

## Kaufrecht § 433 ff.

### **Konkurrenzen ab Gefahrübergang**

#### I. Anfechtung

nur § 119 II gesperrt, wenn sich der Irrtum auf etwas bezieht, das von den §§ 434 ff. geregelt ist

#### II. P: cic

- h.M.: grds. durch lex specialis gesperrt. Aber bei arglistiger Täuschung über eine Eigenschaft cic *neben* KaufR anwendbar, weil dann gem. § 438 III auch die Mängelrechte regelmäßig verjähren und der arglistig Täuschende kein Recht zur zweiten Andienung bekommen soll.

- m.M.: immer gesperrt

#### III. P: § 823 an der Kaufsache

- h.M.: DeliktsR ist Mindestrecht; zudem ganz andere Voraussetzungen als im Kaufrecht

- m.M.: §§ 433 ff. sind *leges specialis* auch ggü. dem DeliktsR

### **Sachmangel, § 434**

#### A. Mangel

##### I. Beschaffenheit der Sache (weit)

auch *mittelbare Faktoren* gehören zum Sachmangelbegriff (auch nach BGH, der bei § 119 II solche Faktoren nicht ausreichen lässt). Arg.: Mangelbegriff erfasste auch vor dem SMG mittelbare Eigenschaften; § 434 I 3 geht davon aus, dass auch beworbene Eigenschaften dazu gehören und § 434 II 1 sogar eine mangelhafte Montage!

##### II. Aliud

**P:** Anwendbarkeit bei Stückschulden

- h.M.: auch bei Stückschulden, weil RL und GesGeb eine Differenzierung zw. Stück- und Gattungsschulden nicht wollten

- a.A.: § 434 III will nur die Abgrenzung zwischen Schlechtleistung und Aliud bei Gattungsschulden vermeiden. Deshalb teleologisch zu reduzieren.

**P:** Einschränkungen bei *offensichtlichen* Aliuds

- h.M.: § 434 III nur, wenn subj. Erfüllungswille des Verkäufers vorliegt (Tilgungsbestimmung) und dieser für den Käufer erkennbar ist.

- a.A.: keine Einschränkung

- a.A.: § 434 III, wenn der Käufer die Leistung als Erfüllung billigt

- a.A.: nur, wenn die Leistung nicht offensichtlich nicht geschuldet war (aber: was ist schon *offensichtlich*?)

**P:** höherwertiges Aliud (*Melius*)

- h.M.: vom Wortlaut her kein Unterschied gewollt; zunächst keine Rückforderung über § 812 I 1 1. Alt, bis Verkäufer seine Tilgungsbestimmung (nach h.M. nötig, damit Abs. 3 anwendbar ist; s.o.) nach § 119 BGB *analog* anfight. Dann verliert das Aliud den Bezug zum Kaufvertrag – dieser kann kein Rechtsgrund mehr sein.

- m.M.: teleologisch bei höherwertigen Aliuds zu reduzieren, weil dann keine Käuferinteressen beeinträchtigt sind. Abs. 3 stellt *Peius* und *Melius* nur bzgl. der Mängelrechte gleich. Hier nicht. D.h. § 812 ist anwendbar, weil die speziellen Regeln der §§ 433 ff. nicht eingreifen.

##### III. Teillieferung

##### IV. mangelhafte Montage

##### B. bei Gefahrübergang

## Rechtsmangel, § 453

### P: fehlendes Eigentum

- h.M.: dann kein Rechtsmangel, weil der Verkäufer schon seine Verschaffungspflicht aus § 433 I 1 nicht erfüllt hat. Diesbzgl. anfängliche Unmöglichkeit, § 311a
- a.A.: Eigentumsrecht ist das stärkste Recht im Bezug auf eine Sache, also Rechtsmangel i.S.d. § 453. Diesbezgl. anfängliche Unmöglichkeit, § 311a – aber über § 437 Nr. 3; Verjährung dann nach 30 Jahren, § 438 I Nr. 1a.

## Mängelrechte

### A. Kaufvertrag

### B. Sachmangel bei Gefahrübergang

#### P: Mängelrechte vor Gefahrübergang bei anfänglicher Unmöglichkeit

- t.v.A.: wenn abzusehen ist, dass der Verkäufer nicht wird leisten können (z.B. es stellt sich heraus, dass das Auto ein Unfallwagen ist), kann der Käufer bereits vor Gefahrübergang Mängelrechte (Minderung, Rücktritt) geltend machen. Das müsste dann auch für eine Nachlieferung beim Stückkauf gelten (s. [SR-AT](#)).
- a.A.: erst ab Gefahrübergang

### B. kein wirksamer Ausschluss

#### A: vereinbarte Beschaffenheit

ein pauschaler Gewährleistungsausschluss ist restriktiv so auszulegen, dass er nicht das Vorliegen einer vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1) berührt, weil hier zweideutiges Verhalten vorliegt (einerseits Vereinbarung, andererseits Ausschluss). Er gilt nur für übliche Beschaffenheit / üblichen Verwendungszweck. Sonst wäre die Vereinbarung sinnlos

### C. keine Einrede der Verjährung

## Nacherfüllung, § 439

### P: *Recht* zur zweiten Andienung?

- h.M.: Zweite Andienung ist wg. Wortlaut und Systematik des § 437 eindeutig nur ein Recht des Käufers – nicht auch ein Recht des Verkäufers.
- m.M.: auch der Verkäufer hat ein Recht zur zweiten Andienung

### I. Nachlieferung oder Reparatur

#### - P: Erfüllungsort

- ganz h.M.: momentane, bestimmungsgemäße Belegenheit der Sache (Wortlaut; sonst müsste Käufer das Risiko des Transportes zahlen; Sinn und Zweck; RL)
- m.M.: ursprünglicher Leistungsort, weil nur modifizierter Erfüllungsanspruch
- kann nicht weiter gehen als der ursprünglich geschuldete *Leistungserfolg*
- elektive Konkurrenz (h.M.) und keine Wahlschuld (vgl. [SR-AT](#))

#### 1. Nachlieferung

#### P: Nutzungsersatz bei Nachlieferung

- EuGH: Verweis in Abs. 3 auf die §§ 346 ff. widerspricht Art. 3 der RL! Der Nutzungsersatz ist daher europarechtswidrig umgesetzt. Das Erfordernis der Unentgeltlichkeit ist ein untrennbares Ganzes, das den Käufer vor drohenden finanziellen Belastungen schützen soll, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnten.

#### Folge-P: Lösungsansätze

- t.v.A.: gem. § 346 III 1 Nr. 1 *analog* kein Nutzungsersatz, weil auch der benutzende Käufer (wie der Verarbeitende / Umgestaltende) davon ausgeht, eine mangelfreie Sache nach Belieben nutzen zu können.
- a.A.: teleologische Reduktion, weil hier gerade der Vertrag nicht rückabgewickelt wird.
- bislang h.M.: eindeutiger Wortlaut, d.h. Nutzungsersatz ist zu zahlen. Dem steht jetzt aber eindeutig der EuGH entgegen!

#### P: Anspruch des Käufers auf Mitnahme (Ausbau)?

- h.M.: wie beim Rücktritt entspricht dem Recht des Verkäufers auf Rückgewähr ein Anspruch des Käufers darauf, wenn dieser ein *berechtigtes Interesse* daran hat. Hier aus §§ 439 IV, 346 I. Erfüllungsort ist dann die Belegenheit der Sache und dazu gehört auch der Ausbau der mangelhaften Sache.
- t.v.A.: aus § 439 II, weil zu den Kosten all das gehört, was für den Austausch der alten gegen die neue Leistung nötig ist (aber: § 439 ist nur der mod. Erfüllungsanspruch aus § 433 und kann nicht weiter gehen als dieser)
- a.A.: kein Anspruch. Der Käufer muss die Sachen selbst abbauen und ggf. entsorgen, weil bei der Nachlieferung die geschuldete *Leistungshandlung* nicht erweitert wird.

## 2. Reparatur

### II. nicht unmöglich, § 275

#### **P:** Nachlieferungspflicht bei Stückschuld

Problematisch bei *gebrauchten Sachen / konkretisierte Gattungss / VorratsS*, wenn der Vorrat bei Nachlieferung erschöpft ist

- h.M.: ja, wenn die Sache vertretbar i.S.d. § 91 BGB ist, weil diese nach objektiviertem Parteiwillen grds. austauschbar sind

Folge-**P:** gebrauchte Sachen

- BGH: nur (+), wenn die Sache nach dem ausgelegten, hypothetischen Parteiwillen ergibt, dass die Sache austauschbar sein soll (i.d.R. nicht bei gebrauchten Sachen, weil hier meist der persönliche, bei Besichtigung gewonnene Eindruck den Ausschlag gab).
- t.v.A.: (+), wenn es einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entspricht
- a.A.: ja, wenn der ausgelegte (hypothetische) Parteiwille eine solche Nachlieferungspflicht ergibt, weil die Sache ersetzbar ist (Arg.: der Begriff der "vertretbaren" Sache ist der RL fremd)
- a.A.: ja, wenn es nur ein Massenprodukt ist
- m.M.: nein, weil nach Konkretisierung beschränkt sich die Schuld gerade auf die *eine* Sache, d.h. nur Nachbesserung wäre möglich. Zudem kann dem Stück-Verkäufer nicht einfach eine Beschaffungsschuld auferlegt werden. (aber: GesGeb unterscheidet nicht zw. Stück- und Gattungskauf und § 439 I spricht von der Lieferung *einer*, nicht *der* mangelfreien Sache. Zudem RL-konforme Auslegung)

### III. Einrede der Unverhältnismäßigkeit, § 439 III

ist eine *berechtigte* Erfüllungsverweigerung, d.h. kein sofortiger Rücktritt oder SE möglich!

#### 1. relative Unverhältnismäßigkeit

Nachlieferung

- Nachbesserung
- = 10 % Toleranz

#### 2. absolute Unverhältnismäßigkeit der gewählten Nacherfüllung

Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Dabei kann auch Verschulden berücksichtigt werden.

#### **A:** unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen

lag kein Mangel vor und hat der Käufer dies fahrlässig nicht erkannt stellt das Nacherfüllungsverlangen eine Pflichtverletzung gem. § 280 I dar. Obwohl der Vertrag ordentlich erfüllt wurde und damit erloschen ist besteht nach Rspr/h.M. unter dem Gesichtspunkt von § 242 weiter eine Sonderverbindung ("culpa post contractum finitum" – Gegenstück zur *cic*). Käufer muss im zumutbaren Umfang überprüfen, ob der Fehler möglicherweise durch einen Mangel hervorgerufen wurde. Keine umfassende Prüfpflicht, weil sonst seine Mängelrechte entwertet würden.

#### **P:** Selbstvornahme im Kaufrecht

gilt auch für Kosten des Transportes zum Verkäufer ohne vorherige Fristsetzung

#### I. SE wegen Pflichtverletzung nach §§ 280 I, II, 281 i.V.m. § 437 Nr. 3

- P: Anwendbarkeit?**
- h.M.: nein, weil die Nacherfüllung durch Zweckerreichung unmöglich wurde (qualitative Unmöglichkeit) ist § 283 einschlägig. Das WahlR hat der Käufer durch Selbstvornahme bzgl. einer Nachbesserung ausgeübt.
    - Folge-**A**: Ersatzbeschaffung
    - Dann ist die Nacherfüllung nicht unmöglich geworden. Auch nicht wg. Zweckerreichung, weil der Käufer die Ersatzsache o.ä. für etwas anderes verwenden kann.
  - m.M.: nur *Nachbesserung* ist unmöglich, nicht aber *Nachlieferung*. Dann aber keine Fristsetzung.
- II. SE wegen Pflichtverletzung nach §§ 280 I, III, 283 i.V.m. § 437 Nr. 3
- P: Vertretenmüssen**
- h.M.: die Nacherfüllungspflicht muss der Verkäufer schuldhaft verletzen, aber bei Selbstvornahme nicht der Fall
  - a.A.: der Verkäufer ist durch Schlechtleistung im Verzug der ordentlichen Leistung, weshalb § 287 S. 2 gilt. Hier aber kein Zufall, weil vorsätzlich durch den Käufer verursacht.
  - m.M.: für den SE genügt die schuldhafte Schlechtleistung. Dennoch kein SE, weil keine Kausalität zw. geltend gemachtem Schaden und Mangel, weil Käufer selbst dazwischen getreten ist und sich dazu während der Frist nicht herausgefordert fühlen durfte
- III. Anspruch aus § 439 II  
keine AGL für den Käufer, sondern nur Kostentragungspflicht des Verkäufers
- IV. werkvertragliche Selbstvornahme § 637 *analog*  
keine Regelungslücke
- V. Anrechnung der Aufwendersparnis gem. § 326 IV i.V.m. II 2 *analog*
- P: Regelungslücke?**
- h.M./Rspr: keine Regelungslücke / Vorrang der Nacherfüllung umgangen
  - m.M.: wäre die Leistung an sich durch den Käufer unmöglich geworden, hätte sich der Verkäufer dadurch ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müssen. Bei nur qualitativer Unmöglichkeit (Nacherfüllung unmöglich) soll das nicht anders sein.
- VI. Aufwendersersatz aus berechtigter GoA gem. §§ 683, 670 (-)
1. auch-fremdes Geschäft  
Verkäufer hatte eine vertragliche Pflicht
  2. FGW  
folgt man dem BGH wird der sogar vermutet
  3. entspricht tatsächlichem / mutmaßlichen Willen  
dem wird aber die Möglichkeit genommen selbst zu reparieren und die Sache zu untersuchen. Außerdem würden aber speziellere Wertungen des KaufR umgangen
  4. Aufwendungen  
vor Fristablauf durfte er sie nicht für erforderlich halten
- VII. § 812 I 1 1. Alt
- "etwas" = Befreiung von der Nachbesserungspflicht
  - würde allerdings nur auf aufgedrängte Bereicherung gehen
  - jedenfalls würden aber speziellere Wertungen des KaufR umgangen

## Rücktritt

### Schadensersatz

- I. Anwendbarkeit
  1. KV
  2. Gefahrübergang
- II. KV

### III. Pflichtverletzung

### IV. bei SE statt der Leistung: Fristsetzung / Entbehrlichkeit (§ 281 I 1, II)

### V. Vertretenmüssen bei statt der Leistung

Vertretenmüssen der Nichtvornahme der Nacherfüllung genügt nach ganz h.M.

**P:** *nur* Vertretenmüssen der anfänglichen Schlechtleistung

- t.v.A.: genügt nicht, weil die SE-Pflicht auslösende Handlung ist die Nichtvornahme der Nacherfüllung. Ist eine Nacherfüllung nicht möglich, unverhältnismäßig oder wird sie ernsthaft und endgültig verweigert sind das die Handlungen, die die SE-Pflicht begründen, dann ist *diesbzgl.* Verschulden nötig.

- a.A.: dass die zweite Pflichtverletzung unverschuldet begangen wird macht die erste noch nicht ungeschehen

**A:** keine allgemeine Pflicht von Zwischenhändlern zur Kontrolle der Ware

### VI. Schaden

**A:** SE-auslösende Pflichtverletzung ist die Nicht-Nacherfüllung (h.M.). D.h. man wird im Rahmen des § 281 nur so gestellt, wie man stünde, wenn ordnungsgemäß *Nacherfüllt* worden wäre. Nicht so, wie man stünde, wenn von Anfang an ordentlich erfüllt worden wäre (für diesen Verzögerungsschaden § 286).

**P:** Betriebsausfallschaden

- h.M.: Abgrenzung, ob eine hypothetisch gedachte Nacherfüllung den konkreten Schaden entfallen ließe (dann *statt* der Leistung, sonst *neben* der Leistung). Tritt der Betriebsausfallschaden vor einem Nacherfüllungsverlangen ein, ist er irreversibel neben der Leistung entstanden (§ 280 I bezogen auf die mangelhafte Leistung), während der verlangten Nacherfüllungsfrist (Verlangen = Mahnung) ist der Verkäufer im Verzug (§ 286 bezogen auf die Nacherfüllung); danach ist es ein Schaden statt der Leistung (§ 281 bezogen auf die Nacherfüllung).

- a.A.: gesamtes Äquivalenzinteresse ist SE statt der Leistung (§ 281), wenn dieses Recht geltend gemacht wird. Wird hingegen Nachlieferung verlangt, ist der Betriebsausfall wegen verzögerter ordnungsgemäßer Leistung ein Verzögerungsschaden nach § 286 mit Mahnungserfordernis. Denn gem. § 433 I 2 ist die Erfüllungstheorie jetzt Gesetz geworden und derjenige, der mangelhaft (aber immerhin) leistet soll nicht schlechter stehen als derjenige, der nicht leistet (aber: Schlechtleistung ist schlechter Erkennbar und deshalb gefährlicher, außerdem kein Verweis auf § 286 in § 437 und Mahnungserfordernis passt bei Schlechtleistung nicht).

- a.A.: ist nicht der mangelbedingte Minderwert (nur der soll SE statt der Leistung sein), sondern neben der Leistung. Denn es hat nichts mit dem mangelbedingten Minderwert der Sache zu tun.

**A:** Deckungskauf

innerhalb der Frist unstreitig Fall des § 286. Aber kausaler Schaden? Herausforderung innerhalb der Frist grds. (-), außer es handelt sich um ein Notgeschäft im Rahmen der Schadensminderungspflicht.

### VII. bei SE statt der Leistung: nicht unerheblich (§ 281 I 3)

**A:** Garantie

vertragliche Erklärung des Verkäufers, verschuldensunabhängig für eine bestimmte Eigenschaft eintreten zu wollen. Hoher Rechtsbindungswille!

**A:** gewerblicher Gebrauchtwagenhändler, der eine Beschaffenheit ohne Einschränkung oder Zusätze erklärt begründet i.d.R. eine Garantie, weil sich der Käufer auf die besondere Erfahrung und Sachkunde verlässt!

**P:** Abtretung von Mängelansprüchen gegen den Vorverkäufer

- BGH: ergänzende Vertragsauslegung, weil der Haftungsausschluss sollte nur den Zweitverkäufer vor Mängelpflichten schützen und nur das allgemeine Mängelrisiko ausschließen. Dazu gehört nicht die arglistige Täuschung eines Vorverkäufers.
- h.L.: als vertragliche Nebenpflicht
- m.M.: der Zweitkäufer hat sich auf den wirksamen (!) Haftungsausschluss eingelassen und ist damit selber schuld

**P:** Inzahlunggabe alter Kfz

bei Inzahlunggabe liegt grds. ein einheitlicher Vertrag vor (s.u.). Nur wenn der Verkäufer ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Altwagen hat und weitere starke Hinweise hinzutreten können u.U. getrennte Verträge vorliegen.

- h.M.: Ersetzungsbefugnis, § 364 I *analog*. Der Schuldner hat das Recht (nicht aber die Pflicht!) statt des Geldbetrages einen bestimmten Gegenstand zu leisten, z.B. das alte Kfz. § 364 I muss analog genommen werden, weil die Ersetzungsbefugnis schon bei Vertragsschluss vorlag. Ist der Altwagen mangelhaft gelten für den Kfz-Händler gem. § 365 die Mängelrechte. Ist der Neuwagen mangelhaft muss bei Rücktritt der status quo hergestellt werden, der Käufer bekommt also auch seinen Altwagen zurück.

Folge-**A:** Gewährleistungsausschluss

- bezieht sich nach §§ 133, 157 wohl auf beide Kfz ("Waffengleichheit")
- scheidet ein Ausschluss an der Verbrauchereigenschaft soll der nicht die Zeche zahlen müssen, deshalb wohl konkludenter Gewährleistungsausschluss bzgl. Alt-Kfz
- a.A.: einheitlicher, gemischter Kauf- / Tauschvertrag. So wird der Käufer besser geschützt, da er auf keinen Fall mit einer Nachforderung in Geld konfrontiert wird, weil z.B. bei Mangelhaftigkeit der *gesamte* Vertrag rückabgewickelt wird.

## Rechtskauf § 453

**A:** keine allgemeine Bonitätshaftung!

zwar gehört zur "vertraglich vorausgesetzten Verwendung" auch die Durchsetzbarkeit und Werthaltigkeit, aber das würde auf eine Garantiehaftung des Verkäufers bei Rechtskäufen hinaus laufen. Dieses Risiko gehört aber gerade zum typischen Wesen des Rechtskaufes! Deshalb gilt § 434 I S. 2 bei Rechtskäufen nicht!

Es bleibt:

- § 433 I 1: das Recht *existiert* (Verität)
- § 434 I 1: *vereinbarte* Beschaffenheit
- § 435: Rechtsmängel

**Unternehmenskauf (asset deal)**

Unternehmen (Gesamtheit von Rechten und Pflichten) ist ein sonstiger Gegenstand i.S.d. § 453, d.h. es findet Mängelgewährleistung statt!

- Haftung für Verität (Unternehmen besteht)
- Haftung für vereinbarte Beschaffenheit
- **P:** Haftung für "gewöhnliche" Bonität, § 434 I 2
  - h.M.: wie bei Rechtskauf: (-)
  - m.M.: hier Haftung für Bonität

**P:** Mängelgewährleistung beim share deal

- BGH: wenn es wirtschaftlich dem Erwerb des ganzen Unternehmens (asset deal) gleich kommt, also bei Erwerb einer beherrschenden Quote (min. 75 %)
- RG: nur wenn man wirklich alle Anteile (100 %) erwirbt wird man so behandelt, als hätte man das ganze Unternehmen gekauft.

## Verbrauchsgüterkauf §§ 474 ff.

- I. Unternehmer
- II. Verbraucher
  - A:** Dual-Use  
der Schwerpunkt des Gebrauchs entscheidet
  - A:** AN sind Verbraucher  
weil sie nicht *selbständig* gewerblich tätig sind
- III. Kaufvertrag

### Umgehungsverbote, § 475 I 2

#### I. UmgehungsTB

**P:** negative Beschaffenheitsvereinbarungen

- h.M.: sind zulässig, wenn eine konkrete fehlende Eigenschaft (z.B. nicht fahrbereit) bezeichnet wird. Sonst weiß der Verbraucher nicht, auf was er sich einlässt. Teilw. auch noch konkreter Anlass und kein Widerspruch zum Vertrag i.Ü. nötig.

- a.A.: generelle Umgehung, deshalb unzulässig

**P:** Agenturgeschäfte und Verbraucherschutz

- h.M.: nicht generell verboten, weil GesGeb das Problem kannte und nichts geregelt hat. Umgehung i.S.d. § 475 I 2 nur in Einzelfällen.

Es gilt:

- Unternehmer trägt wirtschaftliches Risiko des Weiterverkaufs: Umgehung

- Verbraucher-Verkäufer trägt wirtschaftliches Risiko: zulässig

- m.M.: stets unzulässige Umgehung

#### II. Rechtsfolge

**P:** Rechtsfolgen bei Umgehung § 475 I 2

- BGH: Kaufvertrag mit dem Unternehmer (d.h. auch Mängelrechte etc. *direkt* anwendbar); Kaufvertrag mit dem Verbraucher ist gem. § 134, 475 I 2 nichtig.

- h.L.: § 311 III auf SE, wobei der SE dann die Einräumung der Mängelrechte ist

**P:** geltungserhaltende Reduktion bei unzulässigem Gewährleistungsausschluss  
*gem. § 475 III kann die Pflicht des Verkäufers zur Leistung von SE beschränkt werden. Kann zumindest das gelten, wenn unzulässiger Weise die Gewährleistung komplett ausgeschlossen wurde?*

- h.M.: keine geltungserhaltende Reduktion!

- m.M.: Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ist ungerechtfertigt; Privatautonomie!

### Beweislastumkehr, § 476

- BGH: die Vermutung wirkt nur in zeitlicher Hinsicht. Das Vorliegen eines Sachmangels muss weiter bewiesen werden. Steht aber fest, dass ein Mangel, wenn er bei Gefahrübergang vorgelegen hätte, ein Sachmangel gewesen wäre, greift § 476 (dann geht es nur um die zeitliche Komponente).

- h.L.: Vermutung muss sich auch darauf beziehen, dass der aufgetretene Mangel auf einem Sachmangel beruht. Sonst ist die Vorschrift witzlos.

#### **P:** gebrauchten Sachen

- ganz h.M.: gilt grds. auch bei gebrauchten Sachen, wenn Alter und Zustand darauf schließen lassen, dass derartige Defekte üblicherweise noch nicht vorliegen (Arg.: RL-konforme Auslegung).

Folge-A:

dann kann ein Bedienungsfehler etc. aber schon vor Gefahrübergang stattgefunden haben, d.h. die rein zeitliche Vermutung des BGH hilft jetzt dem Käufer.

- m.M.: die "Art der Sache" (§ 476 2. Hs.) schließt die Vermutung bei gebrauchten Sachen aus

#### **P:** offensichtliche Mängel

- BGH: keine teleologische Reduktion
- a.A.: § 476 beruht auf der besseren Erkenntnismöglichkeit des Verkäufers. Wenn er diese nicht hat (z.B. weil der Mangel leicht erkennbar ist) soll § 476 teleologisch reduziert werden.

### **Unternehmerregress, §§ 478 ff.**

Nur bei neu hergestellten Sachen, bei denen der Verkäufer durch einen Verbraucher in Anspruch genommen wird.

#### A. unselbständiger Regress, § 478 I i.V.m. § 437

##### I. Anwendbarkeit

Verbraucher verlangt wg. Mangelhaftigkeit Nachlieferung (nicht Reparatur!), ist zurück getreten, hat SE statt der ganzen Leistung geltend gemacht oder gemindert.

**P:** wenn Nachlieferung unverhältnismäßig war

- h.M.: keine Rechtspflicht diese Einrede geltend zu machen
- m.M.: durch die Nichterhebung der Einrede entsteht erst die Rücknahme der Kaufsache und es entsteht ein Nachteil für den Lieferanten

##### II. Rechtsfolgen

Normaler Anspruch aus § 437 gegen Vorverkäufer; aber modifiziert:

- Beweislastumkehr § 476 gilt
- Fristsetzung entbehrlich
- Ausschluss der Mängelrechte unwirksam (aber: Präklusion nach § 377 II HGB möglich)

#### B. selbständiger Regress § 478 II (eigene AGL!)

##### I. Anwendbarkeit

Verbraucher verlangt *Nachbesserung* oder *Nachlieferung*

##### II. Rechtsfolgen

Aufwendungsersatzanspruch gegen Vorverkäufer mit Privilegien:

- Beweislastumkehr § 476 gilt
- Ausschluss der Mängelrechte unwirksam (s.o.)

**P:** Kappung bei nicht erhobener Einrede der Unverhältnismäßigkeit?

- t.v.A.: Kappung auf den Betrag, der hätte aufgewendet werden müssen (Nachlieferung oder Nachbesserung) aus § 242, bzw. § 254 *analog*
- a.A.: dann völliger Ausschluss, weil die Kosten nicht i.S.d. § 478 II "zu tragen" waren (aber: ist nicht interessengerecht)

### **Verbraucherdarlehen / Finanzierungshilfen / Finanzierungsleasing** **§§ 488 ff.**

#### **A: Existenzgründer**

gem. § 507 gelten die Vorschriften auch für Existenzgründer, es sei denn das Darlehen übersteigt 50.000€.

### **Verbraucherdarlehensvertrag, §§ 491 ff.**

#### I. DarlehensV

#### II. Unternehmer (Geber)

#### III. Verbraucher (Nehmer)

#### IV. kein Ausschluss, § 491 II

- Widerrufsrecht, § 495
- Einwendungsdurchgriff, § 359

bei verbundenen Verträgen (§ 358 III) stehen dem Verbraucher alle rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden gegen den einen Vertragsteil auch gegen den Darlehensgeber zu.



## **Finanzierungsleasing, §§ 499 II, 500**

Wirtschaftlich gewollt ist ein Kauf der Leasing Sache, der durch das Leasing nur finanziert werden soll, d.h. typischerweise lange Laufzeit und

- Kaufoption
- Vollamortisation
- Teilamortisation + Restwert

Anders das Operating-Leasing, bei dem nur eine Sonderform des MietV vorliegt. Hier geht es vorwiegend darum die Sache (meist kurz) nutzen zu können, ohne dass ein Kauf im Hintergrund steht.

**P:** Einwendungsdurchgriff gem. § 359, 500?

- h.M.: nicht beim Leasing, weil hier nur 1 Vertrag (LG-LN) vorliegt. Anders höchstens, wenn der LN zur Zahlung der Leasingraten ein Darlehen aufnimmt.
- m.M.: hier vergleichbare Situation, d.h. wenn die Sache mangelhaft ist kann der LN gem. § 359 auch vom LeasingV zurück treten.

**A:** Verweisung auf Mängelansprüche gegen den Verkäufer in AGB

Der Verbraucher-Leasingnehmer darf durch den Verweis auf den Verkäufer (der nicht sein Vertragspartner ist) nicht unangemessen benachteiligt (§ 307 II Nr. 2) werden.

- Abtretung der Ansprüche LG – Verkäufer: ist OK, weil § 309 Nr. 8 b) aa) nicht für Gebrauchsüberlassungsverträge gilt und sich der LN auch typischerweise den Verkäufer vorher aussucht, d.h. nicht an einen völlig fremden verwiesen wird.
- Ermächtigung unter Widerrufsvorbehalt: genügt nicht, weil der LG dem LN die Mängelrechte jederzeit wieder entziehen kann
- **P:** bei Ausschluss der Gewährleistung LG – Verkäufer: hätte der LN direkt vom Verkäufer geleast, läge ein Verbrauchsgüterkauf vor. Ein Ausschluss wäre wg. § 475 I ausgeschlossen gewesen. Hier ist äußerst strittig, ob eine Abtretung der tatsächlich nicht bestehenden Gewährleistungsrechte genügt.

**A:** Wegfall der GG, § 313

wenn der LN das ihm gegen den Verkäufer abgetretene Rücktrittsrecht ausgeübt hat und so ein RückgewährSV zwischen LG und Verkäufer ausgelöst wurde. Denn würde dann nicht die GG des LeasingV wegfallen, hätte der LN keine Möglichkeit sich vom LG zu lösen, obwohl die Sache mangelhaft ist.

## **Miete / Pacht** **§§ 535 ff.**

**A:** Abgrenzung

PachtV i.d.R. nur, wenn das Objekt schon betriebsfertig ist oder vom Verpächter betriebsfertig eingerichtet werden soll. Bei "nackten" Objekten liegt i.d.R. trotz gewerblicher Nutzung keine Pacht vor.

## **Mietminderung, § 536**

**A:** die Minderung findet ipso iure statt! Anders als im KaufR ist keine Gestaltungs-erklärung nötig.

## **SE- / Aufwendungsersatz, § 536a**

I. Mangelhaftigkeit

**A:** erst ab Überlassung

Verweist auf den Mangelbegriff des § 536, in dessen Rahmen zwingend eine Übergabe nötig ist. Ein Mangel i.S.d. § 536a kann also erst ab Übergabe bestehen. Zudem wäre eine vor Überlassung angenommene Garantiehafung des Vermieters eine Überspannung des Mieterschutzes. Der soll durch § 536a gerade vor solchen Schäden verschuldensunabhängig geschützt werden, die ihm durch den Gebrauch drohen.

## II. aus Vermietersphäre

1. bei Vertragsschluss = Garantiehafung
2. späterer, zu vertretender Mangel
3. Verzug der Mangelbeseitigung

## III. keine Kenntnis des Mangels, § 536b

**A:** ist *lex specialis* ggü. § 254 für das Mitverschulden bzgl. des Nichterkennens eines Mangels. Denn gerade normale Fahrlässigkeit soll nach § 536b zu keinerlei Minderung führen.

**A:** nicht anwendbar bei Arglist des Vermieters

## IV. keine Verletzung der Anzeigepflicht § 536c II 2

**A:** bei Selbstvornahme kein Aufwendungsersatz

- kein Anspruch aus § 536 I 1, weil keine Mahnung
- kein Anspruch aus § 536a II Nr. 2, wenn nicht absolute Notmaßnahme vorliegt (z.B. Heizungsausfall im Winter)
- kein Aufwendungsersatz aus § 539 i.V.m. GoA, weil sonst Zweck des § 536a II unterlaufen würde (nur in Notfällen!). A.A.: sonst verblieben dem Vermieter ungerechtfertigt Vorteile
- aus diesem Grund auch alle anderen AGL (GoA, BerR etc.) gesperrt

## Verjährung (1/2 Jahr), § 548

**A:** gilt auch für konkurrierende Ansprüche aus Delikt, weil die Wertung des § 548 (Privilegierung des Mieters) sonst unterlaufen würde, weil fast immer zugleich das Eigentum des Mieters geschädigt wird.

Folge-**A:** im Schutzbereich liegende Dritte

Personen, die in den [Schutzbereich des Mietvertrages](#) einbezogen wurden kommen auch in die Privilegierung des § 548 (gerade auch bzgl. deliktischer Ansprüche), denn zum Schutzbereich des Mietvertrages gehört auch die kurze Verjährung!

## Vermieterpfandrecht, § 562 ff.

**P:** gutgläubiger Erwerb an mieterfremden Sachen, § 1207

- h.M.: (-), weil 1257 setzt ein durch Gesetz *entstandenes* PfandR voraus. Hier ginge es aber um die gutgläubige Begründung. Zudem kennt das BGB den gutgläubigen Erwerb nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb.
- m.M.: § 1207 gilt nach § 1257 auch für gesetzliche Pfandrechte. Dann ginge auch z.B. ein gutgläubiger Vorrangserwerb.

**A:** Erlöschen durch Entfernung, § 562a

entgegen dem Wortlaut erlischt das PfandR auch dann, wenn ohne das Wissen des Vermieters entfernt wird, dieser einer Entfernung aber nicht hätte widersprechen dürfen, also wenn sie den *gewöhnlichen Lebensverhältnissen* entspricht. Gilt auch für nur vorübergehende Entfernung!

**A:** Verhältnis zu § 936

ist ein gutgläubiger, lastenfrier Erwerb nicht möglich (z.B. Gutgläubigkeit fehlt) und wurde nur mit dem VermieterpfandR belastetes Sicherungseigentum erworben, erlischt das PfandR nicht mit Entfernen. Denn dann ist das Entfernen nicht mehr nach den "gewöhnlichen Lebensverhältnissen" geboten, um einen Missstand zu beseitigen, sondern schafft einen solchen erst.

## Kauf bricht nicht Miete, § 566

**A:** maßgeblich ist die dingliche Übertragung, nicht der Abschluss des Kaufvertrages ("*während der Dauer seines Eigentums*").

Deshalb beginnt die Verjährungsfrist (§ 548 II) erst mit *Kenntnis* des Mieters vom dinglichen Erwerb des neuen Eigentümers (d.h. Eintragung ins GB).

## Dienstvertragsrecht

### **übliches Entgelt, § 612**

setzt voraus, dass eine Vereinbarung über das Entgelt gerade nicht getroffen wurde! Wurde etwas vereinbart, ist die Vereinbarung aber nichtig (Anfechtung/ Gesetzesverstoß etc.) greift § 612 nicht!

Dann: fehlerhafter Dienstvertrag

### **fehlerhafter Dienstvertrag**

Abwicklung über BerR wäre unsachgemäß, insb. weil der AG sich z.B. auf § 818 III berufen könnte, wenn der AN mehr Kosten als Nutzen verursacht hat. Das ist aber gerade nicht Wesen des Dienstvertrages!

→ Soweit die Tätigkeit geleistet wird (d.h. nur dort, wo tatsächlich Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen) und der Dienstleistende im Vertrauen auf die Wirksamkeit seine Dienste erfüllt hat, können sich AG und AN nicht auf die Nichtigkeitsfolgen berufen.

Entgelthöhe wie vereinbart. Ist gerade diese Vereinbarung nichtig greift § 612 II.

## Werkvertragsrecht

### §§ 631 ff.

**A:** Abnahme ist ungeschriebenes TBM des § 633 II, weil es sonst zu Sekundäransprüchen ohne Gefahrübergang käme

### **Vergütung**

#### I. Entstehung

wie immer mit Abschluss des Vertrages

#### II. Fälligkeit

gem. § 640 grds. erst mit Abnahme, d.h. körperliche Hinnahme des Werkes und seine Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß.

#### III. Abschlagzahlung, § 632a

haben den vorläufigen Charakter eines Vorschusses und sind keine Teilabnahme! D.h. sie haben keinen Einfluss auf die Mängelgewährleistung / Gefahrtragung!

1. in sich geschlossener Werkteil / erforderliche Stoffe

2. Besteller Eigentum verschafft

**A:** nach h.M. genügt der gesetzliche Eigentumserwerb, z.B. durch Einbau

3. nicht erloschen

**A:** Abschlagzahlung ist nur ein "Vorschuss" auf den mit Abnahme fällig werdenden Werklohn. Er teilt deshalb auch dessen Schicksal bzgl. Unmöglichkeit, §§ 644, 645!

### **Mängelgewährleistung**

**A:** Schäden gelegentlich der Ausführung

wenn die Werkleistung an sich mangelfrei ist, aber bei deren Erbringung ein Schaden verursacht wird, gilt § 634 nicht. SE-Anspruch direkt aus § 280 I i.V.m. § 241 II, d.h. normale Verjährung!

**A:** vereinbarte Beschaffenheit (Blockkraftwerk-Fall)

Dazu gehört auch die übliche Verwendung der Sache, selbst wenn eine Beschaffenheit explizit vereinbart ist und nur eine mangelhafte Vorleistung eines anderen (!) die Verwendung nicht möglich macht. Aber keine Haftung, wenn Info- und Prüfpflichten ausgeführt (vgl. Wertung des § 654). Nacherfüllungsverlangen kann aber erst dann gestellt werden, wenn die Vorleistung des anderen so verändert wurde, dass die übliche Verwendung erreicht werden kann.

## Werkunternehmerpfandrecht, § 647

**P:** gutgläubiger gesetzlicher Erwerb an bestellerfremden Sachen, § 1207

- h.M.: (-), weil 1257 setzt ein durch Gesetz *entstandenes* PfandR voraus. Hier ginge es aber um die gutgläubige Begründung. Zudem kennt das BGB den gutgläubigen Erwerb nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb. Außerdem ist § 366 III HGB (das einen gutgläubigen PfandR-Erwerb erlaubt) klar eine Ausnahmeregel.

- m.M.: § 1207 gilt nach § 1257 *analog* auch für gesetzliche Pfandrechte. Dann ginge z.B. auch ein gutgläubiger Vorrangserwerb (§ 1208).

- a.A.: nach § 185 *analog*, wenn der Eigentümer mit einer Reparatursituation einverstanden war (*aber*: geht nicht bei gesetzlichem Erwerb! Auch § 185 setzt rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus!!)

**P:** gutgläubiger Erwerb durch AGB

- BGH: möglich, weil § 1207 hier direkt gilt. So etwas kann auch in AGB vereinbart werden.

- a.A.: ist zwar möglich, in AGB verstößt es aber gegen § 307. Denn diese Klausel ist nur dazu da an bestellerfremden Sachen ein PfandR entstehen zu lassen (sonst greift ja § 647 sofort). Das drängt den Besteller aber in eine SE-Pflicht dem Eigentümer gegenüber und ist somit fremdschädigend gedacht.

## Reisevertragsrecht

### §§ 651a ff.

## Mängelrechte, § 651c ff.

### I. ReiseV

abzugrenzen von der Reisevermittlung, bei der nur ein Gesamtpaket eines Veranstalters vermittelt wird. Der Veranstalter muss die Reise vielmehr *als eigene anbieten*.

**A:** Auslegung nach § 651a II

wird der *Anschein erweckt* es handele sich um einen Reisevertrag und nicht nur um eine Vermittlung haftet der Vermittler nach Reiserecht! Ein Hinweis auf die Fremdleistung genügt i.d.R. nicht, wenn sonst starke Indizien dafür sprechen. Dann muss sich der Veranstalter das Verschulden des Durchführenden nach § 278 zurechnen lassen.

**A:** Mitreisende

i.d.R. ist ein Reisevertrag ein echter Vertrag zugunsten Dritter

### II. Reisemangel, § 651c

Wenn die Gesamtheit der Reise in ihrem Wert oder ihrer Tauglichkeit beeinträchtigt ist. Denn der Veranstalter schuldet nicht nur die einzelnen Leistungsteile, sondern die fehlerfreie Gesamtheit.

**A:** auch Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ist Reisemangel

**A:** § 651c sperrt das allgemeine Leistungsstörungsrecht ab Vertragsschluss, nicht erst ab Reisebeginn!

**A:** gegen Leistungsträger

die §§ 651a ff. sollen den Reisenden besser stellen und nicht vertragliche Ansprüche gegen den Leistungsträger vor Ort ausschließen. Das ist meist ein VSD oder ein echter Miet-/Dienstvertrag zugunsten Dritter.

### III. Mangel angezeigt, § 651d II

Muss ggü. dem Veranstalter erfolgen, nicht ggü. dem Leistungsträger. Also min. die örtliche Reiseleitung muss informiert werden.

**P:** auch bei SE

- h.M.: der Mangel muss auch bei SE angezeigt werden, obwohl der Wortlaut das nicht nahe legt. Denn die Minderung ist der Grundtatbestand der

GewährleistungsR und wenn dieser nicht gegeben ist, soll auch ein SE-Anspruch nicht greifen.

- a.A.: nach dem Wortlaut nicht erforderlich. Außerdem ist die Minderung nicht der GrundTB der Gewährleistung, weil die Voraussetzungen ganz andere sind.

IV. keine Präklusion, § 651g I

**A:** bei fehlendem Hinweis auf die Ausschlussfrist nach § 6 II BGB-InfoV ist nach BGH widerlegbar vermutet, dass die Versäumnis unverschuldet war (§ 651g I 3)

### **Kündigung, §§ 651e, 651j**

**P:** Rückabwicklungsschuldverhältnis?

- h.M.: durch Kündigung wird der ReiseV in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestaltet, auch wenn es an einer ausdrücklichen Verweisung fehlt. Aber aus den Rücktransportpflichten etc. ergibt sich, dass das alte Schuldverhältnis in anderer Form weiter bestehen soll.

- m.M.: aus dem Wortlaut kann so etwas nicht gefolgert werden, deshalb greifen §§ 812 ff. zur Rückabwicklung ein

**P:** Stornokosten bei höherer Gewalt = Reiseleistungen

- BGH: bei Stornokosten aus höherer Gewalt (!) muss nach Treu und Glauben erweitert ausgelegt werden, dass der Reisende die Hälfte der Stornokosten tragen soll. Denn § 651j soll ersichtlich den Reisenden schlechter stellen als bei einer Kündigung wegen Reisemangels.

- a.A.: Stornokosten zwischen Veranstalter und Leistungsträger entstehen nur zwischen diesen und wurzeln nicht in der Reise. Zudem kann von Reiseleistung erst ab Beginn der Reise gesprochen werden. Erweiterte Anwendung ist reine Billigkeitsentscheidung ohne gesetzliche Grundlage. Also keine Entschädigung.

### **Maklervertrag**

#### **§§ 652 ff.**

### **Provisionsanspruch, § 652**

I. MaklerV

1. Inhalt

kein Tätigwerden ist geschuldet

2. grds. formfrei

Ausnahme: § 311b I bei MaklerV, bei denen sich der eine Teil verbindlich verpflichtet ein Grundstück zu festgelegten Bedingungen an jeden vom Makler Vermittelten zu verkaufen. Heilung dann erst bei Abschluss des formgültigen Kaufvertrages!

II. Maklerleistung

III. rechtsgültiges Zustandekommen des vermittelten Vertrags

**A:** wichtige Fallgruppen

- Anfechtung des vermittelten Vertrags lässt Anspruch entfallen (ex-tunc-Wirkung)

- vertraglich vereinbarter Rücktritt lässt Anspruch entfallen (war schon von Anfang an unsicher)

- gesetzlicher Rücktritt ist hingegen egal (außer es hätte auch gleichzeitig eine Anfechtungslage bestanden, weil dann wäre der Anspruch entfallen, s.o.)

IV. Kausalität von Maklerleistung + Abschluss

### **GoA, §§ 677 ff.**

I. fremdes Geschäft

1. Geschäft = jedes tatsächliche Handeln

2. fremd

a. fremdes Geschäft

- nur im Rechtskreis des anderen (insb. Rechtspflichten)
- b. auch-fremdes Geschäft
  - sowohl in fremdem, als auch eigenen Rechtskreis (insb. Rechtspflichten)
- c. neutrales Geschäft
  - gehört zu keinem bestimmten Rechtskreis; wird erst durch FGW fremd

II. mit FGW

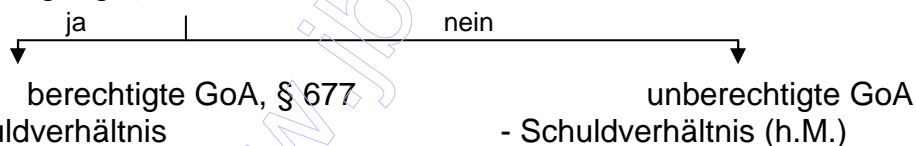
1. fremdes Geschäft: FGW vermutet
2. **P**: auch-fremdes Geschäft
  - BGH: FGW ebenfalls vermutet
  - h.L.: FGW muss positiv festgestellt werden
- P**: nichtige Verträge
  - BGH: wg. auch-fremdem Geschäft wird ein FGW vermutet. Bei Nichtigkeit nach § 134 dürfen Aufwendungen i.S.d. § 670 aber nie für *erforderlich* gehalten werden.
  - h.L.: Erfüllung der vermeintlichen Verbindlichkeit ist einzige Motivation, d.h. Eigengeschäftsführungswille gem. § 687 I. Sonst würde auch Wertungsmodell der §§ 812 ff. unterlaufen.
3. neutrales Geschäft

III. ohne Auftrag / sonstige Berechtigung

**A**: oder rechtliche Pflicht so zu handeln

IV. Geschäft entspricht

1. wirklichem Willen
  - dieser darf nicht gem. §§ 104 ff. *analog*, 679 unbeachtlich sein, wobei bei § 679 ein öffentliches Interesse nötig ist, das beim Zuparken nicht gegeben ist (nur die Polizei kann abschleppen)
2. mutmaßlichem Willen (subsidiär!)
  - wird aus obj. Interesse geschlossen
  - P**: schon alleine Befreiung von der Verbindlichkeit des § 1004?
    - h.M.: genügt alleine noch nicht
    - m.M.: Befreiung davon ist immer auch aus obj. Interesse geboten
3. Genehmigung, § 684 S. 2



SE\*

- bei Ausführungsver schulden § 280 der berechtigten GoA
- bei Übernahmever schulden:
  - SE unabhängig von weiterem Verschulden, § 678
  - bei Ausführungsver schulden:
    - P**: § 280 der *unberechtigten* GoA
    - h.M.: bei Ausführungsver schulden ohne Übernahmever schulden möglich (argumentum a maiore)
    - a.A.: nicht möglich, weil kein SV

Aufw. § 683, 670

Ersatz **P**: Schäden

- h.M.: § 110 HGB *analog*, weil in fremdem Risikokreis tätig geworden
- a.A.: § 670 *analog*, wenn Schaden untrennbar mit Geschäftsführung verbunden war und sich darin eine

typische Gefahr der Tätigkeit realisiert  
hat

**P:** Arbeitsleistung

h.M.: mit § 1835 III *analog*, wenn  
Geschäft zum Beruf des GF gehört  
(dann aber kein § 680 mehr)

- \* **A:** Verschuldensmaßstab des § 680 (*analog*) bei Gefahrabwehr gilt für
- Übernahmeverschulden
  - Ausführungsverschulden (außer GF verlangt Arbeitsleistung ersetzt)
  - alle sonstige SE-Vorschriften!!!

### Sparbuch

Nach h.M. atypischer Verwahrvertrag (§ 700), Auszahlungsanspruch aus § 488 I 2.

- qualifiziertes Legitimationspapier  
Berechtigter muss es vorlegen, um Leistung verlangen zu können
- *hinkendes* Inhaberpapier (§ 808 I 2)  
Aussteller wird nur berechtigt, nicht aber verpflichtet befreiend an den Inhaber zu leisten
- Übertragung durch Abtretung (§ 398), Eigentum geht dann nach § 952 II mit über

### **Inhaberpapiere (§ 807)**

- eigenes Forderungsrecht des Inhabers
- Übertragung nach §§ 929 ff.

### **hinkende Inhaberpapiere (§ 808)**

- kein eigenes Forderungsrecht des Inhabers
- an ihn *kann* aber befreiend geleistet werden
- Übertragung durch Abtretung, Papier geht nach § 952 II mit über

### Bürgschaft §§ 765 ff.

<b>Bürgschaft</b> §§ 765 ff.	<b>Schuldbeitritt</b> §§ 311 I, 241 Privatautonomie	<b>GarantieV</b> §§ 311 I, 241 Privatautonomie
Haftung für fremde Schuld	Gesamtschuldnerschaft	verschuldensunabhängiges
streng akzessorisch in Entstehung und Bestand	begründet akzessorisch im Entstehen, danach getrennte Wege möglich	Einstehen für einen Erfolg keinerlei Akzessorietät
i.d.R. formbedürftig im Zweifel Bürgschaft	formfrei gesteigerter Rechtsbindungswille nötig	formfrei extrem hoher Rechtsbindungswille nötig

### **Verbraucherschutz und Personalsicherheiten**

#### A. Bürgschaft

**A:** die Bürgschaft ist zwar kein "entgeltlicher" Vertrag, aber er kann hier nicht schlechter stehen, als wenn er – wie beim AustauschV – sogar eine Gegenleistung bekäme!

I. § 312 (Haustürwiderruf)

- h.M.: wenn bei der Bürgschaft die Voraussetzungen des § 312 vorliegen, dann (+). Egal was bzgl. der Hauptverbindlichkeit gilt.

- EuGH: beim BürgschaftsV und bei der Hauptverbindlichkeit muss jeweils § 312 vorgelegen haben! Begründet wird das mit der Akzessorietät der Bürgschaft (aber: die soll den Bürgen gerade schützen; nicht ihm schaden)

II. §§ 491 ff. *analog* (Verbraucherdarlehen)

- BGH: nicht anwendbar, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht den §§ 491 ff. unterfällt. Denn die Bürgschaft soll streng akzessorisch sein (aber: dazu schon oben!) und die Schriftform des § 766 schützt ausreichend (aber: keine qualifizierte Schriftform!).

- h.L.: wie bei § 312 kann es nur darauf ankommen, ob die Voraussetzungen der §§ 491 ff. in der Person des Bürgen vorliegen.

B. Schuldbeitritt

**A:** der Schuldbeitritt ist zwar kein "entgeltlicher" Vertrag, aber er kann hier nicht schlechter stehen, als wenn er – wie beim AustauschV – sogar eine Gegenleistung bekäme!!

I. § 312 (Haustürwiderruf)

- h.M.: wenn für den Beitritt § 312 vorliegt, dann (+)

- m.M.: Beitritt § 312 und Hauptverbindlichkeit § 312 (vgl. oben)

II. §§ 491 ff. *analog*

- ganz h.M.: gelten auch für den Verbraucher-Beitretenden, egal was die Hauptverbindlichkeit für einen Charakter hat. Denn obwohl dieser unentgeltlich handelt hat er mindestens die gleiche Schutzbedürftigkeit wie der Hauptschuldner, der ja immerhin eine Gegenleistung bekommt.

Folge-**P:** qualifizierte Schriftform

- BGH: gilt auch für den Beitretenden

- a.A.: die ist hier nicht anwendbar

- m.M.: nicht anwendbar

**Bürgschaft**

I. Bürgschaftsvertrag

**A:** unterzeichnet ein AN als "Zweitmieter" mit seinem AG einen Mietvertrag über eine gewerbliche Maschine (die er nicht gebrauchen kann!), wird er nicht Mieter. Nach §§ 133, 157 kann seine Erklärung dann aber zu einer Schuldmitübernahme (Regelfall)/ Bürgschaft ausgelegt werden, wenn Vermieter und AN die Liquiditätsprobleme des AG bewusst sind.

1. Inhalt

Haftung für fremde Schuld

2. Form, § 766

**A:** Formfreiheit für Kaufleute § 350 HGB

**A:** kein Berufen auf die Formunwirksamkeit (§ 242), wenn man längere Zeit Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat und sich nur seiner Verpflichtungen entziehen will

3. Sittenwidrigkeit

**A:** gilt nicht für Mitdarlehensnehmer, dort keinerlei Kontrolle!

a. krasse finanzielle Überforderung

nicht in der Lage bei Fälligkeit die Raten aus dem pfändbaren Vermögen zu bezahlen

b. Kenntnis / grob fahrlässige Unkenntnis davon

seit Basel II immer gegeben

c. aus emotionaler Verbundenheit

wird vermutet, kann aber wegen starken eigenen Interesses widerlegt werden

**A:** auch bei AN aus Angst um ihren Arbeitsplatz, was in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit vermutet wird

d. keine Vermögensübertragung

4. Anfechtbarkeit



**A:** Anfechtung nach § 119 II wg. Irrtum über die Vermögenslage des Schuldners ausgeschlossen, weil es das typische Risiko des Bürgen ist

**A:** Schuldner sind i.d.R. Dritte im Verhältnis Gläubiger-Bürge, weil sie nicht im Interesse des Gläubigers tätig werden. Sie haben vielmehr ein Eigeninteresse an der Bürgschaft.

#### 5. Wegfall der GG

Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners liegt alleine in der Risikosphäre des Bürgen, deshalb i.d.R. kein Wegfall der GG

#### 6. Verbraucherschutz

##### II. Umfang

##### 1. gesicherte Forderung

###### a. Bestehen

**A:** auch Globalbürgschaften für alle gegenwärtig vorhandenen Schulden möglich!

###### b. Änderung

i. Reduzierung geht immer zugunsten des Bürgen

ii. Erweiterung

- vertragliche o.ä. gehen gem. § 767 I 3 grds. nicht zulasten des Bürgen

- Verschulden, Verzug gem. § 767 I 2 zulasten des Bürgen

- Zinsen nur, wenn durch BürgschaftsV erfasst. I.d.R. (+), weil nach § 217 die Zinsen eng an die Hauptforderung geknüpft sind

##### 2. Zeitbürgschaft, § 777

**P:** Anzeige vor Fälligkeit

- h.M.: genügt nicht, weil sonst der Zweck der Zeitbefristung umgangen würde, indem der Gläubiger die Bürgschaft immer auf Vorrat anfordern könnte

- m.M.: möglich, wenn Fälligkeit unmittelbar bevor steht, aber gerade außerhalb der Zeitbürgschaft läge

##### III. Gegenrechte

##### 1. Einrede der Vorausklage, § 771

**A:** nicht bei Kaufleuten, § 349

##### 2. Anfechtbarkeit der Hauptschuld, § 770 I

##### 3. aufrechenbare Gegenforderung des Gläubigers, § 770 II

**P:** nur *Schuldner* könnte aufrechnen

- t.v.A.: § 770 analog, weil auch hier der Bürge sonst Gefahr liefe eine Forderung zu erfüllen, die evtl. später durch ein Gestaltungsrecht erlischt.

- a.A.: keine Analogie, weil klarer Wortlaut und es auch in das Risiko des Bürgen fällt, ob der Gläubiger ein solches Recht ausübt oder nicht.

**P:** unbehebbarer Mangel

- t.v.A.: weil § 320 nicht passt (s.u.) bekommt der Käufer analog § 438 IV 2 eine Einrede, die der Bürge dann nach § 768 I geltend machen kann

- a.A.: § 770 *analog* auf andere Gestaltungsrechte des Schuldners

##### 4. Einreden des Hauptschuldners

**A:** Mangelhaftigkeit der Kaufsache

zwar ergeben die GewährleistungsR über Minderung/Rücktritt Gestaltungsrechte, die nicht unter § 768 fallen können. Aber solange der Mangel behebbar ist steht dem Schuldner – und damit auch dem Bürgen – zumindest die Einrede des Nichterfüllten Vertrages § 320 zu.

##### 5. Verjährung

a. Hauptschuldner verklagt: hemmt nicht Verjährung gegen Bürgen

b. Bürge verklagt: hemmt nicht Verjährung gegen Hauptschuldner

**A:** Bürge kann sich dann nach h.M. über § 768 auf die Verjährungseinrede des § 214 berufen, auch wenn er schon verklagt wurde!

**P:** Bürgschaft für Gesamtschuld

- BGH: ein Bürge kann auch für *eine Einzelforderung* an einem Gesamtschuldverhältnis bürgen. Denn die Einzelforderungen können sich gem. § 425 verschieden entwickeln. Es muss also ausgelegt werden, ob sich der Bürge nur für eine bestimmte Einzelforderung, oder die komplette Gesamtschuld verbürgen wollte.
- a.A.: es besteht nur ein Forderungsrecht des Gläubigers, für dessen Erfüllung man sich verbürgt.

## Rückgriff

### I. SG befriedigt Gläubiger

### II. Forderungsübergang

1. SG hat akzessorische Sicherheit gegeben: *cessio legis*  
§ 774 I (§§ 1143 I 2, 1225)
2. SG hat nicht-akzessorische Sicherheit gegeben: normale Zession durch Auslegung der Sicherungsabrede

### III. weitere Sicherheiten gehen mit über, § 401 (ggf. i.V.m. § 414)

1. weitere akzessorische: (+)  
**A:** nach § 774 II analog Übergang aber nur in der Höhe, in der auch tatsächlich Ausgleich verlangt werden könnte
2. weitere nicht-akzessorische: (-)
3. **A:** bei Bürgschaft auf Einzelforderung in Gesamtschuld geht ein Anspruch gegen den anderen Gesamtschuldner nur dann mit über, wenn dem Hauptschuldner selbst ein solcher Ausgleich gem. § 426 I 1 im Innenverhältnis zugestanden hätte. Denn der andere Gesamtschuldner darf nicht schlechter stehen, als wenn der Hauptschuldner gezahlt hätte.

### IV. Verhältnis der SG nach Übergang

1. übergegangene Sicherheiten  
diese haften untereinander gem. §§ 426, 774 II nur als Gesamtschuldner. D.h. es muss ermittelt werden wer welche Anteile im Innenverhältnis zu tragen hat. Falls nichts bestimmt ist jeder zu gleichen Teilen.  
**P:** Privilegierung von Bürgen
  - h.M.: Bürgen werden genauso behandelt wie alle anderen SG auch. Es findet keine Privilegierung statt.
  - m.M.: aus § 776 soll sich ergeben, dass Bürgen formal besser gestellt werden als andere SG. Denn sie haften mit ihrem ganzen Vermögen (das aber ganz gering sein kann!). Deshalb sollen sie im Innenverhältnis keinen Teil zu tragen haben.
2. **A:** nicht übergegangene Sicherheiten  
§§ 426, 774 II *analog* (!!!) auf alle nicht übergegangene Sicherheiten! Obwohl diese Sicherheiten mangels Akzessorietät nicht übergegangen sind werden sie trotzdem in die gesamtschuldnerische Haftung der SG mit einbezogen. Denn sonst käme es zu einem Wettlauf der Sicherungsgeber und letztlich haften alle für ein und dasselbe Risiko!

## Schuldversprechen / Schuldanerkennnis

### §§ 780, 781

**A:** §§ 780, 781 können immer zusammen zitiert werden, weil die Unterschiede rein sprachlich sind

### I. keinerlei Rechtsbindungswille

Spontanäußerungen z.B. nach Unfällen haben keine rechtliche Wirkung

II. deklaratorisches Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781, 311 I, 241 I)

- soll Klarheit über bestehende Schuld schaffen
- alle Einwendungen und Einreden, die der Schuldner kannte oder mit denen er rechnete werden so ausgeschlossen
- **P:** Form
  - t.v.A.: § 782 analog Schriftform
  - a.A.: formfrei

III. abstraktes Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781)

- schafft unabhängig von einem Schuldgrund eine Forderung
- § 781 ist dann eigene AGL!
- setzt sehr hohen Rechtsbindungswillen voraus (i.d.R. auch keine Nennung eines Schuldgrundes).
- Schriftform, § 782

www.jbaumann.eu