

A.) Allgemeine Anmerkungen zur Falllösung

I.) Fallfrage

Ausgangspunkt ihrer Prüfung ist die Fallfrage bzw. der Bearbeitervermerk. Danach richtet sich Ihr „Prüfungsprogramm“. Bevor Sie beginnen, irgendwelche rechtlichen Überlegungen anzustellen, müssen Sie sich darüber Klarheit verschaffen, *was* Sie zu prüfen haben. Tun Sie dies *sehr gewissenhaft*, denn wenn Sie an der Fallfrage „vorbeischreiben“, werden Ihnen auch die brilliantesten Rechtsausführungen nicht mehr zu einer guten Note verhelfen.

Häufige Fallfragen:

1.) „Prüfungsprogramm“ konkret vorgegeben:

z.B. : Kann A von B Herausgabe der Vase verlangen ?

Hat X gegen Y einen Anspruch auf Übereignung des Autos ?

Bei derartigen Fallfragen sind sowohl die zu prüfenden Personenverhältnisse als auch das Anspruchsziel vorgegeben. Sie müssen nun nach Anspruchsgrundlagen suchen, die die konkret erfragte Rechtsfolge ergeben.

Wichtig: Hüten Sie sich in diesem Falle davor, Personenverhältnisse oder Anspruchsziele zu prüfen, nach denen nicht gefragt ist, auch wenn Sie dazu „etwas wissen“. Damit gewinnen Sie in der Klausur keinen einzigen Punkt und verschenken wertvolle Zeit.

Beachten Sie aber: Dass Sie nur Ansprüche in einem bestimmten Personenverhältnis zu prüfen haben, heisst nicht, dass Sie alle anderen Personenverhältnisse von vornherein aus Ihren rechtlichen Überlegungen ausblenden könnten. Es kann sein, dass Ansprüche, die in anderen Personenverhältnissen bestehen, sich auf diejenigen in dem von Ihnen zu prüfenden Verhältnis *auswirken*.

Beispiel: Schadensersatzanspruch, der vom Bestehen eines Herausgabeanspruches aus § 985 BGB abhängt: A verkauft und übereignet B eine Sache, die er zuvor von C gestohlen hat. Klausurfrage: welche Ansprüche hat B gegen A ? Der in Betracht kommende Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 283 BGB setzt voraus, dass B einen Schaden erlitten hat. Dies ist der Fall, wenn er dem C zu Herausgabe der Sache verpflichtet ist. Hier ist nun innerhalb des Schadensersatzanspruches des B gegen den A der Herausgabeanspruch des C gegen B zu erörtern. Wegen § 935 BGB (lesen !) besteht dieser. Ein Schaden des B liegt mithin vor.

2.) halboffene Fallfragen

Bsp: Was kann B von G verlangen ?

Hier ist das Personenverhältnis, das Sie zu prüfen haben, vorgegeben, nicht jedoch das konkrete Anspruchsziel. Deshalb müssen Sie zunächst (gedanklich) klären, was der Anspruchsteller wirklich *will*. Dafür ist es wichtig, den Sachverhalt aufmerksam zu lesen. Häufig wird er erkennen lassen, welches Ziel der Anspruchsteller verfolgt. Der „nette“ Klausurersteller baut hier Hinweise ein (etwa: „A findet das Verhalten des B unerhört und meint, gegen so jemanden müsse er doch Schadensersatzansprüche haben“ o.ä.). Abgesehen davon ist es wichtig, sich die *wirtschaftlichen Interessen* der Beteiligten klar zu machen.

Bsp: Wenn A das Auto des B ausleiht, und damit einen Unfall mit Totalschaden verursacht, wäre es sinnlos, zu prüfen, ob B möglicherweise gegen A einen Anspruch auf Herausgabe der übrig gebliebenen Schrottteile hat. Dem wirtschaftlichen Interesse des B entspricht das Anspruchsziel Schadensersatz.

Denkbar ist selbstverständlich auch der umgekehrte Fall, in dem zwar das Anspruchsziel nach der Fragestellung klar ist, nicht jedoch, gegen welche Person der Anspruchsteller dieses durchsetzen kann.

Beispiel: A will wissen, ob und von wem er Schadensersatz für eine Verletzung verlangen kann.

3) offene Fallfragen:

wichtiges (und in Klausuren häufig vorkommendes) Beispiel:

Wie ist die Rechtslage ?

Hier ist durch die Fallfrage weder das zu prüfende Personenverhältnis vorgegeben, noch das Anspruchsziel.

Grundsätzlich gilt daher, dass Sie sämtliche in Betracht kommenden Personenverhältnisse (jedenfalls im Rahmen ihrer Vorüberlegungen gedanklich) zu prüfen haben (Merksatz: „jeder gegen jeden“) und zwar im Hinblick auf alle denkbaren Anspruchsziele.

Beachten Sie aber auch hier wieder: Die Fallfrage ist im Lichte des Sachverhaltes zu lesen. Insbesondere bezüglich der zu prüfenden Anspruchsziele sollten Sie daher auf Hinweise im Sachverhalt (vgl. Bsp. oben) und auf die Interessenlage der Beteiligten achten.

4) sonstige Fragestellungen: Den bisher besprochenen Fallfragen war gemeinsam, dass diese alle nach *Ansprüchen* fragen. In der Klausur ist dies auch die Regel. Denkbar ist aber auch, dass nur bestimmte Teilaspekte / Vorfragen / Einwendungen zu prüfen sind.

Bsp. : Ist die Kündigung wirksam ?

Kann A anfechten ?

Wer ist Eigentümer des Buches ?

Dann beschränken Sie Ihre Prüfung auf diesen konkreten Aspekt.

Wichtig: bei derartige Fallfragen wäre zwar Anspruchsaufbau verfehlt, denn es ist nach der Fallfrage keine Anspruchsbeziehung zwischen zwei Personen zu prüfen (sondern gleichsam nur eine „Vorfrage“). Ansonsten bauen Sie Ihr Gutachten aber auch hier genauso auf „wie immer“, d.h. sie suchen diejenigen Normen, die die konkrete Fallfrage beantworten, bilden auf deren Grundlage einen Obersatz und ermitteln dann durch Subsumtion, ob die Voraussetzungen der Normen vorliegen.

II.) Struktur und Ordnung in der Falllösung

1.) Unterteilung in Zweipersonenverhältnisse

1.) Insbesondere bei offenen Fallfragen , bei denen mehrere Personenverhältnisse und mehrere Anspruchsziele zu prüfen sind, müssen Sie den Fall zunächst (gedanklich) in *Zweipersonenverhältnisse* zergliedern und sich fragen, wer innerhalb dieser Verhältnisse etwas von wem verlangen kann (zudem weitere Aufgliederung nach der Anspruchsrichtung). *Halten Sie die verschiedenen Personenverhältnisse dann in ihrer Lösungsskizze und auch im Gutachten strikt auseinander.* Dies ist extrem wichtig, um gerade in Mehrpersonenverhältnissen nicht den Überblick zu verlieren und erleichtert darüber hinaus dem Korrektor die Arbeit.

2.) In diesem Zusammenhang stellt sich Ihnen in der Klausur die Frage, mit welchem Personenverhältnis Sie Ihre Prüfung sinnvollerweise beginnen. Soweit nicht im Einzelfall Aspekte der Logik für eine bestimmte Reihenfolge sprechen, lässt sich dafür abstrakt nur folgende Faustformel angeben: *Inzidentprüfungen (d.h. verschachtelte Prüfungen) vermeiden*

Wirken sich Rechtsfragen aus einem Rechtsverhältnis auf ein anderes aus, insbesondere weil dort ein Tatbestandsmerkmal eines Anspruches davon abhängt, so ist zunächst das vorgreifliche Rechtsverhältnis zu prüfen.

Beispiel: Wenn A von B für den Fall, dass er dem C auf Schadensersatz haftet, möglicherweise Regress nehmen kann, wäre es äußerst ungeschickt, das Gutachten mit der Prüfung des Regressanspruches des A gegen den B zu beginnen. Denn dann müssten Sie im Rahmen dieses Anspruches den Schadensersatzanspruch des C gegen A inzident prüfen. Das macht die Prüfung extrem verschachtelt und unübersichtlich und zeigt dem Korrektor, dass Sie keinen rechten Überblick über den Fall haben. Hier ist also zunächst der Schadensersatz des C gegen A und erst dann der mögliche Regress des A gegen B zu prüfen.

2.) Unterteilung in Anspruchsziele:

Sind mehrere Anspruchsziele zu prüfen (z.B. bezüglich des einen Gegenstandes Herausgabe, bezüglich eines anderen Schadensersatz), so ist Ihre Lösung weiter nach Anspruchszielen zu untergliedern. Sie prüfen also beispielsweise unter dem Gliederungspunkt „Herausgabeansprüche“ zunächst sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, die in ihrer Rechtsfolge auf Herausgabe gehen. Wenn Sie diese abgehandelt haben , prüfen Sie in einem nächsten Schritt das nächste Anspruchsziel, etwa die in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche. Häufig ist auch *innerhalb eines Anspruchszieles*, (z.B. Schadensersatzanspruch) zwischen verschiedenen Posten zu unterscheiden. Handelt es sich um völlig getrennte Gegenstände (z.B. Schadensersatz für die Zerstörung einer Vase und die Verletzung des Hand) ist auch deren getrennte Prüfung grundsätzlich empfehlenswert. Bei mehreren Schadensersatzposten, die in Bezug zueinander stehen, (z.B. mehrere Mängel einer gekauften Sache) ist dagegen eine einheitliche Behandlung vorzugswürdig.

Merke: Wenn Sie also in einem Fall mehrere Personenverhältnisse und mehrere in Betracht kommende Anspruchsziele zu prüfen haben, dann bilden Sie zunächst die Zweipersonenverhältnisse, in denen Ansprüche in Betracht kommen, und untergliedern dann innerhalb dieser Verhältnisse weiter nach Anspruchszielen und sodann innerhalb dieser gegebenenfalls nach einzelnen Posten / Gegenständen.

3.) Durchprüfen aller (ernsthaft) in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen

Innerhalb des jeweiligen Anspruchszieles prüfen Sie sodann sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen durch, die ihrer Rechtsfolge nach zum angestrebten Ziel führen.

Wichtig: *Dies gilt auch, wenn bereits die Prüfung der ersten Anspruchsgrundlage zum Erfolg führt.*

Die Annäherung an die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage erfolgt dabei immer über die Rechtsfolgenseite. Bsp.: ist nach Schadensersatz gefragt (Anspruchsziel), müssen Sie gedanklich zunächst alle Ansprüche sammeln, die in ihrer Rechtsfolge auf Schadensersatz gehen (vgl. zu den wichtigsten Ansprüchen die nachfolgende Übersicht).

Merke also: *von der Rechtsfolge her denken !*

Erst in einem zweiten Schritt erfolgt dann die Subsumtion, also die Prüfung, ob in concreto die Tatbestandsvoraussetzungen der in Betracht kommenden Norm auch wirklich vorliegen. Bevor Sie aber insoweit in eine vertiefte Prüfung der einzelnen Anspruchsgrundlagen einsteigen, scheiden Sie (gedanklich) bereits all diejenigen Anspruchsgrundlagen aus, die im Fall *offensichtlich* nicht in Betracht kommen. Mit der Zeit werden Sie dies ganz automatisch tun.

Dabei gehen Sie grundsätzlich (jedenfalls gedanklich) stets in **drei Schritten** vor:

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1.) Anspruch entstanden ?2.) Anspruch untergegangen / erloschen ?3.) Anspruch durchsetzbar / einredebehaftet ? |
|---|

4.) Prüfungsreihenfolge bezüglich der zum Anspruchsziel führenden Anspruchsgrundlagen
Häufig werden mehrere Anspruchsgrundlagen zum begehrten Anspruchsziel führen. Dann stellt sich Ihnen die Frage, in welcher Reihenfolge diese zu prüfen sind.

Dabei hat sich folgendes **Prüfungsschema** eingebürgert (**auswendig lernen!**):

- 1) vertragliche Ansprüche**
 - a) eigener Vertrag**
 - b) fremder Vertrag**
 - aa) (echter) Vertrag zugunsten Dritter**
 - bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (bei Anspruchsziel Schadensersatz)**
- 2) quasivertragliche Ansprüche (cic = §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB)**
- 3) Geschäftsführung ohne Auftrag**
- 4) dingliche Ansprüche**
- 5) Delikt**
- 6) ungerechtfertigte Bereicherung**
(bezüglich Delikt / ungerechtfertigter Bereicherung Reihenfolge nicht zwingend)

Zu den Gründen dieser Prüfungsreihenfolge **lesen** Sie *Medicus*, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, 2002, Rdnrn. 8-12.

III) Überblick über die wichtigsten Anspruchsziele

- 1.) Erfüllung
- 2.) Herausgabe
- 3.) Schadensersatz
- 4.) Unterlassung / Beseitigung
- 5.) Grundbuchberichtigung
- 6.) Duldung der Zwangsvollstreckung

B) Prüfungsschemata zu den einzelnen Ansprüchen geordnet nach Anspruchszielen

I) Ansprüche auf Erfüllung eines Vertrages (= vertraglicher Primäranspruch)

z.B.:

- § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der gekauften Sache),
- § 433 Abs. 2 BGB (Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises) ,
- § 631 Abs. 1, 1. Halbsatz BGB (Anspruch des Bestellers auf Herstellung des versprochenen Werkes)
- § 631 Abs. 1, 2. Halbsatz BGB (Anspruch des Werkunternehmers auf Zahlung der versprochenen Vergütung).

→ dies sind die sogenannten vertraglichen Primäransprüche, die auf Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten gerichtet sind (Gegensatz: Sekundäransprüche, die bei Verletzung primärer Pflichten neben diese oder an deren Stelle treten)

→ das Bestehen des vertraglichen Primäranspruches prüfen Sie stets (jedenfalls gedanklich) in folgenden **drei Schritten**:

- 1.) Anspruch entstanden?
- 2.) Anspruch untergegangen/ erloschen ?
- 3.) Anspruch durchsetzbar ?

1.) Anspruchsentstehung

a) vertragliche Einigung

→ §§ 145 ff. BGB

→ inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen : Angebot („Antrag, §§ 145, 146) und Annahme , §§ 147 ff BGB.

Merke:

aa) allgemeines zum Tatbestand einer Willenserklärung:

Die Willenserklärung ist die private Willensäußerung, die auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Sie wird herkömmlich in einen äußeren und einen inneren Tatbestand unterteilt.

Zum äußeren Tatbestand genügt jede Äußerung, die einen *Rechtsbindungswillen* (*Rechtsfolgewillen*) erkennen lässt. Vom Empfängerhorizont eines objektiven Beobachters muss der Wille erkennbar sein, einen bestimmten verbindlichen Rechtserfolg herbeizuführen (ggf. Geltungsauslegung nach §§133, 157 BGB analog)

Der innere Tatbestand der Willenserklärung lässt sich weiter in drei Elemente aufgliedern:

1. *Handlungsbewusstsein*: Bewusstsein, überhaupt zu handeln. Konstitutiver Bestandteil einer jeden Willenserklärung, d.h. wenn das Handlungsbewusstsein fehlt, liegt keine Willenserklärung vor. Fehlt z.B. bei bloßen Reflexen oder bei Handlungen im Schlaf oder unter Hypnose. Praktisch nie ein Problem.

Unnötig ist das Handlungsbewusstsein nur da, wo das Gesetz die Rechtsfolgen einer Willenserklärung an das Schweigen anknüpft: Bsp. (nach Medicus, S. 83): Bei § 362 HGB wird auch der schlafende Kaufmann Vertragspartner.

2. *Erklärungsbewusstsein*: Bewusstsein, irgend etwas rechtlich Erhebliches zu erklären. Ob das Erklärungsbewusstsein konstitutiver Bestandteil einer Willenserklärung ist, ist *streitig*:

1. M (sog. Willentheorie): Das Erklärungsbewusstsein ist konstitutiver Bestandteil einer Willenserklärung. Fehlt es, liegt schon tatbestandlich keine Willenserklärung vor. Einer Anfechtung zum Zwecke der Lösung von der Erklärung bedarf es folglich nicht. Allerdings kann der „Erklärende“ analog § 122 BGB und bei verschulden darüber hinaus aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet sein.

h.M. (insbes. auch BGH): Lehre vom potentiellen Erklärungsbewusstsein: Das Erklärungsbewusstsein ist kein konstitutiver Bestandteil einer Willenserklärung. Es genügt vielmehr, wenn der Erklärende erkennen und vermeiden konnte, dass der Empfänger sein Verhalten als rechtlich erhebliche Erklärung verstehen werde. **(noch mal genaue Formulierung bei BGHZ 91, 324 nachl.)**.

Merke: Auch nach dieser Ansicht kommt jedoch mangels eines schutzwürdigen Vertrauenstatbestandes eine Zurechnung als Willenserklärung nicht in Betracht, wenn der Empfänger das Fehlen eines Erklärungsbewusstseins kannte (Arglist).

Bsp: A hält dem Popstar Michael J. während einer Autogrammstunde ein Papier hin, auf dem in Kleinstbuchstaben die Verpflichtung zum Kauf von 100 Waschmaschinen aufgedruckt ist. Michael J. unterschreibt in der Meinung, es handele sich um ein leeres Blatt, das ihm zwecks Abgabe eines Autogrammes gereicht werde.

Wichtigste Argumente der Ansichten:

-

Mindermeinung:

1. jede Willenserklärung setzt – wie schon der Name erkennen lässt – zweierlei voraus: einen rechtsgeschäftlichen Willen und seine Erklärung. Diese Komponenten stehen gleichwertig nebeneinander. Fehlt auch nur eine davon, liegt bereits begrifflich keine Willenserklärung vor.

2. Argumentum a fortiori aus § 118 BGB: § 118 BGB enthalte den einzigen gesetzlich geregelten Fall fehlenden Erklärungsbewusstseins, für den das Gesetz Nichtigkeit und nicht bloße Anfechtbarkeit als Rechtsfolge anordne. § 118 regle aber gewissermaßen eine Fall des „bewussten“ Fehlens des Erklärungsbewusstseins (der Erklärende weiß zwar, dass sein Verhalten möglicherweise als rechtsgeschäftliche Erklärung aufgefasst werden könnte, er rechnet aber damit, dass dies - aufgrund des seiner Ansicht nach erkennbaren Mangels an Ernstlichkeit – nicht geschehe) , dann müsse dies *erst recht* für die Fälle unbewussten Fehlens des Erklärungsbewusstseins (der Erklärende erkennt schon nicht, dass sein Verhalten überhaupt als auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet interpretiert werden könnte) gelten.

3. Bei der von der h.M. gebildeten Kategorie des potentiellen Erklärungsbewusstseins (...erkennen und vermeiden können...) handelt es sich in Wirklichkeit um einen *Verschuldensvorwurf*. Dieser kann im Rahmen von Sekundäransprüchen Bedeutung haben, er kann jedoch nicht den privatautonomen Willen im Rahmen einer Willenserklärung ersetzen und so zum Entstehen des Primäranspruches führen. Privatautonome rechtsgeschäftliche Gestaltung und Verschuldenshaftung sind zwei völlig unterschiedliche Kategorien, die die h.M. in unzulässiger Weise vermengt.

Argumente der h.M.:

1. Das Recht der Willenserklärung im BGB baut nicht nur auf der Privatautonomie, sondern auch auf dem Gedanken des Verkehrs – und Vertrauensschutzes auf, wie § 157 BGB und vor allem die §§ 119 ff. BGB zeigen. Danach ist der Erklärende (und zwar sogar der arglistig getäuschte und der bedrohte !!!) zunächst auch an solche Erklärungen gebunden, die er (so) nicht abgeben wollte und kann sich von ihnen nur durch Anfechtung mit der Folge des § 122 BGB (in den Fällen des § 119) lösen. Der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins lasse sich auch ohne weiteres durch eine Analogie zu § 119 Abs. 1 , 2.Alt. (str., a.A: 1.Alt.) BGB erfassen, denn auch derjenige, der gar keine rechtsverbindliche Erklärung habe abgeben wollen, habe natürlich auch eine Erklärung „dieses Inhaltes“ nicht abgeben wollen.

2. Das von der Mindermeinung vorgetragene argumentum a fortiori aus § 118 BGB berücksichtige die Interessenlage der Beteiligten nicht angemessen. Bei der nicht ernstlich gemeinten Erklärung im Falle des § 118 BGB habe der Erklärende die Nichtgeltung gewollt und solle daher nicht die Möglichkeit haben, im Nachhinein das Geschäft durch Unterlassen der Anfechtung gelten zu lassen. Habe sich der ohne Erklärungsbewusstsein Handelnde über das Geschäft zunächst keine Meinung gebildet. Er solle müsse daher – ebenso wie der Irrende – noch nachträglich über die Geltung seiner Willenserklärung entscheiden dürfen.

3. Gerechte Risikoverteilung: die Privatautonomie als die Möglichkeit der selbstbestimmten Gestaltung der eigenen Rechtsbeziehungen ist untrennbar verknüpft mit der Verantwortung für das eigene Verhalten und dafür, wie es vom Rechtsverkehr wahrgenommen wird. Den „Erklärenden“ und nicht den Erklärungsempfänger muss daher das „Erklärungsrisiko“ treffen.

Merke zum Erklärungsbewusstsein noch den Sonderfall des § 151 BGB:

Da der Gedanke des Vertrauensschutzes im Falle des § 151 BGB keine Rolle spielt, ist hier auch nach h.M. (insbes. BGH) potentielles Erklärungsbewusstsein nicht ausreichend, sondern es ist tatsächliches Erklärungsbewusstsein erforderlich (BGHZ 111,97 (101); ZIP 1999, 2058).

3. *Geschäftswille*: Wille des Erklärenden, durch sein Handeln, eine *bestimmte* Rechtsfolge herbeizuführen. Er ist unstreitig nicht konstitutiver Bestandteil einer Willenserklärung. Argument: sonst wären die §§ 119 ff. BGB überflüssig, die gerade Fälle fehlenden Geschäftswillens regeln und als Rechtsfolge Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit anordnen.

bb) Zu Angebot („Antrag“) und Annahme

aaa) Antrag:

(a) er ist abzugrenzen von der bloßen *invitatio ad offerendum* (unverbindliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes); Kriterium: *Rechtbindungswille*, zu ermitteln unter Heranziehung der §§ 133, 157 BGB.

Beispiele für bloße invitatio:

- Versandhauskatalog, Verkaufsannonce (Begründung: unter Umständen beschränkter Vorrat an Waren)
- Schaufensterauslagen; mit Preisen versehene Waren im Selbstbedienungsladen (Begründung: Käufer soll sich die Entscheidung bis zur Kasse überlegen können, Verkäufer soll unrichtige Preisauszeichnungen an der Kasse korrigieren können)

Der Rechtsbindungswille ist auch das maßgebliche Kriterium für die Abgrenzung von Vertrag und bloßem *Gefälligkeitsverhältnis*. Vgl. dazu Palandt / *Heinrichs*, Einl. Vor § 241 Rn. 9.

(b) *Inhaltliche Bestimmtheit des Antrages*: Faustformel: Der Antrag muss inhaltlich so bestimmt sein, dass er durch ein einfaches „ja“ angenommen werden kann. Dafür muss er die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Geschäftes („*essentialia negotii*“) enthalten.

Die Unbestimmtheit einzelner Punkte ist jedoch unschädlich, wenn ihre Ausfüllung dem Vertragspartner überlassen ist (vgl. §§ 315 ff. BGB).

Bei Dienst- und Werkvertrag sind bezüglich der Vergütung §§ 612 und 632 BGB zu beachten. In diesen Fällen ist ein Antrag also auch ohne Angabe des Preises wirksam.

Auch die Person des Vertragspartners braucht nicht unbedingt bestimmt zu sein, wenn es dem Antragenden gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schließt, sog. *Offerte ad incertam personam*. Bsp.: Kaugummiautomat (allerdings ist das Angebot in diesem Falle durch die

Zahl der im Automaten vorhandenen Gegenstände und das ordnungsgemäße Funktionieren des Apparates bedingt).

bbb) zur Annahme:

→ sie kann auch konkludent (schlüssig) erfolgen

→ merken Sie sich insbesondere §§ 150 Abs. 2 BGB und 151 BGB.

→ ein bloßes Schweigen ohne weitere Handlungen reicht in aller Regel nicht (vgl. unter c)

bb) Im übrigen sollten Sie sich einmal mit der *Bedeutung des Schweigens im Rahmen des Vertragsschlusses*, vertraut machen. Merken Sie sich unbedingt als *Grundsatz*: Schweigen ist weder Annahme , noch Ablehnung, sondern ein *rechtliches nullum !*

Ausnahmen zu diesem Grundsatz finden Sie beispielsweise in den §§ 108 Abs. 2 Satz 2, 149, 177 Abs. 2 Satz 2, 415 Abs. 2, 416 Abs. 1 Satz 2, 516 Abs. 2, 1943 BGB, 75 h, 91a, 362 HGB (lesen !) und beim Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, soweit in diesem nicht vorsätzlich wesentlich vom mündlich Vereinbarten abgewichen wird.

Merke: Häufig erfolgt der Vertragsschluss unter Einschaltung von Vertretern. Dann müssen Sie hier die Voraussetzungen der §§ 164 ff. BGB prüfen (eigene Willenserklärung des Vertreters, Offenkundigkeit, Handeln im Rahmen bestehender Vertretungsmacht, kein Vertretungsverbot.)

b) Überblick über die wichtigsten rechtshindernden Einwendungen

→ sie verhindern schon das Entstehen des Primäranspruchs:

- § 104 ff. BGB (Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit bei verweigerter Genehmigung, sonst schwebend unwirksam)

- §§ 116- 118 BGB

- § 125 BGB

- § 134 BGB

- § 138 BGB

beachte: insbesondere § 138 Abs. 1 BGB in der Fallgruppe der wucherähnlichen Sittenwidrigkeit, die regelmäßig ab dem doppelten des marktüblichen Preises vorliegt, soweit die begünstigte Seite dies erkennen musste , was im Falle eines derartigen auffälligen Missverhältnisses nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig vermutet wird.

§ 158 Abs. 1 BGB (Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung)
 fehlende Vertretungsmacht des handelnden Vertreters

2.) Anspruch untergegangen ?

→ **keine rechtsvernichtenden Einwendungen**

→ bewirken das Erlöschen des zunächst entstandenen Anspruchs:

- **Anfechtung**, § 142 Abs. 1 BGB → bewirkt Nichtigkeit *ex tunc*, d.h. rückwirkend
 von Anfang an

Ausnahme, die sich die Fortgeschrittenen unter Ihnen unbedingt merken sollten: in Vollzug gesetzte
 Arbeits- und Gesellschaftsverträge: Nichtigkeit nur *ex nunc*, d.h. für die Zukunft !

- **Eintritt einer auflösenden Bedingung**, § 158 Abs. 2 BGB

- **Widerruf eines Verbrauchervertrages gem. § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB oder
 eingeräumtes Widerrufsrecht**

(Rechtsfolgen nach Rücktrittsrecht, §§ 346 ff. BGB)

- § 275 Abs. 1 BGB (bewirkt Ausschluß des Anspruchs auf Erbringung der Leistung
 im Falle „echter“ Unmöglichkeit)

- § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB (führt zum Erlöschen der *Gegenleistungspflicht* in den
 Fällen des § 275)

- wirksam ausgeübter **Rücktritt** (führt zum Erlöschen der beiderseitigen
 Erfüllungsansprüche durch Umwandlung des Vertrages in ein Rückgewähr-
 schuldverhältnis)

→ über § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB bei Störung der Geschäftsgrundlage

→ über § 323 BGB bei nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung im
 gegenseitigen Vertrag

→ über § 326 Abs. 5, 323 BGB beim gegenseitigen Vertrag in den Fällen des
 § 275 BGB

→ über § 495 BGB beim Verbraucherdarlehen

→ über §§ 437 Nr. 2, 440 , 323 BGB bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache

→ über §§ 636, 634 Nr. 3, 323 BGB bei Mangelhaftigkeit des Werkes

- § 362 Abs. 1 BGB: **Erfüllung** der vertraglichen Verpflichtung

- § 364 Abs. 1: **Annahme an Erfüllungs Statt**

(**abzugrenzen** von Annahme einer Leistung erfüllungshalber, vgl. § 364 Abs. 2 BGB, die nicht zum Erlöschen des Primäranspruches führt, sondern zunächst nur zu einer Stundung der ursprünglichen Verbindlichkeit (h.M.). Gläubiger ist verpflichtet, zunächst Befriedigung aus der erfüllungshalber begründeten Verbindlichkeit zu suchen. (Erst) wenn dies gelungen ist, erlischt der ursprüngliche Anspruch. Schlägt die Befriedigung aus der zusätzlich begründeten Verbindlichkeit fehl, so kann der Gläubiger wieder aus seinem ursprünglichen Anspruch vorgehen).

- § 378 BGB (**Hinterlegung** bei ausgeschlossener Rücknahme der hinterlegten Sache

- § 389 BGB (**Aufrechnung**)

- § 397 BGB (**Erlassevertrag**)

- § 398 Satz 2 BGB (**Abtretung** → weil sie zum Verlust der Forderungsinhaberschaft des Zedenten, d.h. des die Forderung abtretenden führt)

- **Minderung**: §§ 441 Abs. 1, 3; BGB (Kaufrecht); § 536 Abs. 1 – 3 BGB (Mietrecht)

§ 638 BGB (Werkvertragsrecht),

§ 651 d (Reisevertragsrecht)

- **Kündigungen** (wirksame Kündigung führt zur Beendigung des Schuldverhältnisses

und zum Erlöschen der daraus resultierenden beiderseitigen

Ansprüche *für die Zukunft* , Bsp: allgemeine Kündigung aus

wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen, § 314 BGB

Kündigung eines Arbeitsvertrages)

- § 242 BGB : -**venire contra factum proprium** (widersprüchliches Verhalten)

-**Verwirkung**

merke: die Verwirkung setzt zweierlei voraus:

1.) Zeitmoment: Nichtgeltendmachung eines Anspruches über längere Zeit

2.) Umstandsmoment: zusätzliche Umstände, die zusammen mit dem Zeitmoment ein schutzwürdiges vertrauen in die dauerhafte Nichtgeltendmachung des Anspruchs / Rechts rechtfertigt

3) Anspruch durchsetzbar ?

→ keine rechtshemmenden Einreden

→ lassen den Bestand des Anspruchs unberührt, nehmen ihm aber die Durchsetzbarkeit:

- Einrede der **Verjährung** , § 214 Abs. 1 BGB
- **Stundung** (Hinausschieben der Fälligkeit eines Anspruchs bei Bestehenbleiben seiner Erfüllbarkeit , §§ 241, 311 Abs. 1 BGB)
- **Zurückbehaltungsrecht** (§§ 273, 1000 BGB, führt nach § 274 BGB zur Verurteilung Zug – um - Zug)
- **Unzumutbarkeit der Erfüllung der Primärleistungspflicht**, § 275 Abs. 2 und 3 BGB
- **Einrede des nicht erfüllten Vertrages**, §§ 320, 321 BGB (führt nach § 322 BGB zur Verurteilung Zug – um – Zug)
- **Einrede der Bereicherung**, § 821 BGB
- **Arglisteinrede**, § 853 BGB
- **Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses**, § 1990 BGB

Tip: im Zusammenhang mit Einwendungen / Einreden sollten Sie sich schon jetzt folgende Vorschriften merken, die in Klausuren des öfteren eine Rolle spielen : §§ 404, 417, 768, 770, 986 Abs. 2, 1137, 1157, 1211 BGB.

4) Der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB

Der Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ist *der vorrangige gewährleistungsrechtliche Rechtsbehelf des Käufers* bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Alle anderen Rechtsbehelfe, die der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache hat, setzen grundsätzlich das erfolglose Verstreichen einer (angemessenen) Nachfrist voraus. Praktisch bedeutet dies, dass der Schuldner eine zweite Chance bekommt, mangelfrei zu liefern („Recht zur zweiten Andienung“). Bei dem Anspruch aus § 437 Nr. 1, 439 BGB handelt es sich um den *modifizierten Erfüllungsanspruch des Käufers*. Da nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB die Mangelfreiheit der Kaufsache zum Erfüllungsanspruch des Käufers gehört, hat der Verkäufer durch Lieferung einer mangelhaften Sache seine Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 BGB noch nicht erfüllt; der Anspruch des Käufers ist noch nicht gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Mit Gefahrübergang wird dieser Anspruch jedoch besonderen gewährleistungsrechtlichen Regelungen unterstellt. Es greifen die *gewährleistungsrechtlichen Ausschlussgründe* ein und es gilt die verkürzte gewährleistungsrechtliche Verjährung des § 438 Abs. 1 (Nr. 3) BGB. Machen Sie sich klar, dass der Unterschied zur dreijährigen Regelverjährung in § 195 BGB deutlich mehr betragen kann, als das eine Jahr, auf das er sich auf den ersten Blick zu beschränken scheint. Es ist zu beachten, dass der *Beginn der Verjährung* in § 438 Abs. 2 BGB abweichend von der Grundregel des § 199 BGB geregelt ist. Insbesondere kommt es bei § 438 Abs. 2 allein auf den *objektiven* Umstand der Ablieferung an und anders als bei § 199 nicht auch auf die Kenntnis / grob fahrlässige Kenntnis des Verkäufers.

Da es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um einen modifizierten Erfüllungsanspruch („Erfüllungsanspruch in trauriger Gestalt“) handelt, setzt sein Bestehen (natürlich) kein Vertretenmüssen des Verkäufers voraus. Inhaltlich weist der Anspruch zwei Varianten der Nacherfüllung auf: die Mängelbeseitigung und die Nachlieferung. Das Wahlrecht liegt beim *Käufer* (beachten Sie: anders ist es beim werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruch aus § 635 BGB. Dort liegt das Wahlrecht beim Werkunternehmer, also beim Schuldner). Der Verkäufer wird vor schikanöser Ausübung des Wahlrechts seitens des Käufers durch die Regelung des § 439 Abs. 3 BGB geschützt

1.) wirksamer Kaufvertrag

2.) Mangel, §§ 434, 435 BGB.

3.) zum maßgeblichen Zeitpunkt

a) beim Sachkauf:

→ §§ 446, 447 (letzterer aber nicht beim Verbrauchsgüterkauf, vgl. § 474 Abs. 2 BGB)

b) beim Rechtskauf: Zeitpunkt der Erfüllung maßgeblich, nicht Gefahrübergang.

4.) kein Ausschluss

a) genereller Gewährleistungsausschluss

aa) kraft Gesetzes

aaa) §§ 442, 445 BGB

bbb) § 377 HGB (beim beiderseitigen Handelkauf)

bb) kraft vertraglicher Vereinbarung

Problem: Wirksamkeit?

Differenziere:

(1) wenn Verbrauchsgüterkauf: § 475 BGB: grundsätzlich unwirksam , es sei denn
Ausschlussvereinbarung wurde nach Mitteilung des Mangels an den Unternehmer
getroffen

(2) Wenn kein Verbrauchsgüterkauf: differenziere weiter:

aa) AGB: §§ 307 ff. (differenziere weiter: für neu hergestellte Sachen vorrangig § 307 Nr.
8 b), für andere nur § 309 BGB) und § 444 BGB

bb) individualvertraglich: § 444 BGB

b) gem. § 275 BGB

merke:

1.) die Unmöglichkeit muss für beide Arten der Nacherfüllung jeweils gesondert festgestellt werden. Ist nur eine Art der Nacherfüllung unmöglich, so beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch inhaltlich auf die nicht unmögliche Variante.

2.) Für den Gegenleistungsanspruch gilt (bei völligem Ausschluss des Nacherfüllungsanspruches gem. § 275 BGB) § 326 Abs. 1 *Satz 2 BGB*. Der Gegenleistungsanspruch erlischt also abweichend von der Grundregel des Satzes 1 *nicht*

automatisch. Ein automatisches Erlöschen würde der Systematik des Gewährleistungsrechts widersprechen, da dies entgegen §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu einer Minderung *kraft Gesetzes* führen würde, was der Ausgestaltung der Minderung als Gestaltungsrecht zuwiderlaufen würde.

3.) Problem: Ausschluss der Nacherfüllung in Form der *Nachlieferung* beim Stückkauf?

Umstritten ist, ob die Nacherfüllung in Form der *Nachlieferung* auch beim Stückkauf in Betracht kommt. Das ist deshalb zweifelhaft, weil beim Stückkauf eine *ganz bestimmte, genau konkretisierte Sache* geschuldet ist. *Nachlieferung* kann aber immer nur mit einer *anderen* Sache erfolgen. Hält man sich nun vor Augen, dass der Nacherfüllungsanspruch – wie soeben dargelegt – ein *modifizierter Erfüllungsanspruch* ist, so ließe sich argumentieren, dass er inhaltlich nicht weiter reichen kann als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch und folglich – weil bei der Stückschuld nur *diese eine konkrete Sache* geschuldet ist, *Nachlieferung* aber stets nur durch eine *andere* Sache erfolgen kann – die Nacherfüllung bei der Stückschuld nur in Form der *Mängelbeseitigung* erfolgen könne. Ansonsten würde entgegen der Parteivereinbarung im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches aus der Stückschuld letztlich doch eine Gattungsschuld (=Beschaffungsschuld) gemacht, weil nun der Verkäufer verpflichtet wird, eine andere als die ursprünglich geschuldete Sache als Ersatz für diese zu beschaffen. Überwiegend diskutieren diejenigen, die bei der Stückschuld die Nacherfüllung in Form der *Nachlieferung* für ausgeschlossen halten, dieses Problem unter dem Aspekt des Ausschlusses des *Nachlieferungsanspruches* nach § 275 Abs. 1 BGB.

Die momentan wohl überwiegende Auffassung geht trotz der dargestellten Bedenken davon aus, dass auch bei der Stückschuld die Nacherfüllung *jedenfalls dann* in beiden vom Gesetz vorgesehenen Varianten, also auch in Form der *Nachlieferung* erfolgen könne, wenn es sich bei der geschuldeten Speziessache um eine *vertretbare Sache* handelt (vgl. insbesondere die – soweit ersichtlich – momentan einzigen Gerichtsentscheidungen zu diesem Problem: LG Ellwangen, NJW 2003, 517; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053). Dafür werden vor allem folgende Argumente angeführt:

- 1.) Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB: er spricht von Lieferung „einer“ mangelfreien Sache, nicht von „der“ mangelfreien Sache. Außerdem differenziert der Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB nicht zwischen Stück – und Gattungsschuld.
- 2.) Systematik: Die Gleichbehandlung von Stückschuld und Gattungsschuld auch bezüglich der Frage der *Nachlieferung* entspricht auch der Systematik des Gesetzes. Durch die Schuldrechtsreform wurde die frühere Unterscheidung zwischen

Stückschuld und Gattungsschuld im Hinblick auf den Nachlieferungsanspruch (in § 480 a.F. war er nur für die Gattungsschuld vorgesehen) aufgegeben. Es gelten nun für beide Schuldarten identische Regeln, was gerade auch die Intention des Gesetzgebers war.

- 3.) Interessenlage der Parteien: Jedenfalls bei einer vertretbaren Sache gebietet auch die Interessenlage der Parteien die Gewährung eines Nachlieferungsanspruches. Häufig kann das Leistungsinteresse des Käufers hier durch eine andere vergleichbare Sache ebenso wie durch die ursprünglich ausgewählte befriedigt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum der Verkäufer sich trotzdem selbst dann auf § 275 BGB berufen können soll, wenn ihm die Beschaffung einer solchen Sache (ohne weiteres) möglich ist. Er ist über § 275 Abs. 2 und § 439 Abs. 3 BGB hinreichend geschützt.
- 4.) Es trifft zwar zu, dass bei Annahme einer Nachlieferungspflicht beim Stückkauf der ursprünglich nur auf eine bestimmte Sache beschränkte Erfüllungsanspruch inhaltlich ausgeweitet wird. Dies erfolgt aber *kraft gesetzlicher Anordnung* (nämlich in § 439 Abs. 1 BGB), so dass dagegen nicht eingewendet werden kann, einem Nachlieferungsanspruch stehe per se der auf eine konkrete Sache bezogene Parteiwille entgegen.

Lesen Sie zu diesen und weiteren Argumenten (insbesondere für die Gegenansicht) *Ackermann*, JZ 2002, S. 378 ff und *Lorenz*, JZ 2001, 742.

c) gem. § 439 Abs. 3 BGB

merke:

- 1.) § 439 ist als *Einrede* ausgestaltet, der Verkäufer muss sich also im Prozess auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen; dieses wird vom Gericht nicht von Amts wegen geprüft.
- 2.) Noch ungeklärt ist, wann Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB angenommen werden kann. Teilweise wird in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zum Begriff der „unverhältnismäßigen Aufwendungen“ in § 251 Abs. 2 BGB (bzw. der „Erforderlichkeit“ in § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) davon ausgegangen, dass Unverhältnismäßigkeit vorliege, wenn die Kosten der gewählten Art der Nacherfüllung den objektiven Wert der Sache um 30 % übersteigen („130 % - Grenze, ablehnend aber LG Ellwangen, NJW 2003, 517). Teilweise werden auch höhere (z.B. 150 %) oder niedrigere Werte (120 %) vertreten. Teilweise wird

auch nicht auf den objektiven Wert der Sache als Bezugspunkt für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der konkreten Art der Nacherfüllung abgestellt (so aber OLG Braunschweig, aaO.), sondern auf die Kosten der *anderen* Art der Nacherfüllung (so LG Ellwangen aaO.). Im übrigen erscheinen die bislang vorgetragenen Begründungen für die eine oder andere Grenze keineswegs zwingend. Betrachtet man den Wortlaut des § 439 Abs. 3, insbesondere die in Satz 2 aufgeführten Kriterien, so scheint es nicht einmal sicher, ob sich hier überhaupt mit einer alle Fälle adäquat erfassenden starren Prozentgrenze arbeiten lässt. Im Moment ist hier jedenfalls Vieles vertretbar. Ihre Klausuren wird man, bevor dieses Problem nicht höchstrichterlich geklärt ist, wohl kaum so konstruieren, dass Sie sich für eine konkrete Prozentzahl entscheiden müssen, sondern wenn § 439 Abs. 3 BGB im Raum steht, werden Sie es mit (in der einen oder anderen Richtung) relativ eindeutigen Fällen zu tun bekommen (so etwa der Fall des LG Ellwangen, wo die Kosten der Nachlieferung 565 % (!) über denjenigen der Nachbesserung lagen).

Merke: die Einrede des § 439 Abs. 3 BGB beschränkt sich immer nur auf die konkret betroffenen Art der Nacherfüllung. Die andere Art kann der Verkäufer, wie sich aus § 439 Abs. 3 Satz 3 ergibt, nur verweigern, wenn auch bezüglich ihrer Unverhältnismäßigkeit vorliegt.

d) merke: der *erfolglose Ablauf der Nachfrist* schließt den Nacherfüllungsanspruch des Käufers *nicht* aus, sondern ermöglicht ihm nur den nunmehrigen sofortigen Übergang auf die sekundären Gewährleistungsrechtsbehelfe.

5.) keine Verjährung, § 438 BGB

→ beachten Sie, dass es hier abweichend von § 199 BGB gem. § 438 Abs. 2 BGB für den Verjährungsbeginn auf die *Ablieferung* der Sache ankommt und im übrigen bei *Arglist* des Verkäufers nach § 438 Abs. 3 BGB in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und 3 die regelmäßigen Verjährungsfristen gelten, soweit diese länger sind.

Beachten Sie im Falle der Nachlieferung unbedingt die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB. Diese enthält die Anspruchsgrundlage des Verkäufers für die Rückforderung der mangelhaften Sache im Falle der Nachlieferung einer mangelfreien Sache. Sie spielt aber auch im Rahmen des Anspruchs auf Nachlieferung der mangelfreien Sache selbst eine Rolle, da sich aus der Verweisung auf § 348 BGB ergibt, dass der Verkäufer Nachlieferung einer

mangelfreien Sache nur *Zug um Zug* gegen Rückgabe der mangelhaften Sache schuldet. Bringen Sie dies gleich im Obersatz zum Ausdruck, wenn Sie den Nachlieferungsanspruch prüfen.

II.) Ansprüche auf Schadensersatz

1.) Allgemeines zum Verschuldensprinzip sowie zum Verhältnis der begriffe Vertretenmüssen und Verschulden

merke:

Es gilt *grundsätzlich* (*Ausnahmen: s.u.*) das **Verschuldensprinzip**: Haftung auf Schadensersatz (egal aus welcher Anspruchsgrundlage) setzt Verschulden (genauer: Vertretenmüssen, vgl. §§ 276, 278 BGB) voraus. Wird dieses – wie etwa nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB - vermutet, so hat dies auch *Bedeutung für Ihre Klausurbearbeitung*: während Sie bei Ansprüchen aus nachgewiesenem Verschulden im Sachverhalt nach Anhaltspunkten für ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners (oder ein solches seiner Hilfspersonen, das ihm nach § 278 BGB zuzurechnen ist) suchen müssen, ist dies nicht nötig, wenn dieses – wie in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB *vermutet* (weiterer wichtiger Fall einer Verschuldensvermutung: § 831 BGB, s.u.) wird. Hier muss sich der Schuldner *entlasten*. Für Sie bedeutet dies, dass Sie im Sachverhalt nach Umständen (häufig: Vortrag des Schuldners) suchen müssen, aus denen sich ergibt, dass der Schuldner eine vorliegende objektiver Pflichtverletzung in concreto nicht zu vertreten hat trifft. Wenn dafür im Sachverhalt nichts ersichtlich ist, bleibt es bei der Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit beim Vertretenmüssen des Schuldners, auch wenn andererseits keine konkreten Anhaltspunkte für sein Verschulden aus dem Sachverhalt hervorgehen. Machen Sie sich diese klausurtechnische Bedeutung der Vermutung des Vertretenmüssens in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB *unbedingt klar !!!* Wer hier in der Klausur anfängt, im Sachverhalt krampfhaft nach Anhaltspunkten für Verschulden des Schuldners zu suchen und dieses dann möglicherweise auch noch verneint, der zeigt nicht nur, dass er die Gesetzssystematik gründlich missverstanden hat, sondern schreibt durch die verfehlte Verneinung des § 280 Abs. 1 BGB im Zweifel völlig „an der Musterlösung vorbei“ und schneidet sich u.U. wichtige Folgeprobleme ab !

Zum Verhältnis der Begriffe „Vertretenmüssen“ und „Verschulden“: Wie sich aus § 276 Abs. 1 BGB ergibt, ist „Vertretenmüssen“ der Oberbegriff für die Verantwortlichkeit des Schuldners. Verschulden (in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit) ist eine Unterform des Vertretenmüssens. Es gibt aber – wie wiederum ein Blick in § 276 Abs. 1 BGB zeigt – auch Fälle, in denen der Schuldner eine Pflichtverletzung zu vertreten hat, obwohl ihn kein Verschulden trifft, etwa bei der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos (Gattungsschuld !). Achten Sie deshalb stets darauf, ob die Anspruchsgrundlage für Schadensersatz, die Sie gerade prüfen, tatsächlich Verschulden voraussetzt (Bsp.: § 823 Abs. 1 BGB) oder ob auch andere Formen des verschuldensunabhängigen Vertretenmüssens ausreichen, und bringen Sie den Unterschied in Ihrer Klausurlösung durch eine exakte Terminologie auch für den Korrektor erkennbar zum Ausdruck.

2.) Überblick über die wichtigsten Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz:

- § 122 Abs. 1 BGB
- § 179 BGB
- § 280 Abs. 1 BGB
- § 280 Abs. 1 , 2 i.V.m. § 286 BGB
- § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 281 BGB
- § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 282 BGB
- § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. 283 BGB
- § 311 a Abs. 2 BGB
- §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB
- §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 , 3 i.V.m. 281 Abs. 1 , 2.Alt. BGB
- §§ 437 Nr. 3 , 280 Abs. 1, 3 i.V.m. 283 BGB
- §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB
- §§ 634 Nr. 4 , 280 Abs. 1 BGB
- §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 2. Alt. BGB
- §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB
- §§ 634 Nr. 4, 311 a Abs. 2 BGB
- § 536 a BGB
- § 678 BGB

- §§ 280 Abs. 1, 677 BGB (Pflichtverletzung bei der berechtigten GoA)
- §§ 989, 990 BGB
- § 991 Abs. 2 BGB
- § 823 Abs. 1 BGB
- § 823 Abs. 2 BGB
- § 826 BGB
- § 831 BGB
- § 7 Abs. 1 StVG
- § 18 Abs. 1 StVG
- § 1 Abs. 1 ProdhaftG

3.) Prüfungsschemata zu den einzelnen Anspruchsgrundlagen

a) Schadensersatzansprüche des BGB AT und des allgemeinen Schuldrechts

aa) § 122 Abs. 1 BGB: Ersatz des Vertrauensschadens bei Anfechtung nach §§ 119, 120 und bei Nichtigkeit nach § 118 BGB:

merke: § 122 BGB ist als *Veranlassungshaftung* eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip. Er schützt das Vertrauen des Geschäftsgegners des Anfechtenden / des die Erklärung i.S.d. § 118 BGB Abgebenden auf die Gültigkeit dieser Erklärung.

Kurzüberblick:

1. nach §§ 119, 120 BGB wirksam angefochtene oder nach § 118 BGB nichtige Willenserklärung
2. Ersatzberechtigter
3. zum Ersatz Verpflichteter
4. kein Ausschluss gem. § 122 Abs. 2 BGB
5. Umfang des Ersatzes: negatives Interesse begrenzt durch das positive Interesse

Im Einzelnen:

1.) nach §§ 119, 120 BGB wirksam angefochtene oder nach § 118 BGB nichtige Willenserklärung

2.) Ersatzberechtigter:

a) bei empfangsbedürftiger WE: Empfänger

b) bei amtsempfangsbedürftiger / nicht empfangsbedürftiger WE: jeder Geschädigte

3.) zum Ersatz Verpflichteter: derjenige, dessen WE nach §§ 118, 119, 120, 142 Abs. 1 BGB nichtig ist

merke: im Falle der Vertretung ist dies der Vertretene , nicht der Vertreter !

4.) kein Ausschluss gemäß § 122 Abs. 2: bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Ersatzberechtigten vom Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit

merke zu § 122 Abs. 2:

- 1.) enthält die für das gesamte Zivilrecht gültige Definition des „Kennenmüssens
- 2.) ist abschließende lex specialis zu § 254 Abs. 1 BGB, soweit es um Kennen / Kennenmüssen der Nichtigkeit / des Anfechtungsgrundes geht. Jedoch ist § 254 Abs. 1 BGB nach vorzugswürdiger Ansicht *analog* anwendbar, wenn der Anfechtungsgegner den Anfechtungs-/ Nichtigkeitsgrund zwar nicht kannte / kennen musste, ihn jedoch schuldlos ganz oder teilweise mitverursacht hat. Auch § 254 Abs. 2 BGB ist bei Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Geschädigten anwendbar.
- 3.) Folgeproblem des grundsätzlichen Ausschlusses von § 254 Abs. 1 BGB durch § 122 Abs. 2 BGB: *cic* (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 I / 281 BGB) neben § 122 Abs. 1 BGB ? → streitig !

5.) Umfang des Ersatzes: negatives Interesse begrenzt durch das positive Interesse

negatives Interesse (Vertrauensschaden): der Ersatzberechtigte muss so gestellt werden, wie er stünde, wenn er nicht auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraut hätte.

Merke: eine analoge Anwendung des § 122 BGB nimmt die h.M. insbesondere im Fall einer „*abhanden gekommenen*“ Willenserklärung an. Dieser liegt vor, wenn die Erklärung ohne den Willen des Urhebers in den Rechtsverkehr gelangt (Bsp.: A lässt ein ausgefülltes Bestellformular für ein teures Lexikon auf seinem Schreibtisch liegen, weil er sich „die Sache noch einmal überlegen will“. Haushälterin H sieht den Brief und wirft ihn dienstbeflissen in den Briefkasten. Kurz darauf wird A das Lexikon zugesandt und das Versandhaus verlangt Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 1000 Euro. Zu Recht ?
Nach h.M. kein vertraglicher Primäranspruch, da Angebot des A mangels Abgabe nicht wirksam wurde. Aber Ersatz auf das negative Interesse analog § 122 BGB .

bb.) § 179 BGB: Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Merke: auch die Haftung aus § 179 BGB ist verschuldensunabhängig !

1.) Vertragschluss als Vertreter ohne Vertretungsmacht und Verweigerung der Genehmigung

2.) Anspruchsgegner: der vollmachtlose Vertreter

3.) Anspruchsberechtigter: Partner des unwirksamen Vertrages

4.) kein Ausschluß

a) gemäß § 179 Abs. 3 BGB:

aa) Kenntnis / Kennenmüssen (Def. vgl. § 122 Abs. 2 BGB) des anderen Teils

bb) beschränkt Geschäftsfähiger bei fehlender Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters

b) ungeschriebene Ausnahme nach der ratio legis (teleologische Reduktion): da nur das Vertrauen auf das Bestehen der Vertretungsmacht geschützt ist, greift § 179 BGB dann nicht ein, wenn der Vertrag ohnehin aus anderen Gründen (z.B. Formmangel, Geschäftsunfähigkeit, Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB) unwirksam ist (keine Kausalität des Fehlens der Vertretungsmacht für Unwirksamkeit des Vertrages und dadurch entstandenen Schaden).

5.) Ersatzfähiger Schaden:

a) § 179 Abs. 1 BGB: Erfüllungsinteresse (wahlweise Erfüllung)

b) § 179 Abs. 2 BGB: negatives Interesse begrenzt durch positives Interesse (wie bei § 122 Abs. 1 BGB)

negatives Interesse (vgl. schon oben bei § 122 BGB): = *Vertrauensschaden*: alle Schäden, die der Vertragspartner durch das Vertrauen auf das Bestehen der Vertretungsmacht (und damit die Wirksamkeit des Geschäftes mit dem vertretenen) erlitten hat. Der Vertragspartner muss so gestellt werden, als hätte er nie von dem Geschäft Kenntnis erlangt.

Bsp: Vertragsanbahnungskosten wie Telefonkosten, Kosten der Anreise zu den Vertragsverhandlungen mit dem Vertreter; Nachteile aufgrund des Nichtzustandekommens eines anderen möglichen Geschäftes, das der Vertragspartner im Vertrauen auf die Vertretungsmacht des angeblichen Vertreters und das Zustandekommen des Vertrages mit dem angeblich Vertretenen nicht getätigt hat.

Positives Interesse = Erfüllungsinteresse: der Vertragspartner muss, so gestellt werden, wie er stünde, wenn der angebliche Vertreter tatsächlich über die behauptete Vertretungsmacht verfügte und infolgedessen der Vertrag mit dem angeblich Vertretenen wirksam zustande gekommen wäre.

Für Fortgeschrittene: Es ist streitig, ob es sich bei der Wahlmöglichkeit des Vertragspartners in § 179 Abs. 1 BGB um eine Wahlschuld i.S.d. § 262 BGB oder um einen Fall elektiver Konkurrenz handelt. Nach h.M. macht die Wahl der Erfüllung durch die andere Partei den Vertreter nicht zum Vertragspartner, gibt ihm aber teilweise tatsächlich die Stellung eines solchen. Zu den daraus resultierenden Problemen verschaffen Sie sich einen Überblick bei Palandt / *Heinrichs*, § 179 Rn. 5.

merke:

1.) mit dem Anspruch aus § 179 BGB kann bei Vorliegen von Verschulden ein Anspruch aus *cic* (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 / Abs. 3 i.V.m. 281 BGB) *gegen den Vertreter* konkurrieren, wenn dieser besonderes Vertrauen gerade in seine Person in Anspruch genommen hat oder ein unmittelbares erhebliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hat. Ein bloßes Provisionsinteresse reicht nicht.

2.) Umstritten ist dagegen, ob neben der Haftung des Vertreters aus § 179 (und ggf. *cic*) auch noch ein Anspruch gegen den *Vertretenen* aus *cic* (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 / Abs. 3 i.V.m. 282) bestehen kann. Die etwas *Fortgeschritteneren* unter Ihnen sollten sich bezüglich dieses äußerst klausurrelevanten Problems unbedingt einen Überblick verschaffen. Vgl. etwa MünchKomm / *Schramm*, § 177 Rn. 50 ff.; Soergel / *Leptien*, § 177 Rn. 33 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

cc) § 280 Abs. 1**(Schadensersatz neben der Leistung bei Pflichtverletzung und Fehlen vorrangiger Spezialregelung)****Kurzüberblick:**

1. Keine vorrangige Sonderregelung
2. Schuldverhältnis
3. Pflichtverletzung
4. Kein Nichtvertretenmüssen des Schuldners, § 280 Abs. 1 Satz 2
5. Ersatzfähiger Schaden (statt der Leistung)
6. Kausalität Pflichtverletzung / Schaden
8. § 254
9. keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB

Im einzelnen:**Merke zunächst allgemein:**

1.) § 280 Abs. 1 BGB ist nach der Konzeption des Gesetzes nach der Schuldrechtreform der **Grundtatbestand für Schadensersatzansprüche wegen Leistungsstörungen**, die er im **Zentralbegriff der Pflichtverletzung** zusammenfasst.

§ 280 Abs. 1 BGB genügt grundsätzlich als Anspruchsgrundlage, wenn Ersatz eines Begleitschadens verlangt wird, der *neben den fortbestehenden Primäranspruch tritt* (Ausn.: Verzögerungsschaden beim Schuldnerverzug: hier müssen zusätzlich die Voraussetzungen der § 280 Abs. 2, 286 vorliegen). Macht der Gläubiger jedoch „Schadensersatz statt der Leistung“ geltend, der an die Stelle des Primäranspruchs tritt, müssen *zusätzlich* zu § 280 Abs. 1 gemäß § 280 Abs. 3 BGB die Voraussetzungen der §§ 281, 282, 283 (je nach Art der Leistungsstörung) vorliegen. Sachlich regeln diese Normen die Frage, unter welchen

Voraussetzungen vom Primäranspruch auf den Sekundäranspruch übergegangen werden kann. Anspruchsgrundlage bleibt aber auch in diesen Fällen der Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB.

2.) § 280 Abs.1 BGB ist **subsidiär zu spezielleren Regelungen des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung.** Insoweit sind insbesondere die *vorrangigen Regelungen des Gewährleistungsrechts* (§§ 437 Nr. 3, 440 , 536 a , 634 Nr. 4 , 636, 651 f BGB) zu beachten !!!!

Insbesondere im Mietrecht und im Reisevertragsrecht müssen Sie in der Klausur der Spezialität der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatznormen Rechnung tragen, weil §§ 536 a und 651 f BGB nicht auf § 280 BGB verweisen, sondern eigenständige Anspruchsgrundlagen darstellen. Im Kaufrecht und Werkvertragsrecht wird zwar durch §§ 437 Nr. 3 und 634 Nr. 4 BGB für den gewährleistungsrechtlichen Schadensersatz auf § 280 Abs. 1 BGB verwiesen und dieser damit letztlich in das allgemeine Leistungsstörungenrecht eingebettet. Damit werden zwar die nach altem Schuldrecht bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen gewährleistungsrechtlichem Schadensersatz und Schadensersatz nach Vorschriften des allgemeine Schuldrechts deutlich entschärft. Völlig obsolet wird die Unterscheidung jedoch dadurch nicht. Denn zum einen kann der Korrektor in der Klausur an der gewählten Anspruchsgrundlage feststellen, ob Sie erkannt haben, dass es sich bei der der vorliegenden Pflichtverletzung um einen Mangel i.S.d. Gewährleistungsrechts handelt. Zum anderen enthalten die §§ 440 und 636 BGB besondere Regelungen für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung als Voraussetzung für den Übergang vom Primäranspruch auf Schadensersatz. Und schließlich ist die *Verjährung* der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche in den §§ 438 und 634 a BGB abweichend von den allgemeinen Vorschriften (insbes. §§ 195, 199 BGB) geregelt, wenn auch die Abweichungen bei weitem nicht mehr so signifikant wie nach altem Schuldrecht sind.

3.) Momentan *umstritten* ist die Frage, ob *Mangelfolgeschäden (Folgeschäden aufgrund des Mangels der Kaufsache an anderen Rechtsgütern oder am sonstigen Vermögen)* im Kaufrecht über § 280 Abs. 1 BGB oder im Rahmen der jeweiligen Norm zum Schadensersatz statt der Leistung abgewickelt werden. Denkt man von der Pflichtverletzung her, die in der Lieferung einer mangelhaften Sache und damit der Verletzung der primären Leistungspflicht des Verkäufers besteht, so scheint es vertretbar, sämtliche Schäden, die adäquat auf dieser

Pflichtverletzung beruhen (also auch die Mangelfolgeschäden) über die Vorschriften zum Schadensersatz statt der Leistung abzuwickeln. Da Verzugsschäden und Schäden aufgrund von Unmöglichkeit gleichfalls über andere Anspruchsgrundlagen abgewickelt werden (s.u.), blieben dann für die *isolierte* Anwendung des § 280 nur die Fälle einer Nebenpflichtverletzung.

3.) Bei *Schutzpflichtverletzungen* ist § 241 Abs. 2 BGB neben § 280 Abs. 1 mit zu zitieren, bei Schutzpflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich (*culpa in contrahendo*) *darüber* hinaus noch § 311 Abs. 2 BGB.

1.) Keine spezielle Schadensersatznorm

2.) Schuldverhältnis

→ rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich, (vgl. § 311 Abs. 2 BGB)

merke:

Auch nichtige oder angefochtene Verträge sowie Gefälligkeitsschuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten sind Schuldverhältnisse i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB. In diesen Fällen können trotz Fehlens vertraglicher Primärleistungspflichten Nebenpflichten, insbesondere Schutzpflichten und Rücksichtnahmepflichten bestehen. Streitig ist hier, ob §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 nr.3 BGB oder nur §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB richtige Anspruchsgrundlage ist. Dieser Streit hat jedoch keine praktische Bedeutung und ist daher - wie stets in solchen Fällen – in der Klausur offen zu lassen.

→ gesetzlich (Bsp.: berechnete GoA, s.u.)

3.) Pflichtverletzung:

→ vertragliche oder gesetzliche Handlungspflicht (§ 241 Abs.1 BGB) oder Rücksichtnahmepflicht (vgl. § 241 Abs. 2 BGB). Die genaue Abgrenzung zwischen § 241 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ist für Nebenpflichten noch unklar.

merke:

Auch nach Erfüllung der vertraglichen (Haupt-) Leistungspflichten können noch *nachvertragliche Rücksichtnahmepflichten* fortbestehen, deren Verletzung nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig machen kann (sog. Culpa post contractum / pactum finitum). Wie weit diese Pflichten reichen (und dies ist häufig die entscheidende Frage !), bestimmt sich maßgeblich nach einer an Treu und Glauben orientierten Vertragsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Vertragszweckes. Insbesondere trifft den Schuldner die Pflicht, dem Gläubiger die durch den Vertrag gewährten Vorteile nicht zu entziehen und im Rahmen des Zumutbaren alles zu unterlassen, was den Vertragszweck vereiteln oder gefährden könnte. Aus der Rechtsprechung zum besseren Verständnis lesenswert etwa RGZ 111, 303 (Zession); RGZ 161, 338 (Bonner Venusbergfall), BGHZ 16, 10.

4.) Kein Nichtvertretenmüssen des Schuldners

→Haftungsmaßstab: §§ 276, 278 BGB,

→beachte gemilderte Haftungsmaßstäbe, z.B. §§ 521,

680, 708 BGB (häufiges Folgeproblem: gestörter Gesamtschuldnerinnenausgleich)

→Beweislastumkehr: § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB: Vertretenmüssen wird vermutet, Schuldner muss sich entlasten (siehe oben)

5.) Rechtsfolge: Schadensersatz neben der Leistung

→ der durch die Pflichtverletzung adäquat verursachte (Kausalität !) Schaden, §§ 249 ff. BGB

→ Verzögerungsschaden nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 280 Abs. 2 i.V.m. 286 BGB

→ Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 Abs. 3 BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281-283 BGB

merke: bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten hat der Geschädigte nach BGH i.R.d. § 249 Satz 1 BGB ein *Wahlrecht* zwischen Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung. Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH war dafür allerdings ein Vermögensschaden Voraussetzung. Nach § 241 Abs. 2 BGB n.F. sind nunmehr allerdings auch bloße *Interessen* des anderen Teils geschützt. Dies spricht dafür, nunmehr in den Fällen einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung auch unabhängig vom Vorliegen eines Vermögensschadens jedenfalls einen Anspruch auf Vertragsaufhebung zu gewähren. Streitig ist in diesem Zusammenhang zum einen, ob § 124 BGB auf diesen Fall analog anwendbar ist, um die Umgehung der für die Anfechtung geltenden Fristen über einen auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten zu verhindern, was der BGH ablehnt. Zum anderen ist unklar, ob vorvertragliche Pflichtverletzungen eine Minderung rechtfertigen können.

5.) § 254 BGB: Berücksichtigung des Mitverschuldens des Geschädigten bei Schadensentstehung (Abs. 1) und Schadensentwicklung (Abs. 2)

6.) keine Verjährung, §§ 195, 199

dd) §§ 280 Abs. 1, 2 i.V.m 286 BGB: Ersatz des Verzögerungsschadens bei Schuldnerverzug

→ Schuldnerverzug ist Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1

→ **Voraussetzungen Schuldnerverzug:**

1.) fälliger, einredefreier Anspruch des Gläubigers

merke: grundsätzlich reicht das Bestehen der Einrede, um den Verzug zu hindern. Die Einrede muss nur irgendwann einmal im Prozess erhoben werden. Der Verzug ist dann nicht erst ab dem Zeitpunkt ihrer Erhebung ausgeschlossen, sondern ab dem Zeitpunkt des Entstehens der Einrede. Anders ist es nur bei den Zurückbehaltungsrechten aus §§ 273, 1000 BGB. Grund: Abwendungsbefugnis des Gläubigers durch Sicherheitsleistung (vgl. § 273 Abs. 3 BGB, der bei § 1000 BGB analog gilt). Das Zurückbehaltungsrecht schließt jedoch den Verzug dann nicht aus, wenn der Gläubiger seinem Bestehen Rechnung trägt, indem er nur Leistung Zug – um – Zug verlangt. Bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) ist neben der Einredeerhebung zusätzlich erforderlich, dass der Gläubiger seine Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbietet.

2.) keine Unmöglichkeit (§ 275 BGB)

→ Abgrenzungskriterium: Nachholbarkeit des Leistungserfolges durch den Schuldner

Achtung: Tritt die Unmöglichkeit erst *nach* Verzugseintritt gem. § 286 BGB ein, endet zwar der Verzug, aber der *bis dahin* angefallene Verzugsschaden ist dennoch über §§ 280 Abs. 1, 2, 286 zu ersetzen.

3.) Mahnung oder Entbehrlichkeit gem. § 286 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 und 3 BGB

4.) Nichtleistung nach Mahnung oder sonst maßgeblichem Zeitpunkt i.S.d. §§ 286 BGB

→ maßgeblich ist Leistungshandlung

5.) kein Nichtvertretenmüssen der Verzögerung durch den Schuldner, § 286 Abs. 4 BGB

→ Vertretenmüssen des Schuldners wird vermutet, dieser muss sich entlasten

6.) ersatzfähiger Schaden

- adäquat kausaler und zurechenbarer Verzögerungsschaden
- Verzögerungsschaden: derjenige Schaden, der auch bei nachgeholter Erfüllung fortbesteht
- Anspruch tritt *neben* den fortbestehenden Primäranspruch

beachte insbes. § 288 Abs. 4 BGB, der es gestattet, tatsächlich angefallene höhere Zinsschäden über §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB zu liquidieren. Diese können sich insbesondere daraus ergeben, dass der Schuldner selbst Bankkredit in einer die Forderung gegen seinen Gläubiger übersteigenden Höhe in Anspruch nimmt, dafür Soll – Zinsen zahlt und nun nachweist, dass er bei rechtzeitiger Zahlung seines Schuldners den von diesem geschuldeten Betrag zur Tilgung seiner eigenen Schulden verwendet und dadurch Soll – Zinsen in entsprechendem Umfang erspart hätte. Bei einem Kaufmann besteht nach BGH sogar eine tatsächliche Vermutung, dass er eingehende Zahlungen zur Rückführung seines Kredites verwendet.

Nach § 288 Abs. 1 kann der Gläubiger hingegen pauschal 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz (vgl. § 247 BGB) Verlangen, ohne einen konkreten Zinsschaden darlegen und ggf. beweisen zu müssen.

ee) §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 281 BGB : Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

1.) Keine vorrangige Verweisungsnorm im Gewährleistungsrecht einzelner Vertragstypen (z.B. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB)

Problem: Mangelfolgeschäden, bei denen eine Fristsetzung keinen Sinn macht. Hier ist streitig, ob die Anspruchsgrundlage § 280 Abs. 1 oder §§ 280 Abs. 1, 2 i.V.m. 281 BGB ist. Dazu bereits oben unter ???

2.) Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung

3.) Verletzung der Leistungspflicht , die nicht Unmöglichkeit ist

merke: für den Schadensersatz statt der Leistung im Falle der Unmöglichkeit ist § 283 BGB lex specialis zu § 281, für denjenigen im Falle der Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB ist es § 282 BGB.

Hauptfälle:

1. - *verspätete Leistung*, wobei § 281 keinen Verzug gem. § 286 BGB voraussetzt. Gleichwohl ging der Gesetzgeber davon aus, dass wegen des Erfordernisses einer Fristsetzung (dazu unten), die stets auch den Erfordernissen einer Mahnung i.S.d. § 286 BGB genüge, kein Fall der

verspäteten Leistung i.R.d. § 281 BGB denkbar sei, in dem nicht auch Schuldnerverzug vorliege.

2.- ***mangelhafte Leistung*** („nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung): für diese

Fälle verweisen die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften teilweise auf

§ 281 BGB, vgl. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4. Zur Anwendbarkeit beim Miet – und

Reisevertrag vgl. Pal. § 281 Rn. 43.

3.- ***Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten***

3.) Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 281 Abs. 2 BGB (ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung) bzw. Abmahnung gemäß § 281 Abs. 4 BGB

merke: ist die gesetzte Frist zu kurz bemessen, so führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung, sondern es wird automatisch eine angemessene Frist in Gang gesetzt.

4.) fruchtloser („erfolgloser“) Ablauf der angemessenen Frist

→ Frist ist gewahrt, wenn der Schuldner die *Leistungshandlung* innerhalb der Frist vornimmt. Dass der *Leistungserfolg* erst nach Fristablauf eintritt , ist unschädlich.

5.) ggf. erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers

→ ist sie zur Vornahme der Leistung notwendig, setzt der Anspruch aus § 281 BGB voraus, dass der Gläubiger die erforderliche Handlung vornimmt oder jedenfalls ihre Vornahme anbietet

Bsp.: Holschuld, Spezifikationskauf, Wahlschuld

6.) kein Nichtvertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2

→ vgl. § 281 Abs. 1 Satz 1: „unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 „→ diese Verweisung schließt auch Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ein (**vgl. oben S.**)

7.) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

→ ersatzfähig ist der adäquat auf der Pflichtverletzung beruhende (Kausalität !) Schaden

→ liegen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB vor, so hat der Gläubiger nach zutreffender Ansicht ein Wahlrecht (str.) zwischen „kleinem“ Schadensersatz (Gläubiger *behält* die mangelhafte Leistung und liquidiert *nur die Differenz* zwischen mangelfreier und mangelhafter Leistung als Schaden) und „großem Schadensersatz“ (=Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung , d.h.: Gläubiger gibt die mangelhafte Leistung zurück und liquidiert den kompletten Wert der mangelfreien Leistung als Schaden. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung, so ist der Schuldner seinerseits zur Rückforderung des geleisteten nach den §§ 346 bis 348 BGB berechtigt, vgl. § 281 Abs. 5 BGB.

Merke: sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat, ist sein Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen (§ 281 Abs. 4 BGB)

8.) § 254 BGB

9.) Keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB

ff) §§ 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 282 (Schadensersatz statt der Leistung bei Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2)

1.) wirksames Schuldverhältnis

2.) Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB

- über § 311 Abs. 2 BGB auch bei Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich (culpa in contrahendo)

3.) Unzumutbarkeit der Leistung durch den Schuldner für den Gläubiger

beachte: seinem Wortlaut nach fordert § 282 BGB keine Fristsetzung / Abmahnung. Allerdings wird man gerade bei weniger gravierenden Pflichtverletzungen des Schuldners nur dann von einer Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsdurchführung ausgehen können, wenn der Gläubiger den Schuldner erfolglos abgemahnt hat.

4.) kein Nichtvertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB

- §§ 276, 278 BGB; beachte gemilderte Haftungsmaßstäbe, z.B. §§ 521, 680, 708 etc.

5.) Schadensersatz statt der Leistung

beachte: da der Gläubiger die aus der Verletzung der Schutzpflicht resultierenden Folgeschäden bereits über § 280 Abs. 1 BGB liquidieren kann, bleiben insoweit für § 282 BGB insbesondere die Kosten eines teureren Deckungsgeschäftes und der entgangene Gewinn. Da die Leistung selbst nicht fehlerhaft ist, kommt wohl nur der sog. große Schadensersatz in Betracht.

6.) § 254 BGB

7.) keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB**gg) §§ 280 Abs. 1, 3, 283 (Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht aufgrund Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit****1.) wirksames Schuldverhältnis****2.) Befreiung von der Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 – 3 BGB**

beachte: bei § 275 Abs. 1 handelt es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den Primäranspruch des Gläubigers der unmöglich gewordenen Leistungen, die unabhängig davon zu berücksichtigen sind, ob der Schuldner sich im Prozess auf sie beruft. § 275 Abs. 2 und 3 sehen hingegen für die dort genannten Fälle nur ein einredeweise geltend zu machendes Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners vor. Deshalb greift § 280 Abs. 1, 283 BGB in diesen Fällen nur ein, wenn der Schuldner die Einrede erhebt, denn nur dann braucht er nicht zu leisten.

3.) kein Nichtvertretenmüssen des Schuldners

- § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB

4.) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

Problem : Art der Schadensberechnung im gegenseitigen Vertrag noch nicht endgültig geklärt, aber Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) nur unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB. Vom Schuldner schon Geleistetes kann dann von diesem gem. § 283 Satz 2, 281 Abs. 5, 346 ff. BGB zurückgefordert werden. Bei Teilunmöglichkeit kommt auch ein kleiner Schadensersatz nach der Differenzmethode in Betracht.

5.) § 254 BGB**6.) keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB**

hh) § 311 a Abs. 2 BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Erfüllung des Schuldners gemäß § 275 Abs. 1 – 3 BGB

Beachte: auch hier wieder die vorrangigen Verweisungsnorm in §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4.

1.) wirksamer Vertrag

beachte: gemäß § 311 a Abs. 1 BGB ist nunmehr anders als vor der Schuldrechtsreform der Vertrag auch bei anfänglicher *objektiver* Unmöglichkeit wirksam. Da nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB bei „Unmöglichkeit“ im Sinne dieser Vorschriften die Primärleistungspflicht ausgeschlossen / undurchsetzbar ist, entsteht folglich im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit der Vertrag von Anfang an ohne (durchsetzbare) Primärleistungspflicht des Schuldners.

2.) Ausschluss der Leistungspflicht des Schuldners nach § 275 Abs. 1-3

beachte auch hier wieder: bei § 275 Abs. 2 und 3 BGB muss sich der Schuldner auf die Einrede berufen haben, denn nur dann „braucht“ er nicht zu leisten.

3.) Kenntnis bzw. nicht zu vertretende Unkenntnis des Schuldners vom Leistungshinernis, § 311 a Abs. 2 Satz 2, 276 BGB

merke: wird vermutet. Schuldner muss sich entlasten. Dies folgt aus dem Regel – Ausnahme – Verhältnis von § 311 a Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB.

4.) ersatzfähiger Schaden: SE statt der Leistung , soweit Schaden kausal auf Leistungshindernis beruht

5.) § 254 BGB

6.) keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB

beachte: die *Fortgeschrittenen* unter Ihnen sollten folgende **Probleme** zu § 311 a Abs. 2 BGB kennen:

1.) kann sich der Schuldner dem Anspruch aus § 311 a Abs. 2 BGB durch Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB entziehen, mit der Folge, dass er nach § 122 Abs. 1 BGB allenfalls auf das negative Interesse haftet ? → im Ergebnis nicht ! vgl. dazu etwa Anwaltskommentar/ *Dauner-Lieb*, § 311 a Rn.16.; *Canaris*, JZ 2001, 499 (506).

2.) Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse analog § 122 BGB bei fehlender Kenntnis / Kennenmüssen des Schuldners bezüglich des Leistungshindernisses ?
→ streitig !
→ vgl. dazu etwa *Canaris*, JZ 2001, 499 (507); Anwaltskommentar / *Dauner-Lieb*, § 311 a Rn. 17.

3.) Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB bei Nichtaufklärung über Risiken hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Schuldners, wenn diese zweifelhaft ist.

4.) Von § 311 a BGB nicht behandelt: Schadensersatz wegen Nichtaufklärung über das Risiko möglicher Folgeschäden, bei Lieferung einer Sache mit einem anfänglichem nicht behebbarem Mangel.

b) Gewährleistungsrechtliche Schadensersatzansprüche

merke nochmals: Die gewährleistungsrechtlichen Schadensersatznormen (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4, 536 a Abs. 1, 651 f BGB sind *ab Gefahrübergang* vorrangig gegenüber den Schadensersatzansprüchen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Selbst wenn sie – wie §§ 437 Nr. 3 und 634 Nr. 4 BGB – auf diese verweisen, weichen sie teilweise bezüglich ihrer Voraussetzungen (Entbehrlichkeit der Fristsetzung, vgl. §§ 440, 636) und der Verjährung (vgl. §§ 438, 634 a BGB) davon ab. In der Klausur sind daher §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB als Einstiegsnormen in der Anspruchsgrundlage mit zu zitieren. Andernfalls zeigen Sie dem Korrektor in der Klausur, selbst wenn im konkreten Fall die §§ 440, 636 oder die abweichende Verjährung keinen Einfluss auf das Ergebnis haben, dass Sie die Gesetzssystematik nicht verstanden haben !

aa) Kaufrecht

merke: über § 651 BGB sind die kaufvertraglichen Vorschriften auch auf den Werklieferungsvertrag bezüglich Herstellung und Lieferung beweglicher Sachen anwendbar.

aaa) Ansprüche auf Ersatz des Mangelschadens (Schadensersatz statt der Leistung)

Beachten Sie im folgenden die Differenzierung zwischen anfänglichen und nachträglichen (maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses), behebbaren und unbehebaren Mängeln !!!

(1) §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei behebbaren Mängel

1.) wirksamer Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag gem. § 651 BGB

2.) Sach – oder Rechtsmangel i.s.d. §§ 434, 435 BGB

3.) maßgeblicher Zeitpunkt:

a) beim Sachmangel: Gefahrübergang (§§ 446 ff. BGB)

b) beim Rechtsmangel: Mangelfreiheit muß bis zur Erfüllung vorliegen (also Übereignung bzw. Rechtsübertragung beim Rechtskauf)

4.) Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

a) erfolglose Fristsetzung oder Entbehrlichkeit derselben (§§ 440 Satz 1, 281 Abs. 2 BGB)

b) kein Nichtvertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, §§ 276, 278 BGB

merke: die Pflichtverletzung i.S.d § 280 Abs. 1 BGB liegt in der objektiven Mangelhaftigkeit der Kaufsache

5.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss

a) kraft vertraglicher Vereinbarung

beachte als Grenzen:

→ § 475 BGB (beim Verbrauchsgüterkauf)

→ § 444 BGB (individualvertraglich vereinbarter Haftungsausschluss)

→ § 309 Ziff. 8 b BGB (bei AGB)

b) kraft nachträglicher Genehmigung

c) kraft Gesetzes

→ § 442 BGB (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel bei Vertragsschluss, aber Abs. 1 Satz 2, letzter Halbsatz beachten !!!)

→ Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB (Verletzung der Rügeobliegenheit beim Handelskauf)

6.) keine Verjährung, § 438 BGB : Regelverjährungszeit bei beweglichen Sachen nunmehr 2 Jahre ab Ablieferung (**beachte** aber auch die in § 438 BGB geregelten Sonderfälle).

7.) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung . Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung nur unter den Voraussetzungen des § 281 Abs.1 Satz 3 BGB (mit der Folge des § 281 Abs. 5 BGB).

(2) §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei nachträglicher Unbehebbarkeit des Mangels

→ bei nach Vertragsschluss unbehebbar gewordenem Mangel bzw. eingetretenen Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs (§ 275 Abs. 1-3 BGB)

1.) wirksamer Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag gem. § 651 BGB

2.) Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. §§ 434, 435

3.) maßgeblicher Zeitpunkt für Vorliegen des Mangels:

a) beim Sachmangel: Gefahrübergang (§§ 446, 447 BGB)

b) beim Rechtsmangel: Mangelfreiheit muss bis zur Erfüllung vorliegen

4.) Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3 283 BGB

a) nachträgliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung bzw. Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 275 Abs. 2 – 3 BGB

b) kein Nichtvertretenmüssen des Schuldners, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB

5.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss (siehe oben)

a) kraft vertraglicher Vereinbarung

→ Grenzen

→ § 475 BGB (beim Verbrauchsgüterkauf)

→ § 444 BGB (individualvertraglicher Ausschluss)

→ § 309 Ziff. 8 b BGB (bez. Ausschluss in AGB)

b) kraft Gesetzes

→ § 442 BGB

→ § 377 HBG

6.) keine Verjährung, § 438 BGB: Regelverjährung bei beweglichen Sachen jetzt zwei Jahre!

7.) Rechtsfolge: wie oben bei §§ 437 Nr. 3, 280 1, 3, 281 Abs. 1 Satz 1, 2.Alt. BGB. Bitte §§ 281 Abs. 1 Satz 3, 281 Abs. 5 BGB nie vergessen !

(3) §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei von Anfang an unbehebbarem Mangel

→ bei bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbehebbarem Mangel bzw. gem. § 275 Abs. 2 oder 3 BGB ausgeschlossenen Nacherfüllungsanspruch

1.) wirksamer Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag gem. § 651 BGB

2.) Sach – und Rechtsmangel i.S.d. §§ 434, 435 BGB

3.) schon bei Vertragsschluss und noch bei Gefahrübergang

4.) Voraussetzungen des § 311 a Abs. 2 BGB

a) bereits bei Vertragsschluss Nacherfüllungsanspruch nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen

b) kein Nichtvertretenmüssen, § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB

beachte: der Bezugspunkt des Vertretenmüssens ist bei § 311 a Abs. 2 BGB ein anderer als bei §§ 437 Nr. 3, 440, 280 / 281 / 283 BGB. Entscheidend ist die Kenntnis / das Kennenmüssen des Schuldners vom Bestehen des unbehebbareren Mangels zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

5.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss (s.o.)

6.) § 254 BGB

7.) keine Verjährung, § 438 BGB**8.) Rechtsfolge: Ersatz des Mangelfolgeschadens**

merke zu diesen drei auf Schadensersatz statt der Leistung gerichteten kaufrechtlichen Schadensersatzansprüchen:

- 1.) an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger gemäß § 437 nr. 3 BGB auch Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB verlangen
- 2.) Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) unter Rückgabe der Kaufsache kann der Gläubiger gemäß §§ 281 Abs. 1 Satz 3, 283 Satz 2, 311 a Abs. 2 Satz 3 BGB nur verlangen, wenn die Pflichtverletzung (hier: der Mangel) nicht unerheblich ist.

bbb) Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens: §§ 437 Nr. 3, 280 Abs.**1 BGB****merke:**

- 1.) wie bereits beim Schema zu § 280 Abs. 1 BGB erwähnt, ist es streitig, ob Mangelfolgeschäden über § 280 Abs. 1 BGB oder über die jeweilige Vorschrift für den Schadensersatz statt der Leistung liquidiert werden.
- 2.) Mangelfolgeschaden: derjenige Schaden, der über den den Mangel begründenden Nachteil hinausgeht und insbesondere an anderen Rechtsgütern des Käufers eintritt (Integritätsinteresse im Gegensatz zu dem im Mangelschaden erfassten Äquivalenzinteresse).

1.) wirksamer Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 BGB**2.) Sach – oder Rechtsmangel i.S.d. §§ 434, 435 BGB****3.) maßgeblicher Zeitpunkt:****a) Sachmangel: Gefahrübergang , §§ 446, 447****b) Rechtsmangel: Mangelfreiheit muss bis zur Erfüllung vorliegen****4.) kein Gewährleistungsausschluss (siehe oben S. ????)**

5.) ersatzfähiger Schaden (Mangelfolgeschaden, Kausalität beachten)

6.) § 254 BGB

7.) keine Verjährung, § 438

bb) Werkvertragsrecht

aaa) Ansprüche auf Ersatz des Mangelschadens

merke: auch hier ist wieder zwischen behebbaren Mängeln, nachträglicher Unbehebbarkeit des Mangels und anfänglicher Unbehebbarkeit zu unterscheiden.

(1) §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB

1.) wirksamer Werkvertrag

→ ggf. Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag

2.) Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. § 633 BGB zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges (§§ 644, 640 Abs. 1, 646 BGB)

3.) Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB

a.) erfolglose Fristsetzung oder Entbehrlichkeit derselben (§§ 281 Abs. 2, 636 BGB)

b) kein Nichtvertretenmüssen des Schuldners (Werkunternehmer) bezüglich des Mangels (vgl. §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 276, 278 BGB)

4.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss

a) kraft vertraglicher Vereinbarung

Grenzen:

→ § 639 BGB

→ § 309 Nr. 8 b BGB (bei AGB)

merke: § 640 Abs. 2 BGB schließt nur die Rechte des § 634 Nr. 1 bis 3 BGB aus , nicht jedoch den in Nr. 4 geregelten Schadensersatzanspruch !!!

5.) keine Verjährung, § 634 a BGB

6.) Rechtsfolge: Ersatz des Mangelschadens. §§ 281 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 BGB bitte nie vergessen !!!

-

Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens bei unbehebbarrem Mangel bzw. Ausschluss des Nacherfüllungsanspruches gemäß § 275 Abs. 2 oder 3 BGB:

(2) §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB (nachträgliche Unbehebbarkeit)

→ bei nach Vertragsschluss eintretender Unbehebbarkeit bzw. Ausschluss des Nacherfüllungsanspruches

1.) wirksamer Werkvertrag

2.) Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. § 633 BGB zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges (§§ 644, 640 Abs. 1, 646 BGB)

3.) Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB

a) nachträglich eingetretene Unbehebbarkeit des Mangels bzw. nachträglicher Ausschluss des Mängelbeseitigungsanspruches gem. § 275 Abs. 2 und 3 BGB

b) kein Nichtvertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2, 276, 278 BGB

4.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss

a) kraft vertraglicher Vereinbarung

→ Grenzen:

→ § 639 BGB

→ § 309 Nr. 8 b BGB (Bei AGB)

5.) keine Verjährung, § 634 a BGB

6.) Rechtsfolge: Mangelschaden. § 281 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 BGB beachten !

(3) §§ 634 Nr. 4, 311 a Abs. 2 BGB (anfängliche Unbehebbarkeit des Mangels / anfänglicher Ausschluß des Mängelbeseitigungsanspruches gem. § 275 Abs. 2, 3 BGB)

→ bei Unbehebbarkeit des Mangels bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. Ausschluß des Mängelbeseitigungsanspruches zu diesem Zeitpunkt

1.) wirksamer Werkvertrag

2.) Sach – oder Rechtsmangel i.S.d. § 633 BGB

3.) Voraussetzungen des § 311 a Abs. 2 BGB

a) anfängliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung bzw. Ausschluß des Nacherfüllungsanspruches gemäß § 275 Abs. 2 oder 3 BGB bereits bei Vertragsschluss

b) kein Nichtvertretenmüssen, § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB (s.o.)

4.) kein wirksamer Gewährleistungsausschluss

→ kraft vertraglicher Vereinbarung

→ Grenzen:

→ § 639 BGB

→ § 309 Nr. 8 b BGB (bei AGB)



merke: § 640 Abs. 2 BGB schließt nur die in § 634 Nr. 2- 3 BGB geregelten Rechte aus, nicht jedoch den in Abs. 4 geregelten Schadensersatzanspruch !!!

5.) keine Verjährung, § 634 a BGB

beachte auch zu diesen Ansprüchen wieder die beiden auch oben im Kaufrecht genannten Punkte (Wahlrecht SE statt der Leistung / § 284 BGB und besondere Voraussetzungen bei Schadensersatz statt der ganzen Leistung)

bb) Mangelfolgeschäden: §§ 634 Nr. 4 , 280 Abs. 1 BGB

merke: ebenso wie im Kaufrecht stellt sich auch hier die Frage, ob Mangelfolgeschäden über § 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB oder über die jeweils für den Schadensersatz statt der Leistung maßgebliche Norm abzuwickeln sind.

1.) wirksamer Werkvertrag

2.) Sach- oder Rechtsmangel

3.) maßgeblicher Zeitpunkt: Gefahrübergang (§§ 644, 640 Abs. 4, 646 BGB)

4.) kein Gewährleistungsausschluss

→ kraft vertraglicher Vereinbarung

→ Grenzen:

→ § 639 BGB

→ § 309 Nr. 8 b BGB (bei AGB)

5.) Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB_: Vertretenmüssen, §§ 276, 278 BGB

6.) keine Verjährung, § 195 BGB

7.) Rechtsfolge: Mangelfolgeschaden

cc) Mietrecht:

§ 536 a Abs. 1 BGB: Schadensersatzanspruch des Mieters bei Mangel

1.) wirksamer Mietvertrag

2.) Mangel i.S.d. § 536 BGB (ebenso bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft)

3.) bei Vertragsschluss vorhanden oder später entstanden

4.) Vertretenmüssen des Vermieters bezüglich des Mangels oder Verzug des Vermieters mit Mängelbeseitigung

→ Vertretenmüssen: differenzieren:

a) bei anfänglichen Mängeln: aufgrund Garantiehaftung

b) bei nachträglichen Mängeln: grundsätzlich nur bei Verschulden

5.) kein Ausschluss

a) kraft Gesetzes

aa) § 536 b: Kenntnis des Mieters vom Mangel bei Vertragsschluss oder Annahme

bb) § 536 c: unterlassene Mängelanzeige bei während der Mietzeit auftretenden Mängeln

beachte: für *Fortgeschrittene*: § 536 b BGB analog bei nachträglich auftretenden Mängeln ? Unterschied zu § 536 c: dieser wirkt nur für die Vergangenheit, 536 b schließt sämtliche Ansprüche auch für die Zukunft aus. Zu § 539 a.F. entsprach Analogie h.M. und st. Rspr. Zu § 536 c BGB neue Fassung sehr Streitig, vgl. etwa Palandt / Weidenkaff, § 536 b Rn. 8 m.w.N.

b) kraft vertraglicher Vereinbarung

Grenze: § 536 d BGB , bei AGB (Formularmietverträge !) zudem § § 309 Nr. 7 b BGB beachten !

6.) Rechtsfolge: Mangelschaden und Mangelfolgeschäden (letzteres Streitig für Garantiehaftung bei anfänglichen Mängeln) bzw. Aufwendungsersatz

7.) § 254 BGB

8.) keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB

c) §§ 677, 678 BGB (Schadensersatz wegen unberechtigter Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag) :

merke: § 678 BGB betrifft die unberechtigte *Übernahme* der Geschäftsführung, nicht die mangelhafte Ausführung.

1.) unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

a) fremdes Geschäft, § 677 BGB

b) Fremdgeschäftsführungswille (oder Verweisung in § 687 Abs. 2 BGB)

c) ohne Auftrag und sonstige Berechtigung, § 677 BGB

d) *Übernahme* der Geschäftsführung steht im Widerspruch zum wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherren, § 678 BGB

→ Widerspruch kann sich auf die Übernahme als solche, Zeitpunkt, Art und Weise oder Person des Geschäftsführers beziehen

e) keine Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherren nach § 679 BGB

f) keine Genehmigung der Übernahme der Geschäftsführung durch den Geschäftsherren, vgl. § 684 Satz 2 BGB

2.) Übernahmeverschulden des Geschäftsführers

→ fahrlässige Unkenntnis (§ 276 Abs. 1 BGB) vom entgegenstehenden Willen des Geschäftsherren

→ aber gemilderte Haftung nach § 680 BGB (nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) bei Notgeschäftsführung beachten

3.) kein Ausschluss gemäß § 682 BGB

4.) Rechtsfolge: Schadensersatz:

→ alle Schäden, die adäquat kausal auf der unberechtigten Geschäftsübernahme beruhen

→ der Geschäftsführer hat den Geschäftsherren so zu stellen, wie er ohne die Geschäftsübernahme stünde (§§ 249 ff. BGB).

merke: ein wesentlicher Vorteil des Anspruchs aus § 678 BGB für den Geschäftsherrn liegt darin, dass die Vorschrift nur Übernahmeverschulden fordert und der Geschäftsführer dann für alle Schäden, die adäquat kausal auf der Übernahme beruhen, haftet, ohne dass es diesbezüglich eines weiteren Verschuldens (Ausführungsverschulden) bedürfte.

5.) § 254 BGB

6.) keine Verjährung, §§ 195,199 BGB

d) §§ 280 Abs. 1, 677 BGB (pFV des gesetzlichen Schuldverhältnisses der berechtigten GoA, unsorgfältige Geschäftsführung ohne Auftrag)

beachte: gehaftet wird hier anders als bei § 678 BGB nicht für ein *Übernahmeverschulden*, sondern für eine schuldhaft pflichtwidrige *Ausführung* des übernommenen Geschäfts !

1.) Schuldverhältnis

→ gesetzliches Schuldverhältnis, das zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer bei berechtigter GoA entsteht

→ d.h.: Vorliegen einer *berechtigten* GoA

merke: es ist streitig, ob die Pflichten aus § 677 BGB nur bei der berechtigten oder auch bei der unberechtigten GoA entstehen. Die wohl. h.M., der hier gefolgt wird, geht von ersterem aus. Arg: stehe die Übernahme der Geschäftsführung im Widerspruch zum tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so bestehe die Pflicht des Geschäftsführers schlicht darin, die Geschäftsführung zu unterlassen, nicht jedoch darin, dass Geschäft nach Maßgabe des § 677 BGB zu führen.

→ Voraussetzungen der berechtigten GoA:

a) fremdes Geschäft, § 677 BGB

b) Fremdgeschäftsführungswillen. § 677 BGB

c) ohne Auftrag und sonstige Berechtigung, § 677 BGB

d) Übernahme entspricht objektivem Interesse und tatsächlichem oder mutmaßlichem Willen des Geschäftsherrn, vgl. § 683 BGB

oder

Genehmigung

oder

§ 679 BGB

2.) objektive Pflichtverletzung

→ Verletzung der in § 677 BGB normierten Pflicht, das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf seinen mutmaßlichen oder wirklichen Willen es erfordert bzw. der Nebenpflichten aus § 681 BGB

3.) Ausführungsver schulden des Geschäftsherrn

→ grds. §§ 276, 278 BGB

→ gemilderte Haftung bei Notgeschäftsführung, § 680 BGB (s.o.)

4.) kein Ausschluss gem. § 682 BGB

5.) Rechtsfolge:

→ alle adäquat kausal und zurechenbar auf der Ausführungspflichtverletzung beruhenden Schäden

6.) § 254 BGB

7.) keine Verjährung, §§ 195, 199 BGB

e) §§ 989, 990 Abs. 1 BGB: Schadensersatzpflicht des verklagten oder bösgläubigen Besitzers im Eigentümer - Besitzerverhältnis

1) Vindikationslage (→ bestehender Herausgabeanspruch aus § 985 BGB)

- a) Sache
- b) Anspruchsteller = Eigentümer
- c) Anspruchsgegner = Besitzer
- d) kein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB

2.) Bösgläubigkeit des Besitzers

- a) bei Besitzerwerb, § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB (Bösgl.: § 932 Abs. 2 BGB analog)
 - b) später, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB (**merke:** jetzt schadet nur noch *positive Kenntnis*)
 - c) Bezugspunkt der Bösgläubigkeit: fehlendes Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer
- beachte** unbedingt bei der Anfechtung § 142 Abs. 2 BGB !!!

Probleme: die *Fortgeschrittenen* unter Ihnen sollten zur Bösgläubigkeit i.R.d. § 990 BGB unbedingt folgende „Klassiker“ kennen:

- 1.) Auf wessen Bösgläubigkeit kommt es bei minderjährigen Besitzern an: Eltern (§ 166 Abs. 1 analog) oder Minderjähriger selbst (§ 828 BGB analog) ? → str. !
- 2.) wie wird die Bösgläubigkeit von Hilfspersonen bei Besitzerwerb zugerechnet: § 166 Abs. 1 BGB analog oder § 831 BGB analog ? → str. !

3.) „Aufschwungexzess“ : kann „Aufschwungen“ vom Fremdbesitzer zum Eigenbesitzer (§ 872 BGB) als „Besitzerwerb“ i.S.d. § 990 Abs. 1 BGB gewertet werden, mit der Folge, dass dann auch nach erstmaliger Besitzerlangung nicht nur positive Kenntnis , sondern auch grob fahrlässige Unkenntnis bezüglich des fehlenden Besitzrechts schadet ? → sehr str., hierzu sollten Sie unbedingt den „Feldlokomotivenfall“ kennen, BGHZ 31, 129.

→ eine Darstellung dieser Probleme mit den wesentlichen Argumenten finden Sie bei *Gursky*, 20 Probleme zum Eigentümer- Besitzer – Verhältnis.

3.) Verschlechterung, Untergang, Nichtherausgebbarkeit der Sache, § 989 BGB

4.) diesbezügliches Verschulden des Besitzers

→ §§ 276, 278 BGB

merke: die §§ 987-993 BGB begründen ein *gesetzliches Schuldverhältnis*. Deshalb ist § 278 BGB als Verschuldenszurechnungsnorm anwendbar.

5.) ersatzfähiger Schaden

→ §§ 249 ff BGB, aber Vorenthaltungsschaden wegen verzögerter Herausgabe nur unter den zusätzl. Voraussetzungen des § 990 Abs. 2 BGB

6.) § 254 BGB

7.) keine Verjährung, §§ 195,199 BGB

f) § 991 Abs. 2 BGB (Haftung des für einen anderen Besitzenden im Eigentümer- Besitzer – Verhältnis)

Tip: Anspruchsgrundlage besonders gut einprägen, man übersieht sie leicht !

- 1.) Vindikationslage (siehe oben)
- 2.) Gutgläubigkeit des Besitzers bei Besitzerwerb
- 3.) Besitzer (Anspruchsgegner) ist Besitzmittler
- 4.) Schaden i.S.d. § 989 (Untergang , Verschlechterung etc.)
- 5.) **Besitzer haftet mittelbarem Besitzer nach dem mit diesem bestehenden Rechtsverhältnis für diesen Schaden**
- 6.) Verschulden

Problem für die *Fortgeschrittenen*: Verschulden für Haftung gegenüber dem Eigentümer auch erforderlich, wenn Besitzmittler dem Oberbesitzer nach dem zu diesem bestehenden Rechtsverhältnis auch für *Zufall* haftet ? → sehr str. !

7.) Rechtsfolge: „insoweit“ haftet der Besitzer auch dem Eigentümer

Merke: also grundsätzlich auch nur nach dem *Haftungsmaßstab*, nach dem er dem Oberbesitzer haftet → wichtig bei Haftungsmilderungen im Verhältnis zu diesem !

g) Deliktische Schadensersatzansprüche:

aa) Überblick

merke: im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis lassen sich die deliktischen Schadensersatzansprüche wie folgt systematisieren:

(1) Haftung aus nachgewiesenem Verschulden (konzeptioneller Regelfall)

- § 823 Abs. 1 BGB
- § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz
- § 826 BGB

(2) Haftung aus vermutetem Verschulden

- § 831 BGB

merke: § 831 BGB ist eine eigenständige Anspruchsgrundlage, keine Zurechnungsnorm; gehaftet wird für vermutetes Eigenverschulden des Geschäftsherrn)

- § 833 Satz 2 BGB

- § 18 Abs. 1 StVG (Haftung des Fahrzeugführers)

(3) Gefährdungshaftung (eigentl. systemwidrige Ausnahme: Durchbrechung des Verschuldensprinzips)

- § 7 Abs. 1 StVG (Halterhaftung)

- § 833 Satz 1 BGB (Tierhalterhaftung bei Luxustieren)

- § 1 ProdhaftG

bb) Prüfungsschemata zu den einzelnen Ansprüchen

aaa) § 823 Abs. 1 BGB

Kurzüberblick:

1. Anwendbarkeit
2. Rechtsgutsverletzung
3. Haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden
6. Schaden
7. Haftungsausfüllende Kausalität
8. Art / Umfang des Ersatzes, §§ 249 ff, 842 ff. BGB
9. Mitverschulden, § 254 BGB
10. Verjährung

Im Einzelnen:**1.) Anwendbarkeit:**

→ problematisch insbes. neben EBV wg. § 993 Abs. 1 a.E. BGB → § 992 BGB beachten , neben ProdhaftG anwendbar gem. § 15 Abs. 2 ProdhaftG

2.) Rechtsgutsverletzung

merke: es gilt das *Enumerativprinzip*: nur die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter, aber gewisse Aufweichung über „sonstige Rechte“ (z.B. berechtigter Besitz, allgemeines Persönlichkeitsrecht, eingerichteter und ausgeübter Gewerbegebiet (str.))

Tip: Die *Fortgeschritteneren* unter Ihnen sollten sich bezüglich der Probleme, die in der Klausur beim Prüfungspunkt „Rechtsgutsverletzung“ auftauchen können einen Überblick bei *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 607 – 620 a.

3.) Verletzungshandlung: Tun oder *pflichtwidriges* Unterlassen

→ Pflichtwidrigkeit des Unterlassens setzt Verletzung einer Handlungspflicht voraus. Diese bedarf einer Begründung. Beispiel: Verkehrssicherungspflicht, Ingerenz, Organisationspflichten.

4.) haftungsbegründende Kausalität

→ Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung

a) *Äquivalenz*: jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Verletzungserfolg entfiel

b) *Adäquanz*: die Rechtsgutsverletzung beruht dann adäquat kausal auf der Verletzungshandlung, wenn diese im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, eine Rechtsgutsverletzung der eingetretenen Art herbeizuführen.

c) Zurechnungsgesichtspunkte / Schutzzweck der Norm

5.) Rechtswidrigkeit

6.) Verschulden

a) Verschuldensfähigkeit, §§ 827, 828 BGB

b) Verschuldensmaßstab

→ Grundsatz: § 276 BGB

→ **Problem**: gemilderter oder verschärfter Haftungsmaßstab, insbes. Übergreifen von Haftungsmilderungen oder Verschärfungen aus anderen Ansprüchen: z.B vertragliche Vereinbarung, §§ 521, 680, 708, 1359, 1664, §§ 104, 105 SGB VII; innerbetrieblicher Schadensausgleich;

merke: häufiges Folgeproblem: *gestörter Gesamtschuldnerinnenausgleich*. Die *Fortgeschrittenen* unter Ihnen sollten sich hierzu unbedingt einen Überblick verschaffen, etwa durch Lektüre von *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rnrm. 628 ff.

7.) Schaden

8.) haftungsausfüllende Kausalität

→ Kausalität zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden

merke also: bei § 823 Abs. 1 BGB ist Kausalität *zweimal* zu prüfen !

9.) Art und Umfang des Ersatzes → §§ 249, 842, 843 ff. BGB

10.) Mitverschulden, § 254 BGB

11.) Verjährung, §§ 195, 199 BGB

bbb) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz

I.) Anwendbarkeit (s.o. bei § 823 Abs. 1 BGB)

II.) haftungsbegründender Tatbestand

1. Verletzung eines Schutzgesetzes

- a) Def. „Gesetz“ i.S.d. BGB: Art. 2 EGBGB
- b) Vorliegen einer Ge – oder Verbotsnorm mit *Individualschutzzweck*
- c) Verletzter untersteht dem *persönlichen Schutzbereich*
- d) Schädigung fällt in den *sachlichen Schutzbereich*
- e) Verletzung des Schutzgesetzes nach *seinen Voraussetzungen*
(also z.B. §§ 263, 303 StGB nur vorsätzlich)

2.) Rechtswidrigkeit

3.) Verschulden

merke:

(1.) § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB: auch wenn die Verletzung des jeweiligen Schutzgesetzes nach ~~dessen~~ Voraussetzungen grundsätzlich kein Verschulden erfordert, kommt eine

Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB nur bei Verschulden in Betracht. Hintergrund: Verschuldensprinzip
 (2.) auch die Verschuldensfähigkeit richtet sich nach BGB (nämlich §§ 827, 828) und nicht nach den Vorschriften des jeweiligen Gesetzes (etwa § 19 StGB).

II.) haftungsausfüllender Tatbestand

- 1.) Schaden (auch primäre Vermögensschäden !)**
- 2.) haftungsausfüllende Kausalität** zwischen Schutzgesetzverletzung und Schaden , **und Schadenszurechnung**
- 3.) Art und Umfang des Schadens, §§ 249 ff, 842**
- 4.) Mitverschulden, § 254 BGB**
- 5.) Verjährung, §§ 195, 199 BGB**

ccc) § 826 BGB: Haftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Hinweis: als allgemeines sittlich-ethisches Korrektiv ist § 826 BGB auch neben jeglichen Spezialnormen anwendbar, insbes. auch unabhängig von § 992 BGB neben EBV !

1.) Schadenszufügung durch kausale Schädigungshandlung

→ primärer Vermögensschaden genügt, anders als bei § 823 Abs. 1 keine spezielle Rechtsgutsverletzung erforderlich

2.) Sittenwidrigkeit der schädigenden Handlung

3.) Vorsatz bezüglich

- a) Sittenwidrigkeit **und**
- b) Schaden

merke: dies ist eine Besonderheit ! Grundsätzlich muss sich nämlich der Vorsatz nur auf die Verletzungshandlung beziehen, nicht jedoch auch auf den Schaden !

4.) Rechtsfolge: Schadensersatz

→ bez. Art und Umfang des Schadens vgl. §§ 249 ff, 842 ff BGB

5.) Mitverschulden, § 254 BGB

merke: gegenüber dem vorsätzlich sittenwidrig Handelnden ist nach der Rspr. selbst grobe Fahrlässigkeit des Geschädigten hinsichtlich der *Schadensentstehung* nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen). Bezüglich der *Schadenshöhe* bzw. – entwicklung nach Schädigung begegnet die Anwendung des § 254 Abs. 2 BGB hingegen keinen grundsätzlichen Bedenken.

ddd) § 831 Abs. 1 BGB:

Haftung des Geschäftsherrn für vermutetes Eigenverschulden hinsichtlich einer rechtswidrigen deliktischen Schädigung durch einen Verrichtungsgehilfen

Merke: § 831 BGB ist keine Zurechnungsnorm (im Gegensatz zu § 278 BGB für den Fall einer Sonderverbindung), sondern eigene Anspruchsgrundlage: Haftung für vermutetes eigenes (Auswahl – und Überwachungs -) Verschulden des Geschäftsherrn !

1.) Verrichtungsgehilfe

→ wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Geschäftsbereich tätig wird und *von dessen Weisungen abhängig ist* (also insbesondere *nicht* selbständige Unternehmer)

→ für die *Weisungsgebundenheit* reicht es aus, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken, untersagen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann

2.) tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung i.S.d. §§ 823 ff. BGB des Verrichtungsgehilfen

merke: Verschuldensfähigkeit und Verschulden des Verrichtungsgehilfen *nicht* erforderlich, arg.: Haftung für vermutetes Verschulden des *Geschäftsherrn*

3.) gerade „in Ausführung der Verrichtung“ (und nicht nur „bei Gelegenheit“)

→ (+), wenn ein unmittelbarer innerer Zusammenhang zwischen der dem Gehilfen übertragenen Tätigkeit nach Art und Zweck einerseits und der Schädigungshandlung andererseits bestehen; d.h.: Haftung nur für dasjenige Fehlverhalten, für das die Einschaltung des Verrichtungsgehilfen eine *typische Risikoerhöhung* geschaffen hat

4.) Verschulden des Geschäftsherrn

→ wird *vermutet* → Geschäftsherr muss sich entlasten (Exkulpation)

→ das kann er auf zweierlei Weise tun: durch Widerlegung

a) der Verschuldensvermutung

b) Widerlegung der Vermutung der Ursächlichkeit seines sorgfaltswidriges Verhaltens für die Schädigung (§ 831 Abs. 1 , letzter Halbsatz BGB)

merke: machen Sie sich klar, dass der Umstand, dass es sich bei § 831 BGB um eine Haftung für *vermutetes* Verschulden handelt, auch eine konkrete Bedeutung für Ihre Klausurbearbeitung hat: während Sie bei Ansprüchen aus nachgewiesenem Verschulden im Sachverhalt nach Anhaltspunkten für ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners suchen müssen, ist dies bei § 831 BGB nicht nötig, da dieses ja gerade vermutet wird. Hier müssen Sie - genau umgekehrt – nach Umständen Ausschau halten , mit denen der Schuldner sich entlastet. Typischerweise finden Sie dann im Sachverhalt den Vortrag, bei dem Verrichtungsgehilfe handele es sich um einen qualifizierten, langjährigen Mitarbeiter, der bislang stets zuverlässig gearbeitet habe und ständig aufmerksam überwacht werde o.ä. Finden sich keine entsprechenden Ausführungen im Sachverhalt, bleibt es in Ihrer Klausur beim Verschulden des Geschäftsherrn.

Dasselbe gilt klausurtechnisch auch bei allen anderen Ansprüchen aus vermutetem Verschulden, also insbesondere bei §§ 280 Abs. 1 BGB, 311 a Abs. 2 BGB (siehe dazu bereits oben).

5.) Art und Umfang des Ersatzes, §§ 249 ff, 842 ff BGB

→ insbes. auch **Kausalität** der Verletzungshandlung des Verrichtungsgehilfen und der schuldhaften Pflichtverletzung des Geschäftsherren für den geltend gemachten Schaden erforderlich. Letztere wird vermutet, vgl. § 831 Abs. 1 a.E. BGB.

6.) Mitverschulden, § 254 BGB

7.) Verjährung, §§ 195, 199 BGB

8.) Rechtsfolge: Schadensersatz

h) § 7 Abs. 1 StVG:

Haftung des Fahrzeughalters im Straßenverkehr

merke: Gefährdungshaftung, kein Verschulden erforderlich !

1.) Anspruchsgegner: Halter des Fahrzeuges

Def: Halter ist derjenige, der ein Fahrzeug für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die für den Gebrauch erforderliche Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt. Entscheidend für die Verfügungsgewalt ist das *tatsächliche*, nicht das rechtliche Herrschaftsverhältnis. Daher ist es für die Haltereigenschaft nicht erforderlich, dass der Betreffende Eigentümer des Fahrzeuges ist. Andererseits muss das tatsächliche Herrschaftsverhältnis auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Wer ein Fahrzeug nur vorübergehend für kurze Zeit in Gebrauch hat, ist regelmäßig nicht der Halter des Fahrzeuges. Daher ist regelmäßig nicht Halter, wer sich ein KFZ für kurze Zeit ausleiht oder Mietet. Umgekehrt ist der Leasingnehmer i.d.R. als Halter anzusehen.

2.) Verletzung eines der in § 7 Abs. 1 StVG genannten Rechtsgüter

3.) bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs

→ zur Def. des Kraftfahrzeuges i.S.d. StVG vgl. § 1 Abs. 2 StVG

→ „bei Betrieb“: h.M.: grds. „verkehrstechnische Auffassung“: ausreichend ist naher örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit Betriebsvorgang

4.) keine höhere Gewalt i.S.d § 7 Abs. 2 StVG

merke: bis zum 1.8.2002 setzte § 7 Abs. 2 StVG ein „unabwendbares Ereignis“ voraus. Durch die Änderung dahingehend, dass nunmehr nur bei „höherer Gewalt“ ein Ausschluss der Halterhaftung stattfindet, wird diese erweitert. Der Begriff der „höheren Gewalt“ findet sich auch in § 1 Abs. 2 HaftpflG. Dort hat der BGH folgende Definition entwickelt:

„Höhere Gewalt ist ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen Dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit in Kauf zu nehmen ist“

5.) kein Haftungsausschluss, §§ 8, 8 a StVG

6.) Mitverschulden, §§ 9, 17 StVG

7.) Umfang des ersatzfähigen Schadens, §§ 10 ff. StVG (leges speciales zu §§ 842 ff.)

8.) Verjährung, § 14 StVG

9.) Verwirkung, § 15 StVG

i) § 18 Abs. 1 StVG

Haftung des Fahrzeugführers

merke: Haftung aus vermutetem Verschulden !

- 1.) Anspruchsgegner: Führer des KFZ**
- 2.) Verletzung eines in § 18 Abs. 1 StVG geschützten Rechtsgutes**
- 3.) bei Betrieb eines Kraftfahrzeuges**
→ vgl. § 7 StVG
- 4.) kein Nachweis fehlenden Verschuldens, § 18 Abs. 1 Satz 2**
- 5.) kein Haftungsausschluss, § 18 i.V.m §§ 8, 8a StVG**

- 6.) Mitverschulden, § 18 Abs. 1 i.V.m § 9 StVG, § 18 Abs. 2 i.V.m. § 17 StVG**
- 7.) Haftungsumfang, § 18 Abs. 1 i.V.m §§ 10 ff. StVG**
- 8.) keine Verjährung, § 18 Abs. 1 i.V.m. § 14 StVG**

9.) keine Verwirkung, § 18 Abs. 1 i.V.m. § 15 StVG

j) § 1 Abs. 1 Produkthaftungsgesetz

merke: Gefährdungshaftung

1.) Anspruchsgegner ist Hersteller, § 4 ProdhaftG

- a) tatsächlicher Hersteller, § 4 Abs. 1 Satz 1 ProdhaftG oder
- b) Quasihersteller, § 4 Abs. 1 Satz 2 ProdhaftG oder
- c) Importeur, § 4 Abs. 2 ProdhaftG oder
- d) Lieferant, § 4 Abs. 3 ProdhaftG (vgl. Ausnahmen , unter denen er nicht haftet !)

2.) Verletzung eines in § 1 Abs. 1 Satz 1 ProdhaftG genannten Rechtsgutes

beachte: Einschränkung durch § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdhaftG bei Sachbeschädigung

3.) durch ein Produkt i.S.d. § 2 ProdhaftG

4.) mit Fehler, § 3 ProdhaftG

5.) kein Ausschluss, § 1 Abs. 2 und 3 ProdhaftG

6.) Umfang, §§ 7, 8 ff. ProdhaftG

7.) Haftungsminderung, § 6 ProdhaftG

8.) Selbstbeteiligung, § 11 ProdhaftG: Im Falle der Sachbeschädigung hat der Geschädigte einen Schaden bis zu einer Höhe von 500 Euro selbst zu tragen .

7.) Verjährung, § 12 ProdhaftG

8.) Erlöschen, § 13 ProdhaftG

III) Ansprüche auf Herausgabe

1.) Überblick

a) vertragliche

aa) vertragliche Vereinbarung: selbstverständlich können Herausgabepflichten durch vertragliche Vereinbarung begründet werden. In bestimmten Konstellationen können sich vertragliche Herausgabepflichten auch gem. § 242 BGB als Nebenpflicht oder aber im Wege *ergänzender Vertragsauslegung* ergeben.

bb) gesetzlich angeordnete Herausgabeansprüche im Zusammenhang mit der Abwicklung von Vertragsverhältnissen:

→ § 285 Abs. 1 BGB

→ § 528 BGB: Rückforderung des Geschenkes wegen Verarmung des Schenkers

→ § 546 BGB: Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses

- § 581 Abs. 2 BGB i.V.m. 546 BGB: Rückgabepflicht des Pächters
- § 604 BGB: Rückgabepflicht des Entleihers
- § 667 BGB: Herausgabepflicht des Beauftragten

cc) vertraglicher Schadensersatzanspruch i.V.m. § 249 Satz 1 BGB, wenn die Pflichtverletzung gerade in der Entziehung / Vorenthaltung des Besitzes besteht

b.) im Rahmen der GoA:

- § 681 Satz 2 i.V.m. 667 BGB
- § 687 Abs. 2 i.V.m. 681 Satz 2, 667 BGB
- § 684 (h.M. : Rechtsfolgenverweisung auf § 818 BGB)

c.) dingliche:

- § 985 BGB
- § 1007 Abs. 1 und Abs. 2 BGB (jetzt schon **merken**: zwei selbständige
Anspruchsgrundlagen)
- § 861 BGB
- §§ 1227 i.V.m. 985 BGB (beim Pfandrecht; über § 1257 BGB auch beim gesetzlichen)

d.) ungerechtfertigte Bereicherung

→ sämtliche Bereicherungsansprüche führen über § 818 Abs. 1 BGB primär zur Herausgabe

→ Überblick:

a) Leistungskondiktionen:

- (1) § 812 Abs. 1 Satz 1 , 1. Alt. BGB (condictio indebiti)
- (2) § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB (condictio ob causam finitam)
- (3) § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB (condictio ob rem)
- (4) § 817 Satz 1 BGB: condictio ob turpem vel iniustam causam

b) Nichtleistungskondiktionen:

(1) § 812 Abs. 1 Satz 1 , 2. Alt. BGB (allg. Nichtleistungskondiktion, wichtigste Unterfälle:
Eingriffskondiktion und Rückgriffskondiktion)

(2) § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

(3) § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

(4) § 816 Abs. 2 BGB

(5) § 822 BGB (subsidiäre Kettendurchgriffskondiktion)

e.) als Schadensersatz

→ sämtliche Schadensersatzansprüche können im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Absatz 1 BGB auf Herausgabe gehen, wenn die Verletzungshandlung gerade in der Entziehung der Sache lag.

f.) erbrechtlich

→ § 2018 BGB

2) Die einzelnen Anspruchsgrundlagen

a) dingliche Herausgabeansprüche:

aa) § 985 BGB: Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer

Vorbemerkung : Herausgabegegenstand des § 985 BGB ist die „Sache“. Der Begriff ist in § 90 BGB legaldefiniert. **Beachten Sie**,

(1) dass nach § 90 a BGB Tiere zwar keine Sachen, die für diese geltenden Vorschriften aber auf sie entsprechend anwendbar sind.

(2) Sachen die gem. §§ 93, 94 BGB wesentliche Bestandteile einer anderen Sache und infolgedessen nicht sonderrechtsfähig sind, als solche nicht Gegenstand eines Herausgabeanspruches nach § 985 BGB sein können.

1.) Anspruchsteller: Eigentümer**merke:**

(1) an dieser Stelle müssen Sie – wenn problematisch – die Eigentumslage prüfen. Deshalb können hier in der Klausur Probleme des Eigentumserwerbs und – verlustes gem. §§ 873, 892 ff, 929 ff., 932 ff, 946 ff., 952, 953 ff., 973, 974 BGB etc. eingebaut werden.

(2) beachte die Vermutungen des § 1006 BGB. Nach § 1006 Abs. 1 BGB wird zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei. Genaugenommen wird vermutet, dass der Besitzer bei Besitzerwerb Eigenbesitz begründet, dabei unbedingtes Eigentum erworben und es während der Besitzzeit auch behalten hat. Nach Absatz 2 wird zugunsten eines früheren Besitzers vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei. Absatz 3 stellt klar, dass im Falle des mittelbaren Besitzes die Vermutung für den mittelbaren Besitzer gilt. Praktische Bedeutung haben diese Vermutungen im Prozess, da sie die Darlegungs – und Beweislast des Vermutungsbegünstigten verkürzen. Dieser muss nicht sein Eigentum beweisen, sondern lediglich den Besitz als Vermutungsgrundlage. Da die Vermutung auf dem Zusammentreffen von Besitzerwerb mit Eigenbesitzerwerb und Eigentumserwerb aufbaut, greift sie nicht ein, wenn der Besitzer selbst behauptet, dass der Besitzerwerb nicht zum Eigentumserwerb geführt habe, weil er schon vorher Eigentum erworben oder weil er bei Besitzerwerb zunächst Fremdbesitz und erst später Eigentum erworben habe. Desgleichen ist die Vermutung nicht bei Urkunden i.S.d. § 952 BGB anwendbar, da hier der Eigentumsübergang am Papier nicht durch Besitzbegründung an diesem erfolgt, sondern das Recht am Papier kraft Gesetzes dem Recht aus dem Papier folgt.

2.) Anspruchsgegner: Besitzer (nicht Besitzdiener)**3.) kein Recht zum Besitz, § 986 BGB**

a) eigenes / abgeleitetes

b) schuldrechtliches / dingliches (str, ob aus §§ 1000, 994 ff. BGB., s.u.)

beachte:

(1) § 986 Abs. 2 BGB: ermöglicht es dem Inhaber eines obligatorischen, d.h. nur relativ gegenüber dem Vertragspartner wirkenden Besitzrechts, im Falle einer Übereignung des nicht unmittelbar besitzenden Veräußerers gem. §§ 929, 931 BGB, dem Erwerber dieses Besitzrecht entgegen zu halten. Neben § 404 BGB nötig, weil nicht der Anspruch aus § 985 BGB selbst abgetreten wird (der nach h.M. unabtretbar ist), sondern ein anderweitiger Herausgabeanspruch, so dass § 404 BGB gegen den Anspruch des neuen Eigentümers aus § 985 BGB nicht greift.

(2) gilt nach h.M. analog bei Übereignung einer beweglichen Sache durch den nicht unmittelbar Besitzenden gemäß §§ 929, 930 BGB.

4.) kein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen des Besitzers auf die Sache, § 1000 BGB

für die Fortgeschrittenen: der BGH hat wiederholt aus § 1000 BGB ein *Recht zum Besitz abgeleitet*. Dieses Vorgehen überzeugt nicht. Es handelt sich um ein selbständiges Gegenrecht, dessen Geltendmachung nicht zur Klageabweisung, sondern lediglich zur Verurteilung Zug – um – Zug (§ 274 Abs. 1 BGB) führt.

bb) § 1007 Abs. 1 BGB:

Hinweis: Der Anspruch hat neben § 985 BGB kaum eine eigenständige Bedeutung

1.) *bewegliche* Sache

2.) Anspruchsteller: früherer Besitzer

3.) Anspruchsgegner: jetziger Besitzer

4.) kein dem Anspruchsteller gegenüber wirkendes Besitzrecht des jetzigen Besitzers

5.) Bösgläubigkeit des jetzigen Besitzers bei Besitzerwerb

merke:

(1) *Bezugspunkt* der Bösgläubigkeit: Fehlen eines dem Anspruchsteller gegenüber wirkenden Besitzrechts

(2) *Maßstab*: § 932 Abs. 2 BGB analog

6.) kein Anspruchsausschluss, § 1007 Abs. 3 BGB

a) früherer Besitzer (Anspruchsteller) hatte bei Besitzerwerb kein Besitzrecht und war diesbezüglich bösgläubig (§ 1007 Abs. 3 Satz 1, 1. Alt. BGB)

b) Besitzaufgabe durch früheren Besitzer (§ 1007 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. BGB)

c) Besitzrecht des gegenwärtigen Besitzers gegenüber früherem Besitzer (§ 1007 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 986 BGB)

7.) kein Zurückbehaltungsrecht des gegenwärtigen Besitzers wegen Verwendungen auf die Sache, § 1007 Abs. 3 i.V.m. 1000 BGB

cc) § 1007 Abs. 2 BGB:

1.) bewegliche Sache

2.) Anspruchsteller: früherer Besitzer

3.) Anspruchsgegner: jetziger Besitzer

4.) Abhandenkommen der Sache beim früheren Besitzer

Def. Abhandenkommen: unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes (wie in § 935 BGB); für den mittelbaren Besitzer als Anspruchsteller vgl. zum Abhandenkommen § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB

5.) kein Ausschluß

- a) bei Geld und Inhaberpapieren, § 1007 Abs. 2 Satz 2 (Grund: § 935 Abs. 2 BGB)
- b) gegenwärtiger Besitzer ist Eigentümer des Sache (§ 1007 Abs. 2 Satz 1, 2. HS, 1. Alt.)
- c) Sache war gegenwärtigem Besitzer selbst vor der Besitzzeit des Anspruchsteller abhanden gekommen , § 1007 Abs. 2 Satz 1, 2. HS, 2. Alt. BGB
- d) BesitzR. des gegenwärtigen Besitzers gegenüber dem früheren Besitzer, § 1007 Abs. 3 Satz 2 mit § 986 BGB

6.) kein Zurückbehaltungsrecht des gegenwärtigen Besitzers wegen Verwendungen auf die Sache, § 1007 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 1000 BGB**dd) § 861 BGB: Anspruch des früheren Besitzers, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde**

merke: bei § 861 BGB handelt es sich im Gegensatz zu § 1007 BGB um einen sog. possessorischen Herausgabeanspruch. Er beruht auf dem (früheren) Besitz als solchem und ist unabhängig von einem Recht zum Besitz. Deshalb können diesem Anspruch auch grundsätzlich keine petitorischen (aus einem Recht zum Besitz) Einwendungen entgegengehalten werden, , vgl. § 863 BGB. Ausnahme : § 864 Abs. 2 BGB.

Die *Interessierten* unter Ihnen merken sich: nach BGH (Z 73, 355, zuletzt NJW 1999, 425) gilt § 864 Abs. 2 BGB analog bei petitorischer Widerklage gegen eine possessorische Herausgabeklage, *wenn* Klage und Widerklage *gleichzeitig entscheidungsreif* sind. Ist die

petitorische Widerklage begründet, so wird ihr stattgegeben. Die possessorische Herausgabeklage wird abgewiesen, auch wenn sie bei isolierter Betrachtung ebenfalls begründet wäre.

1.) Anspruchsteller: früherer Besitzer (unmittelbarer , mittelbarer unter den Voraussetzungen des § 869 BGB)

2.) Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 2 BGB

Kurzdef. Verbotene Eigenmacht: Entziehung des unmittelbaren Besitzes ohne Willen des unmittelbaren Besitzers und ohne gesetzliche Gestattung (vgl. § 858 Abs. 2 BGB).

3.) Anspruchsgegner: fehlerhafter Besitzer, § 858 Abs. 2 BGB

beachte: § 858 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen sich der Nachfolger im Besitz die Fehlerhaftigkeit entgegenhalten lassen muss. Bei der Einzelnachfolge in der Besitz kommt es dabei (anders als bei der erbrechtlichen Universalsukzession) grundsätzlich darauf an, dass der Besitzer die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennt. **Merke** dazu: *ein* Gutgläubiger in der Besitzkette lässt die Fehlerhaftigkeit entfallen ! Ein interessantes Problem stellt sich, wenn der ursprünglich fehlerhafte Besitzer von seinem gutgläubigen Besitznachfolger den Besitz an der Sache zurückerlangt. Nach dem soeben Gesagten müsste er dann fehlerfreien Besitz erwerben (weil die Fehlerhaftigkeit durch den zwischenzeitlichen Besitz des Gutgläubigen „geheilt“ ist). Es fragt sich allerdings, ob diese Ergebnis nicht einer Korrektur aus Wertungsgründen bedarf. Letztlich handelt es sich hier um ein Parallelproblem zu dem bei § 932 BGB diskutierten „Rückerwerb des ursprünglich Nichtberechtigten“ (vgl. dazu Palandt / Bassenge, § 932 Rn. 17).

4.) kein Ausschluss

- a) § 861 Abs. 2 BGB
- b) § 864 BGB

merke: § 863 BGB ist eigentlich überflüssig, weil in dem dort geregelten Fall schon keine verbotene Eigenmacht vorliegt.

b) Herausgabeansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung:

aa) § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB (condictio indebitii – Rückforderung einer freiwilligen rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung)

Kurzüberblick:

1. etwas erlangt

2. durch Leistung
3. ohne Rechtsgrund
4. Kein Kondiktionsausschluss
 - a) § 814 BGB
 - b) § 817 Satz 2 BGB analog
5. Umfang der Herausgabe, § 818 Abs. 1, und 2
6. Keine Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB

Im Einzelnen:

1.) etwas erlangt

→ Def: „etwas“ bedeutet *jeder vermögenswerte Vorteil*

→ Bereicherungsgegenstände können danach insbesondere sein:

- Rechte aller Art (insbes. dingl. Rechte wie Eigentum, Anwartschaftsrecht, Pfandrecht, aber auch obligatorische Ansprüche, etwa Bereicherungsanspruch gegen Dritten bei der „Kondiktion übers Eck“ in bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen („Kondiktion der Konditkion“))
- vorteilhafte Rechtsstellungen: z.B. Besitz (str., ob Recht), Grundbuchposition, Willenserklärungen (z.B. Auflassung i.S.d. §§ 873, 925 BGB)
- Befreiung von Verbindlichkeiten (insbes. bei Leistung eines Dritten auf fremde Schuld gem. § 267 BGB)
- Gebrauchs- und Nutzungsvorteile (z.B. Arbeitsleistung, Gebrauchs – und Nutzungsvorteile bei KFZ oder Räumen)

Merke: das „erlangte etwas“ ist in diesen Fällen nach richtiger Ansicht tatsächlich

im Gebrauchs – und Nutzungsvorteil als solchem und nicht etwa in den ersparten

Aufwendungen zu sehen, wie es der BGH etwa im berühmten „Flugreisefall“ (BGHZ 55, 128) angenommen hat. Diese stellen vielmehr ein Problem des

Umfangs der Bereicherung (§ 818 BGB) dar.

→ „Blockierstellung“ nach § 13 Hinterlegungsordnung

Merken Sie sich grundsätzlich zur *Benennung des Bereicherungsgegenstandes in der Klausur*: diese hat so präzise wie irgend möglich in rechtliche Kategorien zu erfolgen !!!
 Bsp: A zahlt an B 1000 Euro in bar aufgrund eines unwirksamen Vertrages. Ungenau bzw. falsch wäre es hier als „erlangtes etwas“ in der Klausur „das Geld“ bzw. „die 1000 Euro“ zu bezeichnen. Richtigerweise hat B von A *Eigentum und (unmittelbaren) Besitz an den Geldscheinen bzw. Münzen* erlangt.

2.) durch Leistung:

Def.: → Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

→ Zweckgerichtetheit ist die Bezogenheit auf ein (vermeintliches) Kausalverhältnis

merke: Von der durch die Zweckgerichtetheit charakterisierten Leistung ist die *tatsächliche Zuwendung* des Bereicherungsgegenstandes an den Empfänger zu unterscheiden. Der Unterschied ist bei der Bewältigung bereicherungsrechtlicher Mehrpersonenverhältnisse von Bedeutung. Die *tatsächliche Zuwendung* wird durch eine *Zweckbestimmung des Schuldners*, durch die jener die Zuwendung einem bestimmten Kausalverhältnis zuordnet, zur *Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne*. Deshalb ermöglicht der Leistungsbegriff bei der Leistungskondiktion die Bestimmungen der Parteien des Kondiktionsverhältnisses (nämlich grundsätzlich die Parteien des Kausalverhältnisses, dem die Zuwendung durch den Schuldner zugeordnet wird). Infolgedessen war das in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene Tatbestandsmerkmal „ auf dessen Kosten“ *bei der Leistungskondiktion keine eigenständige Bedeutung*, da es nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur die Aufgabe haben sollte, die Parteien des Kondiktionsverhältnisses festzulegen. Bedeutung hat es allerdings weiterhin bei den Nichtleistungskonditionen.

Tip:

Mit dem Leistungsbegriff und vor allem seinen Korrekturen durch Wertungsgesichtspunkte in den verschiedenen *bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen* sollten Sie sich dringend näher beschäftigen, bevor Sie sich einer Zivilrechtsprüfung stellen. Entsprechend der Zielsetzung dieser Übersichten als grobe Orientierung würde ein Eingehen auf diese Problematik erheblich den Rahmen sprengen. Für die Klausur ist aber eine Vertrautheit mit den entsprechenden Konstellationen *unverzichtbar*.

3.) ohne rechtlichen Grund

→ (+), wenn das Kausalverhältnis, auf das die Leistung erbracht wurde, nicht besteht

→ in der Klausur begegnen Ihnen hier regelmäßig Fragen der Wirksamkeit des Vertrages
(vgl. oben rechtshindernde / rechtsvernichtende Einwendungen)

beachte: § 813 BGB. Absatz 1 dieser Vorschrift erweitert den Anwendungsbereich der *condictio inebitii* (nicht auch der anderen Leistungskonditionen !). Auch derjenige Leistende, dem gegenüber zwar eine wirksame Forderung besteht, deren Geltendmachung jedoch eine Einrede entgegensteht, kann das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zurückfordern. **Beachten** Sie, dass die Vorschrift – schon nach ihrem Wortlaut – nur für *dauernde* („peremptorische“) Einreden gilt, nicht auch für vorübergehende („dilatatorische“). Dauernde Einreden sind insbesondere diejenigen aus §§ 242, 821 BGB. Auch bei der *Verjährung* handelt es sich um eine dauernde Einrede. Bezüglich ihrer ist jedoch § 813 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten, der auf § 214 Abs. 2 BGB verweist. Danach kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden und zwar selbst dann nicht, wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet wurde.

4.) kein Kondiktionsausschluss

a) § 814 BGB

→ § 814 BGB ist Ausprägung des in Treu und Glauben (§ 242 BGB) wurzelnden Verbotes widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium). Es sollen rechtsmissbräuchliche Rückforderungen ausgeschlossen werden.

aa) erste Variante: Kenntnis der fehlenden Verpflichtung zur Leistung (= der Nichtschuld)

merke:

(1) es schadet nur *positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung*. Bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer Verpflichtung ergibt, reicht alleine nicht aus, ebenso wenig grobe Fahrlässigkeit. Auch bloße Zweifel am Bestehen der Schuld reichen grundsätzlich nicht. Anders kann es im Einzelfall sein, wenn die Leistung in der erkennbaren Absicht erfolgt, sie auch für den Fall der Nichtschuld zu bewirken (Übernahme des Risikos).

→ Mit Kenntnis der Rechtslage ist jedoch andererseits nicht die exakte juristische Subsumtion gemeint. Vielmehr reicht eine Art „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Der Leistende muss wissen, dass er nicht leisten muss.

(2) Hinsichtlich der Kenntnis ist auch § 166 Abs. 1 BGB zu beachten: Bei der Vertretung ist grundsätzlich die Kenntnis des Vertreters entscheidend.

(3) Problematisch ist, ob § 814 BGB auch im Falle der Anfechtung gilt. Insofern fragt sich zunächst, ob hier überhaupt ein Fall des § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt BGB vorliegt. Nur auf diesen ist nämlich richtigerweise § 814 BGB anwendbar. Bei der Anfechtung käme jedoch auch die Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB (*condictio ob causam finitam*) in Betracht, da die Verbindlichkeit vor wirksam erklärter Anfechtung besteht und somit der rechtliche Grund - jedenfalls bei natürlicher Betrachtung - erst später wegfällt. Wendet man dennoch § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. an (etwa mit dem Argument, dass die erklärte Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB *ex tunc* wirkt und daher auch wenn die Anfechtung erst später erklärt wird, bei rechtstechnischer Betrachtung der Rechtsgrund für die Leistung aufgrund dieser Rückwirkung schon von Anfang an fehlte), so ist § 142 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach die Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Kenntnis der Nichtigkeit gleichgestellt wird. Nicht selten wird jedoch in diesen Fällen die Zahlung ohnehin als Bestätigung des getätigten Rechtsgeschäftes anzusehen und die Anfechtung daher nach § 144 BGB ausgeschlossen sein.

(4) § 814 BGB greift nicht ein, wenn die Leistung unter deutlichem Vorbehalt erfolgt.

(5) § 814 greift auch dann nicht ein, wenn die Leistung in der Erwartung der Heilung eines (noch) unwirksamen Rechtsgeschäftes erbracht wird oder in der Hoffnung, dass später eine wirksame Verpflichtung entsteht, denn hier setzt sich der Rückfordernde, wenn er sein Ziel nicht erreicht hat, mit der Rückforderung nicht in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten, weil er schließlich von der Entstehung eines Rechtsgrundes ausging. Im übrigen wird in dieser Konstellation häufig die Kondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. (condictio ob rem) vorliegen, auf die nach richtiger h.M. § 814 BGB ohnehin nicht anwendbar ist.

bb) zweite Variante: Leistung entsprach sittlicher Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht

merke: insoweit ist der Tatbestand des § 814 BGB rein objektiv formuliert. Es kommt folglich nicht darauf an, ob der Leistende Kenntnis von der Pflicht hatte.

Beispiel: Gewährung von Unterhalt an Verwandte oder Verschwägerete denen gegenüber keine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht

b) § 817 Satz 2 BGB analog:

Nach ganz herrschender Meinung ist der Kondiktionsausschluss des § 817 Satz 2 BGB nicht nur auf die Leistungskondiktion aus § 817 Satz 1 BGB (condictio ob turpem vel iniustam causam), sondern analog auch auf die übrigen Fälle der Leistungskondiktion anwendbar, mithin auch auf § 812 Abs. 1, Satz 1, 1. Alt. BGB. Dabei geht die h.M. davon aus, dass dies auch dann gilt, wenn *nur dem Leistenden* ein Sittenverstoß zur Last fällt. Zwar setzt die Kondiktion aus § 817 Satz 1 BGB, auf die sich § 817 Satz 2 BGB in seinem vom Gesetz vorgesehenen Anwendungsbereich bezieht, voraus, dass der *Empfänger* mit der Annahme der Leistung sittenwidrig handelt oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und § 817 Satz 2 BGB schließt die Rückforderung aus, wenn darüber hinaus *auch* dem Leistenden ein solcher Verstoß zur Last fällt. Dann muss aber die Kondiktion *erst recht* ausgeschlossen sein, wenn

nur der Leistende (und nicht auch der Empfänger) sittenwidrig handelt oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Andernfalls stünde der Empfänger bei einwandfreiem Verhalten schlechter als bei makelhaftem, was wertungsmäßig nicht nachvollziehbar wäre. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 817 Satz 2 BGB ist gerade im Zusammenhang mit der hier besprochenen analogen Anwendung der Vorschrift auf die *condictio indebiti* von Bedeutung, denn eigenständige Bedeutung hat diese Kondiktion neben der besonderen Leistungskondiktion aus § 817 Satz 1 BGB gerade in den Fällen, in denen letztere daran scheitert, dass nur der Leistende und nicht auch der Empfänger sittenwidrig handelt.

(5) Umfang der Herausgabepflicht:

a) primärer Herausgabegegenstand: das „erlangte etwas“ selbst

→ der genaue Inhalt des Herausgabeanspruches bestimmt sich nach der Art des Erlangten (unter anderem deshalb ist bei der Bestimmung des „erlangten etwas“ Präzision so wichtig!, s.o.). Z.B. bei rechtsgrundloser Eigentumsübertragung Rückübertragung, bei bloßer Besitzentziehung Rückübertragung des Besitzes, bei rechtsgrundloser Abtretung eines Rechts Rückabtretung, bei rechtsgrundlosem Erlass einer Verbindlichkeit deren Wiederbegründung, bei „Blockierstellung“ nach § 13 HinterlegungsO. Einwilligung in die Auszahlung an den wirklich Berechtigten / Freigabe etc.

→ war die Vermögensverschiebung nur teilweise ohne Rechtsgrund erfolgt, so ist (natürlich) nur der entsprechende Teil herauszugeben

b) Erweiterung der Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 BGB

§ 818 Abs. 1 BGB erweitert die Herausgabepflicht auf Nutzungen und Surrogate

aa) Nutzungen (Def. vgl. § 100 BGB):

→ herauszugeben sind nur die *tatsächlich* aus dem Bereicherungsgegenstand *gezogenen Nutzungen*.

Merke: Schuldhaft *nicht* gezogene Nutzungen muss der Bereicherungsschuldner nur im Falle seiner verschärften Haftung aufgrund Bösgläubigkeit oder nach Rechtshängigkeit

einer entspr. Leistungsklage (vgl. zur Rechtshängigkeit §§ 253 I, 261 I, II, 696 III ZPO (lesen)) nach §§ 819 I, 818 IV, 292 II, 987 Abs. 2 BGB herausgeben.

→ herauszugeben sind auch solche durch den Bereicherungsschuldner gezogenen Nutzungen, die der Bereicherungsgläubiger selbst nicht gezogen hätte

beachte: dies entspricht der Funktion des Bereicherungsrechts als „Abschöpfungsrecht“: entscheidend für den Umfang eines Bereicherungsanspruches ist die (ungerechtfertigte), Bereicherung beim Kondiktionsschuldner, nicht der eingetretene Verlust beim Gläubiger. Hierin unterscheidet sich das Bereicherungsrecht vom Schadensersatzrecht, bei dem für die Ermittlung des Schadens die (nachteilige) Veränderung der Vermögenslage des Geschädigten maßgeblich ist (vgl. § 249 Abs. 1 BGB) und nicht der Vermögenszuwachs beim Schädiger. Merken Sie sich deshalb als Faustformel: Das Bereicherungsrecht schaut auf den (Bereicherungs-) Schuldner, das Schadensersatzrecht auf den (Schadensersatz-) Gläubiger, d.h. den Geschädigten.

→ ist *Geld* Gegenstand des Bereicherungsanspruches, so sind die (durch Anlage) erlangten Zinsen seit der Entstehung des Bereicherungsanspruches herauszugeben. Hat der Schuldner das erlangte Geld zur Tilgung (verzinslicher) Darlehen verwendet, so hat er die dadurch ersparten Darlehenszinsen als Vorteile aus dem Gebrauch des Geldes an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben. Insoweit besteht kein Unterschied zwischen erzielten und ersparten Zinsen (h.M.).

bb) Surrogate (...“dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt“):

aaa) auf Grund des erlangten Rechts:

→ damit ist nach h.M. nur dasjenige gemeint, was der Bereicherungsschuldner in *bestimmungsgemäßer Ausübung des erlangten Rechts* erlangt hat.

Bspe.: das durch die Einziehung einer Forderung Erlangte, der bei Verwertung eines Pfandrechtes erzielte Erlös,

→ nach h.M. **nicht** erfasst sind– anders als bei §§ 285, 1370, 2019 BGB – die **rechtsgeschäftlichen Surrogate**, also das, was der Bereicherte durch Rechtsgeschäft anstelle des ursprünglichen Gegenstandes erlangt hat. Für diesen Fall gilt vielmehr § 818 II BGB. Ist also durch Rechtsgeschäft die Herausgabe des ursprünglich erlangten Gegenstandes unmöglich geworden, so ist nicht das rechtsgeschäftlich Erlangte herauszugeben, sondern Wertersatz für den ursprünglichen Bereicherungsgegenstand nach § 818 II BGB zu leisten.

Bsp: A tauscht die aufgrund eines unwirksamen Kaufvertrages von B erlangte Uhr gegen diejenige des C, die ihm besser gefällt. Der Bereicherungsanspruch des B gegen A aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB geht gemäß § 818 Abs. 2 auf den objektiven Wert der Uhr des B, nicht etwa auf Herausgabe der durch den Tausch von C erlangten Uhr.

bb) als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes:

→ der Ersatz kann auf Vertrag (z.B. Versicherungssumme) , unerlaubter Handlung (Schadensersatzanspruch gegen Dritten) etc. beruhen

c) § 818 Abs. 2 BGB:

aa) Voraussetzung: Unmöglichkeit der Herausgabe des „erlangten etwas“ in Natur

→ erfasst sind sowohl die *objektive Unmöglichkeit* , insbes. „wegen der Beschaffenheit des Erlangten“, so etwa bei empfangenen Dienstleistungen oder Gebrauchsvorteilen, als auch die *subjektive Unmöglichkeit* in der Person des Bereicherungsschuldners, so etwa bei Veräußerung der Sache.

→ *teilweise* Unmöglichkeit, z.B. Beschädigung, Veränderung, teilweiser Verbrauch der Sache stehen der Herausgabepflicht nicht entgegen (vgl. BGH, NJW – RR 2001, 6).

bb) Rechtsfolge: Wertersatz in Geld

aaa) entscheidend ist grundsätzlich der *objektive Verkehrswert*. Nicht ganz unproblematisch ist dies in Fällen, in denen der Kondiktionsschuldner den Bereicherungsgegenstand über dem Verkehrswert veräußert. Es ist jedoch die gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren, die eben den Wertersatz und nicht die Herausgabe des Erlangten anordnet.

bbb) *umstritten* ist, auf welchen Zeitpunkt für die Ermittlung dieses objektiven Verkehrswertes abzustellen ist. Nach zutreffender Ansicht ist (nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit) auf den Zeitpunkt der Entstehung des bereicherungsrechtlichen Primäranspruches und nicht auf den Zeitpunkt der Umwandlung in einen Wertersatzanspruch abzustellen.

c) Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB

aa) Grundgedanke der gesetzlichen Regelung

Gemäß § 818 Abs. 3 BGB ist die Verpflichtung zur Herausgabe des primären Bereicherungsgegenstandes und zum Wertersatz ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 , 820 Abs. 1 BGB gilt dies allerdings nur, wenn der Empfänger unverklagt und gutgläubig ist. Die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB ist von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Bereicherungsrechts und seines systematischen Verhältnisses zu anderen Anspruchsgrundlagen des BGB. In ihr kommt der Charakter des Kondiktionsanspruches als Rechtsinstitut zur *Abschöpfung noch vorhandener Vermögensvorteile beim Bereicherten* zum Ausdruck. Der nicht nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 verschärft Haftende muss nur dasjenige an den Bereicherungsgläubiger herausgeben, was gegenwärtig noch als Resultat des Bereicherungsvorganges als Vermögensmehrung in seinem Vermögen vorhanden ist. Für die Frage des Umfanges der Herausgabepflicht wird also auf den *Bereicherungsschuldner* und die *bei ihm eingetretene und fortbestehende Vermögensmehrung* geschaut. Grundsätzlich *nicht* entscheidend ist dagegen im Rahmen des Bereicherungsanspruches der durch den Bereicherungsvorgang eingetretene Verlust beim *Gläubiger* des Kondiktionsanspruches. Hier liegt ein *fundamentaler Unterschied zum Schadensersatzrecht* bei dem es gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf die im Vermögen des Gläubigers durch das schädigende Ereignis eingetretenen Einbußen ankommt, nicht hingegen auf eine dadurch möglicherweise beim Schädiger eingetretenen Vermögensmehrung. *Machen Sie sich diesen-oben bereits angesprochenen - Unterschied unbedingt (nochmals) klar und merken Sie sich als Faustformel: Das Bereicherungsrecht schaut auf den Bereicherten*

(Schuldner) , das Schadensersatzrecht auf den Gläubiger (Geschädigten). Bedeutung hat diese Sichtweise beispielsweise auch beim Problem der „aufgedrängten Bereicherung“ (dazu unten S.).

Zugleich ist § 818 Abs. 3 BGB Ausdruck der besonderen Milde der bereicherungsrechtlichen Haftung im Vergleich zum Schadensersatzrecht und zur Haftung nach erfolgtem Rücktritt gemäß den §§ 346 ff. BGB. So ist beispielsweise der nach Rücktrittsrecht Rückgewährpflichtige für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes grundsätzlich gemäß § 346 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet (und wird nicht einfach von seiner Herausgabeverpflichtung frei, wie es § 818 Abs. 3 BGB entspräche) und muss gemäß § 347 Abs. 1 BGB unter bestimmten Voraussetzungen sogar für nicht gezogene Nutzungen Wertersatz leisten. Der gutgläubige und unverklagte Bereicherungsschuldner wird hingegen über § 818 Abs. 3 BGB in seinem Vertrauen an die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs geschützt. Insofern handelt es sich also bei § 818 Abs. 3 BGB um eine Vertrauensschutznorm.

bb) Ermittlung der noch vorhandenen Bereicherung

aaa) Um den Umfang der noch vorhandenen Bereicherung festzustellen, ist der Vermögensstand des Bereicherten im Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruches mit demjenigen zum Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4 BGB) bzw. der Kenntnis vom Mangel des Rechtsgrundes (§ 819 BGB) zu vergleichen. Hierbei ist einerseits die durch den Bereicherungsvorgang im Schuldnervermögen eingetretene Vermögensmehrung festzustellen (soweit sie jetzt noch vorhanden ist), andererseits sind aber auch bestimmte mit dem entsprechenden Bereicherungsvorgang zusammenhängende Nachteile als Vermögensminderung abzuziehen. Ergibt dieser Vergleich einen Überschuss der Aktivposten über die Passivposten, so ist in diesem Umfang eine fortbestehende Bereicherung gegeben. Ein Problem besteht dabei häufig in der Frage, welche Vermögensnachteile überhaupt bei dieser Berechnung in Abzug gebracht werden können.

bbb) Allgemeine Kriterien zur Ermittlung abzugsfähiger Vermögensnachteile:

Dabei sind die abstrakten Kriterien dafür zwischen Rechtsprechung und Literatur nicht unstrittig.

- (1) Die Rechtsprechung geht grundsätzlich nach dem *Kausalitätskriterium* vor. Danach sind –jedenfalls bei der Leistungskondiktion- grundsätzlich alle Vermögensnachteile

abzugsfähig, die adäquat kausal auf dem rechtsgrundlosen Erwerb beruhen. Der Bereicherungsschuldner dürfte also ohne den rechtsgrundlosen Erwerb den Vermögensverlust nicht erlitten haben. Allerdings werden davon aus *Wertungsgründen* Ausnahmen zugelassen. Dabei darf § 818 Abs. 3 BGB insbesondere nicht dazu führen, dass die *vertragliche Risikoverteilung*, die sich dem fehlgeschlagenen Geschäft (möglicherweise) entnehmen lassen, über § 818 Abs. 3 BGB unterlaufen werden.

- (2) Die Literatur folgt dem im Ansatz, nimmt aber teilweise eine Restriktion des von ihr als zu weit empfundenen Kausalitätskriteriums vor und fragt einschränkend, ob die Entreicherung auf einer Disposition des Schuldners beruht, die dieser gerade *im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs* vorgenommen hat (*Vertrauenskriterium*). Hintergrund dieser Einschränkung ist die Einordnung des § 818 Abs. 3 BGB als Vertrauensschutznorm.

Bsp.: A erlangt von B aufgrund unwirksamen Vertrages einen Hund. Dieser zerbeißt den teuren Perserteppich des A. Stellt man allein auf die Kausalität des Bereicherungsvorganges (hier: rechtsgrundloser Erwerb des Hundes) ab, so wäre die Abzugsfähigkeit der Schäden am Teppich i.R.d. § 818 Abs. 3 BGB zu bejahen. A müsste den Hund nur Zug – um – Zug gegen Ersatz dieser Schäden an B herausgeben, § 274 BGB. Verlangt man hingegen mit der überwiegenden Literatur zusätzlich, dass der eingetretene Vermögensverlust auf einer Disposition des Schuldners beruht, die dieser gerade im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs hat, so ist die Abzugsfähigkeit des Schadens am Teppich zu verneinen: A hat sich nicht etwa den Teppich von seinem Hund zerbeißen lassen, weil er meinte, den Hund behalten zu dürfen.

Anders ist es etwa, wenn A blind ist und dem Hund eine aufwendige und teure Ausbildung als Blindenhund angedeihen lässt. Diese Aufwendungen (Kosten der Ausbildung) nimmt A gerade deswegen auf sich, weil er glaubt, den Hund behalten und als Blindenhund nutzen zu können. Sie erfolgen also gerade im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs und wären daher auch nach Ansicht der Literatur im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB abzugsfähig.

Merke: abgesehen von derartigen Ausnahmefällen werden die Ansätze der Rechtsprechung und der Literatur in der Regel zu demselben Ergebnis führen. Dann sollten

Sie die unterschiedlichen Ansätze in der Klausur nicht unbedingt als Streit darstellen. Es dürfte sich eher empfehlen, hier in durch eine knappe Formulierung erkennen zu lassen, dass Ihnen das Problem bekannt ist, sie aber zugleich erkannt haben, dass es für die Falllösung keine Bedeutung hat. So beweisen Sie Souveränität und Übersicht. Eine etwas ausführlichere Auseinandersetzung mit der Problematik ist hingegen vor allem dann angezeigt, wenn es - wie im Beispiel - um *Schäden* geht, die durch den Kondiktionsgegenstand (im Beispiel: Hund) verursacht worden sind.

cc) Beispiele für abzugsfähige Positionen:

aaa) Verlust des ursprünglichen Bereicherungsgegenstandes

Hat der Bereicherungsschuldner den ursprünglichen Bereicherungsgegenstand - aus welchen Gründen auch immer - verloren, so liegt grundsätzlich insoweit Entreicherung vor

merke aber: ist der erlangte Gegenstand weitergegeben oder verbraucht worden, so besteht eine Bereicherung insoweit fort, wie der Bereicherungsschuldner dadurch anderweitige noch vorhandene Vermögensvorteile erlangt oder soweit er durch Verwendung des Erlangten Ausgaben erspart hat, die er notwendigerweise auch sonst gehabt hätte.

Bsp.: - Verwendung rechtsgrundlos erlangten Geldes zur Tilgung eigener Schulden: hier hat der Bereicherungsschuldner in Höhe der Zahlung Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt, die er sonst mit anderen Mitteln aus seinem Vermögen hätte tilgen müssen.

→ hat der Empfänger die ursprünglich erlangte Sache veräußert, so hat er nach § 818 Abs. 2 BGB den Erlös (jedenfalls bis zur Höhe des objektiven Verkehrswertes) herauszugeben. Bei Erzielung eines unter dem objektiven Verkehrswert liegenden Mindererlöses ist gem. § 818 Abs. 3 BGB nur dieser herauszugeben.

→ die Bereicherung ist grundsätzlich auch dann nicht weggefallen, wenn der Empfänger infolge Weitergabe des Erlangten (z.B. als Darlehn oder als Zahlung an den falschen Gläubiger) einen *Anspruch gegen Dritte* erworben hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die

Forderung gegen den Dritten werthaltig ist. Ist sie praktisch wertlos, so ist die Bereicherung (insoweit) weggefallen. Soweit eine Bereicherung aufgrund der Forderung gegen den Dritten vorliegt, ist der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet, nicht etwa nur zur Abtretung des Anspruches gegen den Dritten an den Bereicherungsgläubiger.

bbb) der ursprünglich erlangt Bereicherungsgegenstand ist noch vorhanden

(1) grundsätzlich ist er herauszugeben und zwar egal, in welchem Zustand er sich befindet

(2) gleichwohl kann sich hier die Bereicherung mindern oder ganz wegfallen, wenn der Empfänger in seinem Vermögen sonstige Nachteile erlitten hat, die mit dem Bereicherungsvorgang in einem entsprechenden adäquaten Kausalzusammenhang stehen (siehe oben, nach der Lit. Zusätzlich Vertrauenskriterium)

(a) alle *Verwendungen* auf die Sache (Lit.: die der Empfänger gerade im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs getätigt hat), auch wenn sie im Zeitpunkt der Rückgabe den Sachwert nicht mehr erhöhen. Als derartige Verwendungen, die der Empfänger im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs gemacht hat, sind insbesondere anzusehen: Reparaturkosten, gewöhnliche Unterhaltungskosten, Kosten der Nutzungs- und Fruchtziehung, für die die Beschränkungen des § 102 BGB nicht gelten.

(b) Auch *Kosten, die im Zusammenhang mit dem fehlgeschlagenen Erwerbsgeschäft* stehen, wie etwa die Kosten einer notariellen Vertragsbeurkundung oä. sind grundsätzlich abzugsfähig. Problematisch ist, ob der zum Erwerb der Sache *an Dritte gezahlte Kaufpreis* i.R.d. § 818 Abs. 3 BGB abzugsfähig ist. Dies ist im Rahmen der Leistungs – und der Nichtleistungskonditkion unterschiedlich zu beurteilen. Maßgeblich sein muss stets die Risikoverteilung des zugrund liegenden Geschäftes.

(c) zur Abzugsfähigkeit von *Folgeschäden*, die der Bereicherte infolge der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung erlitten hat, **vgl. oben unter ???**. Hier kommt der Streit zwischen der reinen Kausalitätsbetrachtung und der zusätzlichen Berücksichtigung des Vertrauenskriteriums zum Tragen.

Wenn derartige Posten in Abzug gebracht werden können, besteht die Verpflichtung zur Herausgabe nur Zug – um - Zug, § 274 BGB.

dd) Problem: Verhältnis der Bereicherungsansprüche bei gescheiterten gegenseitigen Verträgen

Bsp.: A übereignet B eine Vase aufgrund unwirksamen Kaufvertrages. B zahlt dafür den vereinbarten Kaufpreis von 150 Euro. Kurz darauf wird die Vase bei B vollständig zerstört. Nunmehr erkennt B die Unwirksamkeit des Kaufvertrages und verlangt von A Herausgabe der gezahlten 150 Euro, die A noch zuhause in seiner Nachtschublade liegen hat.

aaa) Wendet man das Gesetz auf gegenseitige Verträge unmodifiziert an, so hat jede Partei grundsätzlich einen eigenständigen Bereicherungsanspruch, dessen rechtliche Behandlung völlig unabhängig vom rechtlichen Schicksals des entsprechenden Gegenanspruches der anderen Partei des unwirksamen Vertrages ist (**sog. Zweikondiktionentheorie**)

Für den Beispielsfall hieße dies: A hat gegen B zwar einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB auf Herausgabe der Vase. Aufgrund des Unterganges der Vase käme allerdings gemäß § 818 Abs. 2, 2. Alt. BGB nur Wertersatz, nicht jedoch Herausgabe des primären Bereicherungsgegenstandes in betracht. Nach § 818 Abs. 3 BGB entfällt jedoch auch diese Wertersatzpflicht, da die Vase vollständig zerstört wurde und keine Vermögensmehrung mehr bei B zurücklässt. Für eine verschärfte Haftung des B gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB ist nichts ersichtlich. Ein Bereicherungsanspruch des A gegen B aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB scheidet daher wegen § 818 Abs. 3 BGB aus.

B hingegen kann von A Herausgabe des von ihm gezahlten Kaufpreises von 150 Euro verlangen.

Im Gesamtergebnis führt die unmodifizierte Anwendung des Gesetzes also im Beispielsfall dazu, dass B einerseits von A Herausgabe des Kaufpreises verlangen kann, jedoch wegen § 818 Abs. 3 BGB seinerseits keinen Wertersatz für die zerstörte Vase schuldet. A trägt also wegen § 818 Abs. 3 BGB das Risiko der Entreicherung des B.

bbb) Gegenmodell zur Zweikondiktionentheorie ist die von der Rechtsprechung und der wohl überwiegenden Literatur vertretene **Saldotheorie**. Vereinfacht dargestellt baut sie auf dem Synallagma (§§ 320 ff. BGB) des gescheiterten Vertrages auf und dehnt dieses als *faktisches*

Synallagma auf die gegenseitigen Bereicherungsansprüche aus. Die Saldotheorie hat *zwei wesentliche Aussagen*:

1.) Soweit die gegenseitigen Bereicherungsansprüche *gleichartig* sind (also beispielsweise beide auf Geldzahlung gerichtet) werden sie *automatisch* (d.h. ohne dass es einer Aufrechnungserklärung bedürfte) miteinander verrechnet, also *saldiert*. Es besteht danach nur *ein einheitlicher* Bereicherungsanspruch desjenigen, für den sich nach der Saldierung ein Überschuss ergibt, innerhalb dessen die beidseitigen Bereicherungsansprüche zu unselbständigen Rechnungsposten werden. Bei *ungleichartigen* Bereicherungsansprüchen ist eine derartige Saldierung nicht möglich. In solchen Fällen führt die Saldotheorie auf der ersten Ebene dazu, dass jede Vertragspartei ihre Rückgewähransprüche nur Zug – um – Zug gegen Rückgewähr der von ihr empfangenen Leistung geltend machen kann. Eine Besonderheit besteht in diesem Falle darin, dass auch diese Wirkung *automatisch* eintritt. Üblicherweise muss nämlich die Zug – um – Zug - Beschränkung eines Anspruches durch Berücksichtigung der Verpflichtung zur Gegenleistung *einredeweise* geltend gemacht werden (vgl. §§ 320, 274 Abs.1 BGB). Im Rahmen der Saldotheorie hat jedoch der jeweilige Bereicherungsgläubiger von sich aus, ohne dass der Erhebung einer Einrede durch die andere Partei bedarf, die empfangene Gegenleistung derart zu berücksichtigen, dass er deren Rückgewähr Zug – um – Zug anbietet. Es handelt sich um eine immanente Beschränkung des jeweiligen Bereicherungsanspruches.

Das einleitend erläuterte Problem der gerechten Verteilung des Entreichungsrisikos bei gegenseitigen Verträgen ist durch diese erste Aussage der Saldotheorie freilich noch nicht gelöst. Hierfür erlangt die zweite Aussage der Saldotheorie Bedeutung:

2. Ist eine Partei zur Rückgewähr der von ihr empfangenen Leistung nach § 818 Abs. 3 BGB aufgrund Entreicherung nicht mehr verpflichtet, so wird der Wert dieser Entreicherung vom eigenen Bereicherungsanspruch des Entreicherten abgezogen: *Der Wert der Entreicherung wird zum Abzugsposten vom eigenen Bereicherungsanspruch des Entreicherten*. Damit wird ihm also entgegen der gesetzlichen Regelung des § 818 Abs. 3 BGB das Entreichungsrisiko bezüglich des von ihm empfangenen Bereicherungsgegenstandes auferlegt.

Merke: Für Sie bedeutet dies aufbaumäßig in der Klausur, dass Sie die Problematik der Saldotheorie *innerhalb des Bereicherungsanspruches desjenigen zu prüfen haben, bei dem die Entreicherung eingetreten ist !!!* Machen Sie sich dies unbedingt klar. Aufgrund des Umstandes , dass es der Sache nach um eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 beim Bereicherungsanspruch des Gegners geht, neigt man dazu , die Saldotheorie auch hier zu prüfen.

Bsp.: angenommen, die Vase im obigen Beispiel hatte einen objektiven Verkehrswert von 100 Euro. Dann berechnet sich der Bereicherungsanspruch des B gegen A nach der Saldotheorie wie folgt: der Wert der eigenen Entreicherung des B (nämlich Verlust der Vase 100 Euro) wird vom eigenen Bereicherungsanspruch des Bereicherten (nämlich Herausgabe des gezahlten Kaufpreises i.H.v. 150 Euro) abgezogen. Der Bereicherungsanspruch des B gegen A aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB geht also lediglich auf 50 Euro.

ccc) Nun ist zu beachten, dass es sich bei der Saldotheorie um eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung handelt. Insbesondere bewirkt die zweite Aussage der Saldotheorie eine Abweichung von der in § 818 Abs. 3 BGB vorgenommenen Verteilung des Entreicherungsrisikos aus Wertungs – und Billigkeitsgesichtspunkten. Daraus ergibt sich, dass davon wiederum dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn die Saldotheorie ihrerseits mit anderen gesetzlichen Wertungen in Widerspruch geraten würde und die mit ihr verbundene Bevorzugung des Bereicherungsschuldners gerade der Billigkeit widersprechen würde. Insbesondere darf die Saldotheorie nicht in Widerspruch zum Zweck von Normen treten, auf denen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes und damit die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechtes beruht. In diesem Falle kommt § 818 Abs. 3 BGB uneingeschränkt zur Anwendung.

Insoweit müssen Sie sich folgende Regeln **merken:**

1. *Keine Saldotheorie zu Lasten Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger* (also in der Klausur vor allem bei Minderjährigen aufpassen!!!). Das Bereicherungsrecht darf sich nicht über den Sinn und Zweck der §§ 104 ff. BGB hinwegsetzen. Das faktische Synallagma im Bereicherungsrecht darf den nicht voll Geschäftsfähigen nicht zum „Quasi – Vertragspartner“ machen. Zu genau diesem Ergebnis käme man aber i.d.R., wenn der nicht voll Geschäftsfähige sich eine bei ihm eingetretene Entreicherung als Abzugsposten entgegenhalten lassen müsste.

2. Keine Saldotheorie zu Lasten arglistig Getäuschter.

Diese Einschränkung spielt vor allem bei einer Anfechtung nach § 123 BGB eine Rolle. Jedenfalls soweit sich in der Entreicherung das durch die Täuschung gesetzte Risiko verwirklicht, muss der getäuschte Bereicherungsschuldner sich gegenüber dem Bereicherungsanspruch der anderen Partei auf § 818 Abs. 3 BGB berufen können. Andernfalls würde man ihm - insbesondere für den Fall des täuschungsbedingt zweckwidrigen Umganges mit der Sache, der zur Entreicherung (z.B. Beschädigung) führt - bereicherungsrechtlich genau das Risiko auferlegen, vor dem § 123 BGB ihn schützen will. Der arglistig Täuschende ist hingegen nicht schutzwürdig.

3. Keine Saldotheorie zu Lasten des Bewucherten bzw. zu Lasten der durch wucherähnliches Rechtsgeschäft benachteiligten Partei.

Dazu lesen: BGH ZIP 2001, 744. Die Entscheidung eignet sich auch wegen der Ausführungen zu § 138 Abs. 1 und 2 BGB durchaus als Klausurfall. Kritisch zur Lösung des BGH *Flume*, JZ 2002, 321 ff.)

4. Keine Saldotheorie, soweit dies zu Widersprüchen gegenüber dem Gewährleistungsrecht oder dem Rücktrittsrecht führen würde.

5. Keine Saldotheorie, wenn auf Seiten des anderen Teils die Voraussetzungen einer verschärften Bereicherungshaftung gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB gegeben sind.

Problem: gelten diese Ausnahmen für beide Aussagen der Saldotheorie gleichmäßig oder nur für die zweite Aussage im Falle der Entreicherung ?

→ Die BGH – Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich. Teilweise hat der BGH die erste Aussage der Saldotheorie (automatische Verrechnung bei gleichartigen Ansprüchen, Zug – um – Zug Verurteilung bei ungleichartigen Ansprüchen auch ohne Erhebung der Einrede) auch bei Vorliegen eines der Ausnahmefälle angewendet, ist also offenbar davon ausgegangen, dass sich die Ausnahmen nur auf die zweite Aussage der Saldotheorie beziehen. In einer neuen Entscheidung hat er jedoch die Anwendung der ersten Aussage der Saldotheorie zu Lasten Geschäftsunfähiger abgelehnt (vgl. BGH, ZIP 2000, 2028).

ddd) In der Literatur verbreitet ist die **modifizierte Zweikondiktionentheorie**. Diese geht im Grundsatz von der (ursprünglichen) Zweikondiktionentheorie, also insbesondere der Selbständigkeit der gegenseitigen Bereicherungsansprüche aus, modifiziert diese aber insoweit, als dass sie in bestimmten Konstellationen § 818 Abs. 3 BGB teleologisch reduziert und so eine Korrektur der in dieser Vorschrift vorgenommenen Gefahrverteilung vornimmt. Da hierbei häufig dieselben Wertungen eine Rolle spielen wie auch im Rahmen der Saldotheorie (etwa zur Begründung der Ausnahmen von dieser) gelangt diese Ansicht i.d.R. zu ähnlichen Ergebnissen, wenn auch auf methodisch anderem Weg. Sie hat allerdings den Vorteil, dass sie auch in den „Vorleistungsfällen“, in denen eine Verrechnung ohnehin nicht möglich ist, zu billigen Ergebnissen führt.

Insbesondere in den Fällen, in denen sich das Problem der Entreicherung nicht stellt und daher ohnehin nur die erste Aussage der Saldotheorie (automatische Saldierung gleichartiger Ansprüche, Geltendmachung ungleichartiger Ansprüche nur Zug – um – Zug auch ohne Erhebung einer Einrede) zur Anwendung gelangt, besteht der Unterschied zwischen Saldotheorie und modifizierter Zweikondiktionentheorie nur darin, dass nach letzterer die beiderseitigen Bereicherungsansprüche nicht automatisch, sondern nur über §§ 273, 389 BGB miteinander verknüpft sind.

Merke: Für die Klausur genügt es, wenn Sie die ursprüngliche Zweikondiktionentheorie (die ja eigentlich gar keine „Theorie“ ist, sondern die schlichte Anwendung des Gesetzes) und die Saldotheorie sowie die Ausnahmen davon kennen und das Problem nachvollziehbar entwickeln können. Es empfiehlt sich dann, den Fall mit der Saldotheorie zu lösen, da diese der ständigen Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte entspricht. Die Kenntnis der modifizierten Zweikondiktionentheorie wird nicht vorausgesetzt, aber als überobligationsmäßiges Wissen positiv bewertet.

d) die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB
→ noch nachtragen !!!!

bb) Leistungskondiktion wegen nachträglichen Wegfalls des rechtlichen Grunde, § 812 Abs. 1 Satz 2, 1.Alt. BGB (condictio ob causam finitam)

1.) etwas erlangt → siehe oben

2.) durch Leistung → siehe oben

3.) späterer Wegfall des rechtlichen Grundes

später: nach dem Zeitpunkt der Leistung

→ d.h.: hier war zum Zeitpunkt der Leistung ein Rechtsgrund vorhanden, ist jedoch nachträglich weggefallen, etwa durch:

- Eintritt einer auflösenden Bedingung, § 158 Abs. 2 BGB
- Eintritt eines Endtermins, § 163 BGB
- Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB (str, ob Abs. 1 Satz 1, 1.Alt. oder Abs. 2 Satz 1 , 1.Alt., kann i.d.R. offen bleiben, Bedeutung allenfalls im Hinblick auf § 814 BGB)
- Vertragsaufhebung
- Widerruf vollzogener Schenkungen nach §§ 530, 531 Abs. 2 BGB

4.) kein Ausschluss

- a) § 814 BGB gilt nicht
- b) § 815 BGB gilt nicht (h.M.)
- c) § 817 Satz 2 BGB gilt analog

5.) Umfang des Bereicherungsanspruches

→ wie oben bei der condictio indebitii

cc) Leistungskondiktion wegen Zweckfortfalles gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2.Alt. BGB (condictio ob rem bzw. condictio causa data causa non secuta)

Kurzüberblick:

1. etwas erlangt
2. durch Leistung
3. Nichteintritt des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolges
4. Kein Ausschluss
 - a) § 815 BGB
 - b) § 817 Satz 2 BGB analog
5. Umfang der Herausgabepflicht (§ 820 BGB beachten)

Im Einzelnen:

1.) etwas erlangt

2.) durch Leistung

3.) Nichteintritt des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolges

a) Erfolg darf nicht Inhalt einer durchsetzbaren vertraglichen Pflicht geworden sein

→ sonst bei seiner Verfehlung allgemeines Leistungsstörungsrecht, evtl. § 812 Abs. 1 Satz 1, 1.Alt. oder § 812 Abs. 1 Satz 2, 1.Alt. BGB (wenn Nichterreichen des Erfolges als auflösende Bedingung vereinbart war)

b) bezweckter Erfolg muss nach h.M. Charakter einer (intendierten, aber eben nicht geschuldeten) Gegenleistung für die Leistung des Bereicherungsgläubigers haben

d.h.: zwischen Leistung und erwartetem Erfolg muss eine Verknüpfung derart bestehen, dass die Leistung von der Zweckerreichung abhängig gemacht wird.

c) tatsächliche Einigung des Bereicherungsschuldners und des Bereicherungsgläubigers bezüglich der Zwecksetzung, die einerseits nicht den Charakter einer vertraglichen Bindung haben darf, andererseits aber über eine bloß einseitige Zwecksetzung hinausgeht

→ hier insbesondere Abgrenzung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage

Anmerkung: Die *condictio ob rem* wirft wegen ihres eigentümlichen Charakters zwischen echter (durchsetzbarer) vertraglicher Verpflichtung und bloß einseitig gebliebener Zwecksetzung einige Abgrenzungsproblemen auf. Deshalb hier noch einmal im Überblick diejenigen Rechtsinstitute, zu denen diese Kondiktion abzugrenzen sein kann:

- 1.) vertraglich vereinbarter Zweck / Erfolg → Leistungsstörungenrecht → Erreichung des Erfolges rechtsgeschäftlich als durchsetzbarer Anspruch vereinbart ?
- 2.) vertragliche Regelungslücke, die über *ergänzende Vertragsauslegung* zu schließen ist
- 3.) § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt BGB
- 4.) § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt BGB (wenn Ausbleiben des Erfolges auflösende Bedingung)
- 5.) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB → Erfolg (einseitig) vorausgesetzt, aber keine (tatsächliche) Einigung
- 6.) bloßes (unbeachtliches) einseitiges Motiv

d) Fallgruppen:

Es sind zwei Fallgruppen der *condictio ob rem* zu unterscheiden

aa) Vereinbarte Zweckbestimmung ist alleinige Grundlage der Leistung

Es geht um Fälle, in denen überhaupt keine durchsetzbare Verpflichtung zur Leistung begründet, sondern nur eine Zweckvereinbarung im oben geschilderten Sinne getroffen wurde.

Beispiele:

→ Vorleistungsfälle: Anzahlung auf einen noch nicht geschlossenen Vertrag, der dann doch nicht zustande kommt, Hingabe einer Quittung in Erwartung der Zahlung, die dann unterbleibt

→ Erbringung der Leistung auf einen nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB formunwirksamen Vertrag, dessen Formunwirksamkeit beiden Parteien bekannt ist und der nach der getroffenen Abrede durch Vollzug gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt werden sollte, wenn der andere Teil nunmehr die Erbringung seiner Leistung abredewidrig verhindert und so die Heilung torpediert

→ Fälle enttäuschter Vergütungserwartung /Erbeinsetzung

Bsp.: Enkel E repariert über 15 Jahre regelmäßig das Haus der Oma O, pflegt ihren Garten, führt ihren Hund gassi und lässt ihr regelmäßig kostenlos orthopädische Strümpfe aus seinem Fachgeschäft zukommen, weil O ihn als Erben vorgesehen hat. O weiß genau, dass E die Leistungen nur im Hinblick auf die versprochene Erbeinsetzung erbringt und gibt dies auch mehrfach zu erkennen. Kurz vor ihrem Tode verliert O den G zum Alleinerben ein. E möchte den Wert der von ihm in den letzten 15 Jahren erbrachten Leistungen erstattet haben.

Beachte: Die Lösung dieser Fälle ist sehr Streitig, da hier auf eine ungewisse Erwartung geleistet wird. Die Rechtsprechung tendiert teilweise zu einer Lösung über § 612 Abs. 2 BGB, teilweise wird mit der *condictio ob rem* gearbeitet.

bb) Verfehlung eines Zusatzzweckes / „angestaffeltenZweckes“ im Rahmen eines im übrigen vollverbindlichen Vertrages

Äußerst problematisch und umstritten ist die Frage, ob eine *condictio ob rem* auch dann in Betracht kommt, wenn die vereinbarte Zweckbestimmung neben einen durchsetzbaren Anspruch auf eine andere Leistung tritt.

Beispiel: L besitzt einen Hahn, der jeden Morgen bei Sonnenaufgang aus vollster Brust kräht. Nachbar N, der leidenschaftlicher Langschläfer ist und dessen Schlafzimmer auf der dem Haus des L zugewandten Seite liegt, möchte endlich wieder ausschlafen können. Deshalb bietet er L 1000 Euro für den Hahn, dessen objektiver Verkehrswert 50 Euro beträgt. L erkennt genau, welchen Zweck N mit dem großzügigen Angebot verfolgt und

nimmt das Geld mit einem Nicken entgegen. Am Abend bereitet die Frau des N ein leckeres Brathähnchen zu. Am folgenden Morgen um 5:00 Uhr hört N, der wegen seines gefüllten Magens erst spät eingeschlafen ist, ein vielstimmiges Hahnengekrähe und ihm wird klar, wie L die 1000 Euro investiert hat. Er möchte das Geld zurück haben.

→ problematisch, ob hier *condictio ob rem* möglich, weil durchsetzbare vertragliche Pflichten im Rahmen eines Kaufvertrages begründet wurden und N mit der Zahlung des extrem hohen „Kauf“preises nur einen zusätzlichen Zweck verfolgt, der nicht Inhalt der vertraglichen Pflichten geworden ist, bezüglich dessen aber gleichwohl eine tatsächliche Einigung mit L erzielt wurde.

→ Rspr.: *condictio ob rem* grundsätzlich auch bei „angestaffelten“ Zwecken möglich. Wichtig allerdings, dass mit der Leistung tatsächlich ein *zusätzlicher* Zweck verfolgt wird, der nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

→ h.L.: keine *condictio ob rem* bei „angestaffelten Zwecken“, sondern nur in Fallgruppe (1), vgl. näher *Larenz / Canaris*, S. 153 ff, *Medicus*, BR, Rn. 691.

4.) kein Ausschluss

a) § 815 BGB (wird tendenziell eng ausgelegt; bloße Zweifel an der Möglichkeit der Zweckerreichung genügen nicht)

b) § 817 Satz 2 BGB analog

5.) Umfang der Herausgabepflicht

a) grds. wie oben

b) aber § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB als zusätzlichen Fall verschärfte Haftung beachten

merke: tendenziell eng auszulegen !!!

dd) § 817 Satz 1 BGB (condictio ob turpem vel iniustam causam)

merke: Bei § 817 Satz 1 BGB handelt es sich um einen Unterfall der Leistungskondiktion. Es müssen daher – obwohl vom Wortlaut nicht ausdrücklich gefordert – alle sonstigen Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruches aus Leistungskondiktion gegeben sein, insbes. muss eine „Leistung“ im bereicherungsrechtlichen Sinne vorliegen. Der Anspruch aus § 817 Satz 1 BGB kann neben demjenigen aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1.Alt. BGB bestehen. Eigenständige Bedeutung hat er vor allem dann, wenn ein Anspruch aus § 812 BGB wegen § 814 BGB, der auf § 817 Satz 1 BGB keine Anwendung findet, ausgeschlossen ist.

1.) etwas erlangt → siehe oben

2.) durch Leistung → jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (s.o.)

3.) Zweck der Leistung so bestimmt, dass Empfänger gerade durch ihre Annahme gegen gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst

→ es muss also der *Empfänger* durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen. Handelt *allein der Leistende* sittenwidrig (typischer Fall: sittenwidriger Ratenkredit), greift § 817 Satz 1 BGB nicht ein. Es werden dann aber häufig die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruches aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1.Alt. BGB vorliegen. Jedoch wird dieser Anspruch im Ergebnis zumeist *analog § 817 Satz 2 BGB* ausgeschlossen sein (dazu unten).

→ Voraussetzung ist, dass der *Hauptzweck* der Leistung verboten und sittenwidrig ist; daher genügt z.B. nicht das bloße Mitwirken von unsittlichen Beweggründen beim Empfang einer an sich zulässigen Leistung; ebenso wenig eine an sich untersagte Leistung, die aber einem erlaubten Zweck dient

→ nicht erforderlich ist aber trotz des Wortlautes („durch die Annahme“), dass auch gerade dass dingliche Geschäft vom Gesetzes- oder Sittenverstoss erfasst wird, was beispielsweise im Falle des § 138 Abs. 1 BGB (anders als bei § 138 Abs. 2 BGB, vgl. dort „gewähren lässt“) regelmäßig aufgrund der „sittlichen Neutralität“ des Erfüllungsgeschäftes nicht der Fall ist.

→ Bspe.:

- Verstoß gegen §§ 331, 332 StGB (Vorteilsannahme, Bestechung; bei letzterer aber § 817 Satz 2 BGB beachten)
- Annahme von Geld aufgrund einer Erpressung (§ 253 StGB)

4.) positive Kenntnis des Empfängers von der Gesetzes – bzw. Sittenwidrigkeit

merke: der BGH stellt denjenigen, der leichtfertig die Augen vor dem Verbot bzw. der Sittenwidrigkeit seines Handelns verschließt, demjenigen, der über positive Kenntnis diesbezüglich verfügt, gleich. Hintergrund: praktische Beweisschwierigkeiten.

- beim Handeln eines Vertreters ist dessen Kenntnis entscheidend (§ 166 Abs. 1 BGB (analog)).

5.) kein Ausschluss gemäß § 817 Satz 2 BGB

(1) § 817 Satz 2 BGB gilt analog für alle anderen Leistungskonditionen.

(2) Die Vorschrift gilt in diesen Fällen über ihren Wortlaut hinaus („...dem Leistenden gleichfalls.“) *erst recht*, wenn *nur dem Leistenden* ein Gesetzes – oder Sittenverstoß zur Last fällt. Eine andere Sichtweise würde zu einem Wertungswiderspruch führen, denn es wäre nicht verständlich, warum der Leistende, wenn er alleine sittenwidrig handelt, besser stehen sollte als bei beiderseitig sittenwidrigen Geschäften. Damit ist § 817 Satz 2 BGB (analog) auch in den Fällen zu beachten, in denen § 817 Satz 1 BGB nicht eingreift, weil dem Empfänger kein Sitten – oder Gesetzesverstoß zur Last fällt, wohl aber dem Leistenden. Dessen Kondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 , 1.Alt. BGB kann analog § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein.

(3) Fraglich und umstritten ist, ob § 817 Satz 2 BGB darüber hinaus auch auf andere Ansprüche als Bereicherungsansprüche analog anzuwenden ist. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB oder- ausnahmsweise – auch nach § 138 Abs. 1 BGB auch das dingliche Geschäft erfasst, so dass dingliche

Herausgabeansprüche (insbes. § 985 BGB) bestehen. Verneint man in diesen Fällen eine analoge Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf die dinglichen Herausgabeansprüche, kann es zu der wertungswidersprüchlichen Situation kommen, dass derjenige, der in besonders schwerwiegendem Maße sittenwidrig gehandelt hat, die Leistung mit Hilfe dinglicher Ansprüche zurückerhält. Er steht also bei besonders grober Sittenwidrigkeit, in denen § 138 Abs. 1 BGB auch die dingliche Einigung erfasst, ggf. besser als in Fällen „schwächerer“ Sittenwidrigkeit, in denen der dingliche Erwerb unberührt bleibt und nur Bereicherungsansprüche in Betracht kommen, die aber nach § 817 Satz 2 BGB (ggf. analog) ausgeschlossen sind. Deshalb wird in der Literatur teilweise vorgeschlagen, § 817 Satz 2 BGB als allgemeine Rechtsschutzversagung aufzufassen, die alle Ansprüche ausschließt, zu deren Begründung sich der Gläubiger auf eigenes gesetz- oder sittenwidriges Verhalten berufen muss („nemo auditur turpitudinem suam allegans“). Die *Rechtsprechung* folgt dem unterdessen nicht. Vielmehr tendiert sie zu einer *restriktiven Auslegung des § 817 Satz 2 BGB* (dazu sogleich unter Punkt 4). Sie versteht § 817 Satz 2 BGB als eine Norm mit *Strafcharakter*, die einen gewissen Fremdkörper im Zivilrecht darstelle und deshalb nicht noch weiter ausgedehnt werden dürfe.

(4) Restriktionen des § 817 Satz 2 BGB durch die Rechtsprechung:

(a) Leistungsbegriff in § 817 Satz 2 BGB

Eine erste Einschränkung durch die h.M. erfährt die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB dadurch, dass der Begriff der Leistung, deren Rückforderung die Vorschrift ausschließt, einschränkend bestimmt wird. „Leistung“ i.S.d. § 817 Satz 2 BGB ist nach der h.M. nur dasjenige, was *endgültig* in das Vermögen des Empfängers übergehen und dort verbleiben soll. Daher schließt die Vorschrift die Rückforderung desjenigen nicht aus, das nur auf Zeit überlassen werden sollte.

Beispiele:

- G überlässt dem S ein Darlehen unter Verabredung eines wucherischen Zinses.
- G vermietet ein Zimmer zu einem horrenden Mietpreis an Gastarbeiter.

Hier sind die jeweiligen Rückforderungsansprüche bezüglich der Darlehensvaluta bzw. der überlassenen Mietsache nicht dauerhaft durch § 817 Satz 2 BGB (analog, weil nur der Leistende sittenwidrig handelt) ausgeschlossen, weil Darlehensvaluta und Mietsache nach der Parteivereinbarung nicht dauerhaft im Vermögen des Bewucherten bleiben sollten, sondern nur zu einem vorübergehenden Zwecke überlassen wurden. Dauerhaft

im Vermögen des Bewucherten sollte jeweils nur die Nutzungsmöglichkeit bezüglich der Darlehensvaluta / Mietsache *für die vereinbarte Zeit* verbleiben. Daher schließt § 817 Satz 2 BGB die Rückforderung der Darlehensvaluta bzw. der Mietsache nur bis zur Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruches bzw. Beendigung des Mietverhältnisses aus. Danach können Valuta und Mietsache zurückgefordert werden.

Den wucherischen Darlehenszins bzw. die wucherische Miete kann der Gläubiger hingegen nicht herausverlangen, da sie das wirtschaftliche Äquivalent für die Nutzungsmöglichkeit sind, die für den entsprechenden Zeitraum endgültig im Vermögen des Bewucherten bleiben sollte, so dass § 817 Satz 2 BGB insoweit analog eingreift. Allerdings stellt sich dann als Folgeproblem die Frage, ob der Gläubiger nicht wenigstens gem. § 818 Abs. 2 BGB ein angemessenes Entgelt verlangen kann, da sonst der Bewucherte ein kostenloses „Quasidarlehen“ erhalte bzw. mietfrei wohnen könnte. Die h.M. verneint dies (a.A.: Medicus, BR, Rn. 700).

(b) Versagung der Berufung auf § 817 Satz 2 BGB über § 242 BGB

Die Berufung auf § 817 Satz 2 BGB ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn die Anwendung der Vorschrift gerade dazu führen würde, den gesetzes – oder sittenwidrigen Zustand durch Versagung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu perpetuieren (Bsp: Bewucherung bei der Bordellpacht). Des weiteren kann § 242 BGB dann zu einer Billigkeitskorrektur führen, wenn die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB zu einer einseitigen Belastung des Vorleistenden führt (so der BGH für die „Schwarzarbeiterfälle“, str.).

6.) Umfang der Herausgabepflicht: §§ 818 ff. (s.o.)

ee) § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

Kurzüberblick:

1. Anwendbarkeit
2. Verfügung
3. eines Nichtberechtigten
4. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten
5. Rechtsfolge: Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten

§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Spezialfall der Eingriffskondiktion. Es handelt sich um einen *Rechtsfortwirkungsanspruch*: derjenige, der ein dingliches Recht durch die ihm gegenüber wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten verliert, erhält dafür einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten gegen den *Verfügenden*. Wichtigster Fall ist die Verfügung eines Nichtberechtigten über das Eigentum an einer Sache, an der ein Dritter nach den §§ 892 bzw. 932 ff. BGB gutgläubig Eigentum erwirbt. In diesem Fall, in dem der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den nichtberechtigten Verfügenden an die Stelle der aufgrund des gutgläubigen Erwerbs des Dritten untergegangenen Vindikationsanspruches des Eigentümers gegen den jeweiligen Besitzer der Sache tritt, spricht man auch von der *Vindikationsersatzfunktion* des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

1.) Anwendbarkeit

In der von § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Konstellation, in der ein Nichtberechtigter über fremdes Eigentum verfügt und infolgedessen zur Herausgabe der Sache an den Eigentümer, die er während seiner Besitzzeit nach § 985 BGB schuldet, außerstande ist, kommen regelmäßig die in §§ 989, 990 BGB genannten Schadensersatzansprüche des bisherigen Eigentümers gegen den Verfügenden aus dem Eigentümer – Besitzer – Verhältnis (EBV) in Betracht. Nach § 993 Abs. 1, letzter HS. BGB sind die Regelungen des EBV

grundsätzlich *abschließend*. Dies gilt jedoch nur bezüglich der im EBV geregelten Rechtsfolgen Schadensersatz, Nutzungsersatz und Verwendungsersatz. Hinsichtlich solcher Ansprüche, die auf andere Rechtsfolgen gerichtet sind, gilt diese Sperrwirkung nicht. Dies trifft für den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich zu, da er auf Herausgabe des Erlangten, nicht auf Schadens – oder Nutzungsersatz gerichtet ist. *§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist daher neben den Vorschriften der §§ 989, 990 BGB anwendbar*. Das sollten Sie immer kurz klarstellen, wenn Sie § 816 Abs. 1 BGB in Konstellationen prüfen, in denen ein EBV vorliegt.

2. Verfügung:

a) Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein bestehendes Recht eingewirkt wird, sei es durch Übertragung, Aufhebung, Belastung oder sonstige Inhaltsänderung.

b) Wichtigste Fälle im Rahmen des § 816 Abs. 1 BGB sind die Übereignung und die Belastung einer fremden Sache (z.B. die Bestellung eines Grundpfandrechtes an einem fremden Grundstück oder die Verpfändung einer fremden Sache).

c) Rein schuldrechtliche Verpflichtungen sind keine Verfügung, denn sie wirken nicht *unmittelbar* auf ein bestehendes Recht ein. Vielmehr bedarf es dazu grundsätzlich noch eines dinglichen Vollzugsgeschäftes .

Streitig ist allerdings, ob bei der *Vermietung oder Verpachtung einer fremden Sache* eine *analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB* in Betracht kommt. Praktisch relevant wird die Frage vor allem im Falle unberechtigter Untervermietung. Mit dem BGH und der h.M. ist einer derartige Analogie abzulehnen. Zur Begründung brauchen Sie sich nur an den oben beschriebenen Charakter des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB als Rechtsfortwirkungsanspruch bzw. an die Vindikationsersatzfunktion der Vorschrift zu erinnern. Sie gewährt als Ausgleich für eine infolge gutgläubigen Erwerbs endgültig untergegangene dingliche Rechtsposition einen schuldrechtlichen Wertersatzanspruch gegen den Verfügenden. An einem derartigen Untergang einer dinglichen Position fehlt es aber im Falle der Vermietung / Verpachtung einer fremden Sache durch einen Nichtberechtigten an einen Dritten. Der Eigentümer bleibt Eigentümer. Er kann die Sache grundsätzlich jederzeit nach § 985 (und § 1007) BGB vom Mieter herausverlangen. Mithin fehlt es an der für eine Analogie erforderlichen

Rechtsähnlichkeit des in § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Sachverhaltes mit demjenigen der Verpachtung / Vermietung einer Sache durch einen Nichtberechtigten.

d) Nicht anwendbar ist § 816 Abs. 1 BGB auch im Falle des Rechtserwerbs kraft Gesetzes (z.B. gem. § 946 BGB), auch wenn dieser durch Handlungen eines (nichtberechtigten) Dritten herbeigeführt wird. Der schuldrechtliche Rechtsfortwirkungsanspruch, den das Gesetz dem Eigentümer in diesem Falle zubilligt, findet sich in § 951 BGB. Aus Wertungsgründen kann hier jedoch nach verbreiteter Ansicht in bestimmten Konstellationen („Einbaufälle“) eine analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. Die Erläuterung dieses Problems würde den Rahmen dieses Skriptes sprengen. Die *Fortgeschrittenen* sollten dazu beispielsweise die Ausführungen bei *Larenz / Canaris*, Schuldrecht II / 2, S. 212 ff. lesen. Es handelt sich um ein beliebtes Klausurproblem.

3.) eines Nichtberechtigten

a) Nichtberechtigter ist jeder, der weder Inhaber des Rechtes noch als Nichtinhaber verfügungsbefugt ist.

b) Häufiger Fall der Verfügungsbefugnis eines Nicht – Rechtsinhabers ist der der Ermächtigung gem. § 185 Abs. 1 BGB. Beachten Sie, dass eine nachträglich ausgesprochene Genehmigung durch den Berechtigten trotz ihrer Rückwirkung zwar die Verfügung wirksam werden lässt (und zwar gem. § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend), jedoch nicht nachträglich den Nichtberechtigten zum Berechtigten macht. Des weiteren gibt es auch solche Personen, die zwar nicht Rechtsinhaber sind, jedoch kraft Gesetzes verfügungsbefugt, wie etwa der Insolvenzverwalter (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) oder der Testamentsvollstrecker (vgl. § 2205 BGB). Diese Personen sind nicht Nichtberechtigte i.R.d. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

c) Andererseits gibt es auch Rechtsinhaber, denen die Verfügungsbefugnis fehlt, wie etwa der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 81 Abs. 1 InsO). Sie sind Nichtberechtigte i.R.d. § 816 Abs. 1 BGB.

d) Der Nichtberechtigte muss selbst Verfügender gewesen sein. Beachten Sie insoweit, dass bei wirksamer Stellvertretung der *Vertretene* der Verfügende ist, so dass es allein auf seine Berechtigung ankommt.

Anders ist es bei der Verkaufskommission i.S.d. §§ 383 ff. HGB. Sie stellt eine Form der mittelbaren Stellvertretung dar, d.h. der Kommissionär verfügt zwar wirtschaftlich für

Rechnung und im Interesse des Kommittenten, jedoch rechtlich *im eigenen Namen*. Nach h.M. ist er daher auch Schuldner des Herausgabeanspruches aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

4.) Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten:

a) Die Wirksamkeit kann sich zum einen aus den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb ergeben, §§ 892, 932 ff., 1207 BGB, 366 HGB.

b) Sie kann sich zum anderen auch daraus ergeben, dass der Berechtigte die Verfügung des Nichtberechtigten § 185 Abs. 2 Satz 1, 1. Var. BGB genehmigt. Die Verfügung wird dann gem. § 184 Abs. 1 BGB ex tunc wirksam.

Merken Sie sich nochmals: Die Genehmigung sanktioniert zwar die Verfügung des Nichtberechtigten und lässt sie wirksam werden, sie macht jedoch den Nichtberechtigten nicht rückwirkend zum Berechtigten, was einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ausschließen würde. Die Genehmigung hat im Rahmen des § 816 Abs. 1 BGB vor allem dann praktische Bedeutung, wenn eine Wirksamkeit der Verfügung aufgrund gutgläubigen Erwerbs ausscheidet, weil der Erwerber bösgläubig oder die Sache dem Berechtigten gestohlen worden oder sonst wie i.S.d. § 935 BGB abhanden gekommen war. In diesem Falle kann es für den Eigentümer vor allem deshalb sinnvoll sein, die Verfügung zu genehmigen und sich so den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Verfügenden an Stelle des Herausgabeanspruches aus § 985 BGB zu verschaffen, wenn er zwar des Verfügenden habhaft zu werden vermag, jedoch den gegenwärtigen Besitzer der Sache nicht kennt oder einen Vindikationsprozess gegen diesen aus anderen Gründen nicht für aussichtsreich hält. Folgen im Falle einer abhanden gekommenen Sache mehrere Verfügungen Nichtberechtigter aufeinander, so kann der Berechtigte wählen, welche Verfügung er genehmigt, um sich so den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen diesen Verfügenden zu verschaffen. Dabei wird er sich vor allem an der Solvenz der Verfügenden orientieren.

Beachten Sie, dass die Genehmigung auch konkludent erfolgen kann. Häufig wird daher in der Klageerhebung des Berechtigten auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten eine derartige konkludente Genehmigung zu sehen sein.

5.) Rechtsfolge: Herausgabe des „durch die Verfügung Erlangten“

Zur Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB müssen Sie (jedenfalls die *Fortgeschrittenen*) zwei Probleme kennen:

1.) Herausgabe des tatsächlich Erlangten, wenn es den objektiven Wert des Gegenstandes der Verfügung übersteigt ?

Umstritten ist, ob der Bereicherungsschuldner im Falle des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auch einen den objektiven Wert des Verfügungsobjektes übersteigenden Mehrerlös an den Bereicherungsgläubiger herausgeben muss.

Nach h.M. ist dies zu bejahen.

Bsp.: A leiht B sein uraltes Auto, dem ein objektiver Verkehrswert von 350 Euro zukommt. Da auch sein Großvater ein derartiges Auto fuhr, möchte C, ein Freund des B, der nicht weiß, dass der Wagen in Wirklichkeit dem A gehört, das Auto aus sentimental Gründen unbedingt von B kaufen. B weiß die Affektion des C für den Wagen geschickt auszunutzen und handelt einen Kaufpreis von 1000 Euro aus. Er übereignet C den Wagen.

→ C erwirbt gutgläubig Eigentum nach §§ 929, 932 BGB. § 935 greift nicht ein, da aufgrund des Leihvertrages kein unfreiwilliger Besitzverlust des A an B und mithin kein Abhandenkommen vorliegt.

→ A hat gegen B *unter anderem* einen Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. Fraglich ist, ob er ihm nur 350 Euro herausgeben muss (objektiver Verkehrswert) und den Rest behalten darf oder ob er Herausgabe der gesamten 1000 Euro schuldet.

Der *Wortlaut* des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheint zunächst eindeutig für die h.M. zu sprechen, denn danach hat der Bereicherungsschuldner das „durch die Verfügung Erlangte“ herauszugeben, also den gesamten Kaufpreis und nicht nur den objektiven Verkehrswert der Sache. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass der Verfügende streng genommen weder den Kaufpreisanspruch gegen den Verkäufer noch den zu dessen Erfüllung gezahlten Kaufpreis „durch die Verfügung“ über den fremden Gegenstand erlangt hat. Vielmehr ist die Kaufpreisforderung durch Abschluss des Kaufvertrages entstanden und die Erlangung des

Kaufpreises beruht auf einer Verfügung des *Käufers*. Daher wird teilweise die Ansicht vertreten, der Veräußerer erlange durch die wirksame Verfügung über den fremden Gegenstand die *Befreiung von seiner Verbindlichkeit* aus dem Kaufvertrag im Verhältnis zum Käufer. Diese Befreiung selbst könne aber nicht herausgegeben werden, so dass der Veräußerer nach § 818 Abs. 2 BGB ihren Wert zu ersetzen habe. Dieser bestimme sich jedoch grundsätzlich nach dem objektiven Wert des Herausgabegegenstandes (also des Anspruchs auf Übereignung des Wagens, dessen Wert sich wiederum nach dem objektiven Verkehrswert des Wagens bestimmt). Gegen diese Sichtweise spricht jedoch § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch bei einer unentgeltlichen Verfügung wird der Verfügende von seiner Verbindlichkeit frei (etwa der Schenker gegenüber dem Beschenkten), so dass im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB jedenfalls *auch* er als Herausgabeschuldner genannt sein müsste, was jedoch nicht der Fall ist. Dies spricht dagegen, dass § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB als das „durch die Verfügung Erlangte“ die Befreiung von einer Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag ansieht. Außerdem leistet der Käufer den Kaufpreis gerade deshalb, weil der Verkäufer durch die Übereignung und Besitzverschaffung seine im Synallagma zum Kaufpreisanspruch stehende Pflicht zur Übereignung und Übergabe des Kaufgegenstandes erfüllt. Andernfalls stünde dem Käufer gegen den Kaufpreisanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) zu und er könnte die Kaufpreiszahlung bis zum Angebot der Gegenleistung verweigern. Insofern ist die Verfügung über den fremden Gegenstand durchaus *kausal* für die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer, so dass sprachlich nichts entgegensteht, den Kaufpreis als *durch die Verfügung* des Verkäufers erlangt anzusehen. Der Erstreckung der Herausgabepflicht auf den gesamten Verkaufserlös hält die Gegenansicht weiter entgegen, dass es sich bei § 816 BGB um einen Sonderfall der allgemeinen Eingriffskondiktion handle und bei dieser über § 818 Abs. 1 BGB grundsätzlich das rechtsgeschäftliche Surrogat nicht herauszugeben sei. Im übrigen beruhe ein den objektiven Verkehrswert übersteigender Erlös in der Regel auf dem besonderen geschäftlichen Geschick des Bereicherungsschuldners und stelle daher keine Gegenleistung für das untergegangene Eigentum des Bereicherungsgläubigers an der Sache dar. Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass § 816 Abs. 1 BGB zwar durchaus ein Sonderfall der allgemeinen Eingriffskondiktion ist, jedoch zugleich einen *Rechtsfortwirkungsanspruch* für das untergegangene Eigentum (bzw. sonstige dingliche Recht) darstellt. Der Anspruch muss daher alle Vorteile abschöpfen, die auf dem untergegangenen Eigentum beruhen, also auch den den objektiven Verkehrswert übersteigenden Mehrerlös. Insofern verfängt auch das Argument nicht, der den objektiven Verkehrswert übersteigende Mehrerlös beruhe allein auf dem geschäftlichen Geschick des

verfügenden Nichtberechtigten und müsse daher ihm verbleiben, denn die geschäftliche Verwertung der Sache steht ausschließlich dem Eigentümer zu. Salopp gesagt: Ohne die Sache hätte dem Verfügenden auch sein geschäftliches Geschick nichts genützt. In *systematischer Hinsicht* spricht auch ein Vergleich mit § 285 BGB für eine Erstreckung der Herausgabepflicht auf den gesamten Verkaufserlös. Wird ein schuldrechtlicher Anspruch seitens des Schuldners durch Veräußerung des geschuldeten Gegenstandes an einen Dritten vereitelt, so ist der Schuldner dem Gläubiger nach § 285 Abs. 1 BGB zur Surrogatsherausgabe verpflichtet. Diese Herausgabepflicht umfasst nach ganz h.M. auch sämtliche rechtsgeschäftlichen Surrogate. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum die Herausgabepflicht bei Vereitelung einer *dinglichen* Rechtsposition weniger weitreichen sollte, als die Surrogation bei Vereitelung eines *rein schuldrechtlichen Anspruchs*. Auch wertungsmäßig überzeugt allein die h.M.. Erzielt der nichtberechtigte Verfügende lediglich einen unter dem objektiven Verkehrswert liegenden Preis, so schuldet er wegen § 818 Abs. 3 BGB dem Bereicherungsgläubiger auch nur dessen Herausgabe (und nicht etwa Wertersatz in Höhe des objektiven Verkehrswertes). Wenn der Bereicherungsgläubiger aber die Nachteile eines Unterwertverkaufes trägt, so müssen ihm auch die Vorteile einer besonders günstigen Verwertung zu den objektiven Verkehrswert der Sache übersteigenden Konditionen verbleiben. Deshalb ist der h.M. zu folgen. A kann von B Herausgabe der 1000 Euro aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen.

(Hinweis: In einer Klausur (anders in einer Hausarbeit) wird eine derart vertiefte Auseinandersetzung mit dem Problem natürlich nicht erwartet. Sollten Sie dennoch dazu in der Lage sein, würde dies natürlich äußerst positiv bewertet werden).

2.) Abzug des gezahlten Kaufpreises ?

Des weiteren ist streitig, ob der aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB in Anspruch Genommene einen für die Sache gezahlten Kaufpreis über § 818 Abs. 3 BGB in Abzug bringen kann.

Bsp: A stiehlt B sein Auto (objektiver Verkehrswert 3000 Euro) und verkauft und übereignet es für 2000 Euro an C. Dieser verkauft den Wagen für 3000 Euro an D weiter und übereignet ihn. A genehmigt die Übereignung des C an D und verlangt von C Herausgabe von 3000 Euro. C meint, den an B gezahlten Kaufpreis von 2000 Euro müsse er doch wohl auch dem A gegenüber abziehen können. Er schulde also nur Herausgabe von 1000 DM. Zu recht ?

Nach h.M. kann der Herausgabeschuldner im Falle des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Gläubiger den an einen Dritten gezahlten Kaufpreis *nicht entgegenhalten*.

Zwar sind nach BGH im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich alle Aufwendungen abzugsfähig, die mit dem Bereicherungsvorgang in ursächlichem Zusammenhang stehen. Dazu zählen auch die Kosten des Erwerbs. Für § 816 Abs. 1 BGB kann dies jedoch nicht gelten. Vor der Verfügung war der Nichtberechtigte (hier C) einem Anspruch aus § 985 BGB ausgesetzt und diesem Anspruch hätte er wegen der an B getätigten Zahlung kein Gegenrecht entgegensetzen können (insbesondere nicht § 1000 i.V.m. §§ 994 ff., da der Kaufpreis keine Verwendung auf die Sache darstellt). Da aber der Anspruch aus § 816 Abs. 1 BGB eine *Ersatzfunktion (Rechtsfortwirkungsanspruch !!!)* für den vorherigen Anspruch aus § 985 BGB hat, kann für ihn nichts anderes gelten.

ff) § 816 Abs. 1 Satz 2:**Kurzüberblick:**

1. Anwendbarkeit
2. Verfügung
- 3, eines Nichtberechtigten
4. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten
5. Unentgeltlichkeit des Geschäfts
6. Rechtsfolge: Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten

Im Einzelnen:

§ 816 Abs. 1 Satz 2 BGB unterscheidet sich von § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB dadurch, dass hier eine *unentgeltliche* Verfügung des Nichtberechtigten vorliegt. In diesem Falle ist nicht der Verfügende zur Herausgabe verpflichtet, der ja wegen der Unentgeltlichkeit des Geschäftes ohnehin nichts erlangt hat, sondern derjenige, der aufgrund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. In der Anordnung der Herausgabepflicht auch des *gutgläubigen* unentgeltlichen Erwerbers kommt zugleich die *geringere Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs* im Verhältnis zum geschädigten Eigentümer (bzw. sonst dinglich Berechtigtem) zum Ausdruck.

1.) Anwendbarkeit

→ siehe oben bei § 816 Abs. 1 Satz 1; insbesondere grds. auch neben EBV

2. Verfügung

→ siehe oben bei § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

3. eines Nichtberechtigten

→ siehe oben bei § 816 Abs. 1 Satz 1

4. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten

→ siehe oben bei § 816 Abs. 1 Satz 1

5. Unentgeltlichkeit des Geschäfts

a) Sie liegt dann vor, wenn die Zuwendung unabhängig von einer Gegenleistung erbracht wird. Dabei genügt für die Entgeltlichkeit jedes Vermögensopfer mit Gegenleistungscharakter unabhängig davon, ob es gerade dem Verfügenden zugute kommt. Ausreichend ist also auch, wenn das Entgelt einem Dritten zugute kommt.

b) Zur Unentgeltlichkeit i.R.d. § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB sollte jedenfalls die *Fortgeschritteneren* unter Ihnen folgende zwei Probleme kennen:

(1) Unentgeltlichkeit bei gemischter Schenkung ?

Eine gemischte Schenkung ist ein einheitlicher Vertrag, bei dem der Wert der Leistung des einen Vertragspartners dem Wert der Leistung des anderen Vertragspartners nur zum Teil entspricht, die Vertragsparteien dies wissen und übereinstimmend wollen, dass der überschüssende Teil unentgeltlich gegeben wird.

Beispiel: verbilligter Verkauf an Familienangehörige

Es fragt sich ob und unter welchen Voraussetzungen § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB anzuwenden ist, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten auf einem solchen Vertrag beruht.

Dies ist *umstritten*.

Nach einer Ansicht kommt es darauf an, ob insgesamt der entgeltliche oder der unentgeltliche Teil überwiegt. Ist letzteres der Fall, so soll auf die gesamte Verfügung § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar sein, im gegenteiligen Fall insgesamt § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nach der Gegenansicht sind der entgeltliche und der unentgeltliche Teil im Rahmen des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 BGB jeweils getrennt zu behandeln. Hinsichtlich des entgeltlichen Anteils soll also ein Anspruch des früheren Berechtigten gegen den *Verfügenden* aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehen. Hinsichtlich des unentgeltlichen Teils soll hingegen der Erwerber aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 818 Abs. 2, 1.Alt. BGB auf Wertersatz haften (weil er den unentgeltlichen Anteil des Verfügungsgegenstandes wegen

dessen Unteilbarkeit regelmäßig nicht als solchen herausgeben kann). Diesen Wertersatzanspruch soll freilich der Erwerber durch Herausgabe des (gesamten) erlangten Gegenstandes *Zug – um – Zug gegen Abtretung des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB des ursprünglich Berechtigten gegen den Verfügenden* abwenden können.

(2) Rechtsgrundlos = unentgeltlich ?

Fraglich und umstritten ist, ob der Unentgeltlichkeit im Verhältnis des nichtberechtigten Verfügenden zum Erwerber die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs in diesem Verhältnis gleichgestellt werden kann, ob also dem ursprünglichen Berechtigten in analoger Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Direktkondiktion gegen den Erwerber zusteht, wenn zwar das dingliche Verfügungsgeschäft (und sei es auch erst aufgrund einer Genehmigung des Berechtigten) wirksam, das zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft jedoch unwirksam ist. Teilweise wird dies mit der Erwägung bejaht, dass ein völlig rechtsgrundloser Erwerb noch weniger schutzwürdig sei als ein unentgeltlicher. Die wohl überwiegende Ansicht lehnt einer derartige Direktkondiktion des ursprünglichen Berechtigten gegen den Erwerber jedoch ab. Danach steht dem ursprünglichen Berechtigten ein Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den nichtberechtigten Verfügenden zu, der seinerseits nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB vom (rechtsgrundlosen) Erwerber kondiziert. Für diese Lösung spricht, dass dem Erwerber durch eine Direktkondiktion des ursprünglich Berechtigten analog § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB möglicherweise Einwendungen abgeschnitten werden, die ihm gegenüber der Kondiktion des Verfügenden zustünden (etwa der an diesen gezahlte Kaufpreis). Im Rahmen der Rechtsfolge des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt sich dann die Frage, ob dieser gem. § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz gerichtet ist oder auf Abtretung des Kondiktionsanspruches des nichtberechtigten Verfügenden gegen den Erwerber aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (sog. Kondiktion des Kondiktion). Dies ist umstritten, vgl. *Larenz / Canaris, Schuldrecht II / 2, S. 205.*

(5) Rechtsfolge: Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten (siehe oben bei § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB).

gg) § 816 Abs. 2 BGB (sog. Drittempfangskondition)

Während § 816 Abs. 1 BGB den Fall regelt, dass ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt und diese Verfügung dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, regelt § 816 Abs. 2 BGB die Konstellation, dass der Schuldner an einen Nichtberechtigten leistet, jedoch diese Leistung gegenüber dem Berechtigten befreiende Wirkung hat. Der Bereicherungsausgleich findet dann über § 816 Abs. 2 BGB zwischen dem nichtberechtigten Leistungsempfänger und dem ursprünglichen Berechtigten (Gläubiger) statt. Typischer Fall des § 816 Abs. 2 BGB ist derjenige, dass der Schuldner einer Forderung in Unkenntnis einer Abtretung an den Altgläubiger (Zedent) leistet und infolge der §§ 406 ff. diese Leistung dem Neugläubiger (Zessionar) entgegenhalten kann.

1.) Leistung an einen Nichtberechtigten

a) Leistung: wie in § 812 Abs. 1 Satz 1 , 1.Alt BGB

b) Nichtberechtigter: hier wird in der Klausur typischerweise zu prüfen sein, welcher Person eine mehrfach abgetretene (oder abgetretene und nach § 829 ZPO gepfändete) Forderung tatsächlich zustand.

2.) Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten:

a) aufgrund Gesetzes: Die Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten kann sich insbesondere aus gesetzlichen Schuldnerschutzvorschriften ergeben, wie z.B. die §§ 406 ff. BGB, §§ 566 b-d; §§ 807, 808 Abs. 1 Satz 1, 851, 893, 969, 1056, 1275, 2041, 2367 BGB, §§ 25 ff. HGB.

b) aufgrund Genehmigung:

Nach h.M. kann § 816 Abs. 2 BGB auch dann in Frage kommen, wenn die Leistung an einen Nichtberechtigten eigentlich unwirksam ist, der Berechtigte die (zunächst nicht befreiend wirkende) Leistungsannahme jedoch nachträglich genehmigt.

3. Rechtsfolge: Herausgabe des Geleisteten an den Berechtigten

hh) § 822 BGB:**merke:**

§ 822 BGB begründet eine *subsidiäre Durchgriffskondiktion* gegen den unentgeltlichen Erwerber des Kondiktionsgegenstandes für den Fall, dass die Haftung des primären Kondiktionsschuldners durch die unentgeltliche Weitergabe an einen Dritten gemäß § 818 Abs. 3 BGB entfallen ist. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit der Verfügung teilt diese Kondiktion mit der bereits besprochenen aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wie diese bringt auch der in § 822 BGB normierte Direktanspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber die geringere Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs zum Ausdruck. Von § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB unterscheidet sich § 822 BGB dadurch, dass hier *kein Nichtberechtigter, sondern ein dinglich Berechtigter verfügt*, der allerdings bis zum Zeitpunkt der unentgeltlichen Verfügung einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt war, der nun nach § 818 Abs. 3 BGB aufgrund der Unentgeltlichkeit der Weitergabe an den Dritten wegfällt. § 822 BGB „verlängert“ diesen Bereicherungsanspruch gewissermaßen gegen den unentgeltlichen Erwerber.

Kurzüberblick:

1. dinglich wirksamer, aber rechtsgrundloser Vorerwerb des Verfügenden
2. Zuwendung an einen Dritten
3. Unentgeltlichkeit der Zuwendung
4. Wegfall des Bereicherungsanspruches gegen den Zuwendenden infolge der unentgeltlichen Zuwendung
5. Rechtsfolge: Herausgabe des durch die unentgeltliche Verfügung Erlangten an den ehemaligen Bereicherungsgläubiger des Zuwendenden

Im Einzelnen:

1.) dinglich wirksamer, aber rechtsgrundloser (Vor-) Erwerb des Verfügenden (= Zuwendenden).

a) der Zuwendende muss das Erlangte selbst dinglich wirksam, aber rechtsgrundlos erworben haben. Dabei ist zu beachten, dass das „Erlangte“ nicht nur der ursprünglich kondizierbare Gegenstand selbst ist, sondern auch dasjenige, was der Empfänger nach § 818 Abs. 1 und 2 BGB herauszugeben hat. Im Falle des § 816 Abs. 1 BGB nach h.M. der gesamte Erlös (s.o.). Die Konstellation des dinglich wirksamen, jedoch rechtsgrundlosen Vorerwerbs kann sich aufgrund des *Abstraktionsprinzips* ergeben, wenn zwar das schuldrechtliche Geschäft an einem Wirksamkeitsmangel leidet, nicht jedoch das dingliche Vollzugsgeschäft.

Bsp.: A veräußert B einen Fußball. Sodann schenkt B den Fußball dem C. Später ficht A *den Kaufvertrag* wirksam nach § 119 Abs. 1 BGB an.

Da hier nur die Anfechtung des Kaufvertrages, nicht jedoch auch der dinglichen Einigung erklärt war und aufgrund des Abstraktionsprinzips die Anfechtung des Kaufvertrages keine Auswirkungen auf die dingliche Einigung hat, fällt der Eigentumserwerb des B am Fußball nicht etwa rückwirkend gem. § 142 Abs. 1 BGB aufgrund Anfechtung weg. B hat daher als *Berechtigter* verfügt. Infolgedessen kann sich ein Bereicherungsanspruch gegen C nicht aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben, wohl aber aus § 822 BGB, da dem A aufgrund der Anfechtung ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB (a.A.: Satz 2, 1. Alt. BGB) zustand, der durch die unentgeltliche Weitergabe des Fußballs an C gemäß § 818 Abs. 3 BGB weggefallen ist.

b) **Beachten Sie**, dass der Bereicherungsanspruch gegen den Zuwendenden, der durch die unentgeltliche Weitergabe des Bereicherungsgegenstandes wegfällt keineswegs zwingend eine Leistungskondition sein muss. Es genügt vielmehr jeder beliebige Bereicherungsanspruch gegen ihn, also beispielsweise auch ein solcher aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB oder § 822 BGB.

2.) Zuwendung an einen Dritten

Die Zuwendung muss eine rechtsgeschäftliche sein. Ein Erwerb des Dritten aufgrund gesetzlicher Erwerbstatbestände wie Fund oder Ersitzung reicht nicht.

3.) Unentgeltlichkeit der Zuwendung

- a) Siehe dazu grundsätzlich oben bei § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB
- b) beachte: auch hier stellt sich das bereits bei § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB erwähnte Problem der Behandlung der gemischten Schenkung. Im Rahmen des § 822 BGB geht die h.M. von einer Anwendbarkeit nur auf den unentgeltlichen Teil aus. Bei fehlender Teilbarkeit greift § 822 BGB nur dann ein, wenn der unentgeltliche Teil überwiegt.
- c) Des weiteren taucht auch das gleichfalls bereits bei § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB erwähnte Problem der Gleichstellung des unentgeltlichen mit dem rechtsgrundlosen Erwerb im Rahmen des § 822 BGB auf. Auch hier lehnt die h.M. eine solche Gleichstellung ab.

4.) Wegfall eines Bereicherungsanspruchs gegen den Zuwendenden infolge der unentgeltlichen Zuwendung

a) Die Haftung aus § 822 BGB ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut deutlich ergibt, *subsidiär*. Sie greift nur ein, wenn die bislang bestehende Bereicherungshaftung des Zuwendenden durch die Zuwendung weggefallen ist. Die Haftung des Empfängers der unentgeltlichen Zuwendung ist nur eine *Aushilfshaftung*.

b) In der Regel fällt der Bereicherungsanspruch des unentgeltlich Zuwendenden nach § 818 Abs. 3 BGB. Anders ist es im Falle der verschärften Haftung gem. §§ 819, 818 Abs. 4, 820 BGB.

c) Der Bereicherungsanspruch gegen den Zuwendenden muss gerade *infolge* der unentgeltlichen Zuwendung weggefallen sein. Daran fehlt es, wenn sein Ausschluss auf anderen Gründen beruht, etwa wenn der Bereicherungsanspruch gegen den Zuwendenden schon vor der Zuwendung verjährt war.

d) Maßgeblich für die Frage des Wegfalls des Anspruchs gegen den Zuwendenden ist nach wohl h.M. eine *rein rechtliche Betrachtung*. § 822 BGB greift daher nicht ein, wenn der Anspruch zwar rechtlich fortbesteht, jedoch *tatsächlich* nicht realisierbar ist, etwa weil der Zuwendende insolvent ist (sehr str.).

5.) Rechtsfolge: Herausgabe des durch die unentgeltliche Zuwendung Erlangten an den Inhaber des durch die Zuwendung weggefallenen Bereicherungsanspruches gegen den Zuwendenden. Der Haftungsumfang des Zuwendungsempfängers richtet sich nach §§ 818-820 BGB. Insbes. findet § 818 Abs. 3 BGB Anwendung.

ii) Allgemeine Nichtleistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 , 2. Alt BGB

Kurzüberblick:

1. etwas erlangt
2. in sonstiger Weise
3. auf Kosten des Bereicherungsgläubigers
4. ohne rechtlichen Grund
5. Rechtsfolge: §§ 818, 819 BGB

Im Einzelnen:

1.) etwas erlangt:

→ jeder vermögenswerte Vorteil; siehe dazu näher oben bei der *condictio indebitii*

2.) in sonstiger Weise:

a) Def.: durch niemandes Leistung:

Bei diesem Tatbestandsmerkmal kommt die grundsätzliche *Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion im Verhältnis zur Leistungskondiktion* zum Ausdruck. Richtigerweise kommt es bei der Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes nicht auf eine tatsächliche oder wirtschaftliche Betrachtungsweise an, sondern auf eine *strikt rechtliche*. Es ist also rechtlich genau herauszuarbeiten, was der Bereicherte erlangt hat (und zwar im Gutachten schon beim vorherigen Prüfungspunkt). So hat der bereicherungsgläubiger im fälle der rechtsgrundlosen Übereignung und Übergabe einer Sache nicht „die Sache“, sondern das *Eigentum und den Besitz* an der Sache erlangt.

b) Die Erlangung eines vermögenswerten Vorteiles kann auf verschiedene Weise erfolgen. Denkbar ist ein Erwerb aufgrund eigenen Verhaltens des Bereicherten (sog. Eingriffskondiktion) , ein solcher aufgrund Handlungen anderer, insbesondere auch des nunmehrigen Bereicherungsgläubigers, die sich jedoch nicht als Leistung darstellen (insbes.

sog. Aufwendungskondiktion) , aber auch ein solcher aufgrund von Naturvorgängen. Praktisch mit Abstand am bedeutendsten ist dabei die Eingriffskondiktion.

3.) auf Kosten des Bereicherungsgläubigers

Dieses Merkmal dient bei der Nichtleistungskondiktion zur Festlegung der Parteien des Kondiktionsverhältnisses, insbesondere des Bereicherungsgläubigers. Anders als bei der Leistungskondiktion, wo diese Aufgabe bereits durch den Leistungsbegriff erfüllt wird, kommt ihm daher bei der Nichtleistungskondiktion eigenständige Bedeutung zu. Insbesondere bei der Eingriffskondiktion kann hier sogar der Schwerpunkt der bereicherungsrechtlichen Prüfung liegen. Denn häufig kann zweifelhaft sein, ob der Bereicherung einer Person auch tatsächlich ein Vermögensverlust einer anderen korrespondiert, so dass die Bereicherung als „auf Kosten“ letzterer erfolgt anzusehen ist.

Nach der herrschenden *Lehre vom Zuweisungsgehalt* ist dies nur dann der Fall, wenn der Eingriffsgegenstand nach der Rechtsordnung einem anderen *vermögensmäßig zugewiesen* ist. Zur Beantwortung dieser Frage wird man insbesondere auf die Wertungen der sonstigen Rechtsordnung zurückzugreifen haben. Insbesondere soweit es um Eingriffe in *absolute Rechte* geht, lässt sich ein Zuweisungsgehalt grundsätzlich bejahen. Im übrigen können beispielsweise auch die §§ 987 ff. BGB als Orientierung herangezogen werden, insbesondere bezüglich der Zuweisung von Nutzungen. Im Einzelfall reicht es aber häufig nicht, dass eine Position überhaupt Zuweisungsgehalt hat, sondern die entscheidende Frage lautet, *wie weit* dieser reicht. Gerade in Randbereichen werden zahlreiche Detailprobleme in Rechtsprechung und Literatur überaus kontrovers beurteilt, so beispielsweise ob und inwieweit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Zuweisungsgehalt zukommt.

In der Klausur wird man von Ihnen kaum verlangen können , dass Sie hier vertiefte Detailkenntnisse haben. Wichtig ist, dass Sie das *Problem klar herausarbeiten*. Insbesondere , wenn es nicht um Eingriffe in absolute Rechte geht, sollte Sie sich vor allem von ihrem gesunden Menschenverstand leiten lassen und sich fragen, ob es sich bei der Position , wegen der bereicherungsrechtlicher Ausgleich verlangt wird, wirklich um eine solche handelt, die dem Bereicherungsgläubiger *wirtschaftlich zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen* ist. Als Indiz können Sie dabei auch die *Entgeltfähigkeit* und die *Marktgängigkeit* der entsprechenden Position heranziehen, also ob der Anspruchsteller üblicherweise von Dritten für die Verwendung / Verwertung dieser Rechtsposition Entgelt verlangen könnte.

4.) ohne rechtlichen Grund:

Grundsätzlich erfolgt ein Eingriff in eine einer anderen Person zugewiesene Rechtsposition auch rechtsgrundlos. Anders ist es nur, wenn ein besonderer *Behaltensgrund* im Verhältnis Bereicherungsschuldner – Bereicherungsgläubiger bezüglich des konkreten Bereicherungsgegenstandes besteht. Hier stellen sich insbesondere Fragen der *gesetzlichen Güterzuordnung*. So ist beispielsweise bei §§ 879 und 937 BGB äußerst streitig, ob diese einen materiell-rechtlichen Behaltensgrund gewähren.

5.) Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten bzw. Wertersatz gem. § 818 Abs. 1 – 3 (vgl. dazu oben beider *condictio indebitii*).

In diesem Zusammenhang sollte Ihnen das Problem der *aufgedrängten Bereicherung* geläufig sein. Dieses stellt sich immer dann, wenn durch Bereicherungsrecht etwas abgeschöpft werden soll, was der Bereicherungsschuldner gar nicht wollte, was ihm also gleichsam „aufgedrängt“ wurde.

a) Beispiel: Winzer W möchte seinen Weinberg mit dem Hubschrauber mit Pestiziden besprühen. Weil aber an diesem Tag besonders starker Wind herrscht, was W nicht bedacht hatte, werden die Pestizide vollständig auf den Weinberg seines Nachbarn geweht. W verlangt von diesem Ersatz für die teuren Chemikalien nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB. Der Nachbar, ein leidenschaftliche Öko-Bauer, ist empört und lässt W wissen, dass er für diese „Sauerei“ nicht auch noch bezahlen werde. Geht man davon aus, dass es sich bei der Besprühung mit den Pestiziden um ein vermögenswertes etwas handelt, so lässt sich ein Bereicherungsanspruch des W gegen N aus (§ 951) 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB bejahen. Da es sich bei dem bereicherungsrecht um „Abschöpfungsrecht“ handelt, ist fraglich, ob und wie der Umstand berücksichtigt werden kann, dass N hier ohne sein Zutun und ohne (ja gegen) seinen Willen „bereichert“ wurde und für diese „aufgedrängte“ Bereicherung überhaupt keine Verwendung hat. Die Lösung des Problems wird kontrovers diskutiert. Richtigerweise wird man den Wert des Erlangten i.R.d. § 818 Abs. 2 BGB ausnahmsweise nicht nach dem objektiven Verkehrswert, sondern nach dem *subjektiven Ertragswert für den Betroffenen* bemessen, also nach seinem Interesse.

b) Ein ähnliches Problem – freilich mit anderer Lösung- kann sich bei der sog. Rückgriffskondiktion stellen (sog. *aufgedrängter Rückgriff*):

Beispiel: D möchte unbedingt das Grundstück seines Nachbarn N erwerben, der sich jedoch hartnäckig weigert , es zu verkaufen. D weiß, dass S noch Schulden bei dem Bauunternehmer B in Höhe von 150.000 Euro hat. Nun zahlt D die Schulden des N bei B, um das Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen und es selbst zu ersteigern. N ist empört, da B ihm die Forderung für 5 Jahre gestundet hatte.

Neben einem Anspruch aus § 684 , 818 II (nach h.M. ist § 684 nur Rechtsfolgenverweisung), kommt hier auch ein Anspruch des D gegen N aus Nichtleistungskondiktion (Rückgriffskondiktion) gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB in Betracht.

Da der Schuldner grundsätzlich keinen Anspruch auf einen bestimmten Gläubiger hat, was insbesondere die Möglichkeit der Abtretung gem. §§ 398 ff. BGB zeigt, wird man auch den „aufgedrängten Rückgriff“ grundsätzlich zulassen müssen (anders, wenn er eine Umgehung des Abtretungsverbotes gem. § 399, 2. Alt. BGB bedeutet) . Weil er aber materiell wie eine „Quasi-Abtretung“ wirkt, wird man den Schuldner auch ebenso wie bei der Abtretung schützen und §§ 404, 406 ff. BGB auf den Bereicherungsanspruch analog anwenden müssen. Mithin kann N dem Anspruch des B aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB die Stundung der Forderung analog § 404 BGB entgegenhalten.

jj) § 951 BGB**merke:**

§ 951 BGB stellt für die Fälle des Eigentumsverlustes aufgrund der gesetzlichen Erwerbstatbestände der §§ 946- 950 BGB eine *Rechtsgrundverweisung* auf § 812 Abs. 1 BGB (wobei im einzelnen streitig ist, ob nur auf die Nichtleistung- oder auch auf die Leistungskondiktion). Da es sich um eine *Rechtsgrundverweisung* handelt, müssen Sie den kompletten Tatbestand des § 812 Abs. 1 BGB durchprüfen. Seiner Funktion nach ist § 951 ebenso wie § 816 *schuldrechtlicher Rechtsfortwirkungsanspruch für das untergegangene dingliche Recht*.

C) wichtigster erberechlicher Herausgabeanspruch: § 2018 BGB:
Herausgabeanspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer

merke

An den Erbschaftsanspruch als besonderen erbrechtlichen Herausgabeanspruch des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer müssen Sie immer denken, wenn jemand, der tatsächlich nicht Erbe ist, unter Berufung auf ein vermeintliches Erbrecht Gegenstände aus dem Nachlass erlangt hat und sie dem wahren Erben vorenthält. Wie sich aus § 2029 BGB ergibt, bleiben die allgemeinen Herausgabeansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer neben § 2018 BGB anwendbar, werden jedoch durch die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch inhaltlich modifiziert. Die besondere Bedeutung des Erbschaftsanspruches neben diesen Einzelansprüchen liegt in seiner Natur als *Gesamtanspruch*, der sämtliche aus dem Nachlass erlangten Gegenstände (nicht nur Sachen, sondern auch sonstige Positionen, wie z.B. eine unrichtige Grundbuchposition) erfasst. Allerdings entbindet dies den Erben prozessual nicht von der Verpflichtung, im Falle einer klageweisen Durchsetzung seines Anspruches die einzelnen herauszugebenden Gegenstände genau zu bezeichnen, vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dies ermöglicht ihm sein Auskunftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer aus § 2027 BGB. Diesen und den Herausgabeanspruch kann der Erbe prozessual im Wege einer Stufenklage nach § 254 ZPO geltend machen.

Kurzüberblick:

1. Anspruchsteller: Erbe
2. Anspruchsgegner: Erbschaftsbesitzer
3. etwas aus der Erbschaft erlangt
4. Rechtfolge: Herausgabe

Im Einzelnen:

1.) Anspruchsberechtigter:

- a) der wahre Erbe
- b) auch der Miterbe, der aber vor Auseinandersetzung wegen der gesamthänderischen Bindung des Anspruchs nur Leistung an alle Miterben bzw. Hinterlegung (Verwahrung) für alle Erben verlangen kann, vgl. § 2039 BGB.
- c) vgl. i.ü. bei Interesse / Bedarf vertiefend Palandt / Edenhofer, § 2018 Rn. 3.

2.) Anspruchsgegner:

ist der *Erbschaftsbesitzer*.

- a) Der Begriff des Erbschaftsbesitzers ist in § 2018 legaldefiniert: Erbschaftsbesitzer ist jeder, der *aufgrund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts* etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Anmaßung des Erbrechts gutgläubig oder bösgläubig erfolgte.
- b) Kein Erbschaftsbesitzer ist danach insbesondere der aufgrund vermeintlicher persönlicher oder dinglicher Ansprüche gegen den Erblasser oder auch ohne solche (z.B. der Dieb) den Nachlass ganz oder teilweise an sich genommen hat.
- c) Kein Erbschaftsbesitzer ist des weiteren auch, wer eine ihm angefallene Erbschaft später ausschlägt (vgl. §§ 1942 ff. BGB).Er haftet nicht nach den §§ 2018 ff., sondern gem. § 1959 Abs. 1 BGB wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. § 1959 BGB verdrängt insoweit als speziellere Regelung die §§ 2018 ff. BGB.
- d) Über den Wortlaut hinaus ist nach Sinn und Zweck des § 2018 BGB auch derjenige Erbschaftsbesitzer, der – vor oder nach dem Erbfall – etwas aus dem Erblasservermögen zunächst ohne Inanspruchnahme eines Erbrechts erlangt hat, die betreffenden Gegenstände aber nachträglich unter – unzutreffender – Berufung auf ein eigenes , in Wahrheit nicht bestehendes Erbrecht verteidigt. Umgekehrt ist ebenso Erbschaftsbesitzer, wer sich anfänglich ein Erbrecht anmaßt, sich jedoch später auf einen anderen Erwerbsgrund beruft.

- e) Auch ein Miterbe kann Erbschaftsbesitzer sein, wenn er sich ein weitergehendes Erbrecht anmaßt, als ihm in Wirklichkeit zusteht.
- f) **Merke:** Verwechseln Sie nicht den Erbschaftsbesitz mit dem fiktiven Besitz des Erben („vergeistigte Sachherrschaft des Erben“) aus § 857 BGB !

3.) etwas aus der Erbschaft erlangt

4.) Rechtsfolge:

- a) Herausgabe des aus der Erbschaft erlangten an den Anspruchsteller (wahrer Erbe)
- b) § 2019 BGB: auch rechtsgeschäftliche Surrogate
- c) § 202: auch gezogene Früchte
- d) bei Rechtshängigkeit / Bösgläubigkeit: §§ 2023, 2024 beachten.

Merke: Das Verhältnis zwischen wahren Erben und Erbschaftsbesitzern ist in §§ 2020 ff. BGB ähnlich dem EBV ausgestaltet.

IV) § 1147 BGB: Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek

§ 1147 gibt dem Hypothekengläubiger einen Anspruch gegen den Eigentümer des belasteten Grundstückes auf *Duldung der Zwangsvollstreckung* in das Grundstück. Beachten Sie, dass der Anspruch in der Rechtsfolge hierauf geht und nicht etwa auf Zahlung oä. Über § 1192 BGB steht der Anspruch auch dem Inhaber einer *Grundschild* zu.

Kurzüberblick:

1. Erwerb der Hypothek
2. Kein Verlust
3. Fälligkeit, § 1141 BGB
4. Keine Einwendungen / Einreden

1.) Erwerb der Hypothek

a) Ersterwerb gem. §§ 873, 1113 BGB:

aa) Briefhypothek (gesetzlicher Normalfall, vgl. § 1116 Abs. 1 BGB)

- (1) Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB mit dem Inhalt des § 1113 BGB
- (2) Eintragung gem. § 837 Abs. 1 BGB mit dem Inhalt des § 1115 BGB
- (3) Übergabe des Hypothekenbriefes bzw. Übergabesurrogat, § 1117 BGB
- (4) Bestehen der zu sichernden Forderung, §§ 1113, 1163 Abs. 1 BGB
- (5) Berechtigung des Bestellers und Verfügungsbefugnis oder gutgl. Erwerb gem. § 892 BGB

bb) Buchhypothek

- (1) Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB mit dem Inhalt des § 1113 BGB *und § 1116 Abs. 2 Satz 3 BGB*
- (2) Eintragung gem. § 873 Abs. 1 BGB mit dem Inhalt des § 1115 *und § 1116 Abs. 2 Satz 3 BGB*
- (3) Bestehen der zu sichernden Forderung , §§ 1113, 1163 Abs. 1 BGB
- (4) Berechtigung des Bestellers und Verfügungsbefugnis oder gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB

b) Zweiterwerb gem. §§ 398, 1154 BGB i.V.m. § 1153 BGB

merke: die Hypothek ist ein akzessorische dingliches Sicherungsmittel . Sie kann nicht selbständig übertragen werden , sondern folgt nach § 1153 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes der gesicherten Forderung nach. Weil die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung infolgedessen zum Übergang des dinglichen Rechtes führt, „ Ordnet § 1154 BGB an, dass *die Abtretung* der Forderung bei der Briefhypothek grundsätzlich der schriftlichen Form und der *Übergabe des Hypothekenbriefes* bedarf (wobei die schriftliche Form gem. § 11154 Abs. 2 BGB durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden kann).Bei der *Buchhypothek* bedarf sie generell der Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 1154 Abs. 3 BGB). Durch diese Erfordernisse wird das *sachenrechtliche Publizitätsprinzip* gesichert.

Möglich ist auch der gutgläubige *Zweiterwerb der Hypothek* (nicht der Forderung). Beachten Sie insoweit insbesondere die Vorschrift des § 1138 BGB. Auch diese Vorschrift führt nicht zum Forderungserwerb , sondern fingiert nur die nicht bestehende Forderung zum Zwecke des Hypothekenerwerbs. Anders in bestimmten Konstellationen die sog. „Mitreißtheorie“.

2.) kein Verlust

insbesondere:

- a) Verzicht, § 1168

- b) Aufhebung , §§ 875 Abs. 1 Satz 1 , 1183 Satz 1 BGB
- c) Abtretung der Forderung, §§ 398, 1154, 1153 Abs. 1
- d) Zahlung (auf die Forderung / auf die Hypothek)
- e) gutgläubiger lastenfreier Erwerb des hypothekarisch belasteten Grundstückes, § 892 BGB

3.) Fälligkeit, § 1141 BGB

4.) Keine Einreden

a) gegen den ursprünglichen Hypothekengläubiger:

- aa) unmittelbar gegen die Hypothek
- bb) gegen die gesicherte Forderung, § 1137 Abs. 1 BGB

merke: § 1137 BGB ist Ausdruck der Akzessorietät der Hypothek. Er ermöglicht es dem Hypothekenschuldner Einreden gegen die gesicherte Forderung auch der Inanspruchnahme *aus der Hypothek* entgegenzuhalten.

b) Einreden gegen den neuen Hypothekengläubiger nach Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung

- aa) aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem neuen Hypothekengläubiger (Zessionar), z.B. Stundung der Hypothek
- bb) Einreden gegen die gesicherte Forderung, die der Schuldner über § 1137 der Hypothek entgegenhalten kann

aaa) aus dem Rechtsverhältnis des persönlichen Schuldners zum Neugläubiger

bbb) aus dem Rechtsverhältnis des persönlichen Schuldners zum Altgläubiger (§§ 404, 412 BGB)

Beachte: gem. §§ 1138, 892 BGB ist jedoch ein gutgläubiger „Wegerwerb“ der Einreden möglich.

cc) Einreden unmittelbar gegen die Hypothek aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Altgläubiger, § 1157 BGB

merke: auch hier ist ein gutgläubiger einredefreier Erwerb des neuen Hypothekengläubigers möglich , vgl. § 1157 Satz 2 BGB.

) **Anfechtung**

Die Anfechtung ist ein Gestaltungsrecht. Fall objektiv Erklärtes und subjektiv Gewolltes auseinanderfallen, eröffnet sie dem Erklärenden (Irrtenden) die Wahlmöglichkeit, seine Erklärung gelten zu lassen oder sie zu vernichten. Gemäß § 142 Abs. 1 BGB vernichtet die wirksame Anfechtung die angefochtene Willenserklärung *ex tunc*, d.h rückwirkend von Anfang an.

Wichtig: Über diese *Rechtsfolge* müssen Sie im Gutachten den Einstieg in die Anfechtungsprüfung finden. Nachdem Sie das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung

geprüft und bejaht haben, prüfen Sie weiter, ob diese durch Anfechtung rückwirkend erloschen ist. Ihr Einstiegssatz könnte beispielsweise lauten: „...Diese Willenserklärung könnte jedoch infolge wirksamer Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB als mit Wirkung ex tunc, d.h. von Anfang an , nichtig anzusehen sein.“ Dann prüfen Sie die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung.

1.) Anfechtungsgrund

a) § 119 : Irrtumsanfechtung

Def.: Irrtum ist das unbewusste Auseinanderfallen von Wille und Erklärung.

-

Dazu kann es insbesondere kommen, weil Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB vom *objektiven Empfängerhorizont* auszulegen sind. Maßgeblich für ihren durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt ist also, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Nicht entscheidend ist demnach der für den Erklärungsempfänger nicht erkennbare innere Wille des Erklärenden. Ob tatsächlich eine Divergenz zwischen diesem und der objektiven Erklärungsbedeutung besteht, müssen Sie in der Klausur durch *Auslegung* der Erklärung gem. §§ 133, 157 BGB klären. Erst dann können Sie beurteilen, ob ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum vorliegt. Daher gilt: **Die Auslegung geht der Anfechtung vor !**

aa) Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 1 , 1.Alt. BGB: Ein Inhaltsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende zwar das gewollte Erklärungszeichen wählt, sich jedoch über dessen vom objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB bestehenden Inhalt irrt: Der Erklärende weiß zwar , was er sagt, er weiß aber nicht, was er damit sagt.

Beispiele:

- A bestellt Birnen, meint aber, das Wort „Birne“ bedeute in Wirklichkeit Apfel.
- Die Direktorin einer Schule bestellt „25 Gros Rollen Toilettenpapier“ (= 3600 Rollen), in der Annahme es handele sich um 25 große Rollen (tatsächlich passiert !).

In der Literatur wird der Inhaltsirrtum häufig in folgende Unterfälle untergliedert:

(1) Irrtum über den Geschäftstyp

Bsp.: Jemand der sich verbürgen will, erklärt vom objektiven Empfängerhorizont einen Schuldbeitritt.

(2) Irrtum über die Person des Geschäftspartners

Bsp.: A will den Malermeister Peter Müller mit der Renovierung seiner Wohnung beauftragen, der ihm bereits früher die Wohnung gestrichen hatte und mit dessen Arbeit er sehr zufrieden war. Aus dem Telefonbuch sucht er dessen Nummer und erteilt seiner Sekretärin den Auftrag. Später stellt sich heraus, dass es sich bei demjenigen, den er angerufen hat, um einen anderen Malermeister namens Peter Müller handelt, der zufälligerweise auch seinen Betrieb im selben Haus wie Peter Müller I hat.

(3) Irrtum über den Geschäftsgegenstand: Auch eine falsche Vorstellung über die Identität oder den Umfang des Geschäftsgegenstandes begründet einen Inhaltsirrtum.

Bsp.: Irrtum über die Identität des gekauften Fahrzeuges, Tieres etc.

(4) Rechtsfolgenirrtum: → **ergänzen aus Fassung in Uni**

(5) erweiterter Inhaltsirrtum → dito

(6) Kalkulationsirrtum

Um einen Kalkulationsirrtum handelt es sich, wenn der Erklärende aufgrund Kalkulationsfehlern ein unrichtiges Ergebnis / eine unrichtige Summe erklärt, z.B. Angebotssumme bei öffentlichen Ausschreibungen. Im Ausgangspunkt muss man sich zunächst klarmachen, dass es sich hierbei nicht um einen Irrtum in der Erklärung handelt, sondern im dieser vorgelagerten Stadium der Willensbildung. Eigentlich liegt daher ein - nach der Wertung des Gesetzes grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum vor. Dennoch ist die Behandlung des Kalkulationsirrtums umstritten. Die h.M. differenziert dabei zunächst wie folgt:

a) interner (= verdeckter) Kalkulationsirrtum: ein solcher liegt vor, wenn dem Gegner lediglich das *Ergebnis* der fehlerhaften Kalkulation mitgeteilt wird, nicht jedoch die fehlerhafte Berechnung selber. Nach h.M. (insbes. auch BGH) ist dieser Irrtum unbeachtlich. Dies gilt nach BGH sogar dann, wenn der Erklärungsempfänger den Kalkulationsirrtum bei Vertragsschluss positiv kannte oder sich treuwidrig einer sich aufdrängenden Kenntnisnahmemöglichkeit entzog (§ 162 BGB analog). In diesem Fall kann nach BGH

allenfalls die Annahme des als fehlerhaft berechneten Angebotes als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) anzusehen sein. Dafür genügt allerdings nicht die bloße Kenntnis von der unrichtigen Kalkulation des Angebotes , sondern erforderlich ist zusätzlich, dass die Vertragsdurchführung für den Irrenden schlechthin unzumutbar wäre, weil er dadurch in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete und der Erklärungsempfänger auch hiervon positive Kenntnis hat bzw. sich der Kenntniserlangung treuwidrig verschließt. Bei einem *sich aufdrängenden schweren kalkulationsfehler* besteht nach BGH sogar eine Hinweis – und Prüfungspflicht des Erklärungsempfängers, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Erklärenden gegen den Erklärungsempfänger aus culpa in contrahendo gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 , 280 Abs. 1 (282) begründen kann (vgl. BGH NJW 2001, 284, BGHZ 139, 177 ff. **lesen!!!**).. In der Literatur wird hingegen im Falle des erkannten internen Kalkulationsirrtums ein Anfechtungsrecht analog § 119 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB bejaht.

b) externer (= offener)Kalkulationsirrtum: liegt vor, wenn die fehlerhafte Kalkulation selbst (und nicht nur ihr Ergebnis) zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht wurde. Das Reichsgericht hat hier einen Fall des „erweiterten Inhaltsirrtums“ (s.o.) angenommen und eine Anfechtungsmöglichkeit gem. § 119 Abs. 1 Satz 11.Var. BGB angenommen. Diese Lösung ist aus den oben dargelegten Argumenten abzulehnen. Richtigerweise begründet der offene Kalkulationsirrtum als Motivirrtum ebenso wenig ein Anfechtungsrecht wie der verdeckte Kalkulationsirrtum (a.A. aber aus der neueren Literatur beispielsweise *Singer*, JZ 1999, 342). Die betreffenden Fälle lassen sich häufig über Auslegung , bei gemeinsamen Irrtümern über die zugrundegelegten Berechnungsfaktoren auch über § 313 BGB lösen. Schließlich sind auch hier unter den oben beim verdeckten Kalkulationsirrtum genannten Voraussetzungen die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs anwendbar oder es kommen Schadensersatzansprüche des *Erklärenden* aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB in Betracht.

Zusammenfassend kann man also sagen, dass ein Kalkulationsirrtum nach zutreffender Ansicht nie zur Anfechtung berechtigt.

bb) Erklärungsirrtum, § 119 Abs. 1; 2.Var. BGB: Irrtum im Erklärungszeichen; schon der äußere Erklärungstatbestand entspricht nicht dem Willen des Erklärenden ; Bsp.: Versprechen, Verschreiben.

cc) Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 BGB:

Beim Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB stimmen anders als in den Fällen des § 119 Abs. 1 BGB Wille und Erklärung überein. Es geht vielmehr um einen Irrtum über die *außerhalb der Erklärung liegende Wirklichkeit*. Nach h.M. handelt es sich um einen ausnahmsweise beachtliche Motivirrtum (der aber nach § 119 Abs. 2 („als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch...“) als Unterfall des Inhaltsirrtums behandelt wird.

Merke zu § 119 Abs. 2 BGB:

aaa) Eigenschaft: alle rechtlichen oder tatsächlichen Merkmale, die einer Sache oder einer Person unmittelbar und für eine gewisse Dauer anhaften und für die Wertbildung von Bedeutung sind, *nicht jedoch der Wert der Sache selbst*. Sie muss *verkehrswesentlich* sein.

bbb) Begriff der „Sache“ in § 119 Abs. 2 BGB: der Begriff der Sache in § 119 Abs. 2 BGB ist nicht technisch im engen Sinne des § 90 BGB zu verstehen. Seine Verwendung beruht auf einem Redaktionsversehen. Richtig hätte es „Gegenstand“ heißen müssen. Erfasst sind nämlich nach allgemeiner Ansicht auch *Rechte* (z.B. Rang einer Grundschuld) und Gesamtheiten von Sachen, Rechten und Schulden (z.B. Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses).

ccc) Verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person: Dabei geht es in erster Linie um Eigenschaften des Geschäftsgegners. Nach dem Zweck des Geschäfts können aber auch Eigenschaften eines Dritten oder des Erklärenden wesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB sein. Als verkehrswesentliche Eigenschaften der Person kommen je nach Lage des Falles beispielsweise das Alter, die Sachkunde, die Zuverlässigkeit und die Kreditwürdigkeit und Bonität in Betracht. Letzteres ist insbesondere im Hinblick auf den *Hauptschuldner bei der Bürgschaft* bedeutsam. Insoweit müssen Sie sich aber unbedingt merken, dass bei einem Irrtum des Bürgen über die finanzielle Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB trotz Vorliegens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft *aus Wertungsgründen nicht in Betracht kommt*, denn das typische Risiko das der Bürge übernimmt ist gerade dasjenige der finanziellen Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners. Mit dieser Risikoverteilung wäre es nicht vereinbar, wenn der Bürge sich im Falle seiner Inanspruchnahme durch Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB mit dem Argument der Haftung entziehen könnte, er sei von der Bonität des Hauptschuldners ausgegangen.

Keine verkehrswesentliche Eigenschaft ist die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin, denn diese ist nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend.

dd) Übermittlungsirrtum , § 120 BGB:

§ 120 BGB stellt den Fall der irrtümlich unrichtig übermittelten Erklärung dem Irrtum in der Erklärungshandlung (§ 119 Abs. 1, 2. Fall BGB) gleich. Der Erklärende muss die Erklärung grundsätzlich mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen, der dem Empfänger zugeht. Ihn trifft daher das *Risiko der Falschübermittlung*. Der Erklärende kann die Erklärung anfechten, wenn er sie „bei verständiger Würdigung“ (dazu sogleich unten) nicht mit dem zugegangenen Inhalt abgegeben hätte.

Voraussetzungen:**(1) Einschaltung eines Übermittlers (vgl. Wortlaut)**

Bsp.: Bote, Dolmetscher, Telekom, Post

Merke:

- 1.) Übermittelnde muss für den Erklärenden tätig geworden sein. Beim Boten bedeutet dies, dass *nur der Erklärungsbote* , nicht auch der Empfangsbote unter § 120 BGB fällt.
- 2.) Auf den *Vertreter* ist § 120 BGB *nicht anwendbar*. ER übermittelt keine fremde Erklärung, sondern gibt eine eigene ab.

(2) Unrichtige Übermittlung:

merke: nach h.M. gilt § 120 BGB nur, wenn der Übermittler die Erklärung unbewusst (irrtümlich) falsch übermittelt. Auf die bewusste Falschübermittlung soll § 120 BGB hingegen nicht anwendbar sein. Hier sei die Erklärung der „Erklärenden“ von vornherein nicht zuzurechnen, so dass er an sie nicht gebunden sei, ohne dass es einer Anfechtung bedürfe.

b) Kausalität des Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung

Nach § 119 Abs. 1, letzter HS BGB, der durch die Bezugnahme auf den Inhaltsirrtum auch für § 119 Abs. 2 BGB gilt, kann die Willenserklärung nur dann aufgrund eines Irrtums nach § 119 BGB angefochten werden, wenn der Erklärende, sie „bei Kenntnis der Sachlage *und* bei

verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“. Durch das zweite Erfordernis wird ein gewisses normativierendes Element in den Anfechtungsgrund des § 119 BGB gebracht. Es verhindert, dass der Erklärende die Anfechtung als Reuerecht missbraucht und den Irrtum gleichsam nur als Vorwand zur Loslösung von einem aus anderen Gründen unerwünscht gewordenen Vertrag benutzt.

„*Verständige Würdigung des Falles*“ heißt dabei nach einer schon in der Rechtsprechung des Reichsgerichts verwendeten Formel „*frei von Eigensinn, subjektiven Launen und törichtem Anschauungen*“. Ein Anfechtungsrecht besteht danach in der Regel nicht, wenn:

- der Erklärende durch den Irrtum wirtschaftlich keine Nachteile erleidet
- die Abgabe der Erklärung rechtlich geboten war
- sich der Irrtum ausschließlich auf unwesentliche Nebenpunkte bezieht

2.) Anfechtungserklärung:

a) formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung. Als Gestaltungsrecht ist sie *unwiderruflich und bedingungsfeindlich*.

b) Inhalt: Das Wort „anfechten“ braucht sie nicht zu enthalten. Sie muss aber erkennen lassen, dass der Erklärende seine Erklärung wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will. Maßgeblich ist, wie der Erklärungsgegner die Erklärung von seinem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB verstehen muss. Der *Anfechtungsgrund* braucht in der Erklärung nicht angegeben zu werden. Teilweise wird aber gefordert, dass aus der Erklärung für den Anfechtungsgegner erkennbar sein müsse, auf welche tatsächlichen Gründe die Anfechtung gestützt wird.

d) Erklärungsgegner, vgl. § 143 BGB

Wichtigster Fall. Vertragspartner beim Vertrag; § 143 Abs. 2 BGB

3.) Anfechtungsberechtigter: derjenige, der die anfechtbare Erklärung abgegeben hat

Ausn.: bei der Vertretung der Vertretene (obwohl es sich bei der Willenserklärung um eine solche des Vertreters handelt), denn ihn treffen nach § 164 BGB die rechtlichen Wirkungen der Erklärung. Der *Vertreter* kann nur anfechten, wenn seine Vertretungsmacht die Abgabe der Anfechtungserklärung mit umfasst (Auslegungsfrage). Für das Vorliegen eines *Irrtums* kommt es aber (natürlich) auf die Person des die Erklärung abgebenden Vertreters an, vgl. § 166 Abs. 1 BGB.

Im Fall des § 120 ist (natürlich) der Geschäftsherr anfechtungsberechtigt und nicht der Übermittler.

4.) Anfechtungsfrist, § 121 BGB: ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstreichen sind.

5.) kein Ausschluss der Anfechtung :

a) Bestätigung, § 144 BGB:

- nach h.M. nicht empfangsbedürftige Erklärung: Sie braucht daher nicht gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt zu werden.
- Sie ist formfrei, auch wenn das betroffene Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedarf (Abs. 2). Sie kann daher insbes. auch schlüssig erfolgen.
- An eine schlüssige Bestätigung sind aber hohe Anforderungen zu stellen: Erforderlich ist ein Verhalten, das den Willen offenbart, trotz der Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festzuhalten. Jede andere den Umständen nach mögliche Deutung muss ausgeschlossen sein. Des Weiteren setzt die Annahme einer Bestätigung grundsätzlich voraus, dass der Bestätigende die Anfechtbarkeit kannte oder mit ihr rechnete. Zu einzelnen Bsp. Vgl. Pal. § 144 Rn. 2.

b) Treu und Glauben , § 242 BGB(Stichwort: Anfechtung kein Reuerecht):

Nach h.M. ist die Anfechtung auch dann ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner

In Rechtsfolge dran denken, fehlerhafte Gesellschaft iund fehlerhaftes Arbeitsverhältnis anzusprechen