgruppe ist die Einrede widersprüchlichen Verhaltens ("**venire contra factum proprium**"): Wer einmal einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, muss sich an diesem festhalten lassen und darf keine Ansprüche geltend machen, die damit nicht in Einklang stehen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass auf die Geltendmachung verzichtet wurde.
- Schließlich gehört in diesen Zusammenhang (als Untergruppe des widersprüchlichen Verhaltens) die peremptorische Einrede der **Verwirkung**. Diese verlangt anders als die Verjährung aber nicht nur den Ablauf einer gewissen Zeit ("Zeitmoment"), sondern zusätzlich ein sog. "Umstandsmoment" - also ein über den bloßen Zeitablauf hinausgehender, vertrauensbe gründender Tatbestand.

II. Welche besonderen Zurückbehaltungsrechte hat der Bürge?

Ein Bürge haftet akzessorisch für die Schuld eines anderen (sog. Hauptschuldner, vgl. § 765 Abs. 1 BGB). Da er jedoch nicht selbst Schuldner ist, kann er keine Gestaltungsrechte wie Aufrechnung oder Anfechtung ausüben. Aus diesem Grund gewährt ihm § 770 BGB zwei besondere (dilatorische) Einreden:

- Die "**Einrede der Anfechtbarkeit**" (§ 770 Abs. 1 BGB) besteht, solange der Hauptschuldner seine Pflicht durch Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB vernichten kann. Läuft die Anfechtungsfrist ab (§ 122 BGB, § 124 BGB) oder bestätigt der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft (§ 144 BGB), erlischt die Einrede.
- Die "**Einrede der Aufrechenbarkeit**" (§ 770 Abs. 2 BGB) haben wir bereits im Zusammenhang mit der Aufrechnung diskutiert. Voraussetzung ist, (1) dass der Hauptschuldner seine Pflicht durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen kann und (2) diese Möglichkeit bislang noch nicht genutzt hat. Auch diese Einrede erlischt, wenn die Aufrechnungslage nicht mehr besteht.



Der Bürge kann selbst weder die Aufrechnung (§ 388 BGB) noch die Anfechtung (§ 143 BGB) für den Hauptschuldner erklären. Er kann sich nur auf die Einrede berufen, solange der Hauptschuldner die Gestaltungsrechte ausüben kann.

Grundsätzlich soll nach § 771 S. 1 BGB der Bürge subsidiär haften - der Gläubiger soll sich vorrangig an den Gläubiger halten (das BGB nennt dies die dilatorische "**Einrede der Vorausklage**"). Diese ist aber verzichtbar - vor allem durch eine sog. "selbstschuldnerische Bürgschaft" (§ 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Im Handelsrecht ist diese Einrede sogar ganz ausgeschlossen (§ 349 S. 1 HGB).