



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN

# Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Prof. Dr. Ivo Bach

Sommersemester 2021

# Fall 1: „Ferrari“

## – Sachverhalt –

### Grundfall

Der Autofan Stefan Sammler bittet seinen Bekannten Kurt Kugel einen gut erhaltenen Ferrari Testarossa, Baujahr 1985, mit Sonderlackierung „Fever“ und fest vorgegebenen Extras aufzutreiben; er zahle 100.000 € für den Wagen. Einige Zeit später lernt Kugel Valentin Verheugen kennen, der einen den Wünschen Sammlers entsprechenden Wagen in seiner Scheune stehen hat. Kugel und Valentin treffen sich kurze Zeit später. Für die Fahrt zu dem auf dem Land gelegenen Wohnhaus des Verheugen wendet Kugel Taxikosten in Höhe von 25 € auf.

Nachdem Kugel den Wagen in der Scheune besichtigt hat, wirft Verheugen beim Verlassen der Scheune achtlos eine noch brennende Zigarettenkippe auf den Boden; die Scheune brennt daraufhin mitsamt dem Wagen ab. Kugel und Verheugen haben die Scheune bei Ausbruch des Brandes bereits verlassen und befinden sich in der 500 m entfernten Wohnung Verheugens. Beide bemerken bei einem Blick aus dem Fenster den Rauch. Nachdem sich Verheugen vergewissert hat, dass das Wohnhaus seiner Nachbarn nicht in Flammen steht, gehen beide in ein Nebenzimmer, ohne weiter darüber nachzudenken, woher der Rauch kommt. Sie plauschen nett bei Bier und Korn und schließen eine Stunde später einen Vertrag, mit dem Kugel den Ferrari für 90.000 € von Verheugen kauft. In diesem Zeitpunkt ist der Wagen in der Scheune schon vollständig verbrannt.

Unmittelbar nach Vertragsschluss übergibt Verheugen Kugel die Autoschlüssel und verlässt mit ihm zusammen die Wohnung, um Kugel auch den Ferrari zu übergeben. Als beide an die auf die Grundmauern niedergebrannte Scheune kommen und die verkohlten Reste des Ferraris entdecken, bekommt Verheugen einen Wutanfall. Nach einem halbstündigen Streit erklärt er gegenüber Kugel die Anfechtung des Vertrages: Er habe nicht gewusst, dass der Ferrari bei Vertragsschluss bereits verbrannt gewesen sei.

Kann Kugel die Übereignung des Ferraris fordern? Muss Kugel den vereinbarten Kaufpreis an Verheugen zahlen? Im Übrigen möchte Kugel wissen, ob er Ersatz dafür erhält, dass er den Wagen mit 10.000 € Gewinn an seinen Freund hätte weiterverkaufen können. Auch möchte er nicht auf seinen Fahrtkosten zum Besichtigungstermin sitzen bleiben.

### Variante

Wie wäre es, wenn Kugel und Verheugen sich bereits während der Besichtigung über den Verkauf des Ferraris zum Preis von 90.000 € geeinigt hätten und Verheugen erst nach Vertragsschluss beim Verlassen der Scheune die Zigarette achtlos weggeworfen hätte, was kurze Zeit später zum Brand und der Zerstörung des Wagens geführt hätte?

## Fall 1: „Ferrari“

### – Lösungsvorschlag –

#### Grundfall

#### A. Primäransprüche

#### **I. Anspruch K-V auf Übergabe und Übereignung des Ferrari aus § 433 I BGB**

##### **1. Anspruch entstanden**

##### *a) Vertragsschluss*

K und V müssten zwei übereinstimmende Willenserklärungen auf Abschluss eines Kaufvertrages iS des § 433 BGB abgegeben haben. K und V haben sich vorliegend auf den Kauf eines konkreten Ferraris zum Preis von 90.000 € geeinigt.

##### *b) Anfängliche Unmöglichkeit*

Fraglich ist, ob der Vertragsschluss daran scheitert, dass der Ferrari bei Vertragsschluss bereits vollständig zerstört war, sich die Leistungspflicht des V also auf eine von Anfang an objektiv (also für jedermann) unmögliche Leistung richtete.

Entgegen dem (stark kritisierten) § 306 BGB a.F., der die Nichtigkeit des Vertrages anordnete, wenn die Leistung schon bei Vertragsschluss objektiv unmöglich war, ist der Vertrag gem. § 311a I BGB wirksam, obwohl er keine Primärleistungspflichten begründet: Nach §§ 275 I, 326 I 1 Hs. 1 BGB entfallen bei anfänglicher Unmöglichkeit die beiderseitigen Leistungspflichten der Vertragspartner. Der Vertrag ohne Primärleistungspflichten bildet aber die Grundlage für einen Anspruch auf das Surrogat aus § 285 BGB und für den Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB (unten B.I.).

##### *c) Anfechtung, §§ 142 I, 119 II BGB*

V könnte seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung wirksam nach § 119 II BGB angefochten haben. Rechtsfolge wäre nach § 142 I BGB, dass seine Willenserklärung von Anfang an unwirksam ist. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist zwar zunächst auf die mit einem Willensmangel behaftete Willenserklärung (hier die des V) beschränkt und erfasst die Willenserklärung des Vertragspartners (K) nicht. Die Unwirksamkeit der Willenserklärung des

V führt aber wegen der synallagmatischen Verknüpfung der Willenserklärungen von Käufer und Verkäufer (genetisches Synallagma) zur Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrages.

*aa) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft*

V hat sich bei Vertragsschluss darüber geirrt, dass die Kaufsache überhaupt existierte. Damit könnte er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache geirrt haben. Eigenschaften einer Sache sind deren natürliche Beschaffenheit sowie deren Beziehungen zur Umwelt, soweit diese dauerhaft sind und Einfluss auf den Wert oder die Nutzbarkeit der Sache haben. Verkehrswesentlich ist eine Sacheigenschaft, wenn diese nach der Parteivereinbarung oder jedenfalls nach der allgemeinen Verkehrsanschauung für den Wert oder die Tauglichkeit der Sache wesentlich ist.

Es ist zweifelhaft, ob die Existenz des Wagens als dessen Eigenschaft angesehen werden kann. Zwar könnte man sagen, dass die Existenz der Sache Grundlage der Sache selbst ist und somit die verkehrswesentliche „Ur“-Eigenschaft der Sache. Gleichwohl hat beispielsweise das Reichsgericht die Nichtexistenz einer Sache nicht als Eigenschaft angesehen (RG 6.4.1910, 261/09 V, JW 1910, 613).

*bb) Anwendbarkeit des § 119 II BGB*

Diese Frage kann jedoch dahinstehen, wenn eine Anfechtung des Vertrages durch V gem. § 119 II BGB aus einem anderen Grund ausscheidet. Es ist nämlich fraglich, ob sich der Schuldner bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung überhaupt durch Anfechtung von seiner Leistungspflicht aus dem Vertrag befreien darf. Gegen die Zulässigkeit der Anfechtung spricht, dass sich der Schuldner durch die Anfechtung der in § 311a II BGB angeordneten Haftung auf das positive Interesse (Schadensersatz statt der Leistung) entziehen könnte und über § 122 BGB nur auf das negative Interesse haftete. Deshalb ist nach ganz herrschender Meinung eine Anfechtung des Schuldners wegen eines Irrtums über das Nichtbestehen eines anfänglichen Leistungshindernisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen. Auf die Frage, ob die Existenz des Ferrari eine Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB darstellt, kommt es nicht an; die Anfechtung ist schon wegen der Spezialität des § 311a II BGB ausgeschlossen.

*d) Zwischenergebnis*

K und V haben einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen

## 2. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte allerdings gem. § 275 I BGB ausgeschlossen sein, wenn V die nach § 433 I 1 BGB geschuldete Übergabe und Übereignung des Ferrari unmöglich geworden ist. Kann der Schuldner den vertraglich geschuldeten Leistungserfolg (hier die Übergabe und Übereignung des Ferraris) auch mit größtmöglichen Anstrengungen nicht erbringen, etwa weil die zu leistende Sache untergegangen ist (tatsächliche Unmöglichkeit), fällt seine Leistungspflicht nach § 275 I BGB automatisch weg: Was nicht geleistet werden kann, muss nicht geleistet werden. Dabei unterscheidet § 275 I BGB nicht zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.

Hier haben V und K sich über den Kauf eines Ferrari Sondermodells mit speziellen Extras geeinigt, also einen Stückkauf vereinbart. Durch die Zerstörung des Wagens infolge des Scheunenbrands ist V die Übergabe und Übereignung des Wagens i.S.d. § 275 I BGB schon bei Vertragsschluss tatsächlich unmöglich geworden; er war nach § 275 I BGB von vornherein nicht zur Leistung verpflichtet.

**Vertiefender Hinweis:** An dieser Stelle ließe sich überlegen, inwieweit K möglicherweise einen Anspruch auf Lieferung eines Ersatzwagens hat. Grundsätzlich müssen dieselben Kriterien, die bei der Ersatzlieferung wegen eines Mangels gelten auch bei (vollständiger) Unmöglichkeit greifen. Es kommt also darauf an, ob den Parteien bei Vertragsschluss ein entsprechender Wille unterstellt werden kann (vgl. zur Problematik der Ersatzlieferung beim Stückkauf BGH, VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839). Im konkreten Fall wird man einen solchen Willen freilich kaum unterstellen können; Vertragsgegenstand ist ein spezieller ausgestatteter Wagen, der im Privatbesitz des Verkäufers steht. In einer Klausur sollten Sie dazu aber m.E. nur dann etwas sagen, wenn der Sachverhalt Anhaltspunkte dafür enthält, dass es dem Klausursteller darauf ankam.

### 3. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen V auf Übergabe und Übereignung des Ferrari aus § 433 I BGB.

## II. Anspruch V-K auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB

### 1. Anspruch entstanden

Der Anspruch V-K auf Kaufpreiszahlung ist mit dem wirksamen Abschluss des Kaufvertrags über den Ferrari entstanden (siehe oben A.I.1.).

### 2. Anspruch ausgeschlossen

Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 326 I 1 Hs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Braucht der Schuldner nach § 275 I BGB nicht zu leisten, verliert er nach § 326 I 1 Hs. 1 BGB automatisch auch den Anspruch auf die Gegenleistung, hier auf den Kaufpreis. Hier braucht V wegen anfänglicher Unmöglichkeit nicht zu leisten (A.I.2.). Da keine der in § 326 II BGB oder in §§ 446, 447 BGB geregelten Ausnahmen greift, besteht der Kaufpreisanspruch des V gem. § 326 I 1 Hs. 1 BGB nicht.

### 3. Ergebnis

Kein Anspruch V-K auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB

## B. Sekundäransprüche

### I. Anspruch K-V auf Schadenersatz statt der Leistung aus § 311a II BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a II 1 BGB haben.

**Hinweis:** Nach Gefahrübergang ist § 311a II 1 BGB nicht aus sich heraus anwendbar, sondern nur qua Verweis in § 437 Nr. 3 BGB. Diese Vorschrift muss dann mitzitiert und vor allem mitgeprüft werden. Vorliegend ist es jedoch noch nicht zu einem Gefahrübergang gekommen. Erforderlich dafür wäre, dass K die alleinige Herrschaftsgewalt über den Wagen ausübt. Zwar hat V dem K bereits die Schlüssel übergeben. Einer alleinigen Herrschaftsgewalt des K steht jedoch entgegen, dass sich der Wagen noch in der Scheune des V befindet. Zudem erscheint zweifelhaft, ob die Schlüssel Herrschaftsgewalt an einem ausgebrannten Fahrzeug können (das sich mit den Schlüsseln sicher nicht mehr öffnen und erst recht nicht bewegen lässt.). Bei schulbuchmäßiger Lösung müsste dieser Aspekt aber natürlich im Gutachten geprüft werden – entweder hier im Rahmen als Gliederungspunkt „1. Anwendbarkeit des § 311a II 1 BGB“ oder als vorgelagerte Prüfung eines Anspruchs aus §§ 437 Nr. 3, 311a II 1 BGB.

#### 1. Vertrag

Anders als § 280 I BGB gewährt § 311a BGB keinen Schadensersatzanspruch in jedem Schuldverhältnis, also etwa auch i.R. von gesetzlichen Schuldverhältnissen, sondern Schadensersatz nur i.R. eines Vertrages: § 311a II BGB nimmt auf § 311a I BGB Bezug, also auf den Fall, dass der Schuldner trotz wirksamen Vertragsschlusses wegen anfänglicher Unmöglichkeit keine Leistung schuldet.

K und V haben einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen.

#### 2. Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung

Durch die Bezugnahme auf § 311a I BGB gewährt die Sondervorschrift des § 311a II BGB Schadensersatz statt der Leistung nur für den Fall, dass dem Schuldner die Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich ist. Hier war V die Übergabe und Übereignung des Ferrari schon bei Vertragsschluss unmöglich (oben A.I.2.).

#### 3. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des V von der Unmöglichkeit

Bezugspunkt für das Vertretenmüssen ist in § 311a II 2 BGB die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis vom Leistungshindernis.

**Hinweis 1:** Demgegenüber ist die schuldhafte Herbeiführung des Leistungshindernisses nicht unmittelbar relevant, sondern kann allenfalls mittelbar zu einer Haftung des Schuldners führen, da in der Regel derjenige, der die Kaufsache zerstört oder der durch fehlende Sorgfaltsmaßnahmen deren Zerstörung oder Abhandenkommen ermöglicht, Kenntnis vom anfänglichen Leistungshindernis hat oder von diesem Leistungshindernis zumindest hätte wissen müssen.

**Hinweis 2:** Wie § 280 I 2 BGB kehrt § 311a II 2 BGB durch die negative Formulierung „dies gilt nicht, wenn der Schuldner“ die Beweislast um: Nicht der Gläubiger K muss beweisen, dass der Schuldner V vom anfänglichen Leistungshindernis wusste oder fahrlässig nicht wusste, sondern der Schuldner V selbst muss sich exkulpieren. Die Frage der Beweislast wird jedoch erst im Prozess relevant, nämlich dann, wenn sich der Lebenssachverhalt nicht (vollständig) aufklären lässt (sog. „non liquet“). In einer Klausur mit vorgegebenem Sachverhalt spielt die Beweislast hingegen keine Rolle: Sie müssen hinsichtlich der Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis ebenso subsumieren, wie sonst auch!

V wusste bei Vertragsschluss nicht positiv, dass die Scheune und mit ihr der Ferrari abgebrannt war. Fraglich ist, ob er davon hätte wissen müssen. Laut Sachverhalt bemerkte er die starke Rauchentwicklung und vergewisserte sich, dass das Nachbarhaus nicht brannte. Angesichts des starken Rauchs in unmittelbarer Nähe seines Wohnhauses und der von ihm zuvor achtlos in der Scheune weggeworfenen brennenden Zigarettenkippe hätte V sich vergewissern müssen, ob nicht seine Scheune der Brandherd und der Ferrari zerstört war.

#### 4. Rechtsfolge

§ 311a II 1, Alt. 1 BGB gewährt einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, d.h. auf das positive Interesse.

##### *a) Entgangener Veräußerungsgewinn*

Nach der Differenzhypothese des § 249 I BGB ist der Gläubiger so zu stellen, wie er stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Für den Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB bedeutet dies, dass der Gläubiger so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, er also die geschuldete Leistung erhalten hätte. Hätte K den Ferrari bekommen, hätte er ihn für 100.000 € an S weiterveräußern können. Allerdings hätte er dann auch den Kaufpreis i. H. v. 90.000 € an V zahlen müssen. Es bleibt also eine Soll-Situation von plus 10.000 € gegenüber der Ist-Situation von plus/minus Null (kein Weiterveräußerungserlös, aber auch keine Kaufpreiszahlungspflicht)

##### *b) Fahrtkosten*

Fraglich ist, ob K auch Schadensersatz in Höhe der vergeblich aufgewandten Fahrtkosten i. H. v. 25 € verlangen kann. Dass ist auf den ersten Blick nach der Differenzhypothese zu verneinen. Denn die Fahrtkosten wären ihm bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages ebenfalls entstanden (Sowiesokosten).

Ersatz der Fahrtkosten kann er allenfalls über die Rentabilitätsvermutung (besser: Amortisationsvermutung) ersetzt verlangen, die trotz der Alternativität von Aufwendungsersatz nach §§ 311a II 2 mit 284 BGB und Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a II 2 BGB anwendbar ist. Nach der Rentabilitätsvermutung erhält der Gläubiger über den Schadensersatz statt der Leistung solche Aufwendungen ersetzt, denen bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung eine entsprechende Vermögenmehrung gegenübergestanden hätte, die er also mit Hilfe der geschuldeten Leistung wieder erwirtschaftet hätte. Die Rentabilitätsvermutung dient der Darlegungs- und

Beweiserleichterung, führt aber nicht zu einer Erweiterung des Schadensbegriffs: Der Schaden liegt nicht in den Aufwendungen selbst, sondern in dem Verlust der Kompensationsmöglichkeit durch die wirtschaftliche Nutzung, also im entgangenen Gewinn: Wäre der Vertrag durchgeführt worden, hätten sich die Aufwendungen gelohnt. Der Gläubiger kann die Aufwendungen als entgangenen Mindestgewinn liquidieren, ohne nachweisen zu müssen, dass ihm tatsächlich ein Gewinn entgangen ist; er kann daher entweder nur Ersatz des entgangenen Gewinns oder nur Aufwendungsersatz verlangen.

Anspruch auf Ersatz der vergeblich gemachten Aufwendungen im Wege der Rentabilitätsvermutung hat der Gläubiger deswegen nur, soweit er Aufwendungen zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken gemacht hat. Bei Verträgen, mit denen der Gläubiger lediglich ideelle Zwecke (wie bei der Anmietung einer Stadthalle zur Durchführung einer Parteiveranstaltung) oder rein private, konsumptive Zwecke verfolgt (wie bei Aufwendungen für eine Geburtstagsfeier), verhilft ihm die Rentabilitätsvermutung nicht zum Aufwendungsersatz, da sich seine Aufwendungen in keinem Fall bezahlt gemacht hätten. In der Ersatzfähigkeit von Aufwendungen, die der Gläubiger für solche Zwecke macht, liegt gerade der vom Gesetzgeber bezweckte Vorzug des Aufwendungsersatzanspruchs aus §§ 311a II 2 mit 284 BGB gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

Hier hat K den Ferrari zu einem erwerbswirtschaftlichen Zweck gekauft: Er wollte ihn mit Gewinn weiterverkaufen. Die Rentabilitätsvermutung ist aber widerleglich; insbesondere steht dem Schuldner der Nachweis offen, dass sich der Gläubiger verkalkuliert hat, K also keinen Gewinn gemacht hätte. Hier ist von einem gewinnbringenden Geschäft des K auszugehen, weswegen er die Aufwendungen für die Fahrt zu V zur Besichtigung des Autos über die Rentabilitätsvermutung grundsätzlich als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt verlangen kann.

Bekommt K aber wie hier den konkret entgangenen Gewinn in Höhe von 10.000 € schon gem. § 311a II BGB von V ersetzt, der ihm durch das Folgegeschäft mit S entgangen ist, kann er daneben nicht auch noch Ersatz der Aufwendungen für den Vertragsschluss als vermuteten Mindestschaden verlangen: Hat er Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, verliert er die Kompensationsmöglichkeit für seine Aufwendungen gerade nicht.

### *c) Mitverschulden*

Zu klären bleibt jedoch noch, wie es sich auswirkt, dass auch K den Rauch bemerkt hatte und somit ebenfalls fahrlässig Unkenntnis von der Zerstörung des Wagens hatte. Fraglich ist, ob dies hier zu einer Anwendung des § 254 BGB führt. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Schadensersatzansprüche nach § 311a Abs. 2 BGB ist umstritten

Die **h.M. bejaht eine Anwendbarkeit**. Nach § 307 I 2 BGB a.F. war der damalige Anspruch auf das negative Interesse bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers von der anfänglichen Unmöglichkeit ausgeschlossen; bei der jetzt auf das positive Interesse erweiterten Haftung nach § 311a II 1 BGB sei eine Beschränkung erst Recht geboten und über § 254 BGB möglich.

Die **Gegenansicht** lehnt eine Anwendung unter Hinweis darauf ab, bei § 311a Abs. 2 BGB handele es sich um einen Fall der Garantiehaftung. Als solche sei die Norm der



Berücksichtigung eines Mitverschuldens nicht zugänglich. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 311a BGB nach dem Willen des Gesetzgebers gerade keine Garantie-, sondern eine Verschuldenshaftung normiert. Völlig unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Norm wäre es jedenfalls unbillig, an die Kenntnis bzw. die fahrlässige Unkenntnis von Schuldner und Gläubiger unterschiedliche Rechtsfolgen anzuknüpfen. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass § 254 eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt: Es wäre treuwidrig, wenn der Geschädigte Schadensersatz verlangen könnte, obwohl ihm derselbe Vorwurf zu machen ist wie dem Schädiger.

Wendet man § 254 mit der h.M. an, so führt dies dazu, dass der Schadensersatzanspruch des K anteilig um den Grad seines Mitverschuldens gekürzt wird. Da sich das Verschulden im Rahmen des § 311a II BGB auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der anfänglichen Unmöglichkeit bezieht, wäre es dem K als Mitverschulden anzurechnen, dass er den Rauch ebenfalls bemerkt hat und daraus hätte schließen können, dass in der Scheune ein Brand ausgebrochen ist. Zu seinen Gunsten wäre jedoch zu berücksichtigen, dass V derjenige ist, der sich zur Übereignung des Wagens verpflichtet und somit in erhöhtem Maße dafür Sorge tragen muss, dass er die von ihm versprochene Leistung auch erbringen kann. Zudem hat V die noch brennende Zigarettenkippe in der Scheune weggeworfen und finden die Besichtigung des Wagens und das spätere Gespräch bei V zu Hause statt, wo sich dieser besser auskennt; deswegen kann von V eher verlangt werden, dass er den Ursprung des Rauches orten kann. Der Verschuldensvorwurf, der K hier zu machen wäre, fiel im Verhältnis zu demjenigen des V geringer aus, angemessen erscheint ein Mitverschuldensanteil des K iHv 25%.

**Vertiefender Hinweis:** Würde es hier um eine Haftung wegen eines (unbehebbar) Sachmangels aus §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB gehen, käme § 254 BGB nach ganz h.M. von vornherein nicht zur Anwendung. Er wird von § 442 BGB verdrängt, der hinsichtlich der Folgen einer Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis des Käufers eine abschließende Sonderregelung enthält.

## 5. Ergebnis

Anspruch K-V auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 311a II BGB iHv 8.000 €.

## II. Anspruch K-V auf Aufwendungsersatz i. H. v. 25 € aus §§ 311a II 1, 284 BGB

### 1. Voraussetzungen des § 311a II BGB

Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus § 311a II BGB besteht dem Grunde nach, s.o.

## 2. Aufwendungen

K müsste Aufwendungen getätigt, also freiwillige Vermögensopfer erbracht haben. Hier hat K freiwillig 25 € ausgegeben, um mit dem Taxi zu V zu gelangen und den zu verkaufenden Ferrari zu besichtigen.

## 3. Im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung, § 284 BGB

Diese Aufwendungen müsste K im Vertrauen darauf getätigt haben, dass er die Leistung, also den Ferrari, auch erhalten werde. Etwa hat der Gläubiger Anspruch auf Ersatz der Kosten des Vertragsschlusses (zB der Beurkundungskosten) sowie auf Ersatz der Vertragsdurchführungskosten (etwa der Einbau- und Montagekosten oder der Kosten zur Anmeldung und Inspektion des gekauften Wagens).

Von vornherein nicht zu ersetzen sind hingegen die Kosten der Vertragsverhandlungen, etwa die Kosten für die Besichtigung der potentiellen Kauf-sache oder die Kosten der Begutachtung der potentiellen Kaufsache durch einen Sachverständigen: Im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen darf der Gläubiger noch nicht auf den Erhalt der Leistung vertrauen.

**Vertiefender Hinweis:** Teilweise wird erwogen, ob hiervon nicht für den Fall von Massengeschäften eine Ausnahme zu machen ist, bei denen der Gläubiger darauf vertrauen konnte, den gesuchten austauschbaren Gegenstand am Markt zu erhalten. Bei dem Ferrari handelt es sich jedoch nicht um einen Gegenstand, der im alltäglichen Massenverkehr zu erhalten ist, sondern um eine Sonderanfertigung mit bestimmten Extras. K konnte zum Zeitpunkt der Aufwendung der 25 € für die Taxifahrt noch nicht darauf vertrauen, den Ferrari auch tatsächlich verkauft zu bekommen.

## 4. Ergebnis

Kein Anspruch K-V auf Aufwendungsersatz iHv 25 € aus §§ 311a II 1 mit 284 BGB

**Hinweis:** In der Praxis würde dieser Anspruch natürlich ohnehin keine Rolle spielen: Der Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 311a II 1 mit 284 BGB besteht nur alternativ zum Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB (§ 284 BGB: „Anstelle“), der hier iHv 10.000 € (oder wegen § 254 I BGB iHv 8.000 € besteht, eben unter B.I.). In einem Rechtsgutachten muss der Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 311a II 1 mit 284 BGB aber geprüft werden!

## III. Anspruch K-V aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB

K könnte von V Ersatz der vergeblichen Fahrtkosten u.U. auch über einen Anspruch auf Schadensersatz aus c.i.c. verlangen, wenn V den K vor Vertragsschluss schuldhaft nicht über das Leistungshindernis aufgeklärt hat.

Allerdings tritt der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. nach ganz h.M. grundsätzlich hinter der demjenigen aus § 311a II BGB zurück; § 311a II BGB enthält eine lex specialis: Der Gesetzgeber hat für die Fälle, in denen der Leistungspflicht des Schuldners schon bei Vertragsschluss ein unbehebbares Hindernis entgegensteht, mit § 311a II BGB eine besondere Anspruchsgrundlage geschaffen, die ersichtlich abschließend sein soll. Das zeigt die Rechtsfolge: Anders als der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB, der auf das gesamte

negative Interesse geht, beschränkt §§ 311a II 1, 284 BGB den Gläubiger auf einen Ausschnitt des negativen Interesses, den Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Diese Beschränkung des Anspruchs aus §§ 311a II 1, 284 BGB darf nicht über die insoweit weiter gehende Haftung aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB umgangen werden.

K hat also keinen Schadensersatzanspruch gegen V aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

**Hinweis:** Im Übrigen würde ein Anspruch hier auch daran scheitern, dass der geltend gemachte Schaden nicht auf der Pflichtverletzung beruht: Die Fahrtkosten waren im Zeitpunkt des Brandes bereits angefallen; K hätte sie also auch bei frühestmöglicher Information durch V nicht vermieden.

#### IV. Konkurrenzen

An sich gilt im Zivilrecht der Grundsatz freier Anspruchskonkurrenz: Alle Ansprüche bestehen also grundsätzlich nebeneinander. Etwas anderes gilt jedoch ausnahmsweise dann, wenn das Gesetz eine Alternativität anordnet oder eine Anspruchsgrundlage (etwa als *lex specialis*) Vorrang vor einer anderen genießt.

Im vorliegenden Fall ordnet § 311a II 1 BGB an, dass der Geschädigte nur entweder Schadens- „oder“ Aufwendungsersatz verlangen kann.

Zudem verdrängt § 311a II wie gesagt als *lex specialis* einen Anspruch aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB)

### Variante

#### A. Primäransprüche

##### **I. Anspruch K-V auf Übergabe und Übereignung des Ferrari aus § 433 I 1 BGB**

###### **1. Anspruch entstanden**

Der Anspruch ist durch wirksamen Abschluss eines Kaufvertrags zwischen K und V entstanden (Grundfall A I 1).

###### **2. Anspruch weggefallen**

Der Anspruch könnte allerdings gem. § 275 I BGB ausgeschlossen sein, wenn V die von ihm nach § 433 I 1 BGB geschuldete Übergabe und Übereignung des Ferrari unmöglich geworden ist. Hier war V die Leistung – anders als im Grundfall – nicht von Anfang unmöglich, sondern der Ferrari ist erst nach Vertragsschluss verbrannt. § 275 I BGB unterscheidet aber nicht zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit: Kann der Schuldner nicht leisten,

entfällt nach § 275 I BGB seine Leistungspflicht, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt das Leistungshindernis eingetreten ist.

### 3. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen V auf Übergabe und Übereignung des Ferrari aus § 433 I 1 BGB.

## II. Anspruch V-K auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB

### 1. Anspruch entstanden

Der Anspruch ist durch den wirksamen Kaufvertragsschluss zwischen V und K entstanden (Grundfall A II 1).

### 2. Anspruch weggefallen

Braucht der Schuldner nach § 275 I BGB nicht zu leisten, verliert er nach § 326 I 1 Hs. 1 BGB automatisch auch den Anspruch auf die Gegenleistung, hier auf den Kaufpreis (Grundfall A. II 2).

### 3. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegen K auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB.

## B. Sekundäransprüche

### I. Anspruch K-V auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 283 BGB

Im Umkehrschluss zu § 311a II BGB erfasst §§ 280 I, III mit 283 BGB die Fälle, in denen der Schuldner nach Vertragsschluss von seiner Leistungspflicht frei wird (nachträgliche Unmöglichkeit).

**Aufbauhinweis:** Es stellt sich die Frage, wie die Prüfung der §§ 280 ff BGB am sinnvollsten aufzubauen ist. Es bestehen hierzu grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Entweder prüft man zunächst die Voraussetzungen des § 280 I BGB und anschließend über § 280 III BGB die besonderen Voraussetzungen der §§ 281-283 BGB bzw. über § 280 II BGB die des § 286 BGB (zweigleisig) (vgl. etwa Dauner-Lieb u.a., Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 22 ff.; Huber/Bach, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 1 - Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 294) oder man integriert die Voraussetzungen der §§ 281-283, 286 BGB in § 280 BGB, indem man die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I BGB mit der Nichtleistung im Sinne der §§ 281, 283 BGB, der Nebenpflichtverletzung im Sinne des § 282 BGB und dem Schuldnerverzug im Sinne des § 286 BGB gleichsetzt (eingleisig) (etwa Fritzsche, Fälle zum Schuldrecht, 1. Teil Rn. 30; Kaiser in: Staudinger Eckpfeiler, Kap. I (Leistungsstörungen), Rn. 154).

## 1. Schuldverhältnis

Die §§ 280 BGB sind anwendbar; zwischen V und K besteht ein Schuldverhältnis in Form des Kaufvertrags, s.o.

## 2. Pflichtverletzung

Die erforderliche Pflichtverletzung liegt darin, dass V die versprochene Leistung (Übergabe und Übereignung des Ferrari) nicht erbracht hat. Problematisch ist diesbezüglich allerdings, dass V an sich gem. § 275 I BGB von jener Leistungspflicht freigeworden ist. Der Verweis in § 275 IV BGB auf § 280 BGB und der Verweis in § 283 BGB auf § 280 I BGB machen aber deutlich, dass auch im Fall einer Unmöglichkeit von einer Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB auszugehen ist. Die Pflichtverletzung des Schuldners liegt im Ausbleiben des versprochenen Leistungserfolgs.

**Hinweis:** Die in der Nichtleistung liegende Pflichtverletzung ist zu trennen von der – im Rahmen des Vertretenmüssens nach §§ 280 I 2, 276 II BGB relevanten – Verletzung der verkehrsüblichen Sorgfalt, die etwa darin liegt, dass der Schuldner den Vertragsgegenstand unsorgfältig behandelt und so die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. Da § 280 I 2 BGB eine Beweislastumkehr nur für das Vertretenmüssen und nicht für die Pflichtverletzung anordnet, ist der Unterschied zwischen beiden Sichtweisen praktisch relevant: Sähe man die Pflichtverletzung des Schuldners in der Herbeiführung von Umständen, die zu seiner Leistungsbefreiung führen, müsste der Gläubiger die Gründe für die Unmöglichkeit darlegen und beweisen. Nach herrschender Meinung, nach der die Pflichtverletzung in der Nichtleistung liegt, muss der Gläubiger lediglich die Unmöglichkeit beweisen; den Schuldner treffen dagegen die Darlegungs- und Beweislast für sein fehlendes Vertretenmüssen und in diesem Rahmen auch für die Gründe der Unmöglichkeit.

## 3. Vertretenmüssen i.S. der §§ 276, 278 BGB

Ein Schuldner hat gem. § 276 I BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Bezugspunkt des Vertretenmüssens ist bei §§ 280 ff. BGB (anders als bei § 311a II BGB) die Herbeiführung der Pflichtverletzung. Diesbezüglich ist B ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Er hat in der Scheune eine brennende Zigarette auf den Boden geworfen und so die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen.

## 4. Kausaler Schaden

Durch die Pflichtverletzung ist K ein Weiterveräußerungsgewinn i.H.v. 10.000 € entgangen, den er gem. §§ 249, 252 BGB ersetzt verlangen kann. Die Fahrtkosten i.H.v. 25 € kann er auf Basis der Rentabilitätsvermutung zwar ebenfalls ersetzt verlangen, aber nicht zusätzlich zum entgangenen Weiterveräußerungsgewinn.

## 5. Besondere Voraussetzungen der §§ 281 ff.

Der Anspruch auf Ersatz des Weiterveräußerungserlöses stellt einen Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 280 III BGB dar, so dass die besonderen Voraussetzungen der §§ 281-283 BGB erfüllt sein müssen.

Vorliegend ist die geschuldete Leistung unmöglich und V daher gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden. Damit sind die Voraussetzungen des § 283 BGB gegeben.

## 6. Mitverschulden des K

Fraglich ist, ob die Tatsache, dass K ebenfalls den Brand bemerkt hat, ihm gem. § 254 I BGB als Mitverschulden zuzurechnen ist, so dass sich sein Schadensersatzanspruch mindert. Wie bereits gezeigt, bezieht sich das Vertretenmüssen im Rahmen von §§ 280 I, III mit 283 BGB nicht auf Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis der Unmöglichkeit, sondern nur auf die Herbeiführung des Leistungshindernisses. Am Brand und damit an der Zerstörung des Autos hat K jedoch nicht mitgewirkt, so dass eine Kürzung seines Schadensersatzanspruchs nach § 254 BGB nicht in Betracht kommt.

Man könnte hier allenfalls daran denken, dass K eine Schadensabwendungs- oder -minderungspflicht nach § 254 II 1 BGB verletzt hat, weil er nach Bemerkung des Rauches V nicht dazu drängte, die Brandquelle zu erforschen. Eine Warnpflicht des Gläubigers besteht jedoch nicht, wenn der Schuldner die Möglichkeit des Schadens ebenso gut oder sogar besser hat erkennen können. V hätte hier besser als K erkennen können, dass seine Scheune brennt, so dass keine Warnpflicht des K bestand.

## 7. Ergebnis

Anspruch K-V auf Schadensersatz iHv 10.000 € aus §§ 280 I, III mit 283 BGB.

## II. Anspruch K-V auf Aufwendungsersatz i.H.v. 25 € gemäß §§ 280, 284 BGB

Wie im Grundfall (zu §§ 311a II 1 mit 284 BGB) scheidet der Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 280 I, III mit 283, 284 BGB deswegen, weil der Gläubiger Vertragsschlusskosten wie hier die zur Besichtigung der Kaufsache aufgewandten Kosten nie im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung macht (Grundfall B II 2 c).

## Fall 2: „Hell und Dunkel“

### – Sachverhalt –

Der Göttinger Rechtsanwalt Karl Klever (K) ist schon seit geraumer Zeit auf der Suche nach einer stilvollen Lampe für seinen Büroschreibtisch. Eines Tages sieht er auf der Internetseite des Lampengeschäfts VollHell GmbH (V) die Designerlampe „Occhio Mito“ in roségold mit einem mundgeblasenen Glasschirm. Der Preis dort angegebene Preis von 3.210 € (zzgl. 4,90 € Versandkosten) kommt ihm äußerst günstig vor – und da ein Warenzähler unterhalb des Artikelbildes anzeigt, dass nur noch 3 dieser Lampen verfügbar sind, entschließt er sich sofort zum Kauf. Er legt die Lampe in den Warenkorb und klickt sich durch den Bestellvorgang. Zunächst wählt er die Zahlungsform „auf Rechnung“, anschließend bestätigt er mit einem Klick, die AGB der V heruntergeladen und gelesen zu haben und ihnen zuzustimmen. Anschließend klickt er auf die Schaltfläche „kaufen“.

Keine Minute später erhält er eine „Bestellbestätigung“ per E-Mail. Nach etwa einer Woche bekommt er eine weitere E-Mail mit der „Versandbestätigung“ – und tatsächlich klingelt bereits am nächsten Tag der Paketbote an seiner Kanzleitür und übergibt ihm ein Paket der V.

Allerdings sieht man dem Paket bereits von außen an, dass es den Transport nicht heil überstanden hat – und tatsächlich: Als K das Paket öffnet, muss er feststellen, dass der Schirm (obwohl offensichtlich ordnungsgemäß und sorgfältig verpackt) in tausend kleine Scherben zersprungen ist. Er verweigert daher gegenüber dem Paketboten die Annahme; nur die Rechnung nimmt er heraus und heftet sie – ordentlich wie er ist – sogleich ab.

Sofort wendet sich K an V und bittet ihn, ihm eine neue Lampe zu schicken. V bedauert, dazu nicht in der Lage zu sein: Er habe auch die übrigen beiden Exemplare der Lampe zwischenzeitlich verkauft und bereits an die Kunden verschickt. Auch beim Hersteller sei die Lampe nicht mehr zu bekommen. Nur eine einzige Lampe werde im Internet noch angeboten – bei der NieMehrDunkel KG, einem Konkurrenten des V, zum Preis von 4.000 €. Sich bei einem Konkurrenten einzudecken, sei ihm (dem V) aber nicht zumutbar – zumal er auf seiner Internetseite mit dem Warenzähler klargestellt habe, nur die vorrätigen 3 Lampen verkaufen zu wollen. Enttäuscht verabschiedet sich K – von V und von seinem Wunsch, die Occhio Mito auf seinem Schreibtisch stehen zu haben.

Knapp 3 Wochen später erhält K eine Mahnung von V mit der Aufforderung, den Kaufpreis i.H.v. insgesamt 3.214,90 € zuzüglich 2,50 € Mahngebühr unverzüglich zu begleichen. K ist zunächst wütend, dass er überhaupt für die kaputte Lampe soll zahlen müssen. Vor allem aber ärgert er sich über die Mahngebühren. Tatsächlich war auf der Rechnung ein Hinweis gedruckt, dass der Kaufpreis binnen 14 Tagen zu entrichten sei. Außerdem findet er in den AGB des V folgende Klausel:

**12. Zahlungsziel und Mahngebühr**

(1) Der Käufer verpflichtet sich, den Kaufpreis spätestens 14 Tage ab Rechnungsdatum zu entrichten.

(2) Wir behalten uns vor, pauschale Mahngebühren in Höhe von EUR 2,50 pro Mahnung zu erheben, falls Sie sich im Zahlungsverzug befinden. Ihnen wird der Nachweis gestattet, dass ein wesentlich geringerer Schaden als die Pauschale oder gar kein Schaden entstanden ist.

K fragt sich, ob er die Mahngebühr zahlen muss. Was meinen Sie?

**Bearbeitervermerk:**

*Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggfs. in einem Hilfsgutachten – einzugehen. Nicht zu prüfen ist ein etwaiges Widerrufsrecht. Es ist zu unterstellen, dass die AGB der V ordnungsgemäß in den Vertrag einbezogen wurden.*



## Fall 2: „Hell und Dunkel“

### – Lösungsvorschlag –

**Fallfrage:** Anspruch des V gegen den K auf Zahlung der Mahngebühr aus §§ 280 I, II, 286 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung der Mahngebühr i.H.v. 2,50 € aus §§ 280 I, II, 286 BGB haben.

#### A. Schuldverhältnis

Zwischen V und K müsste zunächst ein Schuldverhältnis bestehen. Vorliegend könnte ein Kaufvertrag zustande gekommen sein.

Indem V die Lampe auf seiner Internetseite vorhält, könnte er ein Angebot ad incertas personas abgegeben haben. Allerdings wird V diesbezüglich ohne Rechtsbindungswillen gehandelt haben: Er wollte sich durch seine Internetseite nicht binden, sondern lediglich Kunden dazu auffordern, ihrerseits Angebote abzugeben; es handelt sich also um eine bloße invitatio ad offerendum.

**Hinweis:** Sehr gut Bearbeiter können problematisieren, dass durch den Warenzähler die Gefahr ausgeschlossen sein könnte, dass V vertraglich mehr Verträge eingeht, als er erfüllen kann. Gegen ein verbindliches Angebot spricht aber, dass ein Verkäufer bei Waren in dieser Preisklasse nicht mit jedermann einen Vertrag schließen, sondern zumindest die Möglichkeit haben möchte, seine Kunden vor Vertragsschluss zu prüfen.

Indem K den Kaufen-Button anklickte, hat er ein wirksames Angebot abgegeben. V hat dieses Angebot zwar noch nicht mit der – im Zweifel automatisch generierten Bestellbestätigung angenommen, wohl aber –konkludent– mit der Versandbestätigung bzw. dem tatsächlichen Versand der Lampe.

V ist als GmbH nach § 13 I GmbHG rechtsfähig; dass sie bei Annahme des Vertragsangebots wirksam vertreten wurde, wird man – mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt – unterstellen können.

## B. Pflichtverletzung

K müsste eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. Vorliegend hat K den Kaufpreis nicht gezahlt. Dies würde indes dann keine Pflichtverletzung darstellen, wenn der Anspruch bereits erloschen gewesen wäre.

### I. § 326 I 1 BGB

In Betracht kommt hier zunächst ein Erlöschen gem. § 326 I BGB wegen Unmöglichkeit der Sachleistung

#### 1. Gegenseitiger Vertrag

Aus der Überschrift des zweiten Teils folgt, dass § 326 BGB als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages mit synallagmatischen Leistungspflichten (do ut es). Beim Kaufvertrag handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, bei dem die Übergabe- und Übereignungspflicht des Verkäufers mit der Zahlungspflicht des Käufers in einem synallagmatischen Verhältnis stehen.

#### 2. Leistungsbefreiung des Schuldners nach § 275 I – III BGB

Fraglich ist, ob der Schuldner, hier V, von seiner Leistungspflicht nach § 275 I – III BGB befreit wurde, mithin ob dem V die Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer (neuen) Designerlampe unmöglich wurde.

##### a) Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung

V schuldet K die Übereignung einer Designerlampe Occhio Mito. Dabei handelt es sich um eine Gruppe von Gegenständen, die sich durch gemeinsame Merkmale von anderen Gegenständen abgrenzen und somit um eine Gattung. K und V haben sich also lediglich darauf beschränkt, den Leistungsgegenstand nach bestimmten Merkmalen zu beschreiben und offengelassen, mit welchem konkreten Gegenstand V erfüllen soll.

Bei einer Gattungsschuld schuldet der Schuldner daher grundsätzlich eine Leistung aus dieser Gattung, so dass Unmöglichkeit nur dann eintritt, wenn die gesamte Gattung, d.h. alle am Markt beschaffbaren Designerlampen: Modell Occhio Mito untergehen. Vorliegend war am Markt jedoch noch eine weitere Lampe für 4.000 € erhältlich. Das Leistungsrisiko des Schuldners erfährt allerdings durch § 275 II BGB eine rechtliche Grenze. Der Schuldner kann die noch mögliche Leistung nämlich verweigern, wenn der Schuldneraufwand, unter Berücksichtigung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben, in einem krassen Missverhältnis zum Gläubigerinteresse steht. Fraglich ist daher, ob der 25 %- ige Mehraufwand des V bereits für ein krasses Missverhältnis ausreicht. Dies ist in doppelter Hinsicht abzulehnen. Zum einen steigt zugleich auch das Gläubigerinteresse des K, weil die Lampe nur noch zu diesem Preis am Markt beschaffbar ist. Zum anderen ist § 275 II BGB bei Gattungsschulden äußerst restriktiv auszulegen, da im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigten ist, dass der Schuldner ein Beschaffungsrisiko übernommen und etwaige Leistungshindernisse daher ohne Verschulden nach § 276 BGB zu vertreten hat. Damit liegt letztlich keine praktische, sondern allenfalls wirtschaftliche Unmöglichkeit aufgrund einer

Äquivalenzstörung vor. Letztere wird durch § 313 BGB gelöst und liegt vor, wenn der Schuldneraufwand in einem groben Missverhältnis zum Gegenleistungsanspruch steht. Gefordert wird allerdings eine erhebliche und unvorhersehbare Störung der Äquivalenz, die vom Reichsgericht etwa bei einer 80 %-igen inflationsbedingten Senkung der Kaufkraft bejaht wurde (RGZ 103, 328). Der ca. 25 %-ige Mehraufwand dürfte die Zumutbarkeitsgrenze daher nicht überschritten haben. Damit liegt weder praktische Unmöglichkeit i.S.d. § 275 II BGB noch wirtschaftliche Unmöglichkeit (§ 313 BGB) vor. Auch der Einwand, dass ihm nicht zuzumuten sei, die Lampe bei der Konkurrenz zu beschaffen, vermag an dieser rechtlichen Wertung nichts zu ändern. Bei einer Gattungsschuld hat der Schuldner die Ware am Markt und damit im Zweifel auch beim Konkurrenten zu besorgen. Persönliche Abneigungen oder Empfindungen des Schuldners vermögen den Schuldneraufwand nicht steigern. Wie der Wortsinn des § 275 II BGB verdeutlicht, kommt es allein auf den Schuldneraufwand, d.h. den Aufwand, den die Herbeiführung des Erfolges erfordert, an; einen persönlichen Einschlag erfährt allein die Gläubigerseite, da nach § 275 II BGB das Gläubigerinteresse als Gegenpol des Schuldneraufwands anzusetzen ist. Fraglich ist somit, ob die Leistungspflicht des V nach § 275 I BGB unmöglich geworden ist, weil eine begrenzte Gattungsschuld vorliegt oder sich die Leistungspflicht auf einen speziellen Gegenstand konkretisiert hat.

**Hinweis:** Ausführungen zu den §§ 275 II, 313 BGB werden allenfalls von sehr guten Bearbeitern erwartet. Auch hier gilt, dass mit sehr guter Argumentation letztlich auch eine Äquivalenzstörung bejaht werden könnte. Diese sollte aus klausurtaktischen Gründen dann allerdings erst nach der Prüfung des § 275 I BGB oder in einem Hilfsgutachten erörtert werden, da sonst die Versandungsproblematik abgeschnitten wird.

### *b) Begrenzung der Gattungsschuld auf den Vorrat des V*

Möglicherweise hat V seine Leistungspflicht durch die Verwendung des Warenzählers konkludent auf seinen Vorrat beschränkt, so dass eine Vorratsschuld (beschränkte Gattungsschuld) vorliegen würde. Bei einer solchen Vorratsschuld tritt Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB bereits dann ein, wenn eine Leistung aus dem betreffende Vorrat nicht mehr erfolgen kann. Dies wird man hier annehmen können, da V die übrigen vorrätigen Lampen bereits an verschiedene andere Kunden übereignet hat. Selbst wenn V die Lampen von den Kunden zurückerwerben könnte, wären diese Lampen durch den Kundengebrauch nicht mehr neuwertig. Mit ihnen könnte er den Anspruch des K auf eine neuwertige Lampe also nicht erfüllen.

Fraglich ist daher, ob V durch die bloße Verwendung des Warenzählers eine Vorratsschuld vereinbart hat. Dafür könnte sprechen, dass die Verwendung eines Warenzählers für einen objektiven Dritten zum Ausdruck bringen könnte, dass sich der Verkäufer nur zur Leistung aus seinem Bestand verpflichten wollte. Andererseits könnte die Bestandsanzeige auch dahingehend zu verstehen sein, dass der Verkäufer kurze Lieferzeiten nur für seine Bestandsware garantieren könne, da andernfalls erst eine Beschaffung beim Hersteller erforderlich werden würde. Für eine Vorratsschuld lässt sich wiederum anführen, dass die Bestellmasken von Online-Shops in der Regel so ausgestaltet sind, dass wenn der Warenzähler auf 0 schaltet, keine Bestellungen mehr aufgenommen werden können.

**Hinweis:** Diese Frage können die Bearbeiter unter Verweis auf die Konkretisierung offenlassen.

### c) Konkretisierung

Wird eine Sache nur der Gattung nach geschuldet, kann sich die Leistungspflicht des Schuldners auf eine Sache beschränken, wenn Konkretisierung eingetreten ist, der Schuldner also das seinerseits Erforderliche zur Leistung einer Sache getan hat, § 243 II BGB. Mit Eintritt der Konkretisierung geht die *Leistungsgefahr* auf den Gläubiger über, d.h. der Gläubiger hat das Risiko des zufälligen Untergangs der Sache zu tragen.

V hat eine Sache mittlerer Art und Güte ausgewählt und ordnungsgemäß verpackt. Zu diesem Zeitpunkt war die Designerlampe auch mangelfrei und noch nicht zerstört.

Konkretisierung tritt nach § 243 II BGB ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Dafür muss er unabhängig von der Art der Schuld eine den Vertragserfordernissen entsprechende Sache ausgewählt und ausgesondert haben. Ob und was darüber hinaus erforderlich ist, hängt davon ab, ob die Parteien eine Hol-, Bring- oder Schickschuld vereinbart haben. Vorliegend haben sich V und K darauf geeinigt, dass V die Lampe per DHL – also mit einer neutralen Transportperson – an K versendet; vereinbart ist also eine Schickschuld (§ 269 I, III BGB). Wie sich das Erforderliche letztlich bestimmt, wird unterschiedlich beantwortet.

Nach der herrschenden modifizierten Ausscheidungstheorie muss der Schuldner bei einer Holschuld die Sache aussondern, bereitstellen und den Gläubiger zur Abholung auffordern. Bei einer Bringschuld hat der Schuldner die Sache auszusondern und in annahmeverzugsbegründender Art und Weise anzubieten. Bei der Schickschuld schuldet der Schuldner neben der Aussonderung auch die ordnungsgemäße Verpackung und Übergabe an eine geeignete Transportperson. V hat die Designerlampe ordnungsgemäß verpackt und an DHL – ein gängiges und geeignetes Transportunternehmen – übergeben, so dass sich die Leistungspflicht des V nach der modifizierten Ausscheidungstheorie auf die verschickte Lampe konkretisiert hätte und durch die irreparable Zerstörung Unmöglichkeit nach § 275 I BGB eingetreten wäre.

Die Gegenansicht verlangt neben der Aussonderung grundsätzlich auch die Übergabe der ausgesonderten Sache(n) an den Gläubiger (sog. Lieferungstheorie), da die Sache erst dann den Gefahrenbereich des Schuldners verlassen habe. Eine Ausnahme wird allerdings bei der Schickschuld gemacht. Hier soll bereits die Übergabe an eine geeignete Transportperson ausreichen, da der Leistungsgegenstand bereits dann den Gefahrenbereich des Schuldners verlässt. Somit hat sich auch auf Grundlage der Liefertheorie die Leistungspflicht auf die verschickte Lampe konkretisiert. Während die modifizierte Ausscheidungstheorie und Liefertheorie bei Hol- und Bringschulden zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, hat der Schuldner bei einer Schickschuld nach der modifizierten Ausscheidungstheorie als auch nach der Liefertheorie dann alles seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Kaufsache der Transportperson übergeben hat. Dementsprechend ist vorliegend durch Übergabe der Designerlampe an DHL Konkretisierung eingetreten; die Leistungsgefahr ist auf K übergegangen.

**Hinweis:** Auch von guten Bearbeitern werden derart detaillierte Ausführungen nicht erwartet. Es genügt, wenn dargestellt wird, dass sich das „seinerseits Erforderliche“ nach der Art der Schuld richtet, hier eine Schickschuld vorliegt und bei einer solchen Schickschuld nach wohl einhelliger Auffassung die Übergabe an die Transportperson ausreicht.

#### *d) Zwischenergebnis*

Durch die Unmöglichkeit der Übergabe- und Übereignungspflicht der V gem. § 275 I BGB würde grds. auch – ipso iure – die Gegenleistungspflicht des K nach § 326 I 1 BGB entfallen.

### **3. Ausschluss nach § 326 I 2 BGB**

Gem. § 326 I 2 BGB greift die Erlöschensanordnung in S. 1 nur in Fällen einer Unmöglichkeit der Leistung, nicht aber in Fällen einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Fraglich ist daher, worauf genau sich § 275 BGB im vorliegenden Fall bezieht: auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch oder auf den Nacherfüllungsanspruch. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist der Zeitpunkt, in dem sich der Erfüllungsanspruch in einen Nacherfüllungsanspruch wandelt, also derjenige Zeitpunkt, ab dem das Allgemeine vom Besonderen Schuldrecht abgelöst wird.

Nach h.M. ist dies im Zeitpunkt des Gefahrübergangs der Fall, vorliegend also mit Übergabe der Sache an die Transportperson. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass das Gewährleistungsrecht der §§ 437 ff. BGB daran anknüpfe, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Sachmangel vorliege.

Nach der Gegenansicht kommt es auf die Annahme der Sache durch den Käufer an; dies ergebe sich aus § 363 BGB. Der Käufer müsse die Möglichkeit haben, die Annahme einer mangelhaften Lieferung zu verweigern und so eine Anwendung des strengeren Regimes der §§ 437 ff. BGB zu vermeiden.

Allerdings wirken sich die grundsätzlichen Unterschiede zwischen den beiden Ansichten im konkreten Fall nicht aus, weil die Lampe im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Übergabe an die Transportperson, § 447 I BGB) mangelfrei war. Da dementsprechend kein Nacherfüllungsanspruch entstanden ist, kann sich auch die Unmöglichkeit von vornherein nicht auf diesen Nacherfüllungsanspruch beziehen. Auch nach h.M. greift § 326 I 2 BGB daher nicht.

**Hinweis:** Die Prüfung des § 326 I 2 BGB kann allenfalls von sehr guten Bearbeitern erwartet werden. Streng genommen müsste die Prüfung des § 447 BGB dann bereits hier in ausführlicher Form erfolgen. Ein Verweis auf unten ist jedoch zulässig.

### **4. Ausnahme von der allgemeinen Erlöschensanordnung**

Zu einem Erlöschen des Gegenleistungsanspruchs nach § 326 I 1 BGB käme es ferner dann nicht, wenn eine der Ausnahmen zu dieser Vorschrift griffe.

**a) § 326 II BGB**

Eine Anspruchserhaltung aufgrund von § 326 II Alt. 1 oder 2 BGB scheidet von vornherein aus, da K weder für den Untergang der Leistungspflicht allein oder weitüberwiegend verantwortlich ist, noch sich zum Zeitpunkt des Untergangs im Annahmeverzug befand.

**b) § 447 BGB**

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, könnte sich vorliegend jedoch aus § 447 I BGB ergeben. Danach geht die *Gegenleistungsgefahr* auf den Gläubiger über, wenn die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers vom Verkäufer nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet wird, sobald der Verkäufer die Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person übergeben hat. Bei einer Schickschuld liegt der Erfüllungsort beim Schuldner und der Erfolgsort beim Gläubiger, so dass die Lampe an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet wurde. Fraglich ist allerdings, ob dies auch auf Verlangen des Käufers, hier K, erfolgte, da V in den Versanddetails auf eine Versendung mit DHL hinweist. Dies könnte auf den ersten Blick gegen ein käuferseitiges Verlangen sprechen. Zu beachten ist allerdings, dass Erfordernis des Versendungsverlangens sicherstellen soll, dass die Beförderung zum Käufer von dessen Willen getragen ist und damit eine Versendungseinigung ausreicht. Nach der Ratio des § 447 BGB ist die Voraussetzung des käuferseitigen Verlangens allerdings weit auszulegen, so dass auch solche Konstellationen erfasst sein sollen in denen der Verkäufer die Versendung anbietet und damit das Käuferverlangen antizipiert. In diesen Konstellationen erfolgt die Versendung letztlich mit dem Willen des Käufers, der sich mit dem Verkäufer über eine Versendung geeinigt hat und die mit § 447 BGB bezweckte effiziente Risikoverteilung damit nach dem hypothetischen Parteiwillen gewollt war. Die Voraussetzungen des § 447 BGB liegen somit vor, so dass die Preisgefahr mit Übergabe an die Transportperson grundsätzlich auf K übergegangen ist.

**Hinweis:** Die Prüfung, ob § 475 II BGB eine Anwendung des § 447 ausschließt, ist angesichts dessen nicht erforderlich, dass offensichtlich kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt. In der gebotenen Kürze ist eine Prüfung aber auch nicht negativ zu werten.

**6. Zwischenergebnis**

Der Anspruch des V gegen K auf Kaufpreiszahlung aus dem Kaufvertrag, § 433 II BGB ist nicht nach § 326 I 1 BGB erloschen.

**II. §346 I BGB**

Der Kaufpreiszahlungsanspruch könnte jedoch gem. § 346 I BGB erloschen sein, wenn K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten wäre. Dafür müsste K ein Rücktrittsrecht zustehen und den Rücktritt gegenüber V erklärt haben. Ausdrücklich hat K keinen Rücktritt nach § 349 BGB erklärt. Möglicherweise kann seine Kaufpreiszahlungsverweigerung als konkludente Rücktrittserklärung verstanden werden, da K damit zum Ausdruck bringt, dass er sich aufgrund der irreparabel zerstörten Designerlampe nicht mehr zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet fühlt und damit vom Vertrag Abstand nimmt. Insbesondere ist eine Wertung in der Laiensphäre vorzunehmen und keine hohen Anforderungen an eine konkludente

Rücktrittserklärung zu stellen. Letztlich kann allerdings offengelassen werden, ob K durch seine Äußerungen einen Rücktritt erklärt hat, wenn bereits kein Rücktrittsgrund nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 323, 326 V BGB vorliegen würde. Dies erfordert nämlich grundsätzlich zunächst, dass bei einem Kaufvertrag eine mangelhafte Kaufsache geleistet wurde. Dabei muss der Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegen. Eine irreparabel zerstörte Lampe stellt zumindest nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB eine mangelhafte Sache dar. Fraglich ist allerdings, ob diese Mangelhaftigkeit auch schon bei Gefahrübergang vorlag. Nach § 446 BGB erfolgt der Gefahrübergang grds. mit der Übergabe der Kaufsache. Demnach läge ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor, da die Lampe bereits vor der Übergabe durch die Transportperson beschädigt wurde. Nach § 447 BGB wird der Gefahrübergang beim Versendungsübergang allerdings nach vorne verlagert; nämlich auf den Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson. Somit lag die Mangelhaftigkeit nicht bei Gefahrübergang vor, so dass dem K kein Rücktrittsrecht zusteht.

**Hinweis:** Ein Rücktrittsrecht ist im Sachverhalt nicht wirklich angelegt und auch nur sehr schwer zu erkennen, daher wird die Prüfung nicht einmal von sehr guten Bearbeitern erwartet.

Ganz ausführliche Bearbeitungen müssten an sich noch prüfen, ob die Zahlungspflicht fällig und einredefrei ist. Erwartet wird eine solch ausführliche Prüfung jedoch nicht.

### III. Zwischenergebnis:

K hat seine Pflicht zur Kaufpreiszahlung verletzt.

**Hinweis:** Zusätzlich zur Frage des Erlöschens muss streng genommen noch die Durchsetzbarkeit (= Einredefreiheit) des Anspruchs geprüft werden. Hier könnte eine Einrede des V aus § 273 BGB bestehen, wenn K seinerseits einen Anspruch gegen V auf Abtretung möglicher Ansprüche des V gegen die Transportperson (DHL) hätte. Da V selbst keinen Schaden erlitten hat, können solche Ansprüche indes nur über das Institut der Drittschadensliquidation entstehen. Dessen Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt, weil K selbst einen gleichwertigen Anspruch gegen DHL besitzt, und zwar aus § 421 I 2 HGB.

### C. Vertretenmüssen

K hat vorsätzlich nicht bezahlt. Allerdings ging er davon aus, wegen der Beschädigung der Lampe nicht zahlen zu müssen. Als Anwalt hätte er jedoch erkennen können wegen § 447 BGB zur Zahlung verpflichtet zu sein. Ihm ist daher zumindest ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

### D. Schaden

Schließlich müsste dem V ein Schaden entstanden sein. Als Schaden wird jede unfreiwillige Einbuße materieller oder immaterieller Güter und Interessen definiert. Dabei wird der

Schaden im Ausgangspunkt durch die Differenzhypothese (natürlicher Schadensbegriff) bestimmt. Problematisch ist hier allerdings, dass V einen pauschalierten Schaden i.H.v. 2,50 € geltend macht, d.h. unter Umständen im konkreten Fall gar keinen oder einen geringeren Schaden erlitten hat. Sofern die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes jedoch wirksam ist, ist für die Bestimmung der Schadenshöhe auf die Schadenspauschale abzustellen. Fraglich ist somit, ob die in Ziffer 12.2. vereinbarte Schadenspauschale wirksam ist.

Bei Ziffer 12.2. handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt, mithin handelt es sich um AGB i.S.d. § 305 I BGB. Diese wurden ausweislich des Sachverhalts auch ordnungsgemäß einbezogen. Fraglich ist allein, ob Ziffer 12.2. inhaltlich wirksam ist.

**Hinweis:** Denkbar wäre auch, Ziffer 12.2. als eigene Schadensersatzanspruchsgrundlage heranzuziehen. Zwar geht es dem Verwender einer solchen Klausel in der Praxis stets weniger um die Schaffung einer Anspruchsgrundlage (eine solche existiert ja mit §§ 280 ff. BGB bereits) als vielmehr um eine Vereinfachung der Schadensfeststellung und des Schadensbeweises. Bei unbedarfter Betrachtung wird man den Wortlaut aber auch anders auslegen können.

## I. Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 5 BGB

Nach § 309 Nr. 5 BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz unzulässig, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt **oder** dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Allerdings ist zu beachten, dass sowohl V als auch K Unternehmer i.S.d. § 14 BGB sind, so dass § 309 Nr. 5 BGB nach § 310 I BGB keine Anwendung findet.

## II. Unwirksamkeit nach § 307 BGB

Allerdings könnte sich die Unwirksamkeit von Ziffer 12.2. aus § 307 I, II BGB unwirksam sein, da sie möglicherweise eine unangemessene Benachteiligung darstellt. Dabei entfaltet § 309 Nr. 5 BGB im unternehmerischen Verkehr eine Indizwirkung. Verstößt die Klausel also gegen § 309 Nr. 5 BGB ist dies somit ein Indiz dafür, dass sie auch im unternehmerischen Verkehr eine unangemessene Benachteiligung darstellt. Umgekehrt gilt, dass wenn die Klausel § 309 Nr. 5 BGB standhalten würde, die Verwendung einer solchen Formulierung erst recht auch im unternehmerischen Verkehr standhalten muss. Mittelbar kommt es vorliegend dementsprechend doch auf die Voraussetzungen des § 309 Nr. 5 BGB an.



### 1. § 309 Nr. 5b BGB

Nach § 309 Nr. 5b BGB ist eine Schadenspauschale bereits dann unzulässig, wenn dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Ziffer 12.2. sieht allerdings explizit eine solche Gestattung vor, so dass ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5b BGB abzulehnen ist.

### 2. § 309 Nr. 5a BGB

Möglicherweise übersteigt die Pauschale allerdings den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden. Wird beim Verzug eine erneute Zahlungserinnerung versandt, so fallen neben den Papier-, Druck- und Versandkosten auch Personalkosten an, so dass eine Pauschale i.H.v. 2,50 € gerechtfertigt erscheint.<sup>1</sup> Die Klausel ist damit mit § 309 Nr. 5 BGB vereinbar und somit nicht unangemessen i.S.d. § 307 BGB.

## III. Zwischenergebnis

Ziffer 12.2. ist inhaltlich wirksam.

## E. Besondere Voraussetzungen der §§ 281 ff oder des § 286 BGB

### I. Art des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs

V macht einen Schaden geltend, der ihm wegen der erforderlichen Mahnung entstanden ist. Es handelt sich also um einen Verzögerungsschaden.

### II. Voraussetzungen des § 286 BGB

Folglich müssen die besonderen Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen. V müsst den K also gemahnt haben oder die Mahnung müsste entbehrlich sein.

#### 1. Mahnung

Die Mahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Dabei muss der Gläubiger eindeutig und bestimmt zum Ausdruck bringen, dass er die geschuldete Leistung verlangt. Zwar hat V dem K eine Mahnung geschickt; da er aber gerade für diese Mahnung Gebühren (also Schadensersatz verlangt) ist es erforderlich, dass bereits vor dieser Mahnung Verzug eingetreten war, der V den K also bereits zuvor gemahnt hatte.

In Betracht kommt dafür einzig der Hinweis auf der Rechnung, der Betrag sei binnen 14 Tagen zu begleichen. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, bereits gleichzeitig mit der Rechnung eine Mahnung auszusprechen. Dann aber muss diese Doppelnatur zumindest hinreichend klar werden. Das ist vorliegend nicht der Fall. V hat den K also nicht gemahnt.

---

<sup>1</sup> So i.E. (wohl) auch: BGH, Urteil vom 3. 11. 1999 - VIII ZR 35/99 = NJW 2007, 719 (720); AG Brandenburg, Urteil vom 25.01.2007 – 31 C 190/06 = NJW 2007, 2268; für eine zulässige Höhe von nur 1,20 €: OLG München, Urteil vom 28.07.2011 – 29 U 634/11 = ZNER 2012, 554.

## 2. Entbehrlichkeit der Mahnung

Möglicherweise war die Mahnung jedoch entbehrlich.

### a) § 286 III BGB

Nach § 286 III BGB gelangt Schuldner spätestens dann in Verzug, *wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet*. V hat die Mahnung, mit der er Mahngebühren geltend macht, bereits drei Wochen nach der Rechnung, also vor Ablauf von 30 Tagen geschickt. Nach § 286 III BGB ist K somit nicht in Verzug gekommen.

### b) § 286 II BGB

Nach § 286 II Nr. 1 BGB bedarf es einer Mahnung jedoch nicht, wenn die Leistung kalendarisch bestimmt wurde. Nach § 286 II Nr. 2 BGB reicht eine kalendarische Bestimmbarkeit aus, wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung bestimmt wurde.

#### aa) Durch das Zahlungsziel auf der Rechnung

Mit der Aufforderungen auf der Rechnung, binnen 14 Tagen den Kaufpreis zu zahlen, könnte eine solche kalendarische Bestimmung vorliegen. *„Eine solche Bestimmung muss aber durch Rechtsgeschäft – in der Regel in dem zu Grunde liegenden Vertrag –, durch Gesetz oder in einem Urteil getroffen worden sein. Die einseitige Festlegung einer Leistungszeit durch den Gläubiger reicht, sofern dieser nicht nach § 315 BGB zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist.“*<sup>2</sup> Damit stellt die Leistungsbitte auch der Rechnung mangels Vereinbarung keine Leistungsbestimmung i.S.d. § 286 II Nr. 1 BGB dar. Gleiches gilt für § 286 II Nr. 2 BGB.

#### bb) Durch Ziff 12.1. der AGB

Allerdings könnten V und K durch Ziffer 12.1. eine Leistungsbestimmung vereinbart haben. Dies ist im Ergebnis jedoch abzulehnen, da eine kalendarische Bestimmung nicht vorliegt, wenn auf die Gegenleistung – hier die Lieferung der Lampe und Rechnungsstellung – abgestellt wird, so dass die Angabe „Zahlung nach Rechnungsdatum“ für eine Leistungsbestimmung nach § 286 II Nr. 1 BGB nicht ausreicht.<sup>3</sup>

Mit der Vereinbarung „Zahlung innerhalb von zwei Wochen ab Rechnungsdatum“ liegt allerdings eine kalendarisch bestimmbare Leistungszeit vor, da auch schon eine mittelbare kalendarische Bestimmung ausreicht, um dem Schuldner die Leistungspflicht und Leistungszeit vor Augen zu führen<sup>4</sup>, so dass die Mahnung nach § 286 II Nr. 2 BGB entbehrlich ist.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BGH, NJW 2008, 50 (51).

<sup>3</sup> Dornis, BeckOGK, § 286 BGB, Rn. 183.

<sup>4</sup> Dornis, BeckOGK, § 286 BGB, Rn. 185.

<sup>5</sup> U/B/H, Schäfer, § 309 Nr. 4 BGB, Rn. 5; BGH, NJW 1992, 1628 (1629).

## F. Ergebnis

V kann von K Zahlung der pauschalierten Mahngebühr i.H.v. 2,50 € aus §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen.

### Hinweis an die Korrekturassistenten

Es handelt sich um eine Klausur mit mittlerem Schwierigkeitsgrad. Zwar werden zwei Standardfallgestaltungen abgefragt, nämlich die Unmöglichkeit im Fall einer Gattungsschuld und die Entbehrlichkeit einer Mahnung. Beide Problemkomplexe weisen jedoch Besonderheiten auf, die eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie erfordern (Vereinbarung einer Vorratsschuld, Bestimmung des Zahlungszeitpunkts in den AGB des Verkäufers). Hinzu kommt, dass die beiden Problemkomplexe in die Prüfung eines einzigen Anspruchs integriert werden müssen (§§ 280 I, II, 286). Dies dürfte gerade schwächere Bearbeitern vor Probleme stellen.

Vor diesem Hintergrund sollten die Bewertung folgende Richtlinien berücksichtigen.

#### ≥ 4 Punkte:

- Unmöglichkeit wird erkannt
- Konkretisierung wird brauchbar dargestellt
- Gefahrübergang beim Versandkauf wird erkannt und ordentlich bearbeitet
- Mahnungsproblematik (Entbehrlichkeit) wird zumindest im Ansatz erkannt

#### ≥ 8 Punkte:

- Der pauschalisierte Schadensersatzanspruch und die damit korrespondierende AGB-Prüfung gelingen brauchbar
- Überlegungen zur Vorratsschuld und Verwertung des Warenzähler werden angestellt
- Die Alternativen von § 309 Nr. 5 BGB werden angesprochen
- Es wird auf die praktische und/oder wirtschaftliche Unmöglichkeit (knapp) eingegangen (Bonus)

#### ≥ 12 Punkte:

- Es wird erkannt, dass § 309 Nr. 5 BGB nicht unmittelbar auf den Vertrag zwischen V und K Anwendung findet, aber Indizwirkung entfaltet.
- Mahnungsproblematik wird sauber geprüft; § 286 II Nr. 1 und 2 BGB werden erkannt
- § 326 I 2 BGB wird gesehen
- Stil und Sprache sind gut
- Keine groben Aufbaufehler; hier gilt allerdings, dass es nicht den einen richtigen Aufbau gibt. Die Studierenden können Mahnung und Entbehrlichkeit der Mahnung auch im Rahmen der Pflichtverletzung prüfen.
- Es wird an den Wortsinn der Normen angeknüpft und nicht nur auswendig gelernte Sätze wiedergeben

Auch hier gilt, dass es sich um einen unverbindlichen Erwartungshorizont handelt. Es ist stets auch der Gesamteindruck maßgeblich, dem ein starrer Erwartungshorizont nie gerecht werden kann. Verstehen Sie die Kriterien daher eher als Indizien. Sicher kann der ein oder andere Fehler, Ungenauigkeit oder Lücke durch andere gute Erwägungen ausgeglichen werden.

## Fall 3: „Golfunfall“

### – Sachverhalt –

#### Ausgangsfall

Konrad (K) möchte sich für private Zwecke einen PKW anschaffen. Auf der Autoscout24-Homepage findet K eine Annonce des Gebrauchtwagenhändlers Viktor (V). Feilgeboten wird dort ein schwarzer VW Golf VI, dessen Beschreibung dem K zusagt. Bei einem Besichtigungstermin nimmt K das Fahrzeug akribisch unter die Lupe und unternimmt eine ausgiebige Probefahrt. Er ist begeistert, sowohl von Ausstattung und Fahrverhalten als auch von dem gepflegten Zustand des Fahrzeugs. Man einigt sich auf einen Preis von 12.000 €. Dem Kaufvertrag legt V – ordnungsgemäß – seine AGB zugrunde, wonach *„Gewährleistungsrechte ausgeschlossen“* sind. Noch am selben Tag fährt K – nach vollständiger Kaufpreiszahlung in bar – mit dem Golf nach Hause. Einige Tage später ist er mit seinem neuen Gefährt auf der Weender Landstraße unterwegs, als ihm der Raser R grob fahrlässig die Vorfahrt nimmt und beide Fahrzeuge kollidieren.

K lässt den Schaden von einem Sachverständigen begutachten, der folgende Feststellungen trifft:

- Die Beseitigung des auf dem Zusammenstoß beruhenden Schadens verursacht Reparaturkosten i.H.v. 2.000 €.
- Das Fahrzeug weist einen erheblichen Unfallschaden auf, der nicht auf dem Zusammenstoß mit R beruht und schon vor Vertragsschluss bestanden hat. Der Unfallschaden wurde ordnungsgemäß instand gesetzt und war selbst für einen Fachmann nur sehr schwer erkennbar.
- Ohne den Unfallschaden beträgt der Wert des Golfs 12.000 €; aufgrund des Unfallschadens hätte der Golf allerdings lediglich einen Wert von 8.000 € gehabt. Ein wirtschaftlicher und faktischer Totalschaden liegt nicht vor.

Weder V noch K hatten bei Übergabe des Golfs Kenntnis vom Unfallschaden. Dieser war für beide auch nicht erkennbar.

Unmittelbar nachdem den K das Sachverständigengutachten erreicht, teilt er V mit, dass er den Wagen nicht behalten, sondern – so wie er ist – zurückgeben und dafür den Kaufpreis zurückerstatten bekommen möchte. V lehnt dies ab, da er für den Unfallschaden nichts könne.

Zumindest aber müsse bei einer Rückabwicklung berücksichtigt werden, dass das Fahrzeug durch den Unfall (des K mit dem R) stark beschädigt worden sei. Es könne nicht angehen, dass er den gesamten Kaufpreis zurückerstatten müsse, aber im Gegenzug ein völlig

beschädigtes Fahrzeug bekomme. Jedenfalls müsse bei der Rückabwicklung des Kaufvertrages Berücksichtigung finden, dass K sich wegen des Unfalls an R halten könne.

**Frage 1:** Ist K wirksam zurückgetreten?

**Frage 2:** Einen wirksamen Rücktritt unterstellt: Welche Ansprüche haben V und K gegeneinander?

### **Fortsetzung**

V hatte den Golf seinerseits zu einem Preis von 10.000 € bei E erworben. E ist selbständiger Elektrikermeister, und der Golf war sein altes „Firmenauto“ gewesen. Den Unfall hatte E seinerzeit selbst verursacht, ihn dem V gegenüber aber nicht preisgeben wollen, um das Geschäft nicht zu gefährden.

Den günstigen Preis von 10.000 € hatte er dem V auch nur gegen folgende (individuell ausgehandelte) Vereinbarung im Kaufvertrag zugestanden: „Wagen gekauft wie besichtigt; sämtliche Gewährleistungsrechte sind ausgeschlossen.“

**Frage 3:** Kann V seinerseits vom Vertrag mit E zurücktreten?

### **Bearbeitervermerk:**

*1. Eine Anfechtung durch K, V oder E und daraus ggfs. folgende Bereicherungsansprüche sind nicht zu prüfen!*

*2. Vorschriften des HGB sind nicht zu prüfen.*

## Fall 3: „Golfunfall“

### – Lösungsvorschlag –

#### Frage 1: Wirksamer Rücktritt des K?

K wäre wirksam zurückgetreten, wenn ein Rücktrittsgrund vorliegt und K den Rücktritt erklärt hat. Des Weiteren dürfte das Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen sein.

#### A. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Als Gestaltungsrecht setzt der Rücktritt die Ausübung des Rechts in Form einer Rücktrittserklärung voraus (§ 349 BGB). Diese Erklärung muss dabei weder ausdrücklich erfolgen, noch explizit einen Rücktrittsgrund benennen; ausreichend ist vielmehr, dass sich nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB (analog) ein Rückabwicklungswille ermitteln lässt. Mit seinem Angebot, den Golf gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzugeben, bringt K hinreichend zum Ausdruck, dass er aufgrund der Unfallwageneigenschaft vom Vertrag Abstand nehmen möchte (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre), so dass eine wirksame Rücktrittserklärung vorliegt.

#### B. Rücktrittsgrund, §§ 437 Nr. 2, 323 BGB

Des Weiteren müsste ein Rücktrittsgrund i.S.d. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB vorliegen.

### I. Voraussetzungen des § 437 BGB

#### 1. Kaufvertrag

Zunächst müssten K und V einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben. Ein Vertrag setzt sich aus (mindestens) zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Antrag (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB), zusammen. Zwar stellt die Annonce des V auf der Autoscout24-Homepage (invitatio ad offerendum) keine rechtsverbindlichen Erklärungen dar, gleichwohl schließen K und V nach der Probefahrt vor Ort einen wirksamen Kaufvertrag, so dass zwei korrespondierende Willenserklärungen abgegeben wurden.

**Korrekturhinweis:** Dass V und K wirksam einen Kaufvertrag geschlossen haben, liegt auf der Hand. Es genügt daher, wenn die Bearbeiter dies kurz in einem Satz (Urteilsstil) feststellen.

## 2. Mangel bei Gefahrübergang

Ferner müsste der Wagen bereits bei Gefahrübergang einen Sachmangel aufgewiesen haben.

Unter einem Sachmangel versteht man jede (negative) Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, wobei sich die Soll-Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB grundsätzlich aus der Parteivereinbarung ergibt. Da die Parteien vorliegend weder eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB getroffen noch i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB eine besondere Verwendung des Wagens vereinbart haben, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB: Die Kaufsache Danach muss sich für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann. Vorliegend war der Wagen vor Übergabe bei einem Unfall erheblich beschädigt worden.

Zwar eignet sich ein Gebrauchtwagen in altersbedingtem Zustand bei einem fachgerecht und rückstandsfrei behobenen Unfallschaden für die „gewöhnliche Verwendung“; jedoch stellt es auch bei älteren gebrauchten Fahrzeugen eine Ausnahme dar, dass sie bei einem Unfall beschädigt wurden und dementsprechend mit Ersatzteilen repariert werden mussten. Daher weist ein Unfallwagen nicht die „übliche Beschaffenheit“ auf. Dass der Käufer die übliche Beschaffenheit (Unfallfreiheit) „erwarten darf“, ist damit zu begründen, dass bei einem reparierten Unfallwagen stets das Risiko besteht, dass etwas nicht mehr so funktioniert wie im Originalzustand oder dass ein Teil des Schadens bei der Reparatur übersehen wurde.<sup>6</sup> Jedenfalls dann, wenn der Unfall – wie hier – einem merkantilen Minderwert nach sich zieht, wird man ohne Weiteres von einem Sachmangel ausgehen können.

**Korrekturhinweis:** Eine derart ausführliche Darstellung des Mangels kann allenfalls von sehr guten Arbeiten erwartet werden. Besonders positiv sollte allerdings honoriert werden, wenn die Studierenden zwischen üblicher Verwendung und üblicher Beschaffenheit differenzieren und erkennen, dass die übliche Verwendung durch die fachmännische Reparatur wieder ermöglicht wurde.

Ausweislich des Sachverhalts, lag der Mangel (Eigenschaft als Unfallwagen) bereits im Zeitpunkt der Übergabe, und damit gem. § 446 S. 1 BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, vor.

**Korrekturhinweis:** Auf die Frage der Beweislastumkehr nach § 476 BGB kommt es nicht an; es ist aber vertretbar, sie – in der gebotenen Kürze – kurz anzusprechen.

## II. Zusätzliche Voraussetzungen des § 323 BGB

Des Weiteren müssten auch die zusätzlichen Voraussetzungen des § 323 BGB erfüllt sein.

<sup>6</sup> BGH, 10.10.2007, VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53, 54, Rn. 20.



## 1. Fristsetzungserfordernis

### a) Keine Fristsetzung

Dies setzt zunächst den Ablauf einer angemessenen Frist voraus, § 323 I BGB. Allerdings hat K zu keinem Zeitpunkt eine Frist gesetzt, sondern vielmehr unverzüglich nach Empfang des Sachverständigenberichts den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

### b) Entbehrlichkeit

Vorliegend könnte eine Fristsetzung jedoch gem. § 326 V BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung entbehrlich gewesen sein. Unmöglichkeit i.S.v. § 275 I BGB liegt dabei (nur) dann vor, wenn beide Arten der Nacherfüllung, d.h. sowohl die Mangelbeseitigung als auch die Ersatzlieferung (von Jedermann oder zumindest vom Schuldner) nicht erbracht werden können.

Vorliegend ist jedenfalls eine Mangelbeseitigung unmöglich, da sich die Unfallwageneigenschaft gerade nicht durch eine fachmännische Reparatur beseitigen ließ und lässt.

Fraglich ist indes, ob eine Ersatzlieferung möglich ist. Dagegen spricht der Umstand, dass die Parteien eine Stückschuld vereinbart haben: Kaufsache war der konkret besichtigte Golf. Ob – und wenn ja: unter welchen Voraussetzungen – eine Ersatzlieferung bei Stückschulden in Betracht kommt, ist umstritten.

Gegen die Möglichkeit einer Ersatzlieferung wird angeführt, dass mit einem Ersatzlieferungsanspruch des Käufers das Pflichtenprogramm des Verkäufers über das vertraglich vereinbarte Maß hinaus ausgedehnt würde. Bei Stückschulden beschränke sich die Lieferpflicht des Verkäufers – anders als bei der Gattungsschuld – auf eine konkrete Sache.<sup>7</sup> Allerdings stellte es gerade ein zentrales Bestreben des (Reform-) Gesetzgebers dar, die bis 2002 ausdrücklich bestehende Differenzierung von Stück- und Gattungsschuld im Kaufrecht aufzuheben.<sup>8</sup> Nicht selten hängt es nämlich vom Zufall ab, ob eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart wird. Entscheidend sollte daher nicht die Schuldform, sondern der tatsächliche Parteiwille sein: Nur dann, wenn es den Parteien tatsächlich auf die konkrete Kaufsache ankommt, scheidet eine Ersatzlieferung aus.

#### In den Worten des BGH:

*„Die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache ist auch beim Stückkauf nicht von vorneherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf eines Gebrauchtwagens liegt es in der Regel nahe, dies zu verneinen, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorangegangen ist.“<sup>9</sup>*

*„Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist [...] durch Auslegung zu ermitteln [...] (§§ 133, 157 BGB). [...] [Dabei kann] nicht davon ausgegangen werden, dass die Kaufsache nach dem Willen der Beteiligten austauschbar war, [...] [da] der Kläger seine Kaufentscheidung nicht nur*

<sup>7</sup> So etwa: Huber, NJW 2002, 1004 (1006).

<sup>8</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 12. Auflage, München, 2017, S. 32, Rn. 89.

<sup>9</sup> BGH, 7.6.2006, VIII ZR 209/05 (Leitsatz)

*aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des bei der Besichtigung gewonnenen persönlichen Eindrucks von dem Fahrzeug getroffen habe. [...] Die[se] Auslegung [...] beruht auf der Überlegung, dass beim Kauf eines Gebrauchtwagens, auch wenn es dem Käufer [...] auf einen bestimmten Typ und eine bestimmte Ausstattung des Fahrzeugs ankommt, in der Regel erst der bei einer persönlichen Besichtigung gewonnene Gesamteindruck von den technischen Eigenschaften, der Funktionsfähigkeit und dem äußeren Erscheinungsbild des individuellen Fahrzeugs ausschlaggebend für den Entschluss des Käufers ist, das konkrete Fahrzeug zu kaufen, das in der Gesamtheit seiner Eigenschaften dann nicht gegen ein anderes austauschbar sein soll.<sup>10</sup>*

Eine Auslegung des Willens beider Parteien nach §§ 133, 157 BGB (analog) ergibt vorliegend, dass der Golf zumindest für K nicht beliebig austauschbar ist. Die Vereinbarung einer Probefahrt sowie die akribische Untersuchung des Wagens lässt vielmehr darauf schließen, dass nicht nur der Typ und die Ausstattung des Fahrzeugs für den Kaufentschluss entscheidend war, sondern auch und gerade der durch die Probefahrt und Besichtigung gewonnene individuelle Gesamteindruck des Fahrverhaltens einschließlich des äußeren Erscheinungsbilds.

Somit gelangt man auch dann, wenn man den Blick nicht auf den Schuldtyp, sondern auf den tatsächlichen Willen der Parteien richtet, zu dem Ergebnis, dass eine Ersatzlieferung nicht möglich ist.

**Korrekturhinweis:** Eine andere Auslegung des Parteiwillens ist bei entsprechender Begründung gut vertretbar.

Da sowohl Mangelbeseitigung als auch Ersatzlieferung unmöglich sind, ist eine Fristsetzung gem. § 326 V BGB entbehrlich.

## **2. Ausschluss des Rücktrittsrechts, § 323 V 2 BGB**

Nach § 323 V 2 BGB kann der Käufer nicht zurücktreten, wenn der Mangel unerheblich ist. Die Erheblichkeit ist dabei durch eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Als Faustregel gilt, dass ein behebbarer Mangel dann als unerheblich einzustufen ist, wenn die Mängelbeseitigungskosten weniger als 5 % des Sachwertes ausmachen. Problematisch ist vorliegend jedoch, dass sich keine Mängelbeseitigungskosten ermitteln lassen, da der Mangel unbehebbar ist. So ließe sich argumentieren, dass bei unbehebbar Mängeln regelmäßig Erheblichkeit vorliege, da der Käufer permanent mit dem mangelbehafteten Gegenstand leben müsse.<sup>11</sup> Andererseits sollte nicht aus dem Blick gelassen werden, dass auch ein Mangel, der sich nur mit größerem Aufwand oder überhaupt nicht beheben lässt, unerheblich i.S.d. § 323 V 2 BGB sein kann, nämlich dann, wenn der Mangel die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache nicht berührt und auch nicht zu nennenswerten Wertminderungen führt.<sup>12</sup> Zwar berührt der Makel der Unfallwageneigenschaft die Gebrauchstauglichkeit nicht, allerdings führt dieser Umstand zu einer Wertdifferenz von 4000 € - was etwa ein Drittel des Kaufpreises ausmacht. Ein Mangel, der einen merkantilen Minderwert dieser Größenordnung nach sich zieht, ist nicht als

<sup>10</sup> BGH, 7.6.2006, VIII ZR 209/05, S. 7 Rn. 23, 24, juris.

<sup>11</sup> In diese Richtung argumentierend: *Ernst*, MüKo BGB, 7. Auflage, 2016, § 323 BGB, Rn. 251.

<sup>12</sup> *Bach*, ZJS 2016, 714 (718 f.).

unerheblich einzustufen. Das Rücktrittsrecht des K ist demzufolge nicht nach § 323 V 2 BGB ausgeschlossen.

### **3. Ausschluss des Rücktrittsrechts, § 323 VI BGB**

Wie sich aus § 323 VI und insbesondere § 346 II BGB ergibt, führt die Unmöglichkeit der Herausgabe in Natura nicht zum Ausschluss des Rücktritts. An die Stelle der unmöglich gewordenen Pflicht zur Rückgabe in natura tritt vielmehr ein Wertersatzanspruch (dazu Frage 2).

**Korrekturhinweis:** Diesen Aspekt müssen die Bearbeiter nicht ansprechen.

### **4. Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des § 323 BGB liegen vor, so dass dem K (grundsätzlich) ein Rücktrittsrecht zusteht.

## **III. Ausschluss des Rücktrittsrechts durch AGB des V?**

Allerdings könnte dem Rücktrittsrecht des K der Gewährleistungsausschluss in den AGB des V entgegenstehen. Dafür müsste dieser Ausschluss jedoch wirksam sein; eine Unwirksamkeit könnte sich sowohl aus § 475 BGB als auch aus § 309 Nr. 7 u. 8 BGB ergeben.

### **1. Unwirksamkeit nach § 476 I BGB**

Nach § 476 I BGB kann sich ein Verkäufer bei einem Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB nicht auf eine Vereinbarung berufen, die (vor Mitteilung des Mangels) zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 - 437, 439 - 443 BGB abweicht.

Da K den Golf VI zu privaten Zwecken erwerben möchte und V in seiner Eigenschaft als Gebrauchtwagenhändler kontrahiert, liegt ein Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB (K) und einem Unternehmer i.S.d. § 14 (V) vor. Bei dem Golf VI handelt es sich auch um eine bewegliche Sache (§ 90 BGB), so dass ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.

Der Gewährleistungsausschluss ist daher gem. § 476 I BGB unwirksam und steht dem Rücktrittsrecht dementsprechend nicht entgegen.

### **2. Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 7 u. 8 BGB**

Darüber hinaus könnte sich die Unwirksamkeit auch aus § 309 Nr. 7 u. 8 BGB ergeben. Ausweislich des Sachverhalts handelt es sich bei der Vereinbarung um AGB i.S.d. § 305 I BGB. Diese wurden zwar ordnungsgemäß einbezogen (§ 305 II BGB).

Die Klausel verstößt jedoch gegen § 309 Nr. 7 a BGB, da sie – bedingt durch ihre absolute Formulierung – auch solche Mangelfolgeschadensersatzansprüche erfassen würde, die die Verletzungen des Lebens, Körpers und der Gesundheit liquidieren sollen.

Die Klausel verstößt ferner gegen § 309 Nr. 7 b BGB, da die sie auch solche Schadensersatzansprüche umfasst, die durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verursacht werden.

Ein Verstoß gegen § 309 Nr.8 b BGB liegt hingegen nicht vor, da der Anwendungsbereich die Lieferung einer neu hergestellten Sache voraussetzt.

### 3. Zwischenergebnis

Der Gewährleistungsausschluss ist sowohl nach § 476 I BGB als auch nach § 309 Nr. 7 a und b BGB unwirksam.

### IV. Zwischenergebnis

Dem K steht ein Rücktrittsrecht zu.

### C. Ergebnis

K hat das ihm zustehende Rücktrittsrecht ausgeübt und ist somit wirksam zurückgetreten.

## Frage 2: Ansprüche von V und K gegeneinander

### A. Anspruch K gegen V aus § 346 I auf Rückgewähr des Kaufpreises

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises aus § 346 I BGB haben.

#### I. Wirksamer Rücktritt

Wie in Frage 1 bereits festgestellt und nach Frage 2 vorauszusetzen, ist K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten.

#### II. Rechtsfolge §§ 346 ff. BGB

Durch den Rücktritt entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB, das den V nach § 346 I BGB grundsätzlich dazu verpflichtet die Geldscheine in Natura herauszugeben, genauer Eigentum und Besitz an den konkret gezahlten Geldscheinen zurück zu übertragen. Ist dies nicht möglich – was naheliegend ist, da die Geldscheine in Umlauf gebracht worden sein dürften – besteht nach § 346 II 1 Nr. 2 und 3 BGB ein Wertersatzanspruch i.H.v. 12. 000 €.

#### III. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der 12. 000 € aus §§ 346 I, 326 V, 347 Nr. 2 Alt. 2 BGB.

## B. Anspruch V gegen K aus § 346 I, II auf Rückgabe des Fahrzeuges und Wertersatz

V könnte gegen K einen Anspruch auf Rückgabe des Fahrzeuges und Wertersatz aus § 346 I, II BGB haben.

### I. Rückgewährschuldverhältnis

Wie bereits festgestellt entsteht durch den Rücktritt des Käufers ein Rückgewährschuldverhältnis nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB. In dieser Konsequenz kann auch der V als Rücktrittsgegner Rechte aus den §§ 346 ff. BGB ableiten.

### II. Rechtsfolge §§ 346 ff. BGB

Fraglich ist daher, welche konkreten Positionen V gegen K geltend machen kann.

#### 1. Rückgabe des Fahrzeuges § 346 I BGB

Da die Rückgabe des Fahrzeuges in natura noch möglich ist, kann V von K Rückübereignung und Übergabe des beschädigten Golf VI nach § 346 I BGB verlangen.

#### 2. Wertersatz § 346 II BGB

Sinn und Zweck der §§ 346 ff. BGB ist die Wiederherstellung des status quo ante, d.h. die Wiederherstellung der Rechtslage, die nach dem Vertragsschluss aber vor dem Leistungsaustausch bestanden hat.

##### a) Wertersatz nach § 346 II 1 Nr. 3 BGB

Um der nach dem Leistungsaustausch eingetretenen Beschädigung Rechnung zu tragen, sieht das Gesetz daher einen Wertersatzanspruch nach § 346 II 1 Nr. 3 BGB vor. Dieser richtet sich – wie § 346 II 2 BGB klarstellt – nicht nach dem objektiven Wert des Fahrzeuges, sondern vielmehr nach der Parteivereinbarung. Allerdings ist dann, wenn eine mangelhafte Sache geliefert wurde, selbstverständlich nur ein entsprechend geminderter Kaufpreis anzusetzen – hier also 8.000 €.

Ferner ist von diesem Betrag der Restwert der zurückgegebenen (beschädigten) Kaufsache in Abzug zu bringen (hier wohl 6.000 €).

Im Ergebnis richtet sich der Wertersatzanspruch des V also auf 2.000 €.

**Korrekturhinweis:** Alternativ kann auch von vornherein auf die Reparaturkosten als Wertverlust abgestellt werden.

##### b) Ausschluss des Wertersatzes nach § 346 III 1 Nr. 3 BGB

Möglicherweise ist ein Wertersatzanspruch jedoch ohnehin nach § 346 III 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen. Danach entfällt die Wertersatzpflicht, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten (K) eingetreten

ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB). Da K an dem Unfall kein Verschulden trifft, greift zu seinen Gunsten der Ausschlussstatbestand des § 346 III 1 Nr. 3 BGB, so dass V letztlich keinen Wertersatz für die Beschädigung des Fahrzeugs verlangen kann.

**Korrekturhinweis:** Auf die Problematik der Kenntnis des Rücktrittsgrunds kommt es hier nicht an, da es schon vor Kenntnis des Rücktrittsgrunds zu dem Unfall kam.

### 3. Herausgabe der verbleibenden Bereicherung §§ 346 III 2, 818 BGB

Fraglich ist allerdings, ob V gegen K Ansprüche aus § 346 III 2 BGB ableiten kann. Dies wäre der Fall, wenn K trotz Wegfall der Wertersatzpflicht noch bereichert ist. Dogmatisch handelt es sich hierbei um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass es auf den Tatbestand der §§ 812 ff. BGB nicht ankommt. Als Bereicherung des K könnten etwaige Ersatzansprüche gegen R in Betracht kommen, deren Abtretung V womöglich aus § 346 III 2 BGB verlangen könnte. Zu prüfen ist daher, ob K aufgrund des Unfalls tatsächlich Ansprüche gegen R geltend machen könnte.

#### a) Schadensersatzanspruch des K gegen R aus § 18 I StVG

Vorliegend haftet R dem K jedenfalls aus § 18 I StVG auf Schadensersatz. Ausweislich des Sachverhalts hat er den Unfall als Fahrer des anderen Fahrzeugs grob fahrlässig verursacht.

Der ersatzfähige Schaden liegt in den Reparaturkosten i.H.v. 2.000 €, und zwar selbst dann, wenn K den Schaden nicht reparieren lässt (§ 249 II BGB).

#### b) Schadensersatzanspruch des K gegen R aus § 7 I StVG

Unterstellt man, dass R nicht nur Fahrer, sondern auch Halter des anderen Fahrzeugs ist, haftet er zusätzlich aus § 7 I StVG.

#### c) Schadensersatzanspruch des K gegen R aus § 823 BGB

Hinzu kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB sowie aus § 823 II BGB i.V.m. §§ 8 und 1 II StVO

#### d) Zwischenergebnis

K steht gegen R Schadensersatzansprüche i.H.v. 2.000 € aus §§ 7 I, 18 I StVG, § 823 I und § 823 II BGB i.V.m. § 8 und § 1 II StVO zu. Diese Ansprüche muss K nach § 346 III 2 BGB an V abtreten.

### III. Ergebnis

V kann von K Rückübereignung und Übergabe des beschädigten Golf VI aus § 346 I sowie Abtretung der Schadensersatzansprüche gegen R aus § 346 III 2 BGB verlangen. Ein Wertersatzanspruch nach § 346 II BGB steht dem V hingegen nicht zu.

**Korrekturhinweis:** Denkbar, aber allenfalls von sehr guten Arbeiten zu erwarten, ist ferner die Prüfung folgender Ansprüche:

1. V gegen K aus §§ 346 IV, 280 ff. aufgrund der Beschädigung des PKW: (-), da erst mit RT-Erklärung das Rückgewährschuldverhältnis entsteht.
2. V gegen K aus §§ 280 ff. aufgrund der Beschädigung des PKW (Schuldverhältnis kann dabei entweder der Kaufvertrag als solcher oder aber ein „Vor-Rückgewährschuldverhältnis“ sein; jedenfalls muss aber § 346 III BGB analog auf den Schadensersatzanspruch angewendet werden; so dass ein Vertretenmüssen des K zu verneinen wäre).

### Frage 3: Rücktrittsrecht des V aus §§ 437 Nr. 2, 323 BGB

Dem V könnte ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 323 BGB zustehen.

#### A. Voraussetzungen des § 437 BGB

Ausweislich des Sachverhalts haben E und V einen Kaufvertrag über das Fahrzeug geschlossen.

Wie oben bereits festgestellt, stellt die Eigenschaft als Unfallwagens einen Sachmangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB dar. Dieser Sachmangel lag bereits bei Gefahrübergang, also bei Übergabe des Fahrzeugs von E an V vor. Die Voraussetzungen des § 437 BGB sind folglich erfüllt.

#### B. Zusätzliche Voraussetzungen des § 323 BGB

##### I. Fristsetzungserfordernis

Ein Rücktrittsrecht setzt nach § 323 I BGB grundsätzlich den Ablauf einer angemessenen Nachfrist voraus. Vorliegend hat V dem E keine Nachfrist gesetzt. Allerdings könnte wiederum ein Entbehrlichkeitsgrund greifen.

##### 1. Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 326 V BGB)

Die Beseitigung des Mangels ist, wie gesagt, unmöglich; problematisch ist wiederum einzig die Möglichkeit einer Ersatzlieferung. Sie wäre (nur) dann unmöglich, wenn es den Parteien bei Vertragsschluss gerade um das konkrete Fahrzeug ging. Daran mag man vorliegend zwar aus Sicht des V zweifeln, der das Fahrzeug nur zum Zwecke der Weiterveräußerung erwarb und dem es daher nicht auf das konkrete Exemplar angekommen sein dürfte. Etwas Anderes gilt jedoch für E: Er wollte seinen Firmenwagen verkaufen, verfügte also gar nicht über mögliche Ersatzmodelle. Man wird daher davon auszugehen haben, dass der Parteiwille nicht auf eine Ersetzbarkeit des konkreten Fahrzeugs gerichtet war.

## 2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 II Nr. 3 BGB

Ferner könnte die Fristsetzung nach § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich sein, weil E den V arglistig darüber getäuscht hat, dass es sich bei dem Fahrzeug um einen Unfallwagen handelte. Eine solche arglistige Täuschung würde einen besonderen Grund darstellen, der den sofortigen Rücktritt rechtfertigt.

Allerdings hat E nicht behauptet, der Wagen sei unfallfrei, sondern den V lediglich nicht von sich aus über den Unfall informiert. Dies wäre nur dann als Täuschung einzustufen, wenn den E eine Aufklärungspflicht traf. Eine solche Pflicht besteht grundsätzlich dann, wenn die andere Vertragspartei – erkennbarerweise – ein tragendes Interesse an der betreffenden Information hat und selbst keine Möglichkeit besitzt, Kenntnis zu verschaffen. Dies ist bei der Frage, ob ein Gebrauchtwagen bei einem Unfall beschädigt wurde, regelmäßig der Fall.<sup>13</sup>

**Korrekturhinweis:** Ein rechtfertigendes Eigeninteresse seitens des E an der Zurückhaltung der Information (z.B. innovatives, selbst erarbeitetes Wissen etc.) fehlt offensichtlich, so dass die Bearbeiter diesen Punkt nicht ansprechen müssen.

Die Fristsetzung ist daher auch nach § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich.

## 3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB

Aufgrund der arglistigen Täuschung ist dem V ferner eine Nacherfüllung durch den E nicht zuzumuten; die Fristsetzung ist daher auch nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich

**Korrekturhinweis:** Angesichts der Unmöglichkeit einer Nacherfüllung ist dieser Entbehrlichkeitsgrund nicht völlig naheliegend; er muss daher auch von sehr guten Bearbeitern nicht geprüft werden.

## II. Ausschluss des Rücktrittsrechts, § 323 V 2 BGB

Wie oben bereits festgestellt, ist der Mangel auch nicht unerheblich, so dass der Ausschlussgrund des § 323 V 2 BGB nicht greift.

## III. Zwischenergebnis

Die zusätzlichen Voraussetzungen des § 323 BGB liegen vor, mithin steht dem V grundsätzlich ein Rücktrittsrecht zu.

## C. Ausschluss des Gewährleistungsrechts durch die Vereinbarung mit E

Möglicherweise ist das Rücktrittsrecht allerdings aufgrund der Abrede zwischen V und E ausgeschlossen. Dies setzt indes voraus, dass die Vereinbarung wirksam ist.

<sup>13</sup> BGH NJW 1982, 1386 (1386).



## I. Unwirksamkeit nach § 478 II BGB

§ 478 II BGB findet nur auf neu hergestellte Sachen Anwendung. Dies lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift zwar nicht unmittelbar entnehmen, ergibt sich jedoch mittelbar daraus, dass § 478 I BGB auf § 445a BGB verweist. Ein entsprechender Gesetzgeberwille kommt in der der Gesetzgebung klar zum Ausdruck. Dahinter steht die teleologische Erwägung, dass es bei gebrauchten Kaufsachen an einer (lückenlosen) Lieferkette fehlt. § 478 II BGB steht dem Gewährleistungsausschluss also nicht entgegen.

**Korrekturhinweis:** Da im vorliegenden Fall gerade eine solche Lieferkette besteht, ist es gut vertretbar, eine Anwendbarkeit von § 478 II BGB aus teleologischen Gründen zu bejahen

## II. Unwirksamkeit nach § 307 ff. BGB

Ausweislich des Sachverhalts handelt es sich bei dem Gewährleistungsausschluss um eine Individualvereinbarung, so dass eine Unwirksamkeit nach §§ 307 ff. BGB ausscheidet.

## III. Unwirksamkeit nach § 444 BGB

Allerdings kann sich E gem. § 444 BGB nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen, weil er die Unfallwageneigenschaft arglistig verschwiegen hat.

## D. Ergebnis

Die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 BGB liegen vor, so dass V zurücktreten kann.

## Fall 4: „Game Over“

### – Sachverhalt –

V ist Eigentümer eines 500 m<sup>2</sup> großen Ladenlokals in der Göttinger Innenstadt. Dieses Ladenlokal vermietet er für 2.500 € monatlich an den M, der dort ein Gaming-Geschäft betreibt. Da das Gaming-Geschäft schlecht läuft, die Mietpreise in der Göttinger Innenstadt aber stark gestiegen sind, vermietet M die Räume – ohne Wissen des V – für 5.000 € pro Monat an U weiter, der sie nun seinerseits gewerblich nutzt.

Als V von der Untervermietung durch M erfährt, möchte er an dem guten Geschäft des M teilhaben und verlangt von M den Mehrerlös i. H. v. 2.500 € monatlich heraus.

**Frage 1:** Steht dem V ein Anspruch auf Herausgabe des Mehrerlöses zu?

**Frage 2:** Kann V den Mietvertrag kündigen? Und wenn ja: zu welchem Zeitpunkt?

**Bearbeitervermerk:**

*Es ist davon auszugehen, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde.*

*Für die Beurteilung des Kündigungszeitpunkts ist davon auszugehen, dass V die Kündigung heute erklärt.*

## Fall 4: „Game Over“

### – Lösungsvorschlag –

#### Frage 1

#### A. Schadensersatzanspruch des V gegen M aus § 280 I BGB

V könnte gegen M einen Schadensersatzanspruch auf Auskehr des Mehrerlöses aus § 280 I BGB haben.

#### I. Schuldverhältnis

Zwischen V und M besteht ein Mietverhältnis.

#### II. Pflichtverletzung

Als Pflichtverletzung kommt jedes Verhalten in Betracht, das objektiv nicht dem jeweiligen, sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden, Pflichtenkreis entspricht. Wie § 540 I BGB verdeutlicht, ergibt sich aus dem Mietvertrag ein grundsätzliches Verbot, den Gebrauch der Mietsache ohne Erlaubnis des Vermieters an Dritte zu überlassen. Davon ist insbesondere auch die Weitervermietung erfasst (§ 540 I BGB a.E.). Mit der Untervermietung an U hat M gegen diese besonders normierte Rücksichtnahmepflicht verstoßen, da eine Erlaubnis des Vermieters V nicht eingeholt wurde.

#### III. Vertretenmüssen

Nach § 276 I BGB hat der Schuldner (hier M) grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Ob M tatsächlich vorsätzlich gehandelt erscheint mit Blick auf das – für den zivilrechtlichen Vorsatz erforderliche – Unrechtsbewusstsein zweifelhaft. Jedenfalls hätte M aber erkennen müssen, dass er nicht ohne Weiteres zur Untervermietung berechtigt ist, so dass M zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und somit fahrlässig (§ 276 II BGB) gehandelt hat.

#### IV. Schaden

Ferner müsste dem V auch ein Schaden entstanden sein. Als Schaden wird jede unfreiwillige Einbuße materieller und immaterieller Art verstanden. Im Ausgangspunkt erfolgt die Schadensberechnung dabei nach der Differenzhypothese, d.h. der Schaden ist durch einen

Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage mit der hypothetischen Vermögenslage, die ohne das haftungsbegründende Ereignis eingetreten wäre, zu ermitteln. Zur Bestimmung der hypothetischen Vermögenslage ist – wie § 252 BGB verdeutlicht – auch ein entgangener Gewinn in den Blick zu nehmen. Fraglich ist daher, ob die von M durch die Untervermietung erwirtschafteten 2.500 € unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns einen ersetzbaren Schaden darstellen können. Nach § 252 BGB gilt ein Gewinn als entgangen, wenn er nach gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Durch die Vermietung an M, war es dem V nicht möglich, die Räumlichkeiten an U zu vermieten, da dieser durch den wirksamen Mietvertrag zum unmittelbaren Besitz berechtigt und somit rechtlich auch nicht zur Herausgabe der Mieträume verpflichtet ist. Ohne die Bereitschaft des M wäre dem V somit eine Weitervermietung nicht möglich. Des Weiteren ist nicht auszuschließen, dass der Mietzins von 10 €/m<sup>2</sup> auf dem Verhandlungsgeschick des M beruht, so dass V möglicherweise auch U gegenüber nur einen Mietzins von 5 €/m<sup>2</sup> realisieren könnte. Fraglich ist auch, ob sich V und U überhaupt gekannt haben und U mit V kontrahiert hätte. Damit erscheint ein Gewinn des V durch eine hypothetische Weitervermietung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unwahrscheinlich.

Allerdings könnte sich ein Schaden daraus ergeben, dass V – im Gegenzug zu einer Erlaubnis der Weitervermietung – eine Erhöhung des Mietzinses verlangen könnte (§ 553 II BGB). Allerdings setzt diese Mieterhöhung stets das Einverständnis des Mieters voraus; ein Schaden ließe sich also nur konstruieren, wenn man dieses Einverständnis fingierte. Das aber ist grundsätzlich unzulässig.

## V. Ergebnis

V hat gegen M keinen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB.

**Korrekturhinweis:** Gute Bearbeiter erkennen, dass sich das Argument des Verhandlungsgeschicks mit dem Argument der steigenden Mietpreise entkräften ließe. Gleichwohl dürfte die Verneinung eines Schadens mit den übrigen Argumenten immer noch überzeugender sein. A.A. mit guter Argumentation selbstverständlich vertretbar.

## B. Herausgabeanspruch des V gegen M hinsichtlich des Erlöses aus §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB

V könnte gegen M einen Anspruch aus §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB (angemaßte Eigen-geschäftsführung) auf Auskehrung des Mehrerlöses haben.

## I. Geschäftsbesorgung

Der Begriff der Geschäftsbesorgung ist weit auszulegen und umfasst jedes rechtsgeschäftliche und tatsächliche Handeln. Durch die Untervermietung des Grundstückes hat M ein Rechtsgeschäft vorgenommen und somit ein Geschäft besorgt.

## II. Fremdes Geschäft

Fraglich ist allerdings, ob die Untervermietung aus Sicht des M ein fremdes Geschäft darstellt. Voraussetzung dafür ist, dass das Geschäft schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild (ausschließlich) in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fällt. Der Geschäftsführer muss sich also eine Rechtsposition anmaßen, die nach dem Willen der Rechtsordnung einer anderen Person zur ausschließlichen Nutzung und Verwertung zugewiesen ist. Für ein fremdes Geschäft, d.h. für die Anmaßung einer Rechtsposition könnte angeführt werden, dass die Vermietung von Sachen grundsätzlich im Rechtskreis des Eigentümers steht. Da V die Geschäftsräume jedoch bereits an M vermietet hat, hat er dieses Recht bereits ausgeübt. Die Vermietung an einen Dritten steht ihm nicht mehr zu. Aus den §§ 540, 553 ergibt sich vielmehr, dass die Weitervermietung Sache des Mieters ist; dem Vermieter kommt nur das Recht zu, die Weitervermietung auszuschließen, nicht aber, sie selbst durchzuführen.

## III. Ergebnis

V hat gegen M keinen Anspruch auf Auskehr des Mehrerlöses aus §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB.

### C. Nutzungsersatzanspruch des V gegen M aus §§ 987, 990 I BGB

V könnte gegen M einen Nutzungsersatzanspruch aus §§ 987 I, 990 I (auf Zahlung des Untermietzinses i. H. v. 2.500 €) haben. Dazu müsste im Zeitpunkt der Nutzungsziehung eine Vindikationslage bestanden haben.

#### I. Vindikationslage im Zeitpunkt der Nutzungsziehung

Eine Vindikationslage liegt vor, wenn V Eigentümer und M Besitzer gewesen wäre. Ferner dürfte M im Zeitpunkt der Nutzungsziehung kein Recht zum Besitz besessen haben.

##### 1. V als Eigentümer

V war im Zeitpunkt der Untervermietung Eigentümer.

##### 2. M als Besitzer

M war im Zeitpunkt der Untervermietung unmittelbarer Besitzer.

##### 3. Recht zum Besitz

Fraglich ist allerdings, ob dem M zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Besitz zustand. So war M gerade aus dem Mietvertrag §§ 535, 578 BGB zur Nutzung und damit auch zum Besitz berechtigt. Allerdings war er nicht so zum Besitz berechtigt, denn nach § 540 I BGB ist eine Untervermietung ohne Genehmigung des Vermieters untersagt. Fraglich ist daher, wie es sich auf das Besitzrecht auswirkt, dass M den Inhalt und die Grenzen seines Besitzrechts („Nicht-so-Berechtigter“) überschreitet. So wird vereinzelt vertreten, dass in den Konstellationen, in denen der vertraglich berechtigte Besitzer mit seiner Handlung sein

Besitzrecht überschreitet, seine Handlung vom vertraglichen Besitzrecht nicht mehr gedeckt ist, neben den vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen somit auch Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB in Betracht kommen sollen. Das Besitzrecht sei dynamisch und stehe im reziproken Verhältnis zur Verwendung des Gegenstandes. Dieser Auffassung nach hätte M mit der Untervermietung sein Besitzrecht überschritten, so dass neben dem vertraglichen und deliktischen Haftungssystem auch eine Haftung aus EBV treten würde.

Demgegenüber geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass das pflichtwidrige Verhalten, d.h. die vertragswidrige Überschreitung des Besitzrechts, das Recht zum Besitz nicht berührt. Die mit dem dynamischen Verständnis korrelierende Aufspaltung des Besitzrechts in berechtigten und unberechtigten Besitz sei praktisch nicht umsetzbar und führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Schließlich sei der Eigentümer auch ausreichend über das vertragliche und deliktische Haftungssystem geschützt. Dieser Auffassung zu folge würde der Nutzungersatz nach § 987 BGB bereits am Vorliegen einer Vindikationslage scheitern.

Die Überzeugungskraft der ganz überwiegenden Auffassung lässt sich durch ein weiteres Argument steigern. Die Regeln zum EBV dienen primär dem Schutz des redlichen, unverklagten Besitzers (insb. § 992 und § 993 Hs. 2). Diesen Schutz verdient derjenige Besitzer jedoch nicht, der (bewusst) sein vertragliches Besitzrecht überschreitet. Die Figur des nicht-so-berechtigten Besitzers ist daher abzulehnen. Dem M steht dementsprechend ein Recht zum Besitz zu.

**Korrekturhinweis:** Das Problem des nicht-so-berechtigten Besitzers muss nicht zwingend angesprochen werden.

## II. Ergebnis

V hat gegen M keinen Nutzungersatzanspruch aus § 987 BGB.

D. Schadensersatzanspruch des V gegen M aus § 823 I BGB i.H.v.  
2.500 €

V könnte gegen M einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB i.H.v. 2.500 € haben.

## I. Rechtsverletzung

In Betracht kommt eine Rechtsverletzung in Form einer Eigentumsverletzung. So ließe sich Argumentieren, dass durch die unbefugte Untervermietung dem Eigentumsrecht des V insofern zuwidergehandelt werde, als M unberechtigterweise die Besitzkette verlängere. Aus einem einstufigen mittelbaren Besitz des V wird ein mehrstufiger Besitz i. S. v. § 871 BGB. Das Eigentumsrecht des V könnte ferner dadurch beeinträchtigt worden sein, dass das Grundstück infolge der Untervermietung ohne den Willen des V von einem Dritten genutzt wird. Gegen die Annahme einer Eigentumsverletzung spricht jedoch entscheidend, dass mit der Untervermietung im konkreten Fall weder eine Substanzverletzung noch eine Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit durch V einhergeht. Zwar lässt sich der Einwand,

dass der ursprünglich einstufige mittelbare Besitz zu einem mehrstufigen Besitz umgewandelt wird, nicht entkräften. Rechtlich nachteilige Folgen für V sind dadurch jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere liegt durch die unberechtigte Untervermietung keine besitzrechtsbegründende Besitzkette i.S.d. § 986 I 1 Alt. 2 BGB vor. Dies ergibt sich besonders explizit aus § 986 I 2 BGB. Auch unter dem Gesichtspunkt der Substanzverletzung lässt sich keine Eigentumsverletzung begründen, da der Gewerberaum durch die Untervermietung nicht beschädigt wird. Damit erscheint es überzeugender eine Eigentumsverletzung abzulehnen.

## II. Ergebnis

V hat gegen M keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB.

**Korrekturhinweis:** Ausführliche Ausführungen zur Rechtsverletzung werden nicht erwartet, vertretbar erscheint es auch § 823 I BGB mit einem Satz aufgrund des fehlenden Schadens abzulehnen. Wird die Eigentumsverletzung problematisiert, so soll dies positiv berücksichtigt werden.

Wird eine Eigentumsverletzung bejaht, so ist wie folgt weiter zu prüfen:

*II. Zurechenbare Verletzungshandlung:* Durch die unbefugte Untervermietung liegt eine kausale und zurechenbare Verletzungshandlung des M vor, so dass auch ein haftungsbegründender Kausalzusammenhang besteht.

*III. Widerrechtlichkeit:* Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht wird die Widerrechtlichkeit durch die Erfüllung des Tatbestandes indiziert, so dass die Eigentumsverletzung auch widerrechtlich war. Ferner stellt § 540 BGB klar, dass der Mieter nicht ohne Erlaubnis des Vermieters zur Weitervermietung berechtigt ist.

*IV. Verschulden:* Wie im Rahmen des § 280 I BGB bereits festgestellt, ist dem M zumindest fahrlässiges Verhalten i.S.d. § 276 II BGB vorzuwerfen.

*V. Schaden:* Allerdings fehlt es an einem ersatzfähigen Schaden (s. o.) Eine übermäßige Abnutzung der Mietsache ist nicht erkennbar. Das Verhandlungsgeschick des M soll dem V nicht zum Vorteil geraten, da sein wirtschaftliches Interesse bereits durch Zahlung des ursprünglich vereinbarten Mietzinses vollständig befriedigt wird.

## E. Herausgabeanspruch des V gegen M hinsichtlich des Erlöses aus § 812 I BGB

V könnte gegen M einen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch haben.

## I. Erlangtes Etwas

„Etwas“ ist jeder vermögenswerte Vorteil. Hier kommen zumindest drei Vorteile in Betracht: erstens der Besitz an der Mietsache, zweitens die faktische Möglichkeit zur Weitervermietung und drittens der Untermietzins

## II. Ohne Rechtsgrund

Den Besitz hat M jedoch mit Rechtsgrund erlangt, nämlich aufgrund des Mietvertrags zwischen ihm und V

Für die Untervermietungsmöglichkeit und den Mietzins hingegen liefert der Mietvertrag keinen ausreichenden Rechtsgrund, weil eine Weitervermietung dem Mieter gem. § 540 BGB gerade nicht zusteht.

**Korrekturhinweis:** Die gegenteilige Ansicht ist unter Hinweis auf die Erlaubnispflicht aus § 553 BGB gut vertretbar.

## III. Durch Leistung oder auf sonstige Weise

Weder die Untervermietungsmöglichkeit noch den Mietzins hat M durch Leistung des V erhalten. Wie sich nämlich aus der fehlenden Erlaubniserteilung i.S.v. § 540 BGB ergibt, wollte V die Möglichkeit zur Untervermietung gerade nicht leisten. Es handelt sich also um eine Bereicherung „auf sonstige Weise“ i.S.d. § 812 I 1 Alt. 2 BGB.

**Korrekturhinweis:** Die gegenteilige Ansicht ist wiederum unter Hinweis auf die Erlaubnispflicht aus § 553 BGB gut vertretbar.

Den Mietzins hat M allerdings durch Leistung des U erlangt, so dass diesbezüglich die Nichtleistungskondition V-M wegen Subsidiarität gesperrt ist.

## IV. Auf Kosten des V

M müsste die faktische Möglichkeit der Untervermietung auf Kosten des V erlangt haben. Dies setzt einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts voraus. M müsste durch die vertragswidrige Untervermietung in den Zuweisungsgehalt des Eigentums von V eingegriffen haben. Durch den Mietvertrag mit M hat sich V allerdings dieses Gebrauchswerts selbst freiwillig entledigt. „Die Untervermietung ist auch dann, wenn sie unberechtigt erfolgt, ein dem Mieter zugewiesenes Geschäft. Dem Vermieter entgehen dadurch keine Verwertungs- oder Gebrauchsmöglichkeiten, deren er sich nicht schon durch den Abschluß des Hauptmietvertrages entäußert hätte; er selbst könnte die Mietsache einem Dritten gar nicht mehr überlassen.“

Allerdings könnte ein Eingriff in die Entscheidungsbefugnis des Vermieters über die Untervermietung (§§ 540, 553 BGB) vorliegen. So wird teilweise vertreten, dass sich aus § 553 II BGB eine materielle Nutzungsfunktion der Entscheidungsbefugnis ergebe, so dass eine Verletzung ein bereicherungsrechtlicher Eingriff darstelle. Die ganz h.M. lehnt dies jedoch ab, da die Entscheidungsbefugnis zur Untervermietung ein lediglich ideelles Abwehrrecht sei. Sie gewährt keine vermögenswerte Rechtsposition, sondern stellt vielmehr eine



Verlängerung der privatautonomen Befugnis, bestimmte unerwünschte Mieter ablehnen zu können, dar. Darüber hinaus berechnet sich der Zuschlag i.S.d. § 553 II BGB nicht nach dem vom Mieter möglicherweise erzielbaren Erlös, sondern richtet sich vielmehr nach der erhöhten Abnutzung. Schließlich ist zu beachten, dass Untermietzins und Erlaubniserteilung in keinem Gegenleistungsverhältnis stehen. Der Untermietzins ist vielmehr die Gegenleistung für die Nutzungsgewährung durch den Mieter. Damit liegt auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Entscheidungsbefugnis kein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts des V vor. M hat die faktische Möglichkeit der Untervermietung damit nicht auf Kosten des V erlangt.

#### IV. Ergebnis

V hat gegen M keinen Anspruch auf Auskehrung des Mehrerlöses aus § 812 I BGB.

#### F. Anspruch des V gegen M auf Auskehr des Mehrerlöses aus § 816 I 1 BGB

Dieser Anspruch scheidet allerdings bereits aufgrund des fehlenden Verfügungscharakters der Untervermietung aus. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein Recht eingewirkt wird, indem es aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird. Die Untervermietung wirkt nicht unmittelbar auf das Eigentumsrecht des Vermieters im Sinne einer Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Änderung ein und stellt damit keine Verfügung über das Eigentumsrecht des V dar. Bei dem Mietvertrag handelt es sich vielmehr um ein schuldrechtliches Geschäft, das die dingliche Rechtslage unberührt lässt.

#### G. Anspruch des V gegen M auf Auskehr des Mehrerlöses analog § 816 I 1 BGB

„Auch eine entsprechende Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet aus, weil der Untermietzins keinen Gegenwert darstellt, den der Mieter anstelle des Eigentümers erzielt. Dieser hätte die bereits an den Mieter vermietete Sache nicht mehr selbst an einen Dritten untervermieten können [...]. Hinzu kommt, daß der Untermieter dem Vermieter gegenüber kein Recht zum Besitz erlangt, die Untervermietung also nicht wirksam in dessen Rechtsposition eingreift [...].“

#### Korrekturhinweis:

Zum Bestehen wird nicht erwartet, dass sämtliche Anspruchsgrundlagen erkannt werden. Erwartet wird allerdings, dass ein Anspruch aus § 280 I und aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB erkannt wird. Diese müssen auch brauchbar bearbeitet werden. Insbesondere soll – am besten durch eigene Argumentation – zum Ausdruck gebracht werden, dass die Untervermietung trotz der §§ 540, 553 BGB nicht in der Hand des Vermieters liegt. Das Auffinden der §§ 540, 553 BGB

wird erwartet, da diese im Sachverzeichnis unter dem Schlagwort „Untervermietung“ aufgeführt werden. Zu beachten ist allerdings, dass die Studierenden in ihrer Argumentation frei sind, so dürfen sie auch vertreten, dass der Untermietzins aufgrund der §§ 540, 553 BGB dem Vermieter gebührt.

## Frage 2

Nach § 542 I BGB kann ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Mietverhältnis ausschließlich nach den gesetzlichen Vorschriften gekündigt werden. Dem V müsste somit ein Kündigungsrecht zustehen. In Betracht kommt ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 I, II Nr. 2 Alt. 2 BGB sowie eine ordentliche Kündigung nach § 580a II BGB.

### A. Ordentliche Kündigung nach § 580a II BGB

Nach § 580a II BGB können Mietverhältnisse über Geschäftsräume spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahrs ordentlich gekündigt werden. Demnach kann V bis zum dritten Werktag des dritten Kalendervierteljahres (05.07.2021) seine Kündigung erklären, so dass das Mietverhältnis mit dem Ablauf des vierten Kalendervierteljahres (31.12.2021) beendet wird.

### B. Außerordentliche Kündigung nach § 543 I, II Nr. 2 Alt. 2 BGB

Neben dem ordentlichen Kündigungsrecht könnte dem V allerdings auch ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 I, II Nr. 2 Alt. 2 BGB zustehen. Danach kann ein Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden.

#### I. Wichtiger Grund

Fraglich ist daher, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Nach der Legaldefinition des § 543 I BGB liegt ein wichtiger Grund stets dann vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dabei hat der Gesetzgeber in § 543 II BGB einige Konstellationen des wichtigen Grundes (nicht abschließend) normiert und damit die Einzelfallabwägung antizipiert und gesetzlich festgehalten. So liegt nach § 543 II Nr. 2 Alt. 2 BGB ein wichtiger Grund vor, wenn der Mieter die Mietsache unbefugt einem Dritten überlässt. Wie unter Frage 1 A. im Rahmen des Schadensersatzanspruchs aus § 280 I BGB bereits festgestellt wurde, hat M den Gewerberaum unbefugt untervermietet und damit Pflichten aus dem Mietvertrag (§ 540 BGB) verletzt. Ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 I, II Nr. 2 Alt. 2 BGB liegt somit vor.

## II. Abmahnung nach § 543 III 1 BGB

Beruhet der wichtige Grund jedoch in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag, so bedarf die Kündigung nach § 543 III 1 BGB zusätzlicher Voraussetzungen. Danach müsste V dem M zunächst erfolglos abgemahnt, d.h. ernsthaft und nachdrücklich zum Unterlassen des pflichtwidrigen Verhaltens aufgefordert haben. Eine Abmahnung durch V ist hier jedoch nicht erfolgt.

## III. Entbehrlichkeit der Abmahnung nach § 543 III 2 Nr. 1 BGB

Etwas Anderes gilt indes nach § 543 III 2 Nr. 1 BGB, wenn die Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht. So ist zu beachten, dass es M nicht unverzüglich möglich sein wird, die unberechtigte Untervermietung zu unterbinden, da M durch den Untermietvertrag gegenüber U rechtlich gebunden ist und seinerseits das Mietverhältnis nur nach § 580a II BGB, d.h. bis zum Ablauf des 31.12.2017 auflösen könnte; ein außerordentliches Kündigungsrecht des M ggü. U ist nicht ersichtlich. Damit ist bereits ex ante antizipierbar, dass eine Abmahnung keinerlei Auswirkungen auf die unbefugte Untervermietung haben wird, mithin eine Abmahnung offensichtlich nicht erfolgsversprechend ist. Somit ist kann nach § 543 III 2 Nr. 1 BGB auf das Erfordernis einer vorangegangenen erfolglosen Abmahnung verzichtet werden.

## IV. Ergebnis

V steht ggü. M ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 I, II Nr. 1 Alt. 2 BGB zu.

**Korrekturhinweis:** Zur Frage der Notwendigkeit einer Abmahnung ist die gegenteilige Ansicht bei entsprechender Begründung selbstverständlich sehr gut vertretbar. Ohnehin wird man nur von guten Bearbeitern erwarten könne, das Abmahnungserfordernis in § 543 III 1 und die Rückausnahme in § 543 III 2 Nr. 1 BGB zu problematisieren.

## Fall 5: „Wasser und Kamele“

### – Sachverhalt –

#### Teil 1

Bernd S. (B) ist Leitender Angestellter eines Versicherungsunternehmens. Höhepunkt des Jahres ist für ihn jedoch weniger die Arbeit als vielmehr der alljährliche Mallorca-Urlaub. Nach seiner Scheidung ist zwischenzeitlich allerdings während seines Urlaubs niemand mehr daheim, der sich um Haus und Garten (im Göttinger Stadtteil Weende) kümmert.

B beschließt daher seinen Nachbarn (und ehemaligen Kollegen) Ernie H. (E) um Hilfe zu bitten. E ist zwar zunächst nicht sonderlich von der Idee angetan (zumal er den B nicht wirklich gut leiden kann), lässt sich schließlich aber doch von B überreden. Als guter Nachbar will er sich hilfsbereit zeigen.

Weil es sehr heiß ist und wenig regnet, macht sich E bereits zwei Tage, nachdem B seinen Urlaub angetreten hat, auf den Weg in den einfach gestalteten Garten des B und sprengt Rasen und Beete. Dabei nutzt er einen Schlauch, der an eine Außenzapfstelle des Hauses montiert ist. Nach getaner Arbeit dreht E zwar die am Schlauch befindliche Spritze zu, vergisst aber, auch den Hahn zuzudrehen. In der folgenden Nacht löst sich der weiter unter Wasserdruck stehende Schlauch aus der Spritze, so dass das Wasser nun ungehindert austreten kann. Über einen Fensterschacht findet das Wasser seinen Weg in das Kellergeschoss des Hauses (des B).

Als B nach fünf Tagen aus seinem Urlaub zurückkehrt, findet er seinen Keller in überflutetem Zustand vor. Für die notwendigen Reparaturarbeiten muss er 12.000 € zahlen. Glücklicherweise hat er bei seinem Arbeitgeber, der Capitol Versicherung AG (C) mit Sitz in Hannover, eine Gebäudeversicherung abgeschlossen. C erstattet dem B die gesamten Reparaturkosten.

Weniger Glück hat E, den die C nun in Regress nehmen will: Zwar besitzt er eine Haftpflichtversicherung; diese weigert sich jedoch (unterstelltermaßen zu Recht) für den Schaden aufzukommen.

E meint, dass er dem B doch nur einen Gefallen habe tun wollen und jetzt doch nicht der „Gelackmeierte“ sein könne. Aus seiner Arbeit bei der Capitol wisse er noch, dass man in solchen Fällen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hafte. C möchte von einer Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nichts wissen und verlangt von E weiterhin Zahlung i.H.v. 12.000 €.

**Frage 1:** Hat C einen Anspruch auf Zahlung von 12.000 € gegen E?

**Teil 2**

Nach dem ganzen Stress mit dem Nachbarn beschließt B, dass dringend Abwechslung nötig sei. Im Internet entdeckt B die in Stuttgart liegende Kamelreitfarm des Karel Kott (K), der einen einstündigen Ausritt mit anschließendem orientalischen Dinner für 120 € anbietet. Highlight des Dinners sei der besondere türkische Kaffee und orientalische Tanz. Sofort bucht B einen Ausritt für das nächste Wochenende. K selbst wohnt in Karlsruhe, da er die ganzen Porsche- und Mercedes-Fahrer nicht erträgt und sich in die klassizistische Architektur sowie Park- und Schlossanlagen Karlsruhes verliebt hat.

Nach ausführlicher Sicherheitsinstruktion und Vergabe eines Reithelms, beginnt die Kamel-Tour endlich. Während des gesamten Ausritts wird das Kamel von K an einer Führungsleine geführt. Nach circa 30 Minuten passiert B eine Gruppe Hundehalter, die ihre Hunde ausführen. K hält das Kamel – vorschriftsgemäß – an, um das Passieren der Hunde abzuwarten. Das einsetzende Hundegebell erschreckt das Kamel allerdings und führt dazu, dass es nach vorne läuft und eine abrupte Linkswendung macht, wodurch B aus einer Höhe von 1,87 m stürzt und schwere Verletzungen erleidet. Die hierdurch entstandenen Arztkosten belaufen sich auf 5.100 €, die B von K ersetzt haben möchte. K, dem weder ein Pflicht- noch ein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann – meint, dass er verschuldensunabhängig nicht haften müsse.

**Frage 2:** Kann B von K Schadensersatz i.H.v. 5100 € verlangen?

**Frage 3:** Welches Gericht wäre für eine Klage des B gegen K zuständig?

## Fall 5: „Wasser und Kamele“

### – Lösungsvorschlag –

Frage 1: Hat C einen Anspruch auf Zahlung von 12.000 € gegen E?

#### A. Schadensersatzanspruch der C gegen E aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 280 I BGB

C könnte gegen E einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 12.000 € aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 280 I BGB haben. Dazu müsste die C als juristische Person zunächst rechtsfähig sein. Ferner müssten die Voraussetzungen einer cessio legis gem. § 86 I 1 VVG sowie die Voraussetzungen des § 280 I BGB erfüllt sein.

#### I. Rechtsfähigkeit der C

Als AG ist die C nach § 1 I AktG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und somit rechtsfähig.

#### II. Cessio legis nach § 86 I VVG

Gem. § 86 I 1 VVG gehen Ersatzansprüche des Versicherungsnehmers, hier B, kraft Gesetzes auf den Versicherer, hier C, über, soweit der Versicherer dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt. Mit der Zahlung der 12.000 € an B hat die C somit die Voraussetzungen des § 86 I 1 VVG erfüllt, so dass sämtliche Schadensersatzansprüche des B gegen E kraft Gesetzes auf C übergegangen sind.

#### III. Voraussetzungen § 280 I BGB

Dies leitet zu der Frage über, ob B gegen E einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB hat, mithin ob die Voraussetzungen des § 280 I BGB gegeben sind. Dafür müsste E in einem zwischen B und E bestehenden Schuldverhältnis eine Pflicht verletzt haben. Diese Pflichtverletzung müsste E auch zu vertreten haben.

##### 1. Schuldverhältnis

Fraglich ist, ob zwischen E und B eine rechtliche Sonderverbindung, also ein Schuldverhältnis, bestand.

### a) Auftrag

Unter einem Schuldverhältnis versteht man das Recht zumindest einer Partei, von der anderen Partei eine Leistung fordern zu können (§ 241 I BGB). Ein solches Schuldverhältnis könnte vorliegend in Form eines Auftragsverhältnisses i.S.d. § 662 BGB bestehen. Dafür ist erforderlich, dass sich E als Beauftragter dazu verpflichtet hat, ein von B als Auftraggeber übertragenes Geschäft unentgeltlich zu besorgen. Zwar werden sich E und B dahingehend einig, dass E das Haus unentgeltlich versorgen und den Garten bewässern soll. Fraglich ist indes, ob mit dieser Vereinbarung eine einklagbare Verpflichtung des E einhergehen sollte. Entscheidend ist, ob ein entsprechender Rechtsbindungswille vorlag. Dieser ist analog §§ 133, 157 BGB anhand des objektiven Empfängerhorizonts zu bestimmen. Maßgeblich sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls wie etwa die zugrundeliegende wirtschaftliche und soziale Situation und die Interessenlagen der Parteien. Gerade im Bereich der sozialen Gefälligkeiten ist die Feststellung eines Rechtsbindungswillens regelmäßig schwierig, so dass dort insbesondere etwaige Risiken, Dauer und organisatorische Verfestigung als Indizien herangezogen werden können. Zu berücksichtigen sind auch die Art der Tätigkeit, ihr Grund und Zweck sowie ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung.<sup>14</sup>

Für die Annahme eines Rechtsbindungswillens lässt sich anführen, dass B dem E mit seinem Haus und Grundstück einen hohen Vermögenswert anvertraut. Demgegenüber spricht der Umstand, dass eine Nichtversorgung des Hauses keine besonderen Schädigungsgefahren für das Haus mit sich bringt, gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens. Auch der einfach gestaltete Garten, erfordert keine besondere Fürsorge, so dass eine zweiwöchige Nichtversorgung zu keinen relevanten Schäden führen. Eine Nichtleistung durch E hätte also bis auf ein paar vertrocknete Pflanzen keine wesentlichen finanziellen Folgen für B. Dieses geringe Erfüllungsinteresse des B steht der Annahme eines Rechtsbindungswillens entgegen.

Auch das soziale Nachbarschaftsverhältnis zwischen E und B spricht eher dafür, dass E eine bloße Gefälligkeit übernehmen und gerade keine echte rechtliche Verbindlichkeit begründen wollte. Hinzu kommt, dass keine verfestigte Organisationsstruktur besteht, da E die Haus- und Gartenversorgung nur ausnahmsweise übernimmt; dies spricht ebenfalls gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens.

Mangels Rechtsbindungswillens liegt zwischen E und B somit kein Auftragsverhältnis vor.

**Hinweis:** An dieser Stelle liegt ein Schwerpunkt der Klausur. Es wird daher eine vergleichsweise ausführliche Begründung erwartet. Dabei wird freilich einerseits nicht erwartet, dass alle oben aufgezählten Aspekte genannt werden; andererseits ist die obige Aufzählung keineswegs abschließend. Gute Argumente sind zu honorieren.

### b) Gefälligkeitsverhältnis rechtsgeschäftlicher Art

Fraglich ist allerdings, ob ein Gefälligkeitsverhältnis rechtsgeschäftlicher Art vereinbart werden sollte. Dabei handelt es sich zwar an sich um ein Gefälligkeitsverhältnis, so dass keine Leistungspflichten entstehen; allerdings geht das Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten i.S.d. § 241 II einher.<sup>15</sup> Auch das Eingehen derartiger Schutzpflichten setzt freilich einen

<sup>14</sup> Vgl. insb. *BGH*, NJW 1956, 1313 (1314); *BGH*, NJW 1974, 1705 (1706); *BGH*, NJW 1985, 313 (313).

<sup>15</sup> Grundlegend BGHZ 21, 102 (106 f.).

diesbezüglichen Rechtsbindungswillen der Parteien voraus. Auch hier lässt sich der hohe Vermögenswert für einen Rechtsbindungswillen anführen. Allerdings wird ein hinreichender Eigentumsschutz ohnehin über das Deliktsrecht gewährleistet; an einer zusätzlichen Anspruchsgrundlage besteht daher kein (wesentliches) Interesse des B. Entscheidend gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens spricht wiederum der Umstand, dass E dem B lediglich einen nachbarschaftlichen Gefallen tun und somit lediglich Sozialkonventionen folgen will. Im Ergebnis wird man daher ein Gefälligkeitsverhältnis rechtsgeschäftlicher Art vorliegend zu verneinen haben.<sup>16</sup>

### *c) Berechtigte GoA (§§ 677, 683 BGB) als Schuldverhältnis*

Eine rechtliche Sonderverbindung könnte sich möglicherweise aus einer (berechtigten) Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Dazu müsste die GoA ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 BGB (aa) sowie deren Voraussetzungen erfüllt (bb) sein.

#### *aa) GoA als Schuldverhältnis i.S.d. § 280*

Die (berechtigte) GoA stellt ein unvollkommenes zweiseitiges gesetzliches Rechtsverhältnis dar. Aus ihr ergeben sich Rechte und Pflichten des Geschäftsherr sowie des Geschäftsführers. So hat der Geschäftsführer nach §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB das durch die Geschäftsführung erlangte an den Geschäftsherrn herauszugeben und der Geschäftsherr gem. §§ 677, 683, 670 BGB (analog) Aufwendungsersatz zu leisten und risikotypische Schäden zu ersetzen. Aus der GoA folgt somit ein Schuldverhältnis, aus dem der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen (§ 241 I BGB), mithin stellt die (berechtigte) GoA ein gesetzliches Schuldverhältnis i.S.d. § 280 BGB dar<sup>17</sup>.

#### *bb) Vorliegen einer GoA*

Ein Schuldverhältnis aufgrund einer berechtigten GoA ist letztlich allerdings abzulehnen. Zwar ist die GoA in Gefälligkeitsverhältnissen nicht pauschal abzulehnen, da sie als gesetzliches Schuldverhältnis keinen rechtsgeschäftlichen Kategorien, wie etwa dem Rechtsbindungswillen, unterfällt. Gleichwohl kann sich der fehlende Rechtsbindungswille auf die Tatbestandsvoraussetzungen auswirken. Fehlt dem Geschäftsherrn der Rechtsbindungswille, so liegt eine unberechtigte GoA vor, da die Geschäftsübernahme nicht seinem Willen entspricht. Liegt der Mangel eines Rechtsbindungswillens hingegen auf Seiten des Geschäftsführers, liegt kein Fremdgeschäftsführungswille vor, da er sich dann auch nicht gesetzlich über eine berechtigte oder unberechtigte GoA verpflichten wollte. Zudem lässt sich eine GoA auch durch extensive Auslegung des Merkmals ohne Auftrag ablehnen. E wurde von B immerhin, wenn auch nicht rechtsverbindlich, beauftragt, den Garten des B zu bewässern. Aufgrund dieser faktischen Anweisung des B erscheint es nicht sachgerecht, von einer Ausführung ohne Auftrag auszugehen und zwar auch dann nicht, wenn die Beauftragung kein Auftragsverhältnis i.S.d. § 662 BGB begründet. Das Vorliegen einer GoA ist damit abzulehnen.

**Hinweis:** Die Prüfung einer GoA wird nicht erwartet! Wird sie geprüft und mit guter Argumentation bejaht, so stellt sich die Frage, ob eine berechtigte oder unberechtigte GoA

<sup>16</sup> Vgl. BGH, r+s 2016, 424 (425).

<sup>17</sup> MüKo/Schäfer, § 677, Rn. 13; Lorenz, BeckOK BGB, § 280, Rn. 2, 4.



vorliegt. Entscheiden sich die Studierenden für das Vorliegen einer berechtigten GoA, so ist zu berücksichtigen, dass diese im Rahmen des § 823 BGB grds. einen Rechtfertigungsgrund darstellt, dies gilt allerdings nicht, wenn der Geschäftsführer – so wie hier – seine Pflichten aus § 677 BGB verletzt, mithin die GoA schlecht ausführt. Die Pflichtverletzung würde sich dann aus § 677 BGB ergeben. E hat das Geschäft nicht so ausgeführt, wie es das Interesse des B erfordert. Im Rahmen des Vertretenmüssens müssten dann Überlegungen zur Haftungsprivilegierung angestrengt werden. Entscheiden sich die Studierenden dafür, dass eine unberechtigte GoA vorliegt, so ist umstritten, ob diese überhaupt ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I begründen kann. Wird dies mit der überwiegenden Auffassung verneint, ergeben sich keine weiteren wesentlichen Abweichungen, da die unberechtigte GoA keinen Rechtfertigungsgrund darstellt.

#### *d) Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis*

Auch das bloße nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis begründet kein gesetzliches Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II BGB. Der bloße Umstand, dass Grundstücke verschiedener Eigentümer aneinander grenzen, begründet keine Rücksichtnahmepflichten aus § 241 I BGB, da die sich aus der bloßen Nachbarschaft ergebende Pflicht zur Wahrung der Grundstücksgrenze unmittelbar aus dem Eigentum ableitet und damit nicht schuldrechtlicher Natur ist.<sup>18</sup> Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis hat damit eine bloße rechtsbegrenzende, aber keine rechtsbegründende Funktion.

**Korrekturhinweis:** Von den Studierenden werden Ausführungen in dieser Länge und Differenziertheit nicht erwartet. Erwartet wird allerdings, dass das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens problematisiert wird. Ob dies dogmatisch im Rahmen des Auftrages oder eines sonstigen Gefälligkeitsverhältnisses erfolgt ist gleichgültig. Wichtig ist, dass die Studierenden „sauber“ auslegen. Sie sind in ihrer Argumentation frei; sie muss nur plausibel sein. Daher können die Studierenden mit guter Argumentation selbstredend ein Auftragsverhältnis oder ein vertragliches Gefälligkeitsverhältnis bejahen, wenngleich der Sachverhalt sehr stark auf eine reine Gefälligkeit ausgelegt ist.

## **2. Zwischenergebnis**

Ein Schuldverhältnis zwischen E und B ist durch die „Homesittingabrede“ nicht entstanden.

## **IV. Ergebnis**

Da B mangels Schuldverhältnis keinen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB gegen E zusteht, fehlt es an einem übertragungsfähigen Ersatzanspruch i.S.d. § 86 I 1 VVG, so dass C gegen E keinen Schadensersatzanspruch aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 280 I BGB hat.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1964, 2016.

## B. Schadensersatzanspruch der C gegen E aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 823 I BGB

C könnte gegen E einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 12.000 € aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 823 I BGB haben. C ist rechtsfähig (§ 1 I AktG) und die Voraussetzungen des § 86 I 1 VVG sind erfüllt. Fraglich ist allein, ob B gegen E ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB zusteht, der im Wege der cessio legis nach § 86 I 1 VVG auf C übergehen kann, mithin ob die Voraussetzungen des § 823 I BGB erfüllt sind.

### I. Rechtsgutsverletzung

Das Untergeschoss des Hauses hat einen Wasserschaden erlitten, so dass eine Rechtsgutsverletzung in Form einer Eigentumsverletzung gegeben ist.

### II. Zurechenbares Verhalten des Schädigers

Des Weiteren müsste ein dem E zurechenbares Verhalten gegeben sein.

#### 1. Abgrenzung positives Tun und Unterlassen

Fraglich ist, worin konkret das schädigende Verhalten des E gesehen werden kann. Einerseits könnte das schädigende Verhalten im Aufdrehen der Wasserzufuhr gesehen werden. Das vergessene Zudrehen der Wasserzufuhr wäre dann der im Rahmen der Fahrlässigkeit vorzuwerfende Sorgfaltsverstoß. Andererseits könnte aber auch in dem vergessenen Abdrehen des Wassers ein Unterlassen des E gesehen werden, das nur dann zurechenbares Verhalten i.S.d. § 823 I BGB sein kann, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand. In Konstellationen, in denen ein Verhalten sowohl Tätigkeits- als auch Unterlassenselemente beinhaltet, stellt sich die Frage nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit. Für ein aktives Tun spricht, dass bereits das Aufdrehen der Wasserzufuhr (Energieeinsatz) kausal die Rechtsverletzung (Eigentum) herbeigeführt hat. Andererseits wiegt das vergessene Abstellen der Wasserzufuhr so schwer, dass man darin den Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens sehen kann. Ob ein aktives Tun oder Unterlassen vorliegt kann letztlich offengelassen werden, wenn eine Handlungspflicht bestand. Als Handlungspflicht kommt eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht in Betracht. Eine solche besteht bei Schaffung oder Unterhaltung von Gefahrenquellen. Mit dem Aufdrehen des Wasserhahns hat E die Gefahr geschaffen, dass Wasser in das Haus des B eindringt, so dass eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht bejaht werden kann. Ferner könnte E durch das „homesitting“ Beschützergarant des Hauses geworden sein. Analog zu den „Babysitting-Konstellationen“ könnte sich also durch tatsächliche Fürsorgeübernahme eine Pflicht ergeben, das Haus vor Gefahren im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu schützen. Eine Handlungspflicht des E bestand somit. Damit kann letztlich offengelassen werden, ob ein aktives Tun oder Unterlassen, da in jedem Fall ein Verhalten i.S.d. § 823 I BGB vorliegt.

**Korrekturhinweis:** Nur von sehr guten Bearbeitern wird eine Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erwartet. Aufgrund der Ambivalenz dieses Verhaltens ist sowohl die Annahme eines aktiven Tuns als auch die Bejahung eines Unterlassens gut vertretbar. Auch ohne Abgrenzung können sich die Bearbeiter also für ein Tun oder Unterlassen entscheiden.

## 2. Haftungs begründende Kausalität

Das Verhalten des E müsste zur Eigentumsverletzung geführt haben.

### a) Kausalität

Das Aufdrehen des Wasserhahns kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Wasserschaden im Untergeschoss entfallen würde. Sofern man also von einem positiven Tun ausgeht, wäre dieses für die Eigentumsverletzung kausal. Geht man hingegen von einem Unterlassen des Wasserhahnabdrehens aus, so ist zu fragen, ob bei Vornahme der gebotenen Handlung (Abdrehen der Wasserzufuhr) die Rechtsverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Denkt man das Abdrehen der Wasserzufuhr hinzu, so wäre das Untergeschoss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht durch das hineinlaufende Wasser beschädigt worden, so dass eine quasi Kausalität zu bejahen wäre.

### b) Adäquanz und Schutzzweck der Norm

Adäquanz- und Schutzzweck der Norm Gesichtspunkte sprechen ebenfalls nicht gegen die Zurechenbarkeit der Eigentumsverletzung.

## 3. Zwischenergebnis

Ein zurechenbares Verhalten des E liegt somit vor.

## III. Widerrechtlichkeit

Geht man von einem aktiven Tun aus, so ist die Widerrechtlichkeit durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert. Beim Unterlassen wird die Widerrechtlichkeit nicht indiziert, sondern folgt vielmehr aus der Verletzung von Verkehrspflichten. Wie bereits festgestellt, bestanden ein allgemeine Verkehrssicherungspflicht sowie eine besondere Schutzpflicht aufgrund tatsächlicher Übernahme. Diese Pflichten hat E mit dem unterlassenen Abstellen der Wasserzufuhr verletzt, so dass auch unter Zugrundelegung eines Unterlassens eine Widerrechtlichkeit zu bejahen wäre.

**Hinweis:** Diejenigen, die eine berechnigte GoA bejaht haben, müssten hier erkennen, dass die berechnigte GoA grds. rechtfertigend wirkt, hier aber aufgrund schlechter Ausführung, da die Ausführung so nicht dem Interesse des B entspricht, zu keiner Rechtfertigung führt.

## IV. Verschulden

Mit dem vergessenen Wasserhahnabdrehen ließ E die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht und handelte somit fahrlässig (§ 276 II BGB).

## 1. Gesetzliche Haftungsprivilegierung

Fraglich ist allerdings, ob dem E aufgrund des Gefälligkeitscharakters eine Haftungsprivilegierung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zugutekommen soll.<sup>19</sup> So existieren im BGB für zahlreiche unentgeltliche Rechtsverhältnisse Haftungsprivilegierungen (§§ 521, 599, 690 BGB). Aufgrund der Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen gelten diese Privilegierungen auch im Deliktsrecht. Aus dieser Erkenntnis ließe sich argumentum a fortiori ableiten, dass soweit eine deliktische Haftung sogar bei Vorliegen eines Rechtsverhältnisses gemildert ist, eine Haftungsprivilegierung erst recht bei einem unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnis nahe liegt. Aus einer Gesamtanalogie der vertraglichen Haftungsprivilegierungsbestimmungen ließe sich somit eine Haftungsprivilegierung für (deliktische) Gefälligkeitsverhältnisse begründen. Mangels groben Fahrlässigkeitsvorwurfs müsste ein Verschulden des E abgelehnt werden, so dass kein Schadensersatzanspruch bestehen würde, der im Wege einer *cessio legis* auf C übergehen könnte.

Allerdings würde eine solche undifferenzierte Gesamtanalogie im eklatanten Maße gesetzliche Wertungen unterlaufen. So haftet nach dem BGB nicht jeder milder, der eine unentgeltliche Leistung verspricht oder erbringt. Gerade für den Beauftragten sieht das BGB keine Haftungsprivilegierung vor, für den Geschäftsführer einer GoA nur unter besonderen Voraussetzungen. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist diese gesetzliche Dichotomie auch auf Gefälligkeitsverhältnisse zu übertragen: Für die analoge Anwendbarkeit von Haftungsprivilegierungen kommt es maßgeblich auf die Art und den Charakter der gefälligkeitshalber gewährten Leistung an. Zeichnet sich die gefälligkeitshalber gewährte Leistung durch eine dauerhafte Zuwendung oder zeitliche Gebrauchsüberlassung aus, sollen Haftungsprivilegierungen übertragbar sein, während bei auftragsähnlichen Gefälligkeitsleistungen eine Privilegierung nicht in Betracht kommen soll. Unter Berücksichtigung dieser Wertungen greift zugunsten des E keine Haftungsprivilegierung, so dass ein Verschulden des E weiterhin zu bejahen ist.

**Korrekturhinweis:** „Haftungsprivilegierungen in Gefälligkeitsverhältnissen“ ist eine Standardproblematik des Deliktsrechts, deren Kenntnis erwartet wird.<sup>20</sup> Die Darstellung dieses Problems kann auch im Stile e.A., a.A. gelöst werden. Selbstverständlich kann mit guter Begründung auch grobe Fahrlässigkeit bejaht werden.

## 2. Vertragliche Haftungsprivilegierung

Etwas Anderes würde allerdings dann gelten, wenn E und B einen konkludenten Haftungsverzicht vereinbart bzw. sich auf eine Haftungsprivilegierung für fahrlässiges Verhalten geeinigt hätten. Der BGH ist mit der Annahme eines solchen Haftungsverzichts zurückhaltend:

*„Es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass jemand, dem eine Gefälligkeit erwiesen wird, auf deliktische Schadensersatzansprüche verzichtet [...]. Eine*

<sup>19</sup> Zur Problematik: *Spallino*, Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit, Karlsruhe 2016; *Littbarski*, VersR 2004, 950; *Gehrlein*, VersR 2000, 415; *Langheid* in Festschrift Lürer, München 2008, 103; *Seybold/Wendt*, VersR 2009, 455.

<sup>20</sup> Zuletzt von *Lorenz/Eichhorn*, in JuS 2017, 6 ff. besprochen.

Haftungsbeschränkung kann sich allerdings im Wege **ergänzender Vertragsauslegung auf der Grundlage des § 242 BGB** ergeben [...]). Nach der st. Rspr. des erkennenden Senats kann eine solche Beschränkung aber **nur ausnahmsweise** bei Vorliegen **besonderer Umstände** angenommen werden; denn sie stellt eine künstliche Rechtskonstruktion aufgrund einer Willensfiktion dar, da sie von einem Haftungsverzicht ausgeht, an den beim Abschluss der Abrede niemand gedacht hat [...]. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass der Schädiger, wäre die Rechtslage vorher zur Sprache gekommen, einen Haftungsverzicht gefordert und sich der Geschädigte dem ausdrücklichen Ansinnen einer solchen Abmachung billigerweise nicht hätte versagen dürfen [...]. **An diesen Voraussetzungen fehlt es regelmäßig, wenn der Schädiger gegen Haftpflicht versichert ist.** Denn eine Haftungsbeschränkung, die nicht den Schädiger, sondern den Haftpflichtversicherer entlastet, entspricht idR nicht dem Willen der Beteiligten [...]. Für die Annahme eines Haftungsverzichts genügt es ferner nicht, dass der Schaden bei einem Gefälligkeitserweis entstanden ist und zwischen Schädiger und Geschädigtem enge persönliche Beziehungen bestehen [...]. Erforderlich ist vielmehr grundsätzlich, dass der Schädiger keinen Haftpflichtvers. genießt, für ihn ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko bestehen würde und darüber hinaus besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall einen Haftungsverzicht als besonders nahe liegend erscheinen lassen [...].“<sup>21</sup>

Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass E zwar haftpflichtversichert ist, im Ergebnis aber eine Regulierung des Schadens berechtigterweise durch seinen Haftpflichtversicherer abgelehnt wurde. In dieser besonderen Konstellation würde ein Haftungsverzicht gerade nicht den Versicherer, sondern vielmehr allein den voll haftenden E entlasten. Auch diesbezüglich ist der BGH jedoch zurückhaltend:

„Das Berufungsgericht hat zwar richtig gesehen, dass die Tatsache, dass der Bekl. für Schäden bei Nachbarschaftshilfe und Gefälligkeitshandlungen privat haftpflichtversichert ist, ein Umstand ist, der regelmäßig gegen die Annahme einer Haftungsbeschränkung spricht. Rechtsfehlerhaft ist allerdings die weitere Begründung des Berufungsgerichts, dass allein das Bestehen einer Haftpflichtvers. eine Haftung des Gefälligen nicht begründen könne. Denn begründet wird die Haftung vorliegend allein durch § 823 Abs. 1 BGB, während das Bestehen einer Haftpflichtvers. auf Seiten des Schädigers für die Frage von Bedeutung ist, ob die Haftung abweichend von der gesetzlichen Regelung ausnahmsweise wirksam beschränkt worden ist. Für die Annahme einer Haftungsbeschränkung genügt auch nicht der vom Berufungsgericht als besonders bezeichnete Umstand, dass es sich vorliegend um eine alltägliche und unentgeltliche Gefälligkeit unter Nachbarn handelt. Wie ausgeführt, rechtfertigt selbst der Gefälligkeitserweis in einer engen persönlichen Beziehung nicht ohne Weiteres die Annahme eines Haftungsverzichts. Es fehlt vorliegend ferner an der Voraussetzung eines nicht hinzunehmenden Haftungsrisikos. Wie das Berufungsgericht selbst anführt, birgt das Bewässern eines Gartens durch den Nachbarn wie jedes Tätigwerden für einen anderen Gefahrenmomente, ohne vordergründig gefahrgeneigt zu sein. Schließlich rechtfertigt der Umstand, dass der Schaden durch die Gebäudevers. bei der Kl. abgedeckt ist, nicht den Schluss auf eine Haftungsbeschränkung [...]. Der deliktische Ersatzanspruch des VN der Kl. gegen den Bekl. als Schadensverursacher wird durch die Gebäudevers. nicht berührt; er ging, soweit eine Schadensregulierung durch die Kl. erfolgte, gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG auf diese über. Die Willensfiktion einer Haftungsbeschränkung ginge demgegenüber im Ergebnis zu Lasten der Kl. und würde das Haftungsrisiko von dem Verursacher des Schadens

<sup>21</sup> BGH, r+s 2016, 424 (425 f.).

und dessen Haftpflichtvers. ungerechtfertigt auf die Versicherung des Geschädigten verschieben.“<sup>22</sup> Somit ist ein konkludenter Haftungsverzicht abzulehnen.

**Korrekturhinweis:** Dargestellt wurde hier lediglich die Ansicht des Bundesgerichtshofs. Das OLG Koblenz<sup>23</sup> sowie Teile der Literatur<sup>24</sup> wollen aufgrund des faktisch fehlenden Versicherungsschutzes und der Tatsache, dass B aufgrund der eigenen Gebäudeversicherung ausreichend abgesichert ist, von einem konkludenten Haftungsverzicht ausgehen. Andere lehnen einen konkludenten Haftungsverzicht prinzipiell ab.<sup>25</sup> Von den Studierenden wird nicht erwartet, dass sie jedes Urteil und jede Rechtsprechung auswendig können. Die unter vertragliche Haftungsprivilegierung angeführten Überlegungen, können auch als VI. Haftungsverzicht nach dem Schaden geprüft werden, da der BGH terminologisch von einem Haftungsverzicht spricht. Richtigerweise wird man aber von einer Haftungsprivilegierung ausgehen müssen. Die Parteien wollen wohl kaum einen Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Insoweit handelt es sich strenggenommen nur um einen partiellen Haftungsverzicht, man verzichtet allein auf Schadensersatzansprüche, die aufgrund fahrlässigen Verhaltens herbeigeführt wurden.<sup>26</sup>

## V. Schaden

E hat dem B den aus der Eigentumsverletzung verursachten Schaden i.H.v. 12.000 € gem. § 249 II BGB zu ersetzen. Damit liegt ein Schadensersatzanspruch des B gegen E aus § 823 I BGB vor, der im Wege einer cessio legis gem. § 86 I 1 VVG auf C übergegangen ist.

**Hinweis:** Besonders gute Kandidaten können an dieser Stelle auf die Idee kommen, eine Vorteilsanrechnung zu thematisieren, weil dem B Zahlungen seiner Versicherung C zugeflossen sind. Im Ergebnis darf es freilich nicht zu einer Anrechnung kommen, weil damit die Anordnung einer cessio legis (§ 86 VVG) ausgehöhlt würde. Ohnehin sind Versicherungszahlungen, die der geschädigte sich Prämien gezahlt hat, als „erkaufte Vorteile“ einzustufen und bereits als solche nicht anzurechnen.

## VII. Ergebnis

C hat gegen E einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 12.000 € aus § 86 I 1 VVG i.V.m. § 823 I BGB.

<sup>22</sup> BGH, r+s 2016, 424 (426).

<sup>23</sup> OLG Koblenz, Vers 2016, 124 (125 ff.)

<sup>24</sup> Etwa Günther, r+s 2016, 424 (426 f.)

<sup>25</sup> Etwa Medicus/Petersen, BGB AT, 11. Auflage, Heidelberg, 2017, S. 90, Rn. 188.

<sup>26</sup> In diese Richtung auch: OLG Koblenz, Vers 2016, 124 (125).

Frage 2: Kann B von K Schadensersatz i.H.v. 5100 € verlangen?

### A. Schadensersatzanspruch des B gegen K aus § 280 I BGB

Ein Schadensersatzanspruch des B gegen K liegt im Ergebnis nicht vor. Zwar haben B und K einen typengemischten Ausritts- und Bewirtschaftungsvertrag geschlossen, so dass ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB zwischen B und K vorliegt. Gleichwohl fehlt es sowohl an einer Pflichtverletzung als auch an einem Vertretenmüssen des K. Ausweislich des Sachverhalts hat K weder einen Pflichten-, noch einen Sorgfaltsverstoß begangen.

### B. Schadensersatzanspruch des B gegen den K aus § 823 I BGB

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB scheitert am fehlenden Verschulden des K.

### C. Schadensersatzanspruch des B gegen K aus § 833 S. 1 BGB

B könnte gegen K ein Schadensersatzanspruch aus § 833 S. 1 BGB haben. Dafür müsste K Tierhalter sein und sich die tierspezifische Gefahr eines Luxustieres realisiert haben.

#### I. Tierhalter

Tierhalter ist, „wem die **Bestimmungsmacht** über das Tier zusteht und wer aus **eigenem Interesse** für die Kosten des Tieres aufkommt und das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes trägt“.<sup>27</sup> Als Betreiber des Kamelreitens und Inhaber des Reithofs steht K die Bestimmungsmacht über das Kamel zu. Aufgrund seiner Selbstständigkeit kommt er aus eigenem Interesse für die Kosten des Kamels auf und trägt auch das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes, mithin ist K Tierhalter des Kamels.

#### II. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung

Durch den Sturz hat B erhebliche Verletzungen erlitten, so dass eine Gesundheits- und Körperverletzung, mithin eine Rechtsgutsverletzung vorliegt.

#### III. Realisierung des tierspezifischen Risikos

Die Körperverletzung müsste des Weiteren durch die Tiergefahr entstanden sein.

##### 1. Äquivalenztheorie

Die Schreckreaktion des Kamels kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Körper- und Gesundheitsverletzung entfallen würde, so dass Kausalität i.S.d. *conditio sine qua non* Formel gegeben ist.

<sup>27</sup> BGH, NJW-RR 1988, 655 (656).

## 2. Adäquanztheorie

Es liegt auch nicht außerhalb aller Lebenswahrscheinlichkeit, dass das Kamel sich bei Einsetzen des Bellens erschreckt und der Reiter dadurch stürzt. Eine Zurechnung nach der Adäquanztheorie ist daher ebenfalls zu bejahen.

## 3. Tierspezifische Gefahr

Schließlich muss sich auch die tierspezifische Gefahr, mithin die Unberechenbarkeit des tierischen Verhaltens realisiert haben. Erforderlich ist dafür, dass die Verletzung durch ein selbstständiges Verhalten des Tieres verursacht wurde, wozu auch der Sturz von einem Tier zählt und zwar auch dann, wenn der Sturz durch die Verunsicherung eines ungeübten Reiters ausgelöst wurde. Unerheblich ist auch, ob das Tier durch äußere Einflüsse zu seiner Reaktion veranlasst wurde. Der Umstand, dass die Schreckreaktion durch das Einsetzende Hundebellen erfolgte, steht der Realisierung der tierspezifischen Gefahr folglich nicht entgegen. Die Tiergefahr realisiert sich allerdings nicht, wenn das verletzende Verhalten des Tieres allein auf eine menschliche Leitung des Tieres zurückzuführen ist. Zwar führt K das Tier an der Leine, das verletzende Verhalten hat K jedoch nicht gesteuert, so dass auch dieser Gesichtspunkt nicht gegen die Realisierung der Tiergefahr angeführt werden kann.

## 4. Luxustier

Eine verschuldensunabhängige Haftung besteht nur bei Luxustieren, während bei Haustieren, die als Nutzungstiere gehalten werden eine Haftung für vermutetes Verschulden bestehen würde. Fraglich ist daher, ob das Kamel als Luxus- oder Nutztier anzusehen ist. Für die Nutztiereigenschaft spricht auf den ersten Blick, dass K das Kamel wirtschaftlich – nämlich als Kamelreithofbetreiber – nutzt.

### a) Haus- und Nutztier

Für die Nutztiereigenschaft kommt es darauf an, ob der Unterhalt des Tieres einem kommerziellen Zweck zu dienen bestimmt ist. Das Kamel wird kommerziell auf dem Reithof eingesetzt, so dass die Nutztiereigenschaft bejaht werden könnte. § 833 S. 2 BGB privilegiert aber nicht entweder den Haus- oder den Nutztierhalter; erforderlich ist vielmehr, dass ein Haustier als Nutztier eingesetzt wird. Die Nutztiereigenschaft umschreibt damit lediglich eine bestimmte Zweckrichtung, zu der ein Haustier eingesetzt werden muss. Fraglich ist daher, ob das Kamel als Haustier betrachtet werden kann. Maßgeblich ist somit der Haustierbegriff.

Haustiere sind „*diejenigen Gattungen von zahmen Tieren, die in der Hauswirtschaft zu dauernder Nutzung oder Dienstleistung gezüchtet und gehalten zu werden pflegen und dabei aufgrund von Erziehung und Gewöhnung der Beaufsichtigung und dem beherrschenden Einfluss des Halters unterstehen*“<sup>28</sup>. Maßgeblich ist dabei allerdings stets die inländische Verkehrsanschauung.<sup>29</sup> Da Kamele in Deutschland nur selten vorkommen und exotisch sind, können sie – trotz des Umstands, dass sie von Natur aus zahm sind – nicht als Haustier angesehen werden.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> RGZ 158, 388 (391).

<sup>29</sup> Wagner, MüKo BGB, § 833, Rn. 46.

<sup>30</sup> OLG Stuttgart, Redaktion beck-aktuell, becklink 2010131; <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-stuttgart-13u19417-kamel-haustier-nutztier-haftung-schadensersatz/>.



### *b) Luxustier*

Die Luxustiereigenschaft wird im Wege der Subtraktionsmethode bestimmt. Ein Luxustier liegt damit entweder vor, wenn schon die Haustiereigenschaft verneint oder ein Haustier zu ideellen Zwecken gehalten wird. Damit handelt es sich bei dem Kamel um ein Luxustier, so dass die in § 833 S. 2 BGB normierte Privilegierung nicht eingreift.

## **IV. Schaden**

K hat dem B den aus der Gesundheitsverletzung verursachten Schaden i.H.v. 5.100 € gem. § 249 II BGB zu ersetzen.

## **V. Ergebnis**

B hat gegen K einen Schadensersatzanspruch aus § 833 S. 1 BGB.

**Hinweis:** Die Studierenden können auch unmittelbar auf § 833 S. 1 BGB abstellen, da §§ 280, 823 BGB offensichtlich nicht vorliegen. Mit guter Argumentation und entsprechender Begründung kann die Privilegierung des § 833 S. 2 BGB bejaht werden. Die Schwierigkeit dieses Klausurteils besteht in der richtigen Schwerpunktsetzung. Die Studierenden sollten erkennen, dass hier allein § 833 S. 1 BGB als taugliche AGL in Betracht kommt und diesen sauber durchprüfen.

## **Frage 3: Welches Gericht wäre für eine Klage des B gegen K zuständig?**

### **A. Sachliche Zuständigkeit**

Nach § 1 ZPO bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Gerichtsverfassungsgesetz. Dort sieht § 71 I GVG für die Landgerichte eine Grundzuständigkeit für zivilrechtliche Streitigkeiten vor, während die amtsgerichtliche Zuständigkeit nur enumerativ in den §§ 23 ff. GVG geregelt ist. Da der Streitwert über 5000 € liegt und keine der Sonderkonstellationen des § 23 Nr. 2 GVG einschlägig ist, bleibt es bei der Grundzuständigkeit des Landgerichts. Sachlich zuständig ist das Landgericht.

### **B. Örtliche Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den §§ 12 ff. ZPO. Nach §§ 12, 13 ZPO bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand nach dem Wohnsitz des Beklagten, hier also nach dem Wohnsitz des K. Der allgemeine Gerichtsstand läge somit in Karlsruhe, so dass das LG Karlsruhe zuständig wäre.

Ein besonderer Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen ergibt sich aus § 32 ZPO. Danach ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde. Hier also das LG Stuttgart.

Fraglich ist, ob sich auch aus § 29 I ZPO ein besonderer Gerichtsstand ergibt. Demnach ist für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Erfasst werden somit alle Klagen, denen ein auf ein wirksames Vertragsverhältnis gestützter Anspruch zugrunde liegt. Klagen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen werden von diesem Gerichtsstand hingegen nicht erfasst. Allerdings besitzt das nach § 29 ZPO zuständige Gericht die (Annex-)Kompetenz über konkurrierende deliktische Ansprüche mitzuentcheiden.

Im vorliegende Fall steht dem B zwar – wie oben geprüft – ausschließlich ein deliktischer Anspruch (aus § 833 S. 1 BGB) zu; vertragliche Ansprüche scheitern am fehlenden Verschulden. Allerdings kann es für die Zuständigkeit eines Gerichts nicht darauf ankommen, dass ein geltend gemachter Anspruch tatsächlich besteht; sonst wäre eine unbegründete Klage gewissermaßen automatisch unzulässig. Es genügt daher grundsätzlich für eine Zuständigkeit aus § 29 I ZPO, der Kläger vertragliche Ansprüche geltend macht und diese zumindest in Betracht kommen. Das wird man vorliegend bejahen können.

Erfüllungsort der vertraglichen Leistung des K ist Stuttgart, so dass das dortige LG auch nach § 29 I ZPO örtlich zuständig ist.

**Hinweis:** Ausführungen in diesem Umfang – und insb. zu § 29 ZPO – werden nicht erwartet. Die Studierenden sollen hier vielmehr zeigen, dass sie in der Lage sind „unbekannte“ Normen zu lesen, zu verstehen und anzuwenden. Sie sollen hier neben der Gesetzesanwendung auch ein systematisches Verständnis (Verhältnis von ZPO und GVG) demonstrieren.

Zu beachten ist schließlich, dass B nach § 35 ZPO die Wahl zwischen mehreren Gerichtsständen wählen kann, mithin kann B nach seiner Wahl entweder in Stuttgart oder in Karlsruhe Klage erheben.

**Erwartungshorizont:**

**> 4 Punkte:**

- Der Aufbau von § 280 I und § 823 I BGB wird fehlerfrei beherrscht
- Problematik des Rechtsbindungswillens wird erkannt und brauchbar dargestellt
- Problematik der Haftungsprivilegierung wird zumindest im Ansatz erkannt, da im Sachverhalt auch noch einmal explizit angesprochen

**> 8 Punkte**

- Die Problematik der Haftungsprivilegierung wird brauchbar dargestellt
- § 833 S. 1 BGB wird brauchbar bearbeitet

**> 12 Punkte**

- Abgrenzung Tun- und Unterlassen wird erkannt

- Haftungsverzicht/vertragliche Haftungsprivilegierung wird ausführlich diskutiert
- Die ZPO-Zusatzfrage wird brauchbar bearbeitet

**Bitte verstehen Sie diesen Maßstab nur als grobe Leitlinie!** Es ist stets der Gesamteindruck maßgeblich, dem ein starrer Erwartungshorizont nicht gerecht werden kann. Verstehen Sie die Kriterien daher eher als Indizien. Sicher kann der ein oder andere Fehler, Ungenauigkeit oder Lücke durch andere gute Erwägungen ausgeglichen werden.

## Fall 6: „Rastplatz an der A7“

### – Sachverhalt –

#### Teil 1

Ernst Esso (E) ist Eigentümer eines Grundstücks an der A7, auf dem er eine private Tankstelle betreibt. Am 01.02. verkauft und veräußert E sein Grundstück mit notariell beurkundetem Vertrag an Volker Voll (V). V wird am 01.03. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Am gleichen Tag übergibt E das Grundstück an V.

Im Rahmen einer ärztlichen Untersuchung stellt sich Mitte März heraus, dass E seit spätestens Januar an einer schweren Geisteskrankheit leidet, die ihn die Tragweite geschäftlicher Erklärungen nicht mehr überblicken lässt und die ihn seit Ausbruch der Krankheit geschäftsunfähig gemacht hat. Mit Beschluss vom 29.03. bestellt das Amtsgericht Göttingen den Bartholomäus Breuer (B) zum Betreuer des E.

Da die Tankstellengeschäfte des V nicht anlaufen wollen, gerät V in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten, so dass er beschließt das Grundstück weiterzuveräußern. Auf sein Inserat auf ImmobilienScout24.de meldet sich Kay Kraft (K), der zum Kauf des Grundstücks bereit ist. In dem notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 02.04. legen die Parteien einen Kaufpreis von 4.500.000 € fest. Auflassung und Eintragung sollen erfolgen, sobald K die Finanzierung sichergestellt hat. Zugleich bewilligt V dem K – ebenfalls in notarieller Urkunde – zur Sicherung des kaufvertraglichen Übereignungsanspruchs eine (Auflassungs-)Vormerkung, deren Eintragung am 02.04. beantragt und am 09.04. vollzogen wird. Am 30.04. stellt K die Finanzierung des Grundstücks sicher, so dass K und V am 02.05.2018 ihre Auflassungserklärungen notariell beurkunden lassen. Am 03.05. teilt B sowohl V als auch K mit, dass E wegen seiner Erkrankung weiterhin rechtmäßiger Eigentümer sei und eine Veräußerung nicht in Betracht komme. Davon unbeeindruckt stellt V am 04.05. beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung des K als Eigentümer. Am 11.05. wird K schließlich als Eigentümer eingetragen.

**Frage 1:** Wer ist Eigentümer des Grundstücks?

#### Teil 2

Aber auch Ks Glück mit der Tankstelle wird in der Folgezeit auf die Probe gestellt. Am 12.05. transportiert Sepp Sattelmeyer (S) mit seinem Sattelzug einen Bagger auf der A7 in Richtung Norden. Aufgrund des nicht vollständig abgesenkten Auslegearms des Baggers erreicht S mit seinem Gefährt eine Gesamthöhe von 4,83 m und kollidiert mit einer über die Autobahn führende Brücke. Durch die Kollision wird die Brücke so stark beschädigt, dass Einsturzgefahr

besteht und das betreffende Teilstück der A7 für mehrere Tage gesperrt wird. Im Rundfunk wird empfohlen, den gesperrten Bereich großräumig zu umfahren.

Wenige Kilometer außerhalb des gesperrten Bereichs befindet sich die Tankstelle des K. Da der Bereich, in dem sich seine Tankstelle befindet, von den meisten Autofahrern umfahren wird, erleidet er Einnahmeausfälle i.H.v. insgesamt 40.000 €.

**Frage 2:** Kann K von S Schadensersatz i.H.v. 40.000 € verlangen?

**Bearbeitervermerk**

*Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen. Es ist zu unterstellen, dass die Veräußerung des Grundstücks keiner gesetzlichen Genehmigungen und auch keinen weiteren gesetzlichen Auflagen o.ä. bedarf. Für die Beantwortung der zweiten Fallfrage ist davon auszugehen, dass K am 11.05. Eigentümer des Grundstücks an der A7 geworden ist.*

## Fall 6: „Rastplatz an der A7“

### – Lösungsvorschlag –

Frage 1: Wer ist Eigentümer des Grundstücks?

#### A. Ausgangslage

Ursprünglich war E Eigentümer des Grundstücks. Dieser könnte das Eigentum an dem Grundstück allerdings durch eine Übereignung an V gem. §§ 873 I, 925 BGB verloren haben.

#### B. Eigentumserwerb des V durch Veräußerung des E an V gem. §§ 873 I, 925 BGB

Dafür müssten V und E eine formwirksame Auflassung erklärt haben und V müsste als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden sein.

#### I. Eintragung

Eine Eintragung des V ist am 01.03. erfolgt.

Fraglich ist, wie sich die Geisteskrankheit des E auf die Eintragung auswirkt. Grundsätzlich setzt der Antrag auf Eintragung einer Grundbuchänderung Grundbuch- und Verfahrensfähigkeit voraus. Grundbuchfähigkeit ist mit Rechtsfähigkeit gleichzusetzen. Als natürliche Person war E nach § 1 BGB rechtsfähig und dementsprechend auch grundbuchfähig. Die Verfahrensfähigkeit bestimmt sich analog §§ 104 ff. BGB. E war gem. § 105 I i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB nicht geschäfts- und damit nicht verfahrensfähig war. Dass die Eintragung dennoch erfolgt ist, stellte einen Verstoß gegen die GBO dar. Da die GBO allerdings bloße Ordnungsvorschriften enthält, führt ein solcher Verstoß nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung. Für den materiellen Eigentumserwerb nach §§ 873 I, 925 BGB kommt es allein auf die Eintragung an.

**Hinweis:** Allenfalls sehr gute Bearbeiter problematisieren die Geschäftsunfähigkeit bereits unter dem Prüfungspunkt „Eintragung“. Ausführungen hierzu werden allerdings nicht erwartet. Die bloße Feststellung, dass V eingetragen wurde, genügt.

## II. Auflassung

V und E müssten eine wirksame Auflassung vereinbart haben. Bei der Auflassung handelt es sich um einen dinglichen Vertrag, der in der Form des § 925 I BGB zu schließen ist. V und E haben in notariell beurkundeter Form darüber geeinigt, dass das Eigentum an dem Grundstück an der A7 auf V übergeben soll. Eine dingliche Einigung, die der Form des § 925 I BGB entspricht liegt damit vor.

**Hinweis:** § 925 I BGB verlangt lediglich eine Erklärung vor dem Notar, eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich. Allerdings steckt die Erklärung vor dem Notar als Minus in der notariellen Beurkundung, so dass die Form des § 925 BGB gewahrt wurde. Wird dies in angemessener Kürze problematisiert.

Zweifelhaft erscheint allerdings die Wirksamkeit der Veräußerungserklärung des E, da dieser seit Anfang Januar geschäftsunfähig ist. Seine Erklärung ist damit gem. § 105 I BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB nichtig. Eine wirksame Auflassung liegt damit nicht vor.

## III. Ergebnis

Mangels wirksamer Auflassung ist V nicht Eigentümer des Grundstücks geworden. E ist damit weiterhin Eigentümer.

### C. Eigentumserwerb des K durch Übereignung V an K gem. §§ 873, 925, 892 BGB

E könnte sein Eigentum allerdings durch eine Übereignung des V an K gem. §§ 873 I, 925 I, 892 BGB verloren haben.

## I. Eintragung

Am 11.05. wird K als Eigentümer eingetragen.

## II. Auflassung

V und K einigen sich am 02.05. in notarieller Urkunde über den Eigentumsübergang auf K, so dass eine wirksame Auflassung vorliegt.

## III. Kein Widerruf (Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung)

Ein Widerruf der Auflassung ist nicht erfolgt.

**Hinweis:** Gute Bearbeiter können – kurz – auf die Bindungswirkung des § 873 II BGB eingehen.

## IV. Berechtigung des V

V ist, wie oben geprüft, nicht Eigentümer des Grundstücks geworden. Auch wurde er nicht von E zu einer Veräußerung an K ermächtigt. Es fehlt daher an einer Berechtigung des V

## V. Gutgläubiger Erwerb nach § 892 BGB

Die Verfügung eines Nichtberechtigten ist nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 892 BGB wirksam.

### 1. Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts

V und K, zwei wirtschaftlich unterschiedliche Personen, werden sich rechtsgeschäftlich über den Eigentumsübergang auf K einig, so dass ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts vorliegt.

**Hinweis:** Wird nicht als Prüfungspunkt erwartet, da diese Voraussetzung hier völlig unproblematisch ist. Daher ist auch eine Feststellung im Urteilsstil zulässig.

### 2. Rechtsschein/Legitimation des V

V ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so dass der Rechtsschein des § 891 BGB zu seinen Gunsten greift.

### 3. Guter Glaube des K

#### a) Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Übereignung

Fraglich ist allerdings, ob K gutgläubig war. Grundsätzlich gilt, dass die Gutgläubigkeit bis zum Zeitpunkt des vollständigen Rechtserwerbs – hier also bis zur Eintragung – vorliegen muss. Die Eintragung ist am 11.05. erfolgt. Am 03.05. wurde K allerdings über die wahren Eigentumsverhältnisse am Grundstück aufgeklärt, so dass er von der fehlenden Eigentümerstellung des V positive Kenntnis hatte und somit am 11.05. nicht mehr gutgläubig war.

Allerdings ordnet § 892 II BGB eine Vorverlagerung des relevanten Zeitpunkts auf die Antragstellung an. Sie erfolgte vorliegend am 04.05.; auch zu diesem Zeitpunkt war K jedoch bereits bösgläubig.

#### b) Vorverlagerung auf den Zeitpunkt des Vormerkungserwerbs

Fraglich ist, ob die für K eingetragene Vormerkung diesen vor der eigenen Bösgläubigkeit schützt, so dass es für die Bösgläubigkeit letztlich auf den Zeitpunkt des Vormerkungserwerbs ankommt. Dafür müsste K erstens wirksam eine Vormerkung erworben haben und zweitens müsste die Vormerkung auch vor der eigenen Bösgläubigkeit schützen.



## *aa) Vormerkungserwerb des K*

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob K gem. §§ 883, 885 BGB wirksam eine Vormerkung erworben hat.

### *(1) Vormerkungsbewilligung*

Eine Vormerkungsbewilligung – einseitige Willenserklärung – des V liegt vor. Diese wurde zusammen mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet.

**Hinweis:** Die Vormerkungsbewilligung ist nach dem BGB formfrei möglich. Aufgrund von § 29 GBO wird sie jedoch in der Regel notariell beurkundet, da das Grundbuchamt nur dann eine Eintragung einleitet.

### *(2) Eintragung*

Die Vormerkung wurde am 09.04. eingetragen.

### *(3) Akzessorietät*

Mit der Vormerkung wird der kaufrechtliche Übereignungsanspruch des K gesichert. Der Kaufvertrag wurde notariell beurkundet und damit formgemäß (§ 311b I BGB) geschlossen. Ein zu sichernder Anspruch i.S.d. § 883 I BGB liegt damit vor.

**Hinweis:** Die Studierenden können hier auch etwas ausführlicher auf den Kaufvertrag und das Formerfordernis nach § 311b I BGB eingehen. Es kann ebenfalls kurz angesprochen werden, dass das Inserat auf Immobilienscout24.de eine bloße invitatio ad offerendum war. Insgesamt sollten hier aber nicht seitenlange Ausführungen gemacht werden.

### *(4) Berechtigung*

Problematisch ist allerdings, dass V Nichtberechtigter und damit weder zur Übereignung des Grundstücks, noch zur Bewilligung einer Vormerkung berechtigt war.

### *(5) Gutgläubiger Erwerb*

Fraglich ist daher, ob K die Vormerkung gutgläubig erwerben konnte. Dies hängt entscheidend von der Rechtsnatur der Vormerkung ab. Betrachtet man die Vormerkung als dingliches Recht, so richtet sich der gutgläubige Erwerb nach § 892 BGB (direkt). Hält man die Vormerkung hingegen für ein Sicherungsrecht sui generis, so ist umstritten, wonach sich ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung richtet. Teilweise wird vertreten, dass sich der Erwerb nach § 892 BGB analog richte, teilweise wird § 893 Alt. 2 BGB herangezogen, der seinerseits auf § 892 BGB verweist. Im Ergebnis kommt es nach allen Ansichten darauf an, dass die Voraussetzungen des § 892 BGB vorliegen.

### *(a) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts*

Die Auflassungsbewilligung erfolgt rechtsgeschäftlich. V und K sind wirtschaftlich verschiedene Personen, so dass ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts vorliegt.

### *(b) Legitimation des V/Rechtsschein*

V ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, ein Rechtsschein (§ 891 BGB) liegt damit vor.

### *(c) Gutgläubigkeit des K*

K war sowohl am 02.04. – aufgrund von § 892 II BGB maßgeblicher Zeitpunkt – als auch am 09.04. gutgläubig. Erst am 03.05. erfolgte die Mitteilung durch B.

### *(d) Widerspruch, § 899 BGB*

Ein Widerspruch wurde nicht eingetragen.

### *(e) Zwischenergebnis*

K hat wirksam eine Vormerkung erworben.

### *bb) Inhalt und Umfang der Vormerkung*

Fraglich ist allerdings, ob die Vormerkung auch über die eigene Bösgläubigkeit hinweghilft, mithin den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit beim Eigentumserwerb auf den Zeitpunkt des Vormerkungserwerbs vorverlagert. Dies hängt entscheidend von der umstrittenen Reichweite der Vormerkung ab.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht soll eine Auflassungsvormerkung ausschließlich vor Verfügungen schützen und damit keinen gutgläubigen Erwerb ermöglichen (sog. kleine Lösung).<sup>31</sup> Die Vormerkung schützt demnach weder gegen eigene Bösgläubigkeit, noch gegen die Eintragung eines Widerspruchs. Somit wäre aufgrund von § 892 II BGB der 04.05. als maßgeblicher Gutgläubigkeitszeitpunkt anzusehen. Ein gutgläubiger Erwerb würde dieser Ansicht nach ausscheiden.

Die Rechtsprechung und die wohl h. M. in der Literatur gehen demgegenüber davon aus, dass die Wirkung der Vormerkung umfassend ist und auch einen gutgläubigen Erwerb erfasst: Weder Bösgläubigkeit nach Erwerb der Vormerkung noch die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch sollen dem gutgläubigen Erwerb entgegenstehen („große Lösung“).<sup>32</sup> Danach führt die Vormerkung faktisch zu einer Vorverlagerung des Gutgläubigkeitszeitpunkts. Entgegen des § 892 II BGB kommt es damit nicht mehr auf den Zeitpunkt der Antragsstellung, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt des Vormerkungserwerbs an.

**Hinweis:** Strenggenommen kommt es aufgrund von § 892 II BGB analog sogar auf den Zeitpunkt der Antragsstellung im Rahmen des Vormerkungserwerbs, d.h. den 02.04. an.

Die kleine Lösung kann den Wortlaut des § 883 II BGB für sich in Anspruch nehmen, der nur eine relative Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen vorsieht. Demgegenüber spricht die Ratio des § 883 II BGB für die große Lösung. Die notwendige Zuverlässigkeit als Sicherungsmittel hat die Vormerkung nur, wenn sie außer vor Verfügungen auch vor anderen Erwerbshindernissen Schutz bietet. Mehr noch: Wenn die Vormerkung schon vor

<sup>31</sup> Goetzke/Habermann, JuS 1975, 82 (82 ff.); Wiegand, JuS 1975, 205 (212); Assmann, BeckOGKBGB, § 883 BGB, Rn. 154.

<sup>32</sup> RGZ 121, 44 (47); BGHZ 57, 341 (343); BGH NJW 1981, 446 (447); Kohler, MüKo BGB, § 892 BGB, Rn. 42, § 883 BGB, Rn. 53; Hertel, BeckOGKBGB, § 892 BGB, Rn. 89; Gursky, Staudinger, § 892 BGB, Rn. 192.

Verfügungen, d.h. rechtsgeschäftlichen – grds. absolut wirkenden – Belastungen schützt, muss sie erst recht (a fortiori) vor tatsächlichen Umständen (wie die eigene Bösgläubigkeit) oder Realakten (wie etwa die Eintragung eines Widerspruchs oder die Grundbuchberichtigung) schützen. Schließlich besteht im Liegenschaftsverkehr das Bedürfnis, Ansprüche auf Übertragung oder Belastung von Grundstücken effektiv und umfassend abzusichern; das einzige in diese Richtung abzielende Sicherungsmittel ist die Vormerkung, die durch eine extensive Auslegung einen umfassenden Schutz gewähren muss.<sup>33</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Darüber hinaus wird argumentiert, dass durch eine restriktive Anwendung des § 883 II BGB letztlich die Möglichkeit eines gutgläubigen Ersterwerbs der Vormerkung unterlaufen werde. Denn wenn die gutgläubig erlangte Vormerkung nur vor weiteren Verfügungen des Buchberechtigten schützt und nicht auch die Möglichkeit des definitiven Rechtserwerbs trotz zwischenzeitlichen Wegfalls der Gutglaubensvoraussetzungen garantiert, wäre der gutgläubige Erwerb praktisch sinnlos.<sup>34</sup> Allerdings ist der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung selbst im Gesetz nicht vorgesehen, sondern bedarf einer Analogie zu § 892 BGB (s.o.), so dass dieses Argument allenfalls bedingt trägt.

### cc) Zwischenergebnis

K hat eine Vormerkung erworben, die ihn vor der später eingetretenen Bösgläubigkeit schützt. Für den Erwerb des Grundstücks gilt K daher weiterhin als gutgläubig.

### 4. Widerspruch, § 899 BGB

Ein Widerspruch wurde nicht eingetragen.

### 5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 892 BGB sind damit erfüllt.

## V. Ergebnis

K ist Eigentümer des Grundstücks geworden.

## Frage 2: Schadensersatzansprüche des K gegen S i.H.v. 40.000 €

### A. K gegen S aus § 7 I StVG

K könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 7 I StVG haben. Dazu müsste S als Halter des Fahrzeugs bei Betrieb eines Kraftfahrzeuges eine Sache beschädigt haben.

<sup>33</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 82, Rn. 32.

<sup>34</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 82, Rn. 32.

## I. Haltereigenschaft des S

S unterhält den Sattelschlepper wirtschaftlich in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung. Ferner ist S auch Eigentümer des Sattelschleppers, was für die Haltereigenschaft zwar nicht zwingend ist, indiziell aber herangezogen werden kann. S ist damit Halter des Sattelschleppers.

## II. Kraftfahrzeug

Der Sattelschlepper ist ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird und damit ein Kraftfahrzeug i.S.d. § 7 II StVG. Auch der Anhänger des Sattelzuges wird explizit von § 7 I StVG erfasst.

## III. Beschädigung einer Sache

Fraglich ist allerdings, ob eine Sache des K beschädigt wurde. *„Eine Sache ist dann "beschädigt" im Sinne des § 7 StVG, wenn entweder ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder wenn ihre Brauchbarkeit zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt.“*<sup>35</sup> Eine Verletzung der Sachsubstanz der Tankstelle oder des Grundstücks ist durch die Kollision mit der Brücke nicht erfolgt, so dass nur eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung als Sachbeschädigung in Betracht kommt. *„[D]ie Funktionsfähigkeit der Anlage und ihrer Einrichtungen selbst wurde durch die Sperrung nicht betroffen. Die Anlage und ihre Einrichtungen hätten auch während der Sperrung der Autobahn in jeder Hinsicht bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden können. Dass infolge der Sperrung und der damit zusammenhängenden Empfehlung, den Bereich weiträumig zu umfahren, Durchgangsverkehr und damit nennenswerter Kundenzustrom nicht zu erwarten war, ändert daran nichts. Denn die Brauchbarkeit einer Sache für ihre zweckentsprechende Verwendung hängt nicht davon ab, ob und in welchem Umfang auch ein tatsächlicher Bedarf für die entsprechende Verwendung der Sache besteht. Zudem umfasst der von § 7 StVG gewährleistete Schutz des Integritätsinteresses nicht die Garantie, mit einer Sache ungehindert Gewinne erzielen zu können.“*<sup>36</sup> Damit wurde die bestimmungsgemäße Verwendung der Tankstelle gerade nicht beeinträchtigt, so dass die Beschädigung einer Sache abzulehnen ist.

## IV. Ergebnis

K hat gegen S keinen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 7 I StVG. Gleiches gilt auch für einen Schadensersatzanspruch aus § 18 StVG.

**Hinweis:** Die Studierenden können auch direkt eine Sachbeschädigung problematisieren und müssen dann nichts zur Halter- und Fahrzeugeigenschaft ausführen. Umgekehrt können sie aber den Prüfungspunkt der Sachbeschädigung auch am Ende prüfen und damit noch auf die Realisierung des betriebsspezifischen Risikos eingehen. Besonders gute Bearbeiter gehen dann auf die motortechnische und verkehrstechnische Auffassung ein und erkennen, dass

<sup>35</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 8.

<sup>36</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 8.

beide Ansichten hier zum selben Ergebnis gelangen. Dieser Weg sollte dann auch entsprechend honoriert werden.

## B. K gegen S aus § 18 StVG

Aus demselben Grund scheidet ein Anspruch aus § 18 StVG aus.

## C. K gegen S aus § 823 I BGB

K könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 823 I haben. Dazu müsste S den K in seinem Eigentumsrecht oder einem sonstigen Recht schuldhaft und widerrechtlich verletzt haben. Das Vermögen als solches wird deliktsrechtlich nicht durch § 823 I BGB geschützt.

### I. Eigentumsverletzung

Möglicherweise ist K durch die unfallbedingte Autobahnspernung in seinem Eigentumsrecht verletzt. Ein Eigentumseingriff setzt dabei nicht zwangsweise einen Eingriff in die Sachsubstanz voraus, sondern kann auch schon dann vorliegen, wenn die bestimmungsgemäße Verwendung einer Sache nicht unerheblich beeinträchtigt wird. Allerdings ist erforderlich, dass *„die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat, wobei diese Einwirkung tatsächlicher oder - wie im Falle eines Nutzungsverbots - rechtlicher Natur sein kann. [...] Fehlt es an einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst, wird eine auf Nutzungseinschränkungen gestützte Eigentumsverletzung abgelehnt [...]. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die wirtschaftliche Nutzung einer Anlage nur deshalb vorübergehend eingeengt wird, weil sie von Kunden infolge einer Störung des Zufahrtsweges nicht angefahren werden kann, ohne dass zugleich in die Sachsubstanz der Anlage eingegriffen oder deren technische Brauchbarkeit beschränkt oder beseitigt wurde [...]“*<sup>37</sup>

Zu beachten ist hier also, dass die Sperrung wenige Kilometer von der Tankstelle des entfernt lag und die Zufahrt zur Tankstelle unbeeinträchtigt ließ. Damit wirkt die Sperrung nicht unmittelbar auf die Tankstelle und ihre Einrichtungen ein. Dass die Sperrung zu einem Wegfall des Durchgangsverkehrs und damit auch zu einem Ausbleiben von Kunden sowie zu einer vorübergehenden Einengung der wirtschaftlichen Nutzung der Tankstelle führt, berührt allein das Vermögen des K, beeinträchtigt aber nicht seine Eigentumsposition. Damit ist eine Eigentumsverletzung letztlich abzulehnen.

### II. Besitzverletzung

Möglicherweise ist K aber in einem sonstigen Recht verletzt. Ein sonstiges Recht muss mit dem einzigen in § 823 I BGB aufgezählten Recht vergleichbar sein und damit Nutzungs- und Abwehrrechte aufweisen. Da der berechtigte Besitz zur Nutzung berechtigt und über die

<sup>37</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 18.

§§ 858 ff. BGB auch Abwehrrechte bestehen, stellt der berechtigte Besitz ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB dar. Dient der berechtigte Besitz dazu, eine „bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es [...]eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird.“<sup>38</sup> Damit ist allerdings nicht gemeint, dass der berechtigte Besitzer hinsichtlich der Nutzbarkeit der Sache einen weiteren Schutz genießen soll, als der Eigentümer. Für die Frage, ob eine Besitzverletzung durch Beeinträchtigung der Nutzbarkeit vorliegt, kommt es somit maßgeblich auf die Grundsätze zur Eigentumsverletzung durch eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs an. Mit der obigen Argumentation ist damit auch eine Besitzverletzung abzulehnen.

### III. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

S könnte allerdings in einen von S eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen und damit ein sonstiges Recht verletzt haben.

#### 1. Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

Dieser weit auszulegende Begriff, erfasst jede erlaubte, selbstständige, auf Gewinnerzielung gerichtete und gewisse Dauer angelegte Tätigkeit. Als Tankstellenbetreiber übt K eine selbstständige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und gewisse Dauer angelegte Tätigkeit aus, so dass ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb vorliegt.

#### 2. Eingriff in den Gewerbebetrieb

Fraglich ist aber, ob ein Eingriff in dieses Recht erfolgt ist. Dabei wird einschränkend ein betriebsbezogener, d.h. ein unmittelbarer und zielgerichteter Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebs verlangt. Mit anderen Worten: „Unmittelbare Eingriffe in das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb, [...] sind nur diejenigen, die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen.“<sup>39</sup> „Der Unfall hat in keiner unmittelbaren Beziehung zum eingerichteten und ausgeübten Betrieb [...] [des K] gestanden. Die angeordnete Sperrung der [...] [A7] und die Empfehlung, den gesperrten Bereich großräumig zu umfahren, waren allgemeine Folgen des Schadensereignisses, die [...] [K] rein zufällig traf.“<sup>40</sup> Damit fehlt es an der Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit des Eingriffs, so dass kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt.

### IV. Ergebnis

K hat gegen S keinen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 823 I BGB.

<sup>38</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 17.

<sup>39</sup> BGH, GRUR 1959, 282 (284).

<sup>40</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 20.

## D. K gegen S aus § 823 II BGB i.V.m. §§ 1 I 2, 18 I 2, 22 II 1 23 I 2, § 29 III 1 StVO

K könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 823 II BGB haben. Dazu müsste K zunächst ein Schutzgesetz verletzt haben.

### I. Schutzgesetz

*„Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ist nach ständiger Rechtsprechung eine Rechtsnorm [i.S.d. Art. 2 EGBGB] dann, wenn sie – sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit – gerade dazu dienen soll, den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, daß die Norm auch das Interesse der einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben.“<sup>41</sup>* Bei den §§ 18 I 2, § 22 II 1 StVO, § 23 I 2, § 29 III 1 sowie § 1 I 2 StVO handelt es sich grundsätzlich um Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB, weil sie neben dem öffentlichen Verkehr auch die Individualinteressen – insbesondere Eigentum, Leben und Gesundheit – der Verkehrsteilnehmer schützen.

### II. Drittschutz zugunsten des Geschädigten

Allerdings muss der Geschädigte selbst vom persönlichen Schutzbereich der Schutznorm erfasst sein. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Geschädigte geltend macht, dass der Verstoß gegen Vorschriften der StVO unmittelbar zu einer Verletzung seiner Rechtsgüter geführt hat. Ist die Rechtsgutsverletzung hingegen nur mittelbarer Natur, fällt der Geschädigte grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Norm *„Denn soweit die genannten Vorschriften der StVO nach ihrem Sinn und Zweck den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie allein dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit einer Straße besonders betroffen sind.“<sup>42</sup>* Hier hatte der Verstoß gegen die StVO-Vorschriften unmittelbar nur zur Folge, dass die Nutzung einer öffentlichen Straße vorübergehend unmöglich wurde; den Schaden bei K hat der StVO.

-Verstoß hingegen nur mittelbar verursacht. K fällt also nicht in den persönlichen Schutzbereich der Schutznorm(en), so dass er daraus keine Rechte ableiten kann.

### II. Ergebnis

K hat gegen S keinen Schadensersatzanspruch i.H.v. 40.000 € aus § 823 II BGB i.V.m. BGB i.V.m. §§ 1 I 2, 18 I 2, 22 II 1 23 I 2, 29 III 1 StVO.

**Hinweis:** Auch von sehr guten Bearbeitern wird nicht erwartet, mehr als eine einschlägige StVO-Vorschrift zu finden.

<sup>41</sup> BGH, NJW 1973, 1547 (1548).

<sup>42</sup> BGH, BeckRS 2015, 554, Rn. 13.

## Fall 7: „Flugreise“

### – Sachverhalt –

Etwa eine Woche vor Vollendung seines 18. Lebensjahres flog der Beklagte (B) – nach wirksamem Erwerb eines entsprechenden Flugscheins – mit einer Linienmaschine der Klägerin (K) von München nach Hamburg. Dort (in Hamburg) gelang es ihm, mit anderen Passagieren, dasselbe Flugzeug wieder zu besteigen und an dem Weiterflug nach New York teilzunehmen, ohne dass er im Besitz eines Flugscheins für diese Strecke gewesen wäre. Da im Flugzeug nicht alle Plätze besetzt waren, fiel dies dem Flugpersonal an Bord nicht auf.

In New York wurde dem B die Einreise in die U.S.A. verweigert, weil er kein Visum besaß. Die K beförderte ihn daraufhin noch am selben Tag zurück nach München. Hierzu war sie nach den U.S.-Einreisebestimmungen verpflichtet.

K verlangt nun von B Zahlung des tariflichen Flugpreises für die Strecken „Hamburg – New York“ und „New York – München“. Zu Recht?



## Fall 7: „Flugreise“

### – Lösungsvorschlag –

A. Hamburg – New York

#### **I. Anspruch aus §§ 631, 632 II BGB**

K könnte gem. §§ 631, 632 II BGB gegen B einen Anspruch auf die übliche Vergütung aus einem Werkvertrag haben.

##### **1. Angebot und Annahme**

Ausdrücklich haben B und K keinen Vertrag geschlossen.

In Betracht kommt aber ein konkludenter Vertragsschluss. Als konkludentes Angebot kommt zunächst das Bereitstellen des Flugzeugs seitens der K in Betracht. Allerdings fehlt es diesbezüglich an einem Rechtsbindungswillen seitens der K: Sie stellt das Flugzeug zur Erfüllung bereits eingegangener vertraglicher Verpflichtungen bereit; im Flugverkehr kommt der Vertrag stets bereits vor dem Flug durch den Kauf eines Flugscheins zustande. Aus diesem Grund kann auch das Betreten des Flugzeugs durch B nicht als Angebot auf Abschluss eines Vertrags gedeutet werden; auch hier fehlt es am Rechtsbindungswillen.

Ein Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten scheidet ebenfalls von vornherein aus. Beim Flugverkehr handelt es sich nicht um eine anonyme Leistung im Bereich der Daseinsvorsorge (Massenverkehr), so dass die diesbezüglich entwickelten Grundsätze nicht greifen.

##### **2. Minderjährigkeit des B**

Hinzu kommt, dass B vor Vollendung seines 18. Lebensjahres gem. § 106 BGB lediglich beschränkt geschäftsfähig ist. Eine von ihm ohne Einwilligung seiner Eltern abgegebene Willenserklärung wäre daher – mangels Vorliegens einer Ausnahme – gem. § 108 BGB zunächst schwebend unwirksam. Von einer Genehmigung durch die Eltern ist nicht auszugehen, so dass die Unwirksamkeit perpetuiert.

##### **3. Zwischenergebnis**

Mangels eines wirksamen Vertragsschlusses hat K gegen B keinen Anspruch aus Werkvertrag.

## II. Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB

Ein Anspruch des K gegen den B aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet am fehlenden Fremdgeschäftswillen der K. Dabei ist gleichgültig, ob man annimmt die K habe überhaupt keine Kenntnis davon gehabt, dass B an Bord war, oder ob man davon ausgeht, die K habe B für einen zahlenden Passagier gehalten. In ersterem Fall fehlt der K jeglicher Geschäftswille; in letzterem Fall hätte K mit der Beförderung ausschließlich ein eigenes Geschäft durchführen wollen, nämlich die Erfüllung des vermeintlich bestehenden Beförderungsvertrags.

## III. Anspruch aus §§ 987, 990 BGB

Ein Anspruch aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist ebenfalls nicht gegeben, da L zwar Eigentümerin des Flugzeugs und damit des Sitzes des B war, dieser aber zumindest keinen Besitz daran hatte.

**Hinweis:** a.A wegen der Parallele zu den „Parkplatzfällen“ vertretbar. Anders als dort liegt hier der dem B zugeflossene Wert allerdings nicht in der Nutzung des Sitzes als solchem, sondern in der Beförderung durch die K.

## IV. Anspruch aus § 823 I BGB

K könnte gegen B einen Anspruch wegen unerlaubter Handlung aus § 823 I BGB haben. Voraussetzung dafür ist zunächst die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts. In Betracht kommt vorliegend allenfalls eine Verletzung des Eigentums an dem Flugzeug. Allerdings hat B durch das Betreten des Flugzeugs bzw. die Belegung des Sitzplatzes weder die Sachsubstanz des Flugzeugs beeinträchtigt, noch die Nutzung des Flugzeugs durch die K verhindert oder erschwert. Eine Eigentumsverletzung liegt demnach nicht vor.

Allenfalls könnte das Vermögen der K beeinträchtigt sein. Das Vermögen als solches wird von § 823 I BGB jedoch nicht geschützt.

## V. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 265 a StGB

In Betracht kommt jedoch ein Schadensersatzanspruch des K gegen den B aus § 823 II BGB i.V.m. § 265a StGB

### 1. Verletzung eines Schutzgesetzes

#### a) § 265a StGB als Schutzgesetz

Bei § 265a StGB handelt es sich nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB: Die Strafvorschrift schützt nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch und gerade die Vermögensinteressen des Beförderers.

### *b) Objektiver Tatbestand*

Indem B das Flugzeug in Hamburg wieder betreten und auf seinem Sitz Platz genommen hat, suggerierte er, dass er im Besitz eines gültigen Flugscheins sei. Der objektive Tatbestand des § 265a StGB ist demnach erfüllt.

### *c) Subjektiver Tatbestand*

B handelte vorsätzlich und in der Absicht, den tariflichen Flugpreis nicht zu errichten.

## **2. Deliktsfähigkeit**

Weil B zum Zeitpunkt des Fluges noch minderjährig war, ist er gem. 828 III BGB nur dann für den Schaden haftbar, wenn er „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht“ hatte. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass dem B bewusst war, dass er das Flugzeug nicht ohne ein gültiges Ticket betreten durfte.

## **3. Schaden**

Der K müsste ein ersatzfähiger Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB entstanden sein. Nach der Differenzhypothese berechnet sich dieser Schaden aus der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögen (also dem Vermögen, das der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte) und dem tatsächlichen Vermögen. Das schädigende Ereignis liegt vorliegend in dem Erschleichen der Leistung. Hätte B sich nicht an Bord geschmuggelt, wäre das Flugzeug aber ebenfalls mit denselben Kosten von Hamburg nach New York geflogen. Dass der B an Bord war, hat also keinen Vermögensnachteil für die K nach sich gezogen.

Fraglich ist, ob der Schutzzweck des verletzten § 265a StGB eine andere – normative – Schadensermittlung gebietet. Abstellen ließe sich etwa auf den tariflichen Flugpreis, den B auf Kosten der K erspart hat. Allerdings würde eine derartige normative Schadensermittlung letztlich zu einem Ergebnis führen, wie es im Falle eines wirksamen Vertragsschlusses bestünde. Dies ist aber jedenfalls dann abzulehnen, wenn der Schädiger minderjährig ist. Ansonsten würde der Rechtsgedanke der §§ 106 ff. BGB unterlaufen.

## **4. Ergebnis**

Mangels Schaden hat K keinen Anspruch gegen B aus § 823 II BGB i.V.m. § 265a StGB.

## **VI. Anspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB**

### **1. Etwas erlangt**

Voraussetzung für einen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB ist zunächst, dass B etwas erlangt hat. „Etwas“ ist dabei jeder vermögenswerte Vorteil. Bei unkörperlichen Leistungen ist umstritten, worin das erlangte Etwas besteht.

Nach Ansicht des BGH liegt das Erlangte etwas nicht in der unkörperlichen Leistung selbst, sondern in den hierfür ersparten Aufwendungen. Allerdings gilt dies nur dann, wenn der Bereicherungsschuldner tatsächlich eine Aufwendung erspart hat. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn er die betreffende Leistung nicht kostenpflichtig in Anspruch genommen

hätte. Eine Rückausnahme erkennt der BGH indes – analog § 819 BGB dann an, wenn der Bereicherte von vornherein weiß, dass er die betreffende unkörperliche Leistung ohne Rechtsgrund erhält.

Die ganz h.M. in der Literatur erkennt hingegen die unkörperliche Leistung selbst als erlangtes Etwas an; der Begriff etwas enthalte keinerlei Beschränkung auf körperliche Gegenstände, vielmehr erlaube der Begriff die Subsumtion jeder erdenklichen Bereicherung. Ob das erlangte Etwas in natura herausgegeben werden kann, sei keine Frage der Voraussetzungen eines Anspruchs (also des § 812 BGB), sondern eine solche der Rechtsfolgen (also des § 818 BGB)

## 2. Durch Leistung

Unter Leistung i.S.d. § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. Die Freiwilligkeit ist dabei aus der Sicht eines objektiven Empfängers zu beurteilen. Aus Sicht des B hat die K ihm vorliegend die Reiseleistung nicht bewusst erbracht; vielmehr hat sich B an Bord des Flugzeugs geschlichen und die – gegenüber den anderen Passagieren erbrachte Reiseleistung eigenmächtig für sich in Anspruch genommen. Eine Leistung in demnach zu verneinen.

**Hinweis:** Eine a.A. ist mit entsprechenden Argumenten selbstverständlich vertretbar; abstellen ließe sich beispielsweise auf einen generellen Leistungswillen der K gegenüber allen an Bord befindlichen Personen. Dies wird vornehmlich im ÖPNV, also im Massenverkehr, anzunehmen sein, lässt sich aber auch im Flugverkehr argumentieren (so auch der BGH).

## 3. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen B aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

## VII. Anspruch aus § 812 I 1 Fall 2 BGB

### 1. Etwas erlangt

B hat, wie bereits dargestellt, die Beförderung von Hamburg nach New York erlangt.

### 2. In sonstiger Weise auf Kosten der K

Diese Beförderung müsste B in sonstiger Weise auf Kosten der K erlangt haben. Da, wie oben dargelegt, nicht von einer Leistung durch K auszugehen ist, hat B die Beförderung in sonstiger Weise erlangt. Fraglich ist einzig, ob dies auf Kosten der K geschah. Nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt erfolgt eine Bereicherung dann auf Kosten eines anderen, wenn in diesem die Gebrauchs-, Nutzungs- oder Verwertungsmöglichkeiten hinsichtlich einer Rechtsposition zusteht. K bietet die Beförderung als Dienstleistung gegen Entgelt an. Ihr obliegt also die Verwertungsmöglichkeit der Beförderungsleistung.

**Hinweis:** Alternativ ließe sich auch auf die Nutzungsmöglichkeit an dem konkreten Flugzeug abstellen.

### 3. Ohne Rechtsgrund

Mangels eines wirksamen Beförderungsvertrags hat B die Beförderung ohne Rechtsgrund erlangt.

### 4. Rechtsfolge

#### a) Wertersatz, § 818 II BGB

Die Herausgabe der Beförderung ist jedoch aufgrund deren unkörperlicher Natur nicht möglich. Der Anspruch der K gegen den B ist daher gem. § 818 II BGB auf Wertersatz gerichtet. Die Wertbestimmung erfolgt dabei nach dem objektiven Verkehrswert. Abzustellen ist daher auf den üblichen Flugpreis.

#### b) Entreichung, § 818 III BGB

B könnte jedoch i.S.d. § 818 III BGB entreichert sein. Eine solche Entreichung ist auch bei unkörperlichen Leistungen möglich, nämlich dann, wenn keine bleibende Vermögensmehrung eingetreten ist. Hiervon ist dann auszugehen, wenn der Bereicherungsschuldner durch die Leistung keine anderweitigen Ausgaben erspart hat. B hätte die Reise von Hamburg nach New York nicht unternommen, wenn er dafür hätte zahlen müssen; es handelte sich um eine sog. Luxusaufwendung. B ist dementsprechend als entreichert anzusehen.

#### c) Ausschluss der Entreichungseinrede, §§ 818 IV, 819 I BGB

Möglicherweise ist die Entreichungseinrede des B jedoch durch die §§ 818 IV, 819 I BGB gesperrt, nämlich dann, wenn B hinsichtlich des Rechtsgrunds für die Leistung bösgläubig war. B wusste vorliegend in der Tat genau, dass er keinen Anspruch auf die Beförderung durch die K hatte. Problematisch ist hier jedoch, dass B zum betreffenden Zeitpunkt noch minderjährig war.

Eine Ansicht will die Frage, ob eine Bösgläubigkeit beim Minderjährigen die Rechtsfolgen der §§ 818 IV, 819 I BGB nach sich zieht auf die Wertungen der §§ 827 bis 829 BGB zurückgreifen, da es sich bei §§ 818 IV, 819 I BGB um eine quasi-deliktische Haftung handele. Danach wäre dem B hier ein Berufen auf § 818 III BGB wohl verwehrt. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass er als 17-Jähriger wusste, dass er nicht berechtigt war, das Flugzeug erneut zu betreten und so die Beförderungsleistung in Anspruch zu nehmen (s.o.).

Eine andere Ansicht stellt für die Frage nach der Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes allein auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters ab. Der Minderjährige bedürfe im Bereicherungsrecht des gleichen Schutzes wie im Vertragsrecht. Demgegenüber sei der Bereicherungsgläubiger mangels eines Schadens nicht in besonderem Maße schutzwürdig. Nach dieser Auffassung wäre die Entreichungseinrede nicht gesperrt, da die Eltern des B vom Erschleichend der Flugreise durch B keine Kenntnis hatten.

Eine dritte Ansicht differenziert nach der Art der Kondiktion: Bei einer Leistungskondiktion liege eine Parallele zum Vertragsrecht (und dementsprechend ein Abstellen auf den

gesetzlichen Vertreter) näher, bei einer Nichtleistungskondition eine Parallele zum Deliktsrecht und dessen Wertungen in §§ 827 f. BGB. Da es sich vorliegend um eine Nichtleistungskondition handelt, wären also die §§ 827 BGB heranzuziehen – und wäre B danach als einsichtsfähig einzustufen.

Eine vierte Ansicht (BGH) will jedenfalls für solche Fälle auf §§ 827 ff. BGB abstellen, in denen der Bereicherte die Bereicherung durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat. In solch einem Fall sei der Minderjährige aus bereicherungsrechtlicher Sicht nicht besonders schutzwürdig; er bedürfe nicht des besonderen Schutzes der §§ 106 ff. BGB, vielmehr genüge der Schutz der §§ 827 ff. BGB.

**Hinweis:** Jede dieser Ansichten ist gut vertretbar. Wichtig ist hier eine saubere Darstellung der Problematik und – wie immer – die Nennung von Argumenten.

## VIII. Ergebnis

K hat k\* einen Anspruch gegen B aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB.

### B. New York - München

#### I. Anspruch aus §§ 631, 632 II BGB

Ein vertraglicher Anspruch wegen Minderjährigkeit des B aus. Anhaltspunkte für eine Einwilligung oder Genehmigung durch die gesetzlichen Vertreter des B enthält der Sachverhalt nicht.

#### II. Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB haben.

In Betracht kommt aber ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag.

##### 1. Fremdes Geschäft

Dafür müsste L zunächst ein fremdes Geschäft, nämlich ein solches des B, geführt haben. In dem Rücktransport des B nach Deutschland liegt zumindest auch ein Geschäft des B. Dass die L mit dem Rücktransport zusätzlich möglicherweise auch einer eigenen Verpflichtung nachkam, ist zunächst unschädlich (sog. auch fremdes Geschäft).

##### 2. Fremdgeschäftsführungswille

Allerdings müsste K mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dies muss wohl wiederum verneint werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass K den B primär deshalb zurücktransportierte, weil sie hierzu nach den U.S.-Einreisebestimmungen verpflichtet war. Die Interessen des B dürften bei realitätsnaher Betrachtung demgegenüber nicht im Fokus der K gestanden haben. [a.A. gut vertretbar (BGH!)]

### 3. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen B aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB.

### III. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 265a StGB

Ein Anspruch der K aus § 823 II BGB i.V.m. § 265a BGB scheidet wiederum am fehlenden Schaden. Wie auf dem Hinflug ist der K durch Mitnahme des B auch auf dem Rückflug kein Schaden entstanden.

**Hinweis:** Man könnte ferner an der Kausalität zwischen der schädigenden Handlung (Erschleichen des Hinflugs) und einem eventuellen Schaden (Rückflug) zweifeln: Nicht das Erschleichen hat nämlich die Rücktransportpflicht der K begründet, sondern der Umstand, dass B kein Visum für die USA besaß. Zwar ist das Erschleichen des Hinflugs *conditio sine qua non* für den Rückflug; der Schutzzweck des § 265a umfasst aber wohl nicht mögliche Folgekosten für einen Rückflug

### IV. Anspruch aus § 812 I 1 Fall 2 BGB

#### 1. Etwas erlangt

B hat die Beförderungsleistung erlangt, s.o.

#### 2. Durch Leistung oder in sonstige Weise?

Da die K den B, wie oben dargelegt, primär zur Erfüllung ihrer Pflichten aus den U.S.-Einreisebestimmungen zurücktransportiert, ist wohl konsequenterweise auch eine Leistung i.S.d. § 812 I 1 Fall 1 BGB abzulehnen: Zwar mehrt die K bewusst das Vermögen des B, aber wohl nicht zweckgerichtet [a.A. gut vertretbar]

#### 3. Auf Kosten der K

Die Beförderungsleistung ist der K zugewiesen, so dass Bereicherung des B auf ihre Kosten erfolgt, s.o.

#### 4. Ohne Rechtsgrund

Da weder ein wirksamer Vertrag zwischen K und B vorliegt, noch die Voraussetzungen einer (berechtigten) GoA erfüllt sind, erfolgte die Bereicherung des B ohne Rechtsgrund.

**Hinweis:** Wer einen Anspruch aus GoA bejaht, muss einen Anspruch aus Bereicherungsrecht verneinen: Die berechtigte GoA stellt einen Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB dar.

#### 5. Rechtsfolge

Die Beförderungsleistung kann nicht in natura herausgegeben werden, so dass der Anspruch der K gem. § 818 II BGB auf Wertersatz gerichtet ist.

Zwar ist K wohl – jedenfalls i.R. einer Gesamtbetrachtung – auch durch den Rückflug nicht bereichert, allerdings greift zu seinen Lasten wiederum die Sperre der §§ 818 IV, 819 I BGB.

## **V. Ergebnis**

K hat keinen Anspruch gegen B auf Zahlung des tariflichen Flugpreises für den Rückflug.



## Fall 8: „Piet Paulsen“

### – Sachverhalt –

[aus Urheberrechtsgründen kein Open Access möglich]

## Fall 8: „Piet Paulsen“

### – Lösungsvorschlag –

[aus Urheberrechtsgründen kein Open Access möglich]

## Fall 9: „Verzockt“

### – Sachverhalt –

#### Grundfall

Die Göttinger Studentin Sandra Sieben (S) ist Eigentümerin einer Playstation 4, die sie auch während des Semesterbetriebs fleißig nutzt. Da sich die Noten des S dadurch drastisch verschlechtert haben, kommt es ihr ganz gelegen, als ihr Kommilitone Klaus Klever (K) anfragt, ob er die Playstation für eine Weile ausleihen könne. Endlich kann S ihren inneren Schweinehund überlisten: Sie leiht dem K die Playstation für den Rest des Semesters und – weil die große Hausarbeit im Zivilrecht ansteht – auch noch für die anschließenden Semesterferien (damit meinen die beiden die vorlesungsfreie Zeit). K nimmt die Konsole mit, schließt sie an seinen Fernseher an, den er sich zum Einzug in seine Studentenwohnung gegönnt hat. Die Wohnung hat K von V angemietet, zu dem er seit einiger Zeit ein recht angespanntes Verhältnis hat (im Wesentlichen deshalb, weil K mit einem Teil der Miete in Verzug ist).

Einige Tage später stellt K bei einem Blick in den Kalender erschreckt fest, dass der Geburtstag seiner sehr anspruchsvollen Lebensabschnittsgefährten Larissa (L) ansteht. Er beschließt, ihr ein Paar Perlenohrringe zu schenken. Da er selbst aber nicht mehr über die nötigen Mittel verfügt, macht er sich auf dem Weg zum Pfandhaus des P, dem er zur Sicherung für ein (mündlich vereinbartes) Darlehen über 150 € (in bar und zu 4,99 % verzinst) die Playstation der S überlässt.

Von dieser „Nutzung“ der Playstation hatte K selbstverständlich weder die S noch den V informiert.

**Frage 1:** Hat V ein Vermieterpfandrecht an der Playstation 4 erworben?

**Frage 2:** Kann S von P Herausgabe der Playstation 4 verlangen?

#### Abwandlung

K leiht die Konsole nicht vorübergehend von S, sondern erwirbt sie käuflich (wird also Eigentümer).

**Frage 3:** Stehen V und P ein Pfandrecht an der Konsole zu?

**Frage 4:** Welches Pfandrecht hat Vorrang?

#### **Bearbeitervermerk**

*Es ist zu unterstellen, dass die Playstation eine pfändbare Sache ist. Die §§ 811 ff. ZPO sind außer Acht zu lassen. Es ist davon auszugehen, dass die zurückbleibenden Sachen des K nicht zur Sicherung des V ausreichen.*



## Fall 9: „Verzockt“

### – Lösungsvorschlag –

#### Frage 1: Vermieterpfandrecht des V nach § 562 BGB

V könnte nach § 562 BGB ein Vermieterpfandrecht an der Playstation erworben haben.

#### A. Mietvertrag

K und V haben einen wirksamen Mietvertrag abgeschlossen.

#### B. Forderung aus dem Mietverhältnis

Durch den Zahlungsverzug ergeben sich unmittelbar aus dem Mietvertrag Forderungen gegen K. Bei Mietzinsforderungen handelt es sich typischerweise um Forderungen i.S.d. § 562 I BGB.

#### C. Einbringen

Ferner müsste K die Konsole auch in den angemieteten Wohnraum eingebracht haben. Ein Einbringen liegt vor, wenn der Mieter eine Sache willentlich in die Mieträume schafft. Das ist hier der Fall. Problematisch könnte allerdings sein, dass die Playstation von vornherein nur für eine bestimmte Zeit (nämlich bis zum Ende der vorlesungsfreien Zeit) in der Wohnung bleiben sollte. Auch ein vorübergehende Hineinverschaffen ist jedoch grundsätzlich als Einbringen i.S.d. § 562 BGB zu werten. Voraussetzung ist nur, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Sache und dem Mietverhältnis besteht. Ein solcher Zusammenhang ist bereits gegeben, wenn die Sache in der gemieteten Wohnung genutzt werden soll. Nur dann, wenn die Sache lediglich kurz untergestellt werden soll, kann ein Einbringen zu verneinen sein. Die Playstation wurde jedoch nicht nur untergestellt, sondern in der Wohnung genutzt. Ein innerer Zusammenhang zur Miete lag folglich vor.

**Korrekturhinweis:** Die Abgrenzung zwischen Einbringen und Einstellen wird nicht erwartet. Auch kann allenfalls von sehr guten Bearbeitern erwartet werden, zu problematisieren, ob und inwieweit es sich auswirkt, dass die PS von vornherein nicht dauerhaft in die Wohnung verbracht wird.

## D. Sache des Mieters

Nach dem ausdrücklichen Wortsinn muss es sich bei dem eingebrachten Gegenstand um eine Sache des Mieters handeln. Fraglich ist daher, ob K Eigentümer der Konsole ist.

Ursprünglich war S Eigentümer der Konsole. Die Gebrauchsüberlassung an K ändert an dieser dinglichen Rechtsstellung nichts, da keine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB gewollt war. S wollte vielmehr lediglich zur Erfüllung des Leihverhältnisses die tatsächliche Gebrauchsmöglichkeit in Form des unmittelbaren Besitzes auf K übertragen. Damit handelt es sich bei der Playstation nicht um eine im Eigentum des Mieters stehende Sache.

## E. Gutgläubiger Erwerb des Vermieterpfandrechts nach §§ 1257, 1207 BGB

Möglicherweise hat V allerdings gutgläubig ein Vermieterpfandrecht nach §§ 1257, 1207, 562 BGB erlangt. Nach § 1257 BGB finden die Vorschriften über das vertragliche Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung. Fraglich ist daher, ob der in § 1257 BGB normierte Verweis auch § 1207 BGB umfasst.

Dafür spricht zunächst, dass § 1257 BGB allgemein auf die Vorschriften des vertraglichen Pfandrechts und damit – auf den ersten Blick – auch auf § 1207 BGB verweist.

Bei näherer Betrachtung enthält der Wortlaut jedoch eine entscheidende Einschränkung: Der Verweis gilt nur für „entstandene“ gesetzliche Pfandrechte – und verwiesen wird nur auf die Vorschriften über das bereits „bestellte“ rechtsgeschäftliche Pfandrecht. Diese Einschränkung ist fraglos sinnvoll: In ihrer Entstehung unterscheiden sich gesetzliche und rechtsgeschäftliche Pfandrechte ja gerade; ein gesetzliches Pfandrecht entsteht nicht gem. § 1205 durch Einigung und Übergabe der Pfandsache. Dementsprechend ist auch die Regelung zum gutgläubigen Erwerb, also § 1207 BGB, nicht von dem Verweis in § 1257 BGB umfasst.

Gegen eine analoge Anwendung von § 1207 auf gesetzliche Pfandrechte spricht ferner der Umstand, dass § 1207 – wie auch § 932 BGB – ein Verkehrsgeschäft voraussetzt, bei dem sich der gute Glaube manifestiert. Bei Pfandrechten, die kraft Gesetzes entstehen, fehlt es qua definitionem an einem solchen Verkehrsgeschäft.

**Hinweis:** Darüber hinaus wird argumentiert, Gutgläubensvorschriften knüpften stets an einen sog. Rechtsscheintatbestand an, der zumindest bei besitzlosen gesetzlichen Pfandrechten fehle. Daran ist zwar richtig, dass der Mieter dem Vermieter beim Vermieterpfandrecht in der Tat keinen Besitz verschafft (und dementsprechend nicht seine Besitzverschaffungsmacht unter Beweis stellt). Allerdings sichert die Voraussetzung des „Einbringens“, dass sich der Mieter im Besitz der Sache befindet. Dieser Besitz genügt m.E. als Rechtsscheintatbestand.

## Frage 2: Herausgabeanspruch der S gegen den P

### A. Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

S könnte gegen P einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB haben.

#### I. S als Eigentümerin

Wie bereits festgestellt hat S ihr Eigentum nicht durch die Gebrauchsüberlassung an K verloren, da lediglich eine aus dem Eigentum abgeleitete Besitzübertragung gewollt war.

Auch durch die Überlassung an P hat S ihr Eigentum nicht verloren, da nach dem Parteiwillen keine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB, sondern vielmehr lediglich eine Pfandrechtsbestellung gewollt war.

Folglich ist S weiterhin Eigentümerin der Konsole.

#### II. P ist Besitzer als Besitzer

P übt die tatsächliche Sachherrschaft über die Konsole aus und ist dementsprechend unmittelbarer Besitzer (§ 854 BGB).

#### III. Kein Recht zum Besitz

Dem P dürfte kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) zustehen.

##### 1. Vertraglich

Ein vertragliches Recht zum Besitz kann sich nur aus einer vertraglichen Beziehung zwischen P und S ergeben. Diese beiden haben jedoch keinen Vertrag miteinander geschlossen.

Fraglich ist, ob es ausreicht, dass P gegenüber dem K ein Recht zum Besitz aus dem Darlehensvertrag (samt Sicherungsvereinbarung) hat und K seinerseits wegen des Leihvertrags gegenüber S zum Besitz berechtigt ist. Voraussetzung für eine solche Berechtigungskette ist jedoch, dass S mit der Weitergabe der Sache durch K einverstanden gewesen ist. Hierfür liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Vielmehr wird man davon ausgehen müssen, dass der Eigentümer einer Sache regelmäßig nicht möchte, dass der Entleiher sie einem Pfandleiher zur Sicherung eines Darlehens überlässt.

##### 2. Dinglich

###### a) Pfandrecht als Recht zum Besitz

Möglicherweise steht dem P allerdings ein eigenes (absolutes) Recht zum Besitz aufgrund eines wirksamen Pfandrechts an der Konsole zu. Wie sich nämlich aus §§ 1205, 1215, 1253 BGB (mittelbar) ergibt, muss sich der Gegenstand für die gesamte Verpfändungsdauer im Besitz des Pfandgläubigers befinden. Bei Rückgabe erlischt das Pfandrecht. Aus diesem Grund muss dem Pfandrechtsgläubiger ein absolut wirkendes (weil aus dem dinglichen Pfandrecht resultierendes) Besitzrecht zustehen.

### *b) Wirksame Pfandbestellung nach §§ 1204, 1205 BGB*

Fraglich ist daher, ob P wirksam ein Pfandrecht an der Playstation erworben hat. Dafür wäre eine Einigung i.S.d. § 1205 I BGB, die Übergabe der Pfandsache, die Berechtigung des Veräußerers sowie das Bestehen einer zu sichernden Forderung (Akzessorietät § 1204 BGB) erforderlich.

#### *aa) Einigung i.S.d. § 1205 I BGB*

P und K vereinbarten, dass die Konsole als Sicherungsmittel für die geliehenen 150 € fungieren soll. Eine Auslegung dieser Vereinbarung §§ 133, 157 BGB ergibt, dass beide Parteien die Konsole mit einem Pfandrecht belasten wollten. Eine Einigung i.S.d. § 1205 I BGB liegt folglich vor.

#### *bb) Übergabe*

K hat jegliche Besitzposition an der Konsole verloren und dem P unmittelbaren Besitz eingeräumt, so dass eine Übergabe vorliegt.

#### *cc) Bestehen einer zu sichernden Forderung (Akzessorietät), § 1204*

Des Weiteren müsste auch eine Forderung bestehen, deren Sicherung das Pfandrecht bezweckt. Dabei stellt § 1204 II BGB klar, dass auch künftige Ansprüche Gegenstand eines Pfandrechts sein können.

Ausweislich des Sachverhalts schließen K und P einen Darlehensvertrag.

Dieser Vertrag könnte jedoch nach § 494 I BGB unwirksam sein, weil (und wenn) das Schriftformerfordernis des § 492 BGB einschlägig und nicht beachtet worden wäre. Einschlägig ist das Erfordernis, wenn es sich bei der Vereinbarung zwischen K und P um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 BGB handeln würde. Nach der Legaldefinition des § 491 II 1 BGB liegt ein Verbraucherdarlehensvertrag vor, wenn zwischen dem Unternehmer als Darlehensgeber und dem Verbraucher als Darlehensnehmer ein entgeltlicher Darlehensvertrag geschlossen wurde. Zwar schließen P als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB und K als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB einen entgeltlichen (Zinssatz von 4,99 %) Darlehensvertrag. Allerdings ist die in § 491 II 2 Nr. 1 BGB normierte Bereichsausnahme zu beachten. Danach liegt kein Verbraucherdarlehensvertrag vor, wenn der Nettodarlehensbetrag weniger als 200 € beträgt. Der Darlehensvertrag unterliegt daher keiner besonderen Formvorschrift und ist mündlich geschlossen wirksam. Die zu sichernde Forderung ist damit der bei Fälligkeit entstehenden Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehensvertrag, § 488 I 2 BGB.

**Hinweis:** Die Nichtigkeitsfolge des Formverstößes ergibt sich nicht wie sonst aus § 125 BGB, sondern aus § 494 I BGB. Achtung: Nach § 494 II 1 BGB wird der Vertrag mit Auszahlung der Darlehensvaluta wirksam.

#### *dd) Berechtigung*

Da K nicht Eigentümer der Konsole war und auch nicht von S ermächtigt (§ 185 BGB) wurde, liegt keine Berechtigung des K vor.



*ee) Gutgläubiger Erwerb eines vertraglichen Pfandrechts nach § 1207 i.V.m. §§ 932 I 1, 935 BGB*

Möglicherweise hat P jedoch gutgläubig ein vertragliches Pfandrecht nach § 1207 i.V.m. §§ 932 I 1, 935 BGB erworben.

*(1) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäftes*

Ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts liegt auch vor, da eine rechtsgeschäftliche Verfügung, auf der auf beiden Seiten unterschiedliche Personen stehen, gegeben ist.

*(2) Gutgläubigkeit*

Nach § 932 II BGB ist der Erwerber dann nicht in gutem Glauben, wenn ihm die fehlende Berechtigung bekannt oder grob fahrlässig unbekannt ist. Vorliegend wusste P nicht, dass die Playstation nicht im Eigentum des K stand. Auch lagen diesbezüglich keine Anhaltspunkte vor, die Zweifel hätten wecken können. Auch grobe Fahrlässigkeit wird man dem P daher nicht vorwerfen können. Er was folglich gutgläubig.

*(3) Kein Abhandenkommen § 935 BGB*

S hat die Konsole absichtlich aus seiner Herrschaftsgewalt entlassen, indem er sie dem K leihweise zur Verfügung stellte. Sie ist ihm also nicht abhandengekommen.

*ff) Zwischenergebnis*

P hat damit gutgläubig ein vertragliches Pfandrecht an der Konsole erworben. Damit steht dem P ein Recht zum Besitz zu.

**IV. Ergebnis: S hat gegen P keinen Anspruch auf Herausgabe der Konsole aus § 985 BGB.**

**B. Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 861 BGB**

Ebenfalls nicht gegeben, sind die Voraussetzungen des § 861 BGB, da keine verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB vorliegt. Damit scheidet auch ein Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 861 BGB aus.

**C. Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 1007 I BGB**

Ein Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 1007 I BGB scheidet aus, da P bei Besitzerwerb gutgläubig war (analog § 932 II BGB).

## D. Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 1007 II BGB

Auch ein Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 1007 II BGB ist nicht gegeben, da die Konsole nicht abhandengekommen ist.

## E. Schadensersatzanspruch des S gegen P aus § 823 I BGB

Fraglich ist, ob S gegen P einen Herausgabeanspruch aus § 823 I i.V.m. § 249 I BGB ableiten kann.

### I. Rechtsgutsverletzung

Eine Eigentumsverletzung in Form einer Besitzentziehung liegt vor.

**Hinweis:** Auch die Pfandrechtsbestellung wird man als Eigentumsverletzung einstufen können; ein darauf gestützter Anspruch zieht aber nicht die gewünschte Rechtsfolge (Herausgabe der Sache) nach sich, sondern nur eine Beseitigung des Pfandrechts).

### II. Kausales Verhalten des P

In der Entgegennahme der Sache und der anschließende Verweigerung einer Rückgabe an S liegt ferner eine taugliche Verletzungshandlung.

**Hinweis:** Vertretbar erscheint es auch, von einem Unterlassen auszugehen. Dann müsste hier bereits geprüft werden, ob den P eine Rückgabepflicht trifft.

### III. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsverwirklichung indiziert zwar die Rechtswidrigkeit. Allerdings steht dem P – wie oben geprüft – ein Recht zum Besitz aus seinem Pfandrecht zu. Dieses Pfandrecht ist rechtmäßig begründet worden.

### IV. Ergebnis

Der S steht kein Herausgabeanspruch aus § 823 I i.V.m. § 249 I BGB zu.

## F. Herausgabeanspruch des S gegen P aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB

S könnte gegen P einen Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB haben. Dazu müsste P in sonstiger Weise auf Kosten der S etwas ohne Rechtsgrund erlangt haben.

### I. Etwas erlangt

Zunächst müsste P etwas erlangt haben. Hierunter fällt jeder vermögenswerter Vorteil. Vorliegend hat P Besitz an der Playstation erlangt.

**Hinweis:** Zwar hat P auch ein Pfandrecht erlangt; das ist für die Frage des Herausgabeanspruchs aber unbeachtlich (jedenfalls i.R.d. Frage, was P erlangt hat).

## II. Durch Leistung oder in sonstiger Weise

Beide Positionen hat P nicht durch eine Leistung der S, sondern – im Verhältnis zu S – in sonstiger Weise erlangt. Dies geschah auf Kosten der S, da diesem als Eigentümer das Besitzrecht zusteht.

## III. Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion

Was jemand durch Leistung erhalten hat, muss er/sie grundsätzlich nicht im Wege der Nichtleistungskondiktion herausgeben. P hat den Besitz an der Playstation durch eine Leistung des K erlangt, so dass eine Nichtleistungskondiktion der S zunächst ausscheidet.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Wertungen der §§ 932, 935 und 816 I 2 es erfordern. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall: Der Bereicherungsschuldner P ist gutgläubig und hat den Besitz entgeltlich erworben (nämlich zur Sicherung eines Darlehens); auch ist die Sache die streitgegenständliche Playstation der S nicht abhandengekommen. Es bleibt daher bei der Subsidiarität – und damit im Ergebnis beim Ausscheiden der Nichtleistungskondiktion.

**Hinweis:** Im Übrigen wäre ist der Eingriff nicht rechtsgrundlos erfolgt. Ein vertraglicher Behaltensgrund scheidet zwar vorliegend aus, da die Sicherungsabrede zwischen P und K nur inter partes wirkt und S den K nicht zur Weitergabe und Verpfändung ermächtigt hatte. Allerdings stellen, die §§ 1207, 932 einen Rechtsgrund für das Pfandrecht, und das Pfandrecht wiederum einen Rechtsgrund für den Besitz dar (siehe oben).

## V. Ergebnis

S hat keinen Herausgabeanspruch aus § 812 BGB gegen P.

### Frage 3: Pfandrechte des V und des P

#### A. Vermieterpfandrecht des V nach § 562 BGB

V könnte ein Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB zustehen. Dazu müsste eine dem Mieter gehörende Sache im Rahmen eines bestehenden Mietvertrages in den Mietraum eingebracht worden sein. Des Weiteren müssten dem Vermieter Forderungen aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter zustehen.

## I. Entstehung des Vermieterpfandrechts

Da K nun Eigentümer der Playstation ist, bringt er eine eigene Sache in die Mieträume ein, so dass das Vermieterpfandrecht (zunächst) entstanden ist.

## II. Erlöschen des Vermieterpfandrechts

Allerdings könnte das Vermieterpfandrecht durch das Entfernen aus der Wohnung und die Übergabe an P nach § 562 a BGB erloschen sein.

### 1. Grundsatz § 562 a S. 1 HS. 1

Nach § 562 a S. 1 HS. 1 BGB erlischt das Vermieterpfandrecht mit der Entfernung der Sache von dem Grundstück. Danach wäre mit dem Herausbringen der Playstation das Pfandrecht des V erloschen.

### 2. Ausnahme § 562 a S. 1 HS. 2 BGB

Gem. § 562 a S. 1 HS. 2 BGB erlischt das Pfandrecht allerdings nicht, wenn die Entfernung – so wie hier – ohne Wissen des Vermieters erfolgt. Demzufolge wäre das Vermieterpfandrecht des V nicht erloschen.

### 3. Rückausnahme § 562 a S. 2 BGB

Möglicherweise könnte das Pfandrecht nach § 562 a S. 2 BGB erloschen sein. Dabei ist zu beachten, dass § 562 a S. 2 BGB entgegen seines Wortsinns sowohl für die Konstellationen des Widerspruchs als auch die Fälle des unwissentlichen Entfernens gilt.

#### *a) Hinreichende Sicherung des Vermieters*

Eine Rückausnahme nach § 562 a S. 2 Alt. 2 BGB liegt nicht vor, da die übrigen Gegenstände nicht zur Sicherung des V ausreichen.

#### *b) Entfernung nach den gewöhnlichen Lebensverhältnissen*

Denkbar erscheint allerdings, dass die Rückausnahme des § 562 a S. 2 Alt. 1 BGB eingreift. Dies wäre der Fall, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht. Zur Beurteilung der gewöhnlichen Lebensverhältnisse wird auf einen abstrakten Maßstab, d.h. auf die gewöhnlichen Lebensverhältnisse eines gewöhnlichen Mieters abgestellt. Dabei wird der Begriff „gewöhnliche Lebensverhältnisse“ durch die Verkehrssitte konkretisiert, d.h. es sind insbesondere die Gepflogenheiten der jeweiligen Verkehrskreise zur Bestimmung der gewöhnlichen Lebensverhältnisse relevant. Dafür, dass die Verpfändung von Sachen zu den gewöhnlichen Lebensverhältnissen zählt, ließe sich argumentieren, dass unvorhersehbare finanzielle Belastungen auch den durchschnittlichen Mieter treffen können. Allerdings wird man sagen müssen, dass unter Berücksichtigung der Verkehrssitte eine Verpfändung – anders als die tägliche Nutzung des Fahrrads zur Uni – nur in sehr seltenen Fällen, nämlich den Fällen in denen eine akute Geldnot besteht, relevant wird. Diese Sonderfälle zu den täglichen Lebensverhältnissen zu zählen, scheint den Wortlaut und den Anwendungsbereich der Rückausnahme zu überdehnen. Ferner lässt sich die Ratio des § 562 BGB anführen. So

soll das Vermieterpfandrecht gerade die vorrangige Sicherung des Vermieters für Forderungen aus dem Mietverhältnis gewährleisten. Dabei hat der Gesetzgeber bei der Normschaffung gerade den Mietzinsverzug ins Auge gefasst, d.h. die Fälle, in denen der Mieter aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten den Mietzins nicht oder nicht rechtzeitig bezahlt. Zieht man nun die Verpfändung von Wertgegenständen zur Beseitigung von Zahlungsschwierigkeiten in die gewöhnlichen Lebensverhältnisse des Mieters mit ein, so wird damit die vorrangige Sicherung des Vermieters unterlaufen; das Sicherungsinstrument des Vermieters durch extensive Handhabung der Rückausnahmen also zu einem zahnlosen Tiger. Damit liegt auch keine Rückausnahme i.S.d. § 562 a S. 2 Alt. 2 BGB vor, so dass das Vermieterpfandrecht nicht durch das Herausheben und Verpfänden erloschen ist.

**Korrekturhinweis:** Erwartet wird hier, dass sich die Studierenden mit der Systematik des § 562a BGB auseinandersetzen und das Schema: Grundsatz – Ausnahme – Rückausnahme erkennen. Hinsichtlich der Argumentation und des Ergebnisses sind mehrere Ansätze vertretbar. Eine derart ausführliche Argumentation wird selbst von sehr guten Arbeiten nicht erwartet.

## B. Vertragliches Pfandrecht des P nach § 1204, 1205 BGB

P könnte ein vertragliches Pfandrecht nach §§ 1204, 1205 BGB an der Konsole zustehen. Dafür wäre eine Einigung i.S.d. § 1205 I BGB, die Übergabe der Pfandsache, die Berechtigung des Veräußerers sowie das Bestehen einer zu sichernden Forderung (Akzessorietät § 1204 BGB) erforderlich.

Da der K nun Eigentümer der Playstation ist, liegt eine Berechtigung zur Pfandbestellung vor, so dass dem P wirksam ein vertragliches Pfandrecht bestellt wurde.

### Frage 4:

#### A. Grundsatz: Zeitliche Priorität

Nach § 1209 BGB gilt das Prioritätsprinzip, d.h. das zeitlich früher entstandene Pfandrecht genießt den Vorrang. Da § 1209 BGB über § 1257 BGB auch für das Vermieterpfandrecht gilt, wäre das Vermieterpfandrecht grundsätzlich das vorrangige Pfandrecht.

#### B. Ausnahme: Gutgläubiger Erwerb des Vorrangs

Etwas anderes könnte indes nach § 1208 BGB gelten. Danach ist ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs möglich, wenn die verpfändete Sache mit einem Recht eines Dritten belastet ist.

## I. Wirksame Pfandrechtsbestellung

Wie bereits festgestellt, liegt eine wirksame Pfandbestellung vor. Sie ist der Entstehung des Vermieterpfandrechts auch zeitlich nachgelagert.

## II. Guter Glaube des Pfandgläubigers

P müsste im maßgeblichen Zeitpunkt gutgläubig gewesen sein. Anhaltspunkte, die gegen eine Gutgläubigkeit sprechen, sind nicht erkennbar.

**Hinweis:** Mit entsprechender Begründung ist die Annahme einer Bösgläubigkeit selbstverständlich vertretbar (etwa mit dem Argument, es sei naheliegend, dass jemand, der beim Pfandleiher ein Darlehen aufnehmen muss, auch Mietschulden habe, so dass ein Vermieterpfandrecht regelmäßig nicht mit dem Entfernen aus der Wohnung erlösche).

## III. Kein Abhandenkommen §§ 1208 S. 2, 935 BGB

Ein gutgläubiger Erwerb könnte jedoch gem. §§ 1208 S. 2, 935 I BGB ausgeschlossen sein, wenn die Sache abhandengekommen ist.

Fraglich ist dabei zunächst, auf wen hinsichtlich des Abhandenkommens abzustellen ist. Eigentümer ist der K, so dass es naheliegend scheint, auf ihn abzustellen. Das würde jedoch dem Zweck des § 1208 S. 2 BGB widersprechen. Die Vorschrift zielt darauf, diejenige Person zu schützen, in deren Recht durch den gutgläubigen Erwerb eingegriffen wird. Das ist in Fällen des § 1208 BGB der Dritte, der durch den gutgläubigen Erwerb den Vorrang seines Pfandrechts verliert. Auf ihn ist dementsprechend abzustellen.

Dies führt indes bei besitzlosen Pfandrechten wie dem Vermieterpfandrecht zu dem Problem, dass von einem Abhandenkommen im herkömmlichen Sinne (Gewahrsamsverlust) nicht die Rede sein kann. Allerdings ist der Begriff des Abhandenkommens auslegungsfähig und kann ohne Weiteres auch andere Fallgestaltungen als den bloßen Gewahrsamsverlust erfassen. Beim Vermieterpfandrecht erscheint es sinnvoll, den Begriff im Lichte des § 562a BGB auszulegen und dann von einem Abhandenkommen auszugehen, wenn die Sache ohne Wissen oder gegen den Widerspruch des Vermieters von dem Grundstück (bzw. aus der Wohnung) entfernt wird.

Nach diesem Maßstab ist vorliegend von einem Abhandenkommen auszugehen: V hatte keine Kenntnis davon, dass K die Playstation aus der Wohnung entfernte. Ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs durch P scheitert daher an §§ 1208 S. 2 935 I BGB.

## IV. Ergebnis

Vorrang genießt das Vermieterpfandrecht des V.

## Klausur 1: „Ein folgenschwerer Unfall“

### – Sachverhalt –

An einer T-Kreuzung will A mit seinem Pkw nach links auf eine Vorfahrtsstraße abbiegen. Weil dort ein großer LKW mit nur einem Meter Abstand zur Kreuzung parkt, kann A die Straße jedoch nicht einsehen. Er tastet sich zunächst etwas vor, um das Blickfeld zumindest ein bisschen zu vergrößern und gibt dann Gas, um die unangenehme Situation möglichst schnell zu überwinden. Im gleichen Moment naht auf der Vorfahrtstraße (von links) der Pkw der B heran. B passiert den Lkw exakt mit der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h. Um eine Kollision zu vermeiden, reißt A das Steuer herum, gibt noch mehr Gas und lenkt seinen Wagen geradeaus in den Straßengraben. An seinem Wagen entsteht ein Schaden i.H.v. 4.000€. Der Wagen der B bleibt unbeschädigt.

Der parkende Lkw gehört der Spedition Z GmbH und wird üblicherweise zum Transport von Lebensmitteln verwendet. Zwei Angestellte der Z (C und D) haben sich den Lkw allerdings zwischen einigen Auslieferung – ohne Wissen der Z – für einen privaten Umzug während ihrer Arbeitszeit „ausgeliehen“, als es zu dem Unfall des A kommt.

Nachdem A die Kontaktinformationen mit B ausgetauscht hat, begeben sich beide zu C, der den Lkw an der entsprechenden Stelle geparkt hat, um diesen von seiner Mitverantwortung für den Schaden zu unterrichten. Auf diese Anschuldigung angesprochen reagieren C und sein Beifahrer D jedoch sehr empfindlich, weil sie nun fürchten, ihr Arbeitgeber könnte durch diesen Vorfall von dem privaten Einsatz des Lkw erfahren. Nach einer hitzigen Diskussion zwischen den Beteiligten eskaliert die Situation, sodass es nach einer kurzen Rangelei zu einer handfesten Schlägerei zwischen A, B, C und D kommt. Im Verlaufe dieser Auseinandersetzung wird A mehrfach von Faustschlägen des C und des D im Gesicht getroffen, wobei ein letzter Schlag dazu führt, dass A das Bewusstsein verliert, stürzt und kurz darauf überraschend seinen Verletzungen erliegt. Ob der tödliche Faustschlag von C oder D herrührte, ist wegen der unübersichtlichen Lage nicht mehr feststellbar. Wer von den Beteiligten die Schlägerei angefangen hat, ist ebenfalls nicht aufzuklären. A hinterlässt seinen Vater (V) und seine Schwester (S), zu der er jedoch seit langem keinen Kontakt mehr pflegt. Seine Mutter (M) ist bereits verstorben.

V und S fragen sich, ob sie Schadensersatz und Schmerzensgeld von B, C, D und Z verlangen können. Wie ist die Rechtslage?

Bearbeitungsvermerk: A, B und die Z GmbH sind Halter der jeweiligen Kraftfahrzeuge.



# Klausur 1: „Ein folgenschwerer Unfall“

## – Lösungsvorschlag –

### A. Ansprüche wegen Beschädigung des PKW

#### I. Ansprüche gegenüber B

##### 1. Anspruch aus §§ 670, 683, 677, 1922 I BGB

V und S könnten einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegenüber B aus §§ 670, 683, 677, 1922 BGB wegen des Ausweichmanövers des A haben.

##### *a) Anspruchsinhaber*

Zu klären ist zunächst, wer überhaupt als Inhaber eines möglichen Anspruchs gegenüber B in Betracht kommt, da der A verstorben ist. Nach § 1922 I BGB geht mit dem Tod einer Person deren Vermögen als Ganzes auf die Erben über. Wer Erbe ist, bestimmt sich nach der letztwilligen Verfügung (§ 1937 BGB) oder, sofern eine solche nicht vorhanden ist, nach der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924ff BGB). A hat kein Testament errichtet, sodass sich die Erbfolge nach dem Gesetz bestimmt. Nach der gesetzlichen Konzeption ist die Erbenstellung von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ordnung abhängig, wobei ein Verwandter so lange nicht zur Erbfolge berufen ist, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist, § 1930 BGB.

Gesetzliche Erben erster Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers, § 1924 I BGB. A hinterlässt aber keine Abkömmlinge, sodass Verwandte der zweiten Ordnung zur Erbfolge berufen sind. Dazu gehören nach § 1925 I die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Sofern zur Zeit des Erbfalls beide Elternteile leben, erben sie allein und zu gleichen Teilen, § 1925 Abs. 2 BGB. Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter hingegen nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge, § 1925 III 1 BGB. A hinterlässt seinen Vater V und seine Schwester S. Seine Mutter ist hingegen vorverstorben. Mit V und S leben demnach Erben zweiter Ordnung. Nach § 1925 II ist die S jedoch so lange von Erbfolge ausgeschlossen, wie V und M leben, die in diesem Fall allein und zu gleichen Teilen erben. Nach dem Tod der M tritt S jedoch als Abkömmling an ihre Stelle, sodass nunmehr V und S zu gleichen Teilen erben. Anspruchsinhaber ist damit die Miterbengemeinschaft bestehend aus V und S, 2032 I BGB.

## b) Fremdes Geschäft

Zunächst müsste es sich bei dem Ausweichmanöver um ein fremdes Geschäft handeln. Das setzt ein Tätigwerden im Rechts- oder Interessenkreis eines anderen voraus. Mit dem Manöver hat A versucht eine Kollision zwischen seinem Fahrzeug und dem der B zu vermeiden. Dadurch wurde B vor Schäden an ihrer Gesundheit und ihrem Eigentum bewahrt. Auf der anderen Seite hat der A damit auch eigene Schäden und eine mögliche Haftung gegenüber B abgewendet. Aus letzterem Grund kann ein fremdes Geschäft nur dann angenommen werden, wenn der ausweichende Fahrer für den damit abgewendeten Schaden nicht hätte eintreten müssen. Denn würde der Ausweichende im Falle der fiktiven Kollision haften, so muss ihm erst recht zugemutet werden, die Kosten der Schadensvermeidung zu tragen. Andernfalls würde der Ausweichende im Falle des Unfalls für die Fremdschäden eintreten müssen, nicht jedoch für die Eigenschäden, die ihm bei der Verhinderung eines solchen Unfalls entstehen, wodurch die gesetzliche Risikoverteilung unterlaufen würde. Nach wertender Betrachtung muss in diesen Konstellationen ein eigenes Geschäft des Ausweichenden angenommen werden.

Maßgeblich ist demnach, ob A für Schäden der B gehaftet hätte, wenn es zum Unfall gekommen wäre. Die Kollision wäre bei Betrieb eines Kfz entstanden, sodass der A als Halter grundsätzlich gegenüber B nach § 7 I StVG gehaftet hätte. Die Haftung wäre nur bei höherer Gewalt im Sinne des § 7 II StVG, bei einem unabwendbaren Ereignis nach § 17 III StVG oder bei einem überwiegenden Mitverschulden der B nach §§ 17 I, II StVG ausgeschlossen gewesen. Für A hätte sich die Kollision nicht als betriebsfremdes, unvorhersehbares Ereignis dargestellt, noch wäre sie für einen Idealfahrer unabwendbar gewesen, sodass weder höhere Gewalt noch ein unabwendbares Ereignis vorliegt. Außerdem hätte A mit dem Auffahren auf die uneinsichtige Vorfahrtsstraße die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 8 II 2, 3 StVO) missachtet, sodass sein Verursachungsbeitrag jedenfalls nicht gänzlich hinter einem möglichen Mitverschulden der B zurückgetreten wäre. A hätte demnach für den Schaden der B bei einem fiktiven Unfall (zumindest mit-) eintreten müssen. Im Umkehrschluss kann der A die Kosten für die Vermeidung des Unfalls nicht über die GoA von B verlangen.

**Korrekturhinweis:** Die Behandlung der sog. Selbstaufopferung im Straßenverkehr ist im Einzelnen umstritten (vgl. Staudinger/Bergmann (2020) Vorbemerkungen zu §§ 677 Rn. 153 m.w.N.). Vertiefte Kenntnisse werden daher nicht erwartet, sodass es bereits zu honorieren ist, wenn der drohende Wertungswiderspruch zwischen dem Aufwendungsersatz aus GoA und der Haftung nach dem StVG erkannt wird. Die Thematisierung der Problematik muss nicht zwingend bei der Frage nach der „Fremdheit des Geschäfts“ erfolgen. In Betracht kommt u.a. auch ein eigenständiger Prüfungspunkt bezüglich der Anwendbarkeit der GoA.

Wird dennoch vertreten, dass ein Anspruch aus GoA in Betracht kommt, sind die weiteren Voraussetzungen zu bejahen. Im Rahmen der Rechtsfolgen muss dann erörtert werden, dass neben Aufwendungen auch risikotypische Begleitschäden ersatzfähig sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass allein A ein Verschulden trifft, sodass im Ergebnis kein Ersatzanspruch besteht.

## c) Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegenüber B aus §§ 670, 683, 677, 1922 BGB wegen des Ausweichmanövers des A.

**2. Anspruch aus §§ 7 I StVG, § 1922 I BGB**

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber B aus Halterhaftung gem. §§ 7 I StVG, 1922 BGB haben.

## a) Halter

Halter ist derjenige, der das Fahrzeug auf eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt. Das ist nach den Angaben des Bearbeitungsvermerks bei B der Fall.

## b) Kraftfahrzeug

Der PKW der B ist ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird, ohne an Bahngleise gebunden zu sein und ist damit Kraftfahrzeug im Sinne des § 1 II StVG.

*c) Rechtsgutsverletzung*

Infolge des Ausweichens in den Straßengraben ist die Sachsubstanz des PKW von A beeinträchtigt worden, sodass eine Sachbeschädigung im Sinne des § 7 I StVG gegeben ist.

## d) Bei Betrieb

Die Verletzung des geschützten Rechtsguts muss auch „bei Betrieb“ des Kfz entstanden sein. Davon erfasst sind alle Vorgänge, die in einem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Eigenschaft des Fahrzeuges als einer fahrenden bzw. dem Verkehr dienenden Maschine stehen. Problematisch könnte sein, dass die Sachbeschädigung ohne Kollision der Fahrzeuge entstanden ist und unmittelbar nur wegen einer eigenen Ausweichhandlung des A eintritt. Für die Zurechnung zum Betrieb des Kfz reicht es jedoch aus, dass der Unfallgegner durch seine Fahrweise oder sonstige Verkehrsbeeinflussung zu der Entstehung eines Schadens beigetragen und damit den Unfall *mitveranlasst* hat. Erst das Befahren der Straße durch B hat den A zu dem Ausweichmanöver veranlasst. Dementsprechend ist auch die spezifische Betriebsgefahr gegeben.

*e) Kein Haftungsausschluss*

Die Haftung dürfte nicht ausgeschlossen sein. Das ist gem. § 7 II StVG der Fall, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird. Dabei handelt es sich um betriebsfremde und unvorhersehbare Ereignisse, die weder durch die erforderliche Sorgfalt verhindert noch wegen ihrer Häufigkeit in Kauf genommen werden müssen. Erfasst sind davon nur solche Risiken, die nach wertender Betrachtung nicht mehr der Gefährlichkeit des Kfz-Betriebs, sondern allein Drittereignissen zugerechnet werden können. A fuhr auf die Vorfahrtsstraße auf und übersah den PKW der B, dem er durch ein riskantes Manöver ausweichen musste.

Bei diesem Vorgang handelt es sich nicht um ein betriebsfremdes, sondern um ein betriebstypisches Risiko, dass nach wertender Betrachtung der Gefährlichkeit des Kfz-Betriebs zugerechnet werden muss. Höhere Gewalt liegt damit nicht vor.

### *f) Schaden*

Dem A müsste ein ersatzfähiger Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB entstanden sein. Nach der Differenzhypothese berechnet sich dieser Schaden aus der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögen (also dem Vermögen, das der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte) und dem tatsächlichen Vermögen. Das schädigende Ereignis liegt in dem Ausweichmanöver in den Straßengraben, wodurch der PKW des A beschädigt wird. Hätte A nicht ausweichen müssen, wäre die entsprechende Beschädigung nicht eingetreten. Daraus ergibt sich eine Vermögensdifferenz und somit ein Schaden in Höhe von 4000€.

### *g) Umfang des Ersatzanspruches*

Fraglich ist, in welchem Umfang B zum Ersatz verpflichtet ist.

#### *aa) Unabwendbares Ereignis*

Nach § 17 III ist die Verpflichtung zum Ersatz nach den Abs. 1 und 2 jedoch ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Kraftfahrzeugs noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt ein Ereignis nur dann, wenn sowohl der Halter als auch der Führer des Kraftfahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat. Entscheidend ist damit, dass sich der Fahrer wie ein „Idealfahrer“ verhalten hat und das schadenstiftende Ereignis dennoch nicht verhindern konnte. B befuhr eine Vorfahrtsstraße und passierte den LKW mit der zugelassenen Höchstgeschwindigkeit von 50km/h, als A auf die Straße einbog. Ein Idealfahrer hätte hingegen die Gefahr eines hinter dem LKW auftauchenden PKW einkalkuliert und seine Geschwindigkeit entsprechend angepasst. Für einen Idealfahrer wäre die drohende Kollision daher vermeidbar gewesen, sodass kein unabwendbares Ereignis vorliegt.

#### *bb) Haftungsquote*

Wird ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht und ist dabei ein Schaden an einem der beteiligten Fahrzeuge entstanden, so richtet sich die Haftung im Verhältnis der Fahrzeughalter untereinander nach den Umständen, insbesondere danach, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, §§ 17 I, II StVG.

**Hinweis:** §§ 17 I, II StVG trifft eine spezielle Regelung für die Haftungsverteilung bei Schäden an einem am Verkehrsunfall beteiligten Fahrzeug. Daher gehen in diesen Fällen die §§ 17 I, II StVG dem § 9 StVG vor.

Das Verhältnis der Haftung richtet sich daher nach den Umständen, d.h. nach dem Maß der Verursachung, in dem die Beteiligten zur Schadensentstehung beigetragen haben.

Abwägungskriterien sind insbesondere die abstrakte Betriebsgefahr des jeweiligen Kfz und das Verschulden der Fahrzeugführer.

Im Ausgangspunkt ist zunächst die abstrakte Betriebsgefahr der beteiligten Kraftfahrzeuge zu berücksichtigen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Bei den beteiligten PKW von A und B ergibt sich damit zunächst eine Haftungsverteilung von 50:50.

Darüber hinaus sind die konkreten Verursachungsbeiträge und dabei insbesondere das Verschulden der beteiligten Fahrzeugführer zu berücksichtigen. Nach § 8 II 2 StVO darf derjenige, der die Vorfahrt zu beachten hat, nur weiterfahren, wenn er übersehen kann, dass wer Vorfahrt hat, weder gefährdet noch wesentlich behindert wird. Ist die Straßenstelle unübersichtlich, so muss sich der Fahrer vorsichtig in die Kreuzung hineintasten, bis die Übersicht gegeben ist, § 8 II 3 StVO. A hat sich zunächst in die Kreuzung hineingetastet, ist dann aber, ohne die Übersicht hergestellt zu haben, auf die Vorfahrtsstraße abgebogen, um die unangenehme Situation schnell zu beenden. A handelte somit sorgfaltswidrig.

B hat insofern einen Verursachungsbeitrag gesetzt, als sie ihre Geschwindigkeit nicht – wie in § 3 I 2 StVO gefordert – den Straßen- Verkehrs- und Sichtbedingungen anzupassen. Obwohl die Sicht durch den parkenden Lkw reduziert war, hat B ihre Geschwindigkeit nicht reduziert, sodass auch sie sorgfaltswidrig handelte.

Die Verursachungsbeiträge sind schließlich gegeneinander abzuwägen. Zulasten des A ist festzustellen, dass er die Sichtbeeinträchtigung erkannte und sein Verhalten danach ausrichten konnte, was er jedoch nicht tat. Anstatt sein Blickfeld durch weiteres Vorantasten zu vergrößern, gab A Gas, um die unangenehme Situation zu überwinden. B fuhr hingegen mit der grundsätzlich zulässigen Höchstgeschwindigkeit und durfte auch auf die Beachtung ihrer Vorfahrt vertrauen. Sie trifft allein der Vorwurf, ihre Geschwindigkeit wegen der schwierigen Sichtverhältnisse nicht verringert zu haben. Der Vorfahrtsverstoß des A wiegt damit erheblich schwerer, sodass eine volle Haftung des A angemessen erscheint.

**Hinweis:** Dem Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch B kann mit dem Argument begegnet werden, dass die Einbuchtung hinter dem LKW überhaupt nicht erkennbar war. Dann liegt eine Alleinhaftung des A erst recht auf der Hand. Darüber hinaus ist aber – bei entsprechender Begründung – auch eine andere Haftungsquotelung ohne Weiteres vertretbar.

h) Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber B aus Halterhaftung gem. §§ 7 I StVG, 1922 BGB.

### 3. Anspruch aus §§ 18 I StVG, § 1922 I BGB

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber B aus Fahrerhaftung gem. §§ 18 I StVG, 1922 BGB haben. Neben den Voraussetzungen des § 7 I StVG müsste der Fahrer den Schaden schuldhaft herbeigeführt haben. Erforderlich ist dafür Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276 I 1 BGB. Als die B mit 50 km/h den LKW passierte, obwohl

der § 3 I 2 StVO von ihr wegen der Straßen, Verkehrs- und Sichtbedingungen eine Geschwindigkeitsreduzierung verlangt, hat sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, sodass sie fahrlässig handelte. Ein Verschulden der B liegt damit vor. Nach Maßgabe der §§ 18 III, 17 I, II StVG ergibt sich allerdings dieselbe Haftungsquote wie bereits bei der Halterhaftung, sodass A allein für den Schaden einstehen muss (s.o.). Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 18 I StVG, 1922 I BGB besteht daher nicht.

**Hinweis:** Auch hier kann mit dem Einwand der fehlenden Erkennbarkeit der Einbuchtung hinter dem Lkw die Fahrlässigkeit verneint werden. Genauso ist auch hier eine abweichende Haftungsquote möglich, die allerdings nicht von der zuvor gewählten Quote im Rahmen des § 7 I StVG, 1922 I BGB abweichen darf.

#### 4. Ansprüche aus §§ 823 I, 1922 und 823 II i.V.m. § 3 I 2 StVO, 1922 I BGB

B hat fahrlässig (s.o.) das Eigentum von A beeinträchtigt, sodass ein Anspruch aus §§ 823 I, 1922 BGB in Betracht kommt. Außerdem hat B mit dem § 3 I 2 StVO fahrlässig eine Schutznorm verletzt (s.o.), sodass auch eine Haftung nach §§ 823 II, 1922 BGB dem Grunde nach gegeben ist. Auch die deliktischen Ansprüche könnten jedoch wegen des Mitverschuldens des A zu kürzen sein. Dabei muss im Falle des § 17 I, II StVG die Haftungsverteilung nach Maßgabe dieser Vorschriften auch für den deliktischen Anspruch erfolgen, da sie der allgemeineren Regelung des § 254 BGB vorgehen. Auch nach dem deliktischen Anspruch ergibt sich damit eine alleinige Haftung des A.

### II. Ansprüche gegenüber C

#### 1. Anspruch aus §§ 18 I StVG, § 1922 BGB

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber C aus §§ 18 I StVG, 1922 BGB haben.

##### a) Führer eines Kraftfahrzeugs

C müsste Führer eines Kraftfahrzeugs sein. Der LKW ist ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird, ohne an Bahngleise gebunden zu sein und ist damit Kraftfahrzeug im Sinne des § 1 II StVG. C hat den LKW auch in eigener Verantwortung in Bewegung gesetzt, sodass er Fahrzeugführer ist.

**Hinweis:** Die Stellung als Fahrzeugführer endet, wenn das KfZ außer Betrieb genommen wird. Als es zum Unfall des A kommt, wird der LKW tatsächlich nicht mehr von C geführt. Für die in Rede stehende Haftung ist der maßgebliche Umstand aber das Parken vor der Kreuzung: Der LKW wurde von C als Fahrzeugführer dort abgestellt.

##### b) Rechtsgutsverletzung

Durch das Ausweichen in den Straßengraben ist die Sachsubstanz des PKW von A beeinträchtigt worden, sodass eine Sachbeschädigung im Sinne des § 7 I StVG gegeben ist (s.o.).

## c) Bei Betrieb

Die Verletzung des geschützten Rechtsguts muss auch „bei Betrieb“ des LKW entstanden sein. Das könnte hier problematisch sein, da der Motor des LKW zum Zeitpunkt des Unfalls nicht lief und dieser an der Kreuzung geparkt wurde. Mit dem Kriterium der Betriebsbezogenheit sollen indes nur solche Gefahren ausgenommen werden, die nicht mit den besonderen Gefahren des Kfz-Verkehrs einhergehen. Denn die Halterhaftung ist gerade der Preis für die Zulassung der damit verbundenen Risiken. Erfasst werden deshalb alle Vorgänge, die in einem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Eigenschaft des Fahrzeuges als einer fahrenden bzw. dem Verkehr dienenden Maschine stehen. Solange ein abgestelltes Kfz für die Abwicklung des Verkehrs noch eine Gefahr darstellt, bleibt es folglich in Betrieb. Das gilt erst recht für ein verbotswidrig geparktes Fahrzeug. Der LKW stand verbotswidrig (§ 12 III Nr. 1 StVO) vor einer Kreuzung und hat damit noch auf die Abwicklung des übrigen Verkehrs eingewirkt, sodass ein hinreichender örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der Eigenschaft des LKWs als dem Verkehr dienenden Maschine besteht. Die Rechtsgutsverletzung entstand mithin auch bei Betrieb eines Kfz

## d) Verschulden

C müsste auch ein Verschulden treffen, § 18 I 2 StVG. Das ist bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln der Fall. § 276 I 1 BGB. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet, § 276 II BGB. Die Sorgfaltsanforderung für den Straßenverkehr ergeben sich insbesondere aus der StVO. Nach § 12 III Nr. 1 StVO ist das Parken vor Kreuzungen und Einmündungen bis zu 5 m von den Schnittpunkten der Fahrbahnkanten aus unzulässig, § 12 III Nr. 1 StVO. Der LKW wurde von C jedoch mit nur einem Meter vor der Kreuzung geparkt. C hat demnach die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet und handelte damit fahrlässig.

## e) Schaden

Ein Schaden ist in Höhe von 4000€ gegeben (s.o.).

## f) Umfang des Ersatzanspruchs

Fraglich ist, in welchem Umfang C für den Schaden einzustehen hat. Wird ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht und ist dabei ein Schaden an einem der beteiligten Fahrzeuge entstanden, so richtet sich die Haftung im Verhältnis zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Kraftfahrzeuge nach den Umständen, insbesondere danach, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, §§ 18 III, 17 I, II StVG.

Das Verhältnis der Haftung richtet sich daher nach den Umständen, d.h. nach dem Maß der Verursachung, in dem die Beteiligten zur Schadensentstehung beigetragen haben (s.o.)

Im Ausgangspunkt ist zunächst wieder die abstrakte Betriebsgefahr der beteiligten Kraftfahrzeuge zu berücksichtigen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. So liegt die abstrakte Betriebsgefahr eines LKW in der Regel von Natur aus höher als die eines PKW. Auf der anderen Seite ist die abstrakte Gefahr, die von einem

geparkten Kfz ausgeht, in der Regel geringer als die eines fahrenden einzustufen. Auf Grundlage dieser allgemeinen Gefahrenabwägung ist von einer Haftungsquote von 20:80 zu Lasten des A auszugehen.

Darüber hinaus sind die konkreten Verursachungsbeiträge und dabei insbesondere das Verschulden der beteiligten Fahrzeugführer zu berücksichtigen. A hat sich zunächst in die Kreuzung hineingetastet, ist dann aber, ohne die Übersicht hergestellt zu haben, auf die Vorfahrtsstraße abgebogen, um die unangenehme Situation schnell zu beenden und hat damit gegen die §§ 8 II 2, 3 StVO verstoßen. A handelte somit sorgfaltswidrig (s.o.). Auf der anderen Seite ist das Parken vor Kreuzungen und Einmündungen bis zu 5 m von den Schnittpunkten der Fahrbahnkanten aus unzulässig, § 12 III Nr. 1 StVO. Der LKW wurde jedoch mit nur einem Meter vor der Kreuzung geparkt, sodass dadurch die Übersichtlichkeit an der Kreuzung beeinträchtigt wurde. Auch das Verhalten des C war somit sorgfaltswidrig.

Die Verursachungsbeiträge sind schließlich miteinander abzuwägen. Zu Lasten des A ist wieder festzustellen, dass er die Sichtbeeinträchtigung erkannte und sein Verhalten danach ausrichten konnte, was er jedoch nicht tat. Der Vorfahrtsverstoß des A wiegt damit auch schwerer als die durch C verursachte Sichtbeeinträchtigung durch regelwidriges Parken. Damit erscheint eine Haftungsquote zwischen C und A von 20:80 angemessen.

**Hinweis:** Für Sichtbehinderungen durch verbotswidrig parkende Kraftfahrzeuge wurden – soweit ersichtlich – bisher Quoten von 20% (LG Duisburg, Urt. v. 24. 03. 1994, 5 S8/94) bis 40% (OLG Karlsruhe, Urt. v. 04. 12.1991, 1 U 156/91) anerkannt. Auch hier ist jede andere Quotelung – bei entsprechender Begründung – ohne Weiteres vertretbar.

### *g) Ergebnis*

Die Miterbengemeinschaft hat einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 800€ (1/5 des Gesamtschadens) gegenüber C aus §§ 18 I StVG, 1922 BGB.

### **2. Anspruch aus §§ 823 I, 1922 I BGB**

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber C aus §§ 823 I, 1922 BGB haben.

#### a) Rechtsgutsverletzung

Der PKW des A wurde beschädigt, sodass eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 I BGB vorliegt.

#### b) Kausale Verletzungshandlung

Das haftungsbegründende Verhalten liegt in dem Parken des LKW mit nur einem Meter Abstand zur Kreuzung. Das Parken war naturwissenschaftlich ursächlich für die Eigentumsverletzung, außerdem lag der Verletzungserfolg auch nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, sodass das Verhalten äquivalent und adäquat kausal für die Rechtsgutsverletzung war.



#### c) Rechtswidrigkeit

Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht wird die Rechtswidrigkeit grundsätzlich mit der zurechenbaren Rechtsgutsverletzung indiziert. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Schädiger die Rechtsgutsverletzung nur mittelbar herbeigeführt hat. In diesem Fall liegt die rechtliche Missbilligung des Verhaltens – anders als bei unmittelbaren Verletzungshandlungen – regelmäßig nicht auf der Hand. Deshalb ist bei einer nur mittelbaren Verletzungshandlung zusätzlich zu verlangen, dass der Schädiger mit seinem Verhalten gegen eine Verkehrspflicht verstößt. Der Verletzungserfolg wurde erst durch das Losfahren des A, dessen Ausweichmanöver und damit über eine Reihe von Zwischenursachen herbeigeführt. Damit die Verletzungshandlung des C als rechtswidrig qualifiziert werden kann, muss er mit seinem Verhalten daher gegen Verkehrspflichten verstoßen haben. Nach § 12 III Nr. 1 StVO ist es verboten, mit einem Abstand von unter 5 m zur Kreuzung zu parken. Mit dem Abstellen des LKW einem Meter vor der Kreuzung hat C folglich eine Verkehrssicherungspflicht verletzt. C handelte damit widerrechtlich.

#### d) Verschulden

C müsste die Rechtsgutsverletzung auch schuldhaft verursacht haben. Indem er den LKW nur einen Meter vor der Kreuzung verbotswidrig abstellte, hat C die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, sodass er fahrlässig im Sinne des § 276 II BGB gehandelt hat (s.o.).

#### e) Schaden

Ein Schaden ist in Höhe von 4000€ gegeben (s.o.).

#### f) Mitverschulden des A

Auch der deliktische Anspruch könnte jedoch wegen des Mitverschuldens des A zu kürzen sein. Dabei muss im Falle des § 17 I, II StVG die Haftungsverteilung nach Maßgabe dieser Vorschriften auch für den deliktischen Anspruch erfolgen (s.o.). Auch nach dem deliktischen Anspruch ergibt sich damit eine Haftungsquote von 20:80 (s.o.).

#### g) Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 800€ (1/5 des Gesamtschadens) gegenüber C aus §§ 823 I, 1922 BGB.

### 3. Anspruch aus §§ 823 II BGB i.V.m. 12 III Nr. 1 StVO, 1922 I BGB

Das Parkverbot aus § 12 III Nr. 1 StVO dient nicht nur der Erleichterung des fließenden Verkehrs, sondern auch der individuellen Schadensvermeidung und ist damit Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB. Gegen dieses Schutzgesetz hat C schuldhaft verstoßen, sodass der daraus resultierende Schaden (unter Berücksichtigung der Haftungsverteilung nach § 17 I, II StVG) auch nach § 823 II i.V.m. § 12 III Nr. 1 StVO zu ersetzen ist.

### III. Ansprüche gegenüber der Z GmbH

#### 1. Anspruch aus §§ 7 I StVG, 1922 I BGB

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber der Z GmbH aus Halterhaftung gem. §§ 7 I StVG, 1922 BGB haben.

##### a) Rechtsfähigkeit der Z GmbH

Z ist als GmbH gem. § 13 I GmbHG rechtsfähig und kann folglich Anspruchsgegner der Miterbengemeinschaft sein.

##### b) Halter eines Kraftfahrzeugs

Halter ist derjenige, der das Fahrzeug auf eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt. Das ist nach den Angaben des Bearbeitungsvermerks bei der GmbH Z der Fall.

##### c) Rechtsgutsverletzung

Durch das Ausweichen in den Straßengraben ist die Sachsubstanz des PKW von A beeinträchtigt worden, sodass eine Sachbeschädigung im Sinne des § 7 I StVG gegeben ist (s.o.).

##### d) Bei Betrieb

Der LKW der Z stand vor einer Kreuzung und hat damit noch auf die Abwicklung des übrigen Verkehrs eingewirkt, sodass ein hinreichender örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der Eigenschaft des LKWs als dem Verkehr dienenden Maschine besteht. Die Rechtsgutsverletzung entstand mithin auch bei Betrieb eines Kfz (s.o.).

##### e) Haftungsausschluss

Die Haftung des Halters ist nach § 7 III 1 StVG ausgeschlossen, wenn jemand das Kraftfahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters benutzt und der Halter die Benutzung nicht durch sein Verschulden ermöglicht hat. Nach S. 2 findet der Ausschluss jedoch keine Anwendung, wenn der Benutzer vom Fahrzeughalter für den Betrieb des Kraftfahrzeugs angestellt ist oder wenn ihm das Kraftfahrzeug vom Halter überlassen worden ist. C hat den LKW während seiner Arbeitszeit ohne Wissen und Willen der Z für private Zwecke verwendet. Allerdings ist C Mitarbeiter der Z GmbH und liefert mit dem LKW üblicherweise Lebensmittel aus. Mithin ist er für den Betrieb des Kfz angestellt, sodass die Haftung der Z nicht nach § 7 III 1 StVG ausgeschlossen ist.

##### f) Kausaler Schaden

Ein kausaler Schaden in Höhe von 4000€ liegt vor.

##### g) Umfang des Ersatzanspruches

Fraglich ist, in welchem Umfang Z für den Schaden einzustehen hat. Auch für die Halterhaftung ist in Fällen der §§ 17 I, II StVG die Haftungsverteilung nach Maßgabe dieser

Normen zu bestimmen. Allerdings stellt sich die Frage, welche Auswirkung es für die Quote der Z GmbH hat, dass allein der C sich sorgfaltswidrig verhalten hat. Der Halter und der Fahrer eines Kfz werden als sog. Haftungseinheit behandelt und dementsprechend deshalb wie ein Verursacher behandelt. Dem Halter wird das Verschulden des Fahrers bei der Abwägung daher als einen die Betriebsgefahr erhöhenden Umstand zugerechnet. Insoweit ergibt sich die gleiche Haftungsquote wie für den C.

### *h) Ergebnis*

Die Miterbengemeinschaft hat einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 800€ (1/5 des Gesamtschadens) gegenüber der Z GmbH aus Halterhaftung gem. §§ 7 I StVG, 1922 BGB.

## **2. Anspruch aus §§ 831, 1922 I BGB**

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 831, 1922 BGB gegenüber Z haben.

### *a) Verrichtungsgehilfe*

Dafür müsste der C Verrichtungsgehilfe sein. Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn in dessen Interesse tätig wird und von dessen Weisungen abhängig ist. C ist Mitarbeiter der Z GmbH, liefert für diese Lebensmittel aus und unterliegt den Weisungen der Z. C ist damit Verrichtungsgehilfe.

### *b) Unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen*

C hat selbst tatbestandsmäßig und rechtswidrig im Sinne des §§ 823ff. gehandelt (s.o.) und hat damit einen anderen widerrechtlich geschädigt.

### *c) In Ausführung der Verrichtung*

Die Z GmbH muss nur dann für die widerrechtliche Schädigung durch ihren Verrichtungsgehilfen einstehen, wenn die Schädigung in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung entstanden ist. Dafür muss die Handlung noch in den *Kreis der Tätigkeiten* fallen, welche die Ausführung des dem Gehilfen erteilten Auftrages mit sich bringt, sodass zwischen beiden ein *unmittelbarer innerer Zusammenhang* besteht. Das ist bei Überschreitungen von gesetzten Weisungen zumindest dann nicht der Fall, wenn sich der Verrichtungsgehilfe dadurch so sehr außerhalb seines Aufgabenbereiches begibt, dass ein innerer Zusammenhang zu der ihm übertragenen Tätigkeit nicht mehr erkennbar ist. Für einen unmittelbaren inneren Zusammenhang spricht, dass der LKW dem C gerade zur Erbringung seiner Arbeitsleistung für die Z GmbH überlassen wurde. Außerdem erfolgt die unerlaubte Handlung gerade während der Arbeitszeit des C. Insoweit steht sein Verhalten in einem gewissen tätigkeitsspezifischen und zeitlichen Zusammenhang zu der Verrichtung für Z. Auf der anderen Seite hat C sich den LKW zusammen mit dem D zwischen einigen Auslieferungen „ausgeliehen“, um ihn für einen privaten Umzug zu verwenden. Damit hat sich C so weit außerhalb des zugewiesenen Aufgabenbereichs bewegt, dass kein innerer Zusammenhang

zu der Verrichtungshilfe für Z mehr zu erkennen ist. Die Schädigung erfolgte daher nicht bei Verrichtung.

#### *d) Ergebnis*

Die Miterbengemeinschaft hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 831, 1922 BGB gegenüber der Z GmbH.

### B. Ansprüche wegen den Faustschlägen und der Tötung

#### **I. Anspruch aus § 823 I, 253 II, 1922 I BGB (Schläge, die nicht zum Tod führten)**

Die Miterbengemeinschaft könnte wegen der Faustschläge, die nicht zum Tod des A geführt haben, jeweils einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823 I, 253 II, 1922 BGB gegenüber C und D haben.

##### 1. Rechtsgutsverletzung

Durch die Schläge ins Gesicht wurde A in seiner körperlichen Integrität beeinträchtigt, sodass eine Körperverletzung vorliegt.

##### 2. Kausale Verletzungshandlung

Das haftungsbegründende Verhalten liegt in den jeweiligen Faustschlägen gegen das Gesicht des A. Zum einen waren die Schläge naturwissenschaftlich ursächlich für die Körperverletzung, zum anderen war der Verletzungserfolg absehbar, sodass das Verhalten äquivalent und adäquat kausal für die Rechtsgutsverletzung war.

##### 3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Körperverletzung auch rechtswidrig war. Möglich erscheint eine Rechtfertigung nach § 227 BGB. Danach ist eine Verteidigungshandlung nicht widerrechtlich, wenn sie erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Ob A die Schlägerei begonnen hat, ist jedoch nicht mehr nachvollziehbar. Ob sich C und D nach § 227 BGB rechtfertigen können, bleibt damit unklar. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht ist die Rechtswidrigkeit mit der zurechenbaren Rechtsgutsverletzung aber bereits indiziert. C und D handelten damit rechtswidrig.

##### 4. Verschulden

C und D gaben die Schläge auf A vorsätzlich und damit schulhaft im Sinne des § 276 I 1 BGB ab.

## 5. Schaden

A müsste auch ein Schaden entstanden sein. In Betracht kommt hier nur ein immaterieller Schaden. Nach § 253 I BGB ist ein solcher Nichtvermögensschaden nur in den gesetzlich angeordneten Fällen zu ersetzen. Für Körperverletzungen wird die Ersatzfähigkeit in § 253 II angeordnet. Demnach kann für die Körperverletzung von A eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden.

**Vertiefender Hinweis:** Der § 847 BGB aF sah für die Vererbbarkeit eines Schmerzensgeldanspruchs vor, dass der Anspruch vor dem Tod des Verletzten rechtshängig gemacht oder vom Schädiger anerkannt wurde. Der daraus resultierende „Wettlauf mit dem Tode“ wurde durch Reform im Jahre 1990 beseitigt, sodass nunmehr auch Schmerzensgeldansprüche ohne Einschränkungen vererbt werden können [vgl. Staudinger/Schiemann (2017) BGB § 253 RN. 48]. Anders beurteilt die Rechtsprechung allein die Vererbbarkeit von Geldentschädigungen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen: Dieser Entschädigungsanspruch habe seinen Grund in der Genugtuungsfunktion, die bei ihm im Vergleich zu sonstigen Ansprüchen auf Ersatz immaterieller Nachteile und gerade auch im Vergleich zum Schmerzensgeldanspruch in besonderem Maße ausgeprägt sei. Stirbt der zu Lebzeiten verletzte, verliere die mit dem Anspruch bezweckte Genugtuung aber seine Bedeutung (vgl. BGH NJW 2014 2871, 2873).

## 6. Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat wegen der Faustschläge, die nicht zum Tod des A geführt haben, sowohl einen Anspruch gegen C als auch gegen D aus §§ 823 I, 253 II, 1922 BGB.

### II. Ansprüche aus §§ 823 II BGB, 223 StGB, 1922 I BGB (Schläge, die nicht zum Tod führten)

Die Strafbarkeit der Körperverletzung nach § 223 StGB dient zumindest auch dem Schutz des Individuums, sodass damit ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB vorliegt. Dieses Schutzgesetz haben C und D vorsätzlich verletzt, sodass der daraus resultierende Schaden auch nach § 823 II i.V.m. 223 StGB zu ersetzen ist.

### III. Anspruch aus § 823 I, 253 II, 1922 I BGB (tödlicher Faustschlag)

Die Miterbengemeinschaft könnte wegen des Faustschlags, der zum Tod des A geführt hat, jeweils einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823 I, 253 II, 1922 BGB gegenüber C und D haben.

#### 1. Rechtsgutsverletzung

Durch den letzten Faustschlag wird A getötet, sodass das Rechtsgut Leben verletzt wurde.

## 2. Kausale Verletzungshandlung

Zudem müsste eine kausale Verletzungshandlung vorliegen. C und D haben jeweils mit Faustschlägen das Gesicht des A getroffen. Problematisch ist, dass nicht aufgeklärt werden kann, ob der tödliche Schlag von C oder von D herrührte. Die Beweislast für die Anspruchsbegründenden Voraussetzungen liegen jedoch beim Anspruchsteller. Folglich scheidet die jeweilige Haftung von C und D am Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität.

## 3. Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat keinen Anspruch aus §§ 823 I, 253 II, 1922 BGB.

## IV. Anspruch aus §§ 830 I 2, 253 II, 1922 I BGB (tödlicher Faustschlag)

Die Miterbengemeinschaft könnte wegen des Faustschlags, der zum Tod des A geführt hat, einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 830 I 2, 253 II, 1922 BGB gegenüber C und D haben.

### 1. Beteiligung mehrerer Schädiger

Erforderlich ist zunächst die Beteiligung mehrerer Schädiger, auf deren Handlungen der Schaden zurückgeführt werden kann. Die Voraussetzung soll damit vornehmlich zum Ausdruck bringen, dass kein gemeinsames Handeln im Sinne einer Mittäterschaft erforderlich ist. Ausreichend ist daher ein tatsächlicher, einheitlicher, örtlicher und zeitlicher Zusammenhang der in Betracht kommenden schädigenden Handlungen. Die „Beteiligung“ setzt zudem voraus, dass die jeweiligen Handlungen der in Rede stehenden Personen auch für sich genommen objektiv geeignet sind, den Verletzungserfolg herbeizuführen. C und D trafen im Rahmen der Schlägerei jeweils das Gesicht des A. Ein hinreichender tatsächlicher, einheitlicher, örtlicher und zeitlicher Zusammenhang der Handlungen liegt vor. Sowohl die Faustschläge von C als auch die von D waren objektiv geeignet, den Tod des A herbeizuführen. Damit liegen mehrere Beteiligte im Sinne des § 830 I 2 BGB vor.

### 2. Anspruchsbegründendes Verhalten jedes Beteiligten

Des Weiteren müssten die Voraussetzungen der möglichen Haftungsnorm – abgesehen von der zweifelhaften Kausalität – gegeben sein. C und D müssten demnach den übrigen Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt haben. C und D haben jeweils Faustschläge abgegeben, die die Rechtsgutsverletzung hätten herbeiführen können (s.o.). Die Rechtsgutsverletzung müsste zudem – bei unterstellter Ursächlichkeit – auch adäquat kausal auf den jeweiligen Schlag zurückführbar sein und vom Schutzzweck der Norm erfasst werden. Ferner müssten beide jeweils auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben.

#### a) Adäquater Kausalzusammenhang und Schutzzweck der Norm

Es liegt nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass eine Person an den Folgen eines Faustschlags ins Gesicht verstirbt, sodass der jeweilige Schlag des C oder des D – bei

unterstellter Ursächlichkeit – als adäquat kausal anzusehen ist. Fraglich ist jedoch, ob der Eintritt des Todes auch vom Schutzzweck der Norm erfasst wird. Die maßgebliche Verkehrspflicht ist das Unterlassen von Beeinträchtigungen des Körpers von Dritten. Dieses Gebot dient nicht nur dem Schutz der körperlichen Integrität, sondern auch vor schweren Folgen wie dem Tod. Die Verletzung des Rechtsguts Leben ist demnach auch von dem Schutzzweck der Verkehrspflicht erfasst.

#### *b) Rechtswidrigkeit*

Bei – unterstellter – Zurechenbarkeit der Rechtsgutsverletzung ist die Rechtswidrigkeit von C und D nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indiziert. Eine mögliche, aber nicht nachweisbare Notwehrlage ändert daran nichts (s.o.)

#### *c) Verschulden*

C und D müsste hinsichtlich der Rechtsgutsverletzung auch ein Verschulden treffen. C und D mögen den Tod des A zwar nicht für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, sodass sie nicht mit (bedingtem) Vorsatz handelten. Durch das Schlagen mit der Faust in das Gesicht des A haben aber beide zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet und damit die Rechtsgutsverletzung (Tod des A) fahrlässig im Sinne des § 276 II BGB verursacht.

#### *d) Zwischenergebnis*

C und D haben – abgesehen von der Kausalität – jeweils die Haftungsvoraussetzungen des § 823 I erfüllt, sodass ein Anspruchs begründendes Verhalten jedes Beteiligten vorliegt.

### *3. Rechtsgutsverletzung durch einen Beteiligten*

Ferner muss feststehen, dass auch einer der Beteiligten die Rechtsgutsverletzung herbeigeführt hat. Kommen neben dem Verhalten der Beteiligten auch andere Ursachen in Betracht, scheidet die Anwendbarkeit des § 830 I 2 BGB aus. A wurde durch einen Faustschlag tödlich verletzt, wobei allein nicht nachweisbar ist, ob dieser von C oder von D herrührte. Die Rechtsgutsverletzung wurde folglich zwingend durch einen der Beteiligten herbeigeführt.

### *4. Ungewissheit über den tatsächlichen Verursacher*

§ 830 I 2 kommt nicht zur Anwendung, wenn einer der Beteiligten erwiesenermaßen als Verursacher feststeht und dem Geschädigten gegenüber deshalb sicher haftet. Es steht weder eine Verursachung durch C noch von D fest, sodass auch Ungewissheit über den tatsächlichen Schadensverursacher besteht.

### *5. Schaden*

A müsste durch den tödlichen Faustschlag ein Schaden entstanden sein. In Betracht kommt auch hier nur ein immaterieller Schaden. Nach § 253 I BGB ist ein solcher Nichtvermögensschaden nur in den gesetzlich angeordneten Fällen zu ersetzen. Anders als die Verletzung des Körpers wird das Leben in § 253 II aber nicht genannt. Für den Verlust des

Lebens ist dem A daher kein Schmerzensgeld zu gewähren. Anknüpfungspunkt für ein Schmerzensgeld könnte damit nur die dem Tod vorgelagerte Körperverletzung sein. Um die Anordnung des § 253 II nicht zu umgehen, kann für die tödliche Verletzungshandlung aber nur ein Schmerzensgeld gewährt werden, wenn darin eine vom Tod abgrenzbare Körperverletzung liegt. A ist in Folge des Faustschlages sofort bewusstlos geworden und kurz darauf verstorben. Der kurze Zeitraum zwischen Schlag und Tod genügt nicht, um in der vorgelagerten Körperverletzung eine eigenständige Rechtsgutsverletzung zu sehen, die ein Schmerzensgeld rechtfertigt (zu den vorgelagerten Schlägen s.o.).

## 6. Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat wegen des Faustschlages, der zum Tod des A geführt hat, keinen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 830 I 2, 253 II, 1922 BGB gegenüber C und D.

**Hinweis:** Nach früherer Rechtsprechung handelt es sich bei § 830 I 2 BGB nicht um eine Anspruchsgrundlage, sondern um eine Beweiserleichterung. Nunmehr geht die wohl h.M. von einem eigenständigen Haftungstatbestand aus (vgl. dazu MüKoBGB/Wagner BGB § 830 Rn. 48ff.). Die Erörterung des § 830 I 2 als Beweiserleichterung im Rahmen des § 823 I BGB ist aber weiterhin ein gangbarer Weg.

Statt des § 830 I 2 kommt auch der § 830 I 1 als Anspruchsgrundlage in Betracht, sofern Mittäterschaft von C und D angenommen wird. Dann muss erörtert werden, ob in dem Vorgehen von C und D gegenüber A ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken gesehen werden kann.

## V. Anspruch aus §§ 823 II BGB iVm § 227 StGB, 253 II BGB, 1922 I BGB (tödlicher Faustschlag)

Es ist nicht nachweisbar, wessen Schlag A tödlich getroffen hat, sodass der Tatbestand § 227 StGB mangels Kausalität nicht erfüllt ist und eine Schutzgesetzverletzung damit nicht vorliegt.

**Hinweis:** Ein abweichendes Ergebnis kommt nur in Betracht, wenn C und D als Mittäter qualifiziert werden, sodass sie sich ihre Tatbeiträge wechselseitig zurechnen lassen müssen, § 25 II StGB.

## VI. Anspruch aus §§ 823 II, 231 StGB, 253 II BGB, 1922 I BGB

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823 II i.V.m. 231 StGB, 253 II BGB, 1922 BGB sowohl für den tödlichen Schlag als auch für die vorgelagerten Schläge gegenüber C und D haben.



## 1. Verletzung eines Schutzgesetzes

### a) § 231 StGB als Schutzgesetz

Der § 231 StGB soll das Leben und die Gesundheit aller durch eine Schlägerei Gefährdeten schützen, sodass die Norm nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit dient, sondern auch den einzelnen oder einzelne Personenkreise vor Verletzungen eines Rechtsguts schützen soll. § 231 StGB ist damit Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB.

### b) Objektiver Tatbestand

C und D haben im Rahmen eines Streits von vier Personen mit gegenseitigen Körperverletzungen physisch auf A eingewirkt und sich damit an einer Schlägerei beteiligt.

### c) Subjektiver Tatbestand

Nach dem Tatbestand des § 231 StGB ist der Vorsatz nur bezüglich der Beteiligung an der Schlägerei erforderlich. Auf die dadurch verursachte Körperverletzung oder den Tod eines Menschen muss er sich nicht beziehen. Für die Haftung aus § 823 II BGB i. V. m. § 231 StGB ergibt sich nichts anderes, da sich das Verschulden, das § 823 II BGB voraussetzt, nur auf die Schutzgesetzverletzung zu beziehen braucht. C und D haben sich mit Wissen und Willen und damit vorsätzlich an der Schlägerei beteiligt. Dass sich dieser Vorsatz nicht auf die Tötung des A bezieht, ist unerheblich.

## 2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird mit der Schutzgesetzverletzung indiziert.

## 3. Schaden

Für die vorgelagerten Schläge gegenüber A kann Schmerzensgeld verlangt werden, nicht hingegen für den tödlichen Schlag, § 253 I, II BGB (s.o.)

## 4. Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft hat einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823 II i.V.m. 231 StGB, 253 II BGB, 1922 BGB für die dem tödlichen Faustschlag vorgelagerten Schläge gegenüber C und D.

**Hinweis:** Auch B hat sich vorsätzlich an der Schlägerei beteiligt und damit schuldhaft ein Schutzgesetz verletzt. Demnach müsste auch sie grundsätzlich für die daraus resultierenden Schäden einstehen. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, muss B die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gegeben werden, dass sie weder unmittelbar noch mittelbar, weder physisch noch psychisch durch seine Teilnahme an der Schlägerei zum Tod des Opfers beigetragen hat. B hat weder auf A eingeschlagen, noch ist sonst ersichtlich, dass sie sich „feindlich“ gegenüber A verhalten hat, sodass sie zu dessen Tötung nichts beigetragen hat. Die Haftung der B nach §§ 823 II i.V.m. § 231 StGB scheidet damit aus.

Zum Schadensersatz wegen Beteiligung an einer Schlägerei mit tödlichem Ausgang siehe BGH NJW 1988, 1383.

## VII. Anspruch aus §§ 844 I auf Ersatz der Beerdigungskosten

Die Miterbengemeinschaft könnte einen Anspruch auf Ersatz der Beerdigungskosten nach §§ 844 I BGB gegenüber C und D haben.

### 1. Verantwortlichkeit für den Tod eines Menschen

C und D müssten jeweils für den Tod des A haftungsrechtlich verantwortlich sein, d.h. er muss ihnen zurechenbar sein. Das ist ausweislich der Haftung nach §§ 830 I 2 BGB und 823 II BGB i.V.m. § 231 StGB der Fall.

### 2. Anspruchsinhaber

Gem. § 844 I BGB sind die Beerdigungskosten derjenigen Person zu ersetzen, die rechtlich zu ihrem Ausgleich verpflichtet ist. Die Verpflichtung trifft in der Regel die Erben, § 1968 BGB. Anspruchsinhaber ist damit die Miterbengemeinschaft.

### 3. Ergebnis

Die Miterbengemeinschaft kann die Beerdigungskosten nach §§ 844 I BGB von C und D ersetzt verlangen.

## VIII. Anspruch des V bzw. der S gem. § 844 III BGB

Nach § 844 III BGB hat der Ersatzpflichtige den Hinterbliebenen für das durch den Tod zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Erforderlich ist dafür ein persönliches Näheverhältnis zwischen dem Getöteten und dem Hinterbliebenen. Für Elternteile wird ein solches Verhältnis vermutet, 844 III 2 BGB, nicht hingegen für Geschwister. Demnach wird zugunsten des V ein entsprechendes Näheverhältnis vermutet, nicht hingegen für S. Diese hat seit langem kein Kontakt mehr zu A gehabt, sodass zwar V ein Hinterbliebenengeld von C und D verlangen kann, nicht aber die S.

**Hinweis:** Es wird nicht erwartet, dass die Bearbeiter\*innen die Ansprüche aus §§ 844 I und III kennen.

## Erwartungshorizont

Es handelt sich um eine Klausur mit mittlerem Schwierigkeitsgrad. Eine besondere Schwierigkeit liegt zunächst in dem Umfang der Klausur. Daher ist die Verwendung des Urteilsstils bei unproblematischen Aspekten nicht nur zulässig, sondern dürfte sogar regelmäßig geboten sein, um alle Klausurfragen beantworten zu können. Die Musterlösung geht in Bezug auf die Ausführlichkeit der Prüfung weit über dasjenige Maß hinaus, das von den Bearbeiter\*innen zu erwarten ist.

In inhaltlicher Hinsicht ist die Klausur hingegen vergleichsweise leicht. Wichtig ist daher eine möglichst saubere Prüfung, wie insbesondere die Benennung der verletzten Vorgaben der StVO und eine nachvollziehbare Bestimmung der jeweiligen Haftungsquoten. Vergleichsweise anspruchsvoll ist indes die Prüfung des tödlichen Faustschlags, da die Anspruchsgrundlage des § 830 I 2 BGB nicht zum „Standardrepertoire“ gehört und für die Haftung nach § 823 II BGB der Schlägereitatzbestand nach § 231 StGB gekannt bzw. gefunden werden muss.

Vor diesem Hintergrund sollte die Bewertung folgende Richtlinien berücksichtigen.

### ≥ 4 Punkte:

- Die einschlägigen Anspruchsgrundlagen des StVG werden erkannt und im Ganzen brauchbar geprüft.
- Die Anspruchsinhaberschaft der Miterbengemeinschaft aus V und S wird zumindest ist Ansatz erkannt.
- Der fehlende Kausalitätsnachweis für den tödlichen Schlag wird nicht einfach übergangen; es werden zumindest im Ansatz brauchbare Lösungsvorschläge vorgebracht (wenigstens Benennung von §§ 830 I 1 oder 2; bzw. § 823 II i.V.m. 231 StGB).

### ≥ 8 Punkte:

- Die Anspruchsinhaberschaft der Miterbengemeinschaft wird sauber und nachvollziehbar geprüft.
- Insbesondere die Anspruchsgrundlagen der StVO werden sorgsam geprüft; es erfolgt eine nachvollziehbare Erörterung der Haftungsverteilung
- Die Haftung der Z GmbH nach § 831 BGB für die Unfallschäden wird gesehen und die Frage nach der Schädigung „bei Verrichtung“ wird nachvollziehbar geprüft.
- Um das Problem des fehlenden Kausalitätsnachweises zu lösen wird § 830 I BGB herangezogen und brauchbar geprüft

### ≥ 12 Punkte:

- Die Problematik der Selbstaufopferung im Straßenverkehr wird erkannt und nachvollziehbar gelöst
- Neben § 830 I BGB werden auch §§ 823 II i.V.m. 231 StGB ordentlich und nachvollziehbar geprüft
- Stil und Sprache sind gut
- Keine groben Aufbaufehler; hier gilt allerdings, dass es nicht den einen richtigen Aufbau gibt.
- Es wird an den Wortsinn der Normen angeknüpft und nicht nur auswendig gelernte Sätze wiedergeben

Auch hier gilt, dass es sich um einen unverbindlichen Erwartungshorizont handelt. Es ist stets auch der Gesamteindruck maßgeblich, dem ein starrer Erwartungshorizont nie gerecht werden kann. Verstehen Sie die Kriterien daher eher als Indizien. Sicher kann der ein oder andere Fehler, Ungenauigkeit oder Lücke durch andere gute Erwägungen ausgeglichen werden.

## Klausur 2: „Heizdefizit“

### – Sachverhalt –

Die 17-jährige Jurastudentin J hat die Klausur Strafrecht I mit 7 Punkten bestanden. Ihre Eltern sind so stolz auf sie, dass sie ihr eine 4-Zimmer Luxuswohnung im Göttinger Stadtteil Grone wirksam schenken und übereignen. Die Freude der J hält leider nicht lang: Schon wenige Wochen nach dem Einzug fällt die Heizung in der gesamten Wohnung aus. J kontaktiert daraufhin telefonisch am 02.03.2021 den Klempner K. Sie bittet ihn, alle vier Heizkörper wieder funktionstüchtig zu machen. K meint, das kriege er schon hin. Vor lauter Freude vergisst J, den K nach seinem Stundenlohn zu fragen.

Am 04.03.2021 erscheint K bei J. Er stellt fest, dass ein Ventil defekt ist. Da er ein entsprechendes Modell nicht vorrätig hat, verbaut er ein ähnliches Ventil, das allerdings nach den Herstellerangaben nicht mit dieser Heizung kompatibel ist. A ist sich dennoch sicher, dass auch dieses Modell „seinen Dienst tun wird“. Weil er dann plötzlich zu einem akuten Wasserrohrbruch in der Nachbarschaft gerufen wird, prüft er die Funktionalität der Heizung im Anschluss nicht. Stattdessen teilt er J nur eilig mit, dass er „den Defekt gefunden und behoben“ habe. J dreht daraufhin den Heizkörper im Wohnzimmer auf, stellt fest, dass dieser funktioniert und bedankt sich bei K für dessen „vier Stunden gute Arbeit“.

Am 11.03.2021 – dem 18. Geburtstag der J – ist es morgens bitterkalt. J, die wegen der Covid-19-Pandemie derzeit nicht in der Bibliothek lernen kann, dreht die Heizung daher erstmals seit der „Reparatur“ auf. Verblüfft stellt sie fest, dass der Heizkörper im Schlafzimmer kalt bleibt. Sie ruft daraufhin umgehend bei K an. Da sie ihn nicht erreicht, spricht sie ihm auf den Anrufbeantworter und bittet ihn um einen schnellstmöglichen Rückruf und umgehende Reparatur, da sie im Schlafzimmer enorm friere. Als sich K auch am darauffolgenden Tag nicht bei ihr meldet, greift J am 13.03.2021 erneut zum Hörer. Abermals erreicht sie K nicht und spricht daher auf seinen Anrufbeantworter. Insbesondere teilt sie ihm so mit, dass sie angesichts von  $-5^{\circ}\text{C}$  Außentemperatur eine solche Gleichgültigkeit nicht hinnehmen könne. Sie sehe sich nun gezwungen, ein Konkurrenzunternehmen zu beauftragen.

Da der Wetterdienst für die kommenden Tage sogar deutlich niedrigere Temperaturen vorhersagt, ruft J noch am selben Tag den Klempnerservice B an und bittet darum, die Heizung im Schlafzimmer zu reparieren. B sagt der J zu, die Heizung sofort instand zu setzen, weist jedoch darauf hin, dass er angesichts der Spontaneität den Notdiensttarif i.H.v. 100 € pro Stunde berechnen werde. J willigt ein. Kurze Zeit später erscheint B bei J und baut ein korrektes Ventil ein. Hierfür benötigt er genau 60 Minuten. J, die zufrieden ist, dass nun endlich wieder alle Heizkörper funktionieren, zahlt dem B 100 € in bar.

Eine Woche später erhält J von K einen Brief, in der dieser sie zur Zahlung seines Lohns i.H.v. 200 € (4 Stunden Arbeit à 50 €) auffordert. J meint, dass sie nicht daran denke, dem K 200 €

zu zahlen. Erstens habe sie sich mit K gar nicht über einen derartigen Stundenlohn geeinigt. Zweitens erklärt sie: „Von dieser Forderung ziehe ich in jedem Falle noch die 100 € ab, die ich an B zahlen musste.“ Dazu komme, dass der B – was der Wahrheit entspricht – aus Unachtsamkeit mit seinem Werkzeugkasten die Küchentür der J zerkratzt habe. Zur Ausbesserung musste sie 40 € aufwenden. Sie erklärt wörtlich: „Diese 40 € bringe ich ebenfalls in Ansatz.“ Sie stellt heraus, dass ihr diese Kosten schließlich nicht entstanden wären, wenn K sich an seine Vertragspflichten gehalten hätte.

K sieht das nicht ein. Dass der B derartige „Apothekerpreise“ für die Reparatur verlange, dürfe nicht zu seinen Lasten gehen. Er verweist außerdem darauf, dass er nichts dafür könne, wenn der Konkurrenzunternehmer B bei J Schäden anrichte. Da K auf B keinerlei Einfluss ausüben konnte, müsse sich J bezüglich der 40 € schon an den B selbst halten. Im Übrigen habe die J dem K gar nicht die Möglichkeit gegeben, die Küchentür selbst zu reparieren. Er hätte dies – auch das ist wahr – für 20 € erledigen können.

**Frage: Hat K einen Anspruch gegen J auf Zahlung von 200 €?**

Bearbeitervermerk:

1. Auf alle im Sachverhalt angelegten Rechtsfragen ist einzugehen – notfalls in einem Hilfsgutachten.
2. Gehen Sie davon aus, dass Heizungsreparaturen in Göttingen im Schnitt für 50 € pro Stunde angeboten werden. Notdiensteinsätze liegen üblicherweise zwischen 80 und 110 € pro Stunde. Auf eine etwaige Nichtigkeit nach § 138 BGB ist nicht einzugehen.
3. Unterstellen Sie, dass die Küchentür durch den Kontakt mit dem Werkzeugkasten tatsächlich eine Wertminderung erlitten hat und die Reparaturkosten i.H.v. 40 € dem Marktdurchschnitt entsprechen.
4. § 632a I 1 BGB ist nicht zu prüfen.

## Klausur 2: „Heizdefizit“

### – Lösungsvorschlag –

#### Anspruch K-J auf Werklohnzahlung aus § 631 I Hs. 2 BGB<sup>43</sup>

K könnte gegen J einen Anspruch auf Werklohnzahlung i.H.v. 200 € aus § 631 I Hs. 2 haben.

#### A. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Voraussetzung dafür ist ein wirksamer Werkvertrag zwischen K und J.

#### I. Einigung/ Vertragstyp

Ein Vertrag kommt durch zwei in Bezug aufeinander abgegebene, inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande, §§ 145 ff. K und J haben sich am 02.03.2021 am Telefon darauf verständigt, dass K alle vier Heizkörper der J reparieren solle. Eine Einigung liegt mithin vor.

Charakteristisch für den Werkvertrag ist, dass – im Gegensatz zum Dienstvertrag – nicht bloß ein generelles Tätigwerden, sondern ein konkreter Erfolg geschuldet ist. Die Bezahlung des Schuldners soll gerade von diesem Erfolg abhängen. Hier hat J dem K mitgeteilt, dass sie eine vollständige Reparatur der vier Heizkörper begehrt. K erklärte, das werde er hinbekommen. Eine Auslegung der abgegebenen Erklärungen nach §§ 133, 157 ergibt, dass es K gerade auf die Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit ankam. Dies erkannte der K und willigte ein. Die Parteien wollten einen Werkvertrag i.S.d. § 631 I schließen.

**Hinweis:** Manche Bearbeiter\*innen könnten einen Bauvertrag nach § 650a erwogen haben. Für einen Bauvertrag müsste es sich bei der Reparatur um den Umbau eines Bauwerks oder eines Teils davon gehandelt haben, § 650a I 1 Var. 4. Letzteres kommt auf den ersten Blick deshalb in Betracht, weil Heizkörper i.d.R. fest mit dem Gebäude verbunden sind. Da diese Variante im Gesetz jedoch der Herstellung (Var. 1) und der Beseitigung (Var. 3) eines Bauwerks gleichgestellt sind, müsste die Reparatur erheblich in die Bausubstanz eingreifen. Dies ist bei der Reparatur einer Heizung üblicherweise nicht der Fall.

<sup>43</sup> Alle §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

## II. Essentialia negotii

Ein wirksamer Werkvertrag setzt jedoch voraus, dass die Einigung alle essentialia negotii umfasst. Hierzu gehören neben den Parteien auch der Werkvertragsgegenstand und die Vergütung. Vorliegend hatten sich K und J im Telefonat nicht über die Frage des Lohns geeinigt. Allerdings zeigt die Regelung in § 632 I, dass regelmäßig gleichwohl von einem wirksamen Vertragsschluss auszugehen ist, wenn die vereinbarte Leistung üblicherweise nur gegen eine Vergütung erfolgt. Das ist bei Heizungsreparaturen der Fall. In der Konsequenz war hier nach § 632 II Var. 2 die übliche Vergütung geschuldet. Der Durchschnittsstundenlohn für Heizungsreparaturen beträgt in Göttingen laut Bearbeitervermerk 50 € pro Stunde. Ein Vertragsschluss liegt damit prinzipiell vor.

## III. Geschäftsfähigkeit

Beide Vertragsparteien müssten zudem geschäftsfähig sein. Das sind alle volljährigen Personen die nicht geschäftsunfähig i.S.d. § 104 sind. Die Volljährigkeit tritt mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ein, § 2. J war am 02.03.2021 erst 17 Jahre alt. Zwar war ihre Willenserklärung folglich nicht wegen Geschäftsunfähigkeit i.S.d. § 104 Nr. 1 nach § 105 I nichtig. Allerdings war J auch noch nicht volljährig (und damit voll geschäftsfähig).

Vielmehr war sie gem. § 106 in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt. Da aus dem Abschluss eines Werkvertrags vertragliche Verpflichtungen folgen, war die Willenserklärung der J nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107, sondern bedurfte der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter. Das sind grds. die Eltern, §§ 1626 I, 1629 I. Diese haben jedoch nicht eingewilligt. Mithin war die Willenserklärung der J schwebend unwirksam, §§ 107, 108 I. Eine Genehmigung der Eltern nach §§ 108 I, 184 I ist nicht erfolgt.

Allerdings könnte in dem Nacherfüllungsverlangen der J am 11.03.2021 eine konkludente Genehmigung durch J selbst liegen. Gem. § 108 III kann derjenige, der volljährig und damit unbeschränkt geschäftsfähig wird, solche Verträge, die er noch zum Zeitpunkt der beschränkten Geschäftsfähigkeit geschlossen hat, nun selbst genehmigen. J ist am 11.03.2021 volljährig und damit unbeschränkt geschäftsfähig geworden. Eine Auslegung nach §§ 133, 157 führt zu dem Ergebnis, dass J durch das Nacherfüllungsverlangen ein weiterbestehendes Interesse an der Leistung durch K dokumentierte. Dies verbalisierte sie hinreichend eindeutig. Damit liegt eine Genehmigung vor, die zu einer ex-tunc-Wirksamkeit des Vertrages führte, §§ 108 I, III, 184 I.

**Hinweis 1:** Eine Wirksamkeit über § 110 kommt mangels Bewirken der Leistung, d.h. Zahlung durch J an K nicht in Betracht.

**Hinweis 2:** Wer einen Vertragsschluss i.E. ablehnt, muss sich mit der Anwendbarkeit der GoA-Vorschriften auseinandersetzen und dies wegen der Wertung der §§ 106 ff. verneinen. Sodann müsste der Fall über das Bereicherungsrecht gelöst werden.

## IV. Zwischenergebnis

K ist ggü. J ein Werklohnanspruch i.H.v. 200 € entstanden.



## B. Anspruch untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein.

### I. Erfüllung, § 362 I

Mangels Zahlung durch J ist keine Erfüllungswirkung nach § 362 I eingetreten.

### II. § 648 S. 2 Hs. 2

Die Erklärung der J vom 13.03.2021 könnte nach §§ 133, 157 als Kündigung des Werkvertrags gem. § 648 S. 1 ausgelegt werden. Rechtsfolge einer solchen Kündigung wäre, dass sich K gem. § 648 S. 2 Hs. 2 dasjenige auf seinen Werklohnanspruch anrechnen lassen müsste. Allerdings hat K nichts erspart: Die Kündigung führt lediglich ex nunc zu einem Untergang seiner Leistungspflichten; Nacherfüllungspflichten für bereits erbrachte Leistungen bleiben unberührt. Da K bereits alle Leistungen (wenn auch mangelhaft) erbracht hat, entfällt für ihn durch die Kündigung keine Leistungspflicht, so dass auch keine Ersparnis eintritt, die auf den Vergütungsanspruch angerechnet werden könnte.

Da die Kündigung also nicht zu einer Kürzung des Werklohns führen würde, ist nach §§ 133, 157 nicht davon auszugehen, dass J sie erklären wollte.

**Hinweis:** Selbst wenn man hier vertretbar von einer Kündigung nach § 648 S. 1 ausginge, würde dies aus den genannten Gründen jedenfalls nicht zu einer Reduktion des Werklohnanspruchs des K führen.

Auch eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a I 1 käme grds. in Betracht. Sie ist jedoch aus denselben Erwägungen wie die freie Kündigung nach § 648 S. 1 abzulehnen. Jedenfalls käme es abermals zu keiner Reduktion des Werklohnanspruchs des K.

Die Prüfung der Kündigung wird angesichts des Umfangs der Klausur nicht erwartet.

### III. Aufrechnung, § 389

Der Anspruch des K könnte infolge einer Aufrechnung nach § 389 untergegangen sein.

#### 1. Aufrechnungslage

Zunächst müsste eine Aufrechnungslage i.S.d. § 387 gegeben sein.

##### a) Gegenseitige Forderungen

J müsste eine eigene Forderung gegen K haben, § 387. Insoweit kommen verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht.

##### aa) §§ 634 Nr. 2, 637 I

J könnte gegen K aus §§ 634 Nr. 2, 637 I einen Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. 100 € haben.

*(1) Anwendbarkeit des werkvertraglichen Mängelgewährleistungsrechts*

Zunächst müsste das werkvertragliche Mängelgewährleistungsrecht eröffnet sein.

*(a) Wirksamer Werkvertrag*

Zwischen K und J besteht ein wirksamer Werkvertrag, siehe oben A.

*(b) Mangelhaftes Werk*

Die Werkleistung des K müsste mangelhaft gewesen sein, § 634. Ein Sachmangel kennzeichnet sich durch ein negatives Abweichen der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, vgl. § 633 II. Vor dem Hintergrund, dass die Parteien keine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 II 1 getroffen haben, kommt hier nur ein Mangel nach § 633 II 2 Nr. 2 in Betracht. Dafür dürfte die Reparatur nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet gewesen sein und müsste hinter der üblicherweise erwartbaren Beschaffenheit zurückbleiben. Üblicherweise darf erwartet werden, dass eine Heizung nach der Reparatur wieder funktionstüchtig ist. Vorliegend hatte K allerdings ein falsches Ventil verbaut, sodass der Heizkörper im Schlafzimmer der J nach der Reparatur nicht funktionierte. Damit wurde negativ von der üblichen Soll-Beschaffenheit abgewichen. Ein Mangel i.S.d. § 633 II 2 Nr. 2 liegt vor.

*(c) Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt der Abnahme*

**Hinweis:** Dies ist eines der entscheidenden Probleme des Falls. Je nachdem wie sich die Bearbeiter\*innen hier entscheiden, hat dies Auswirkungen auf das weitere Prüfprogramm. Die Ausführungen hierzu können auch oben vor 0 erfolgen.

Der Mangel müsste bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden gewesen sein. Es ist umstritten, ob die Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts voraussetzt, dass eine Abnahme nach § 640 I, II erfolgt ist.

*(aa) Ist eine Abnahme erfolgt?*

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob überhaupt eine Abnahme erfolgt ist. Eine Abnahme setzt nach § 640 I 1 voraus, dass der Besteller das Werk körperlich entgegennimmt und als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt. J hat den Heizkörper im Wohnzimmer erfolgreich getestet und dem K für „vier Stunden gute Arbeit“ gedankt. Hiermit brachte sie nach §§ 133, 157 zum Ausdruck, dass sie das Werk als im Wesentlichen mangelfrei ansah. Dass *tatsächlich* sehr wohl ein Mangel vorlag (s.o.) ist unerheblich, wie ein Umkehrschluss aus § 640 III zeigt.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass J in diesem Zeitpunkt beschränkt geschäftsfähig war.

Vor dem Hintergrund, dass die Rechtswirkungen der Abnahme (z.B. auch Fälligkeit des Werklohns, § 641 I 1) kraft Gesetzes und nicht aufgrund des Parteiwillens eintreten, ist sie als rechtsgeschäftsähnliche Handlung einzustufen. Das Gesetz normiert nicht, wie Letztere rechtlich zu behandeln sind. In Betracht kommt insoweit jedoch eine analoge Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen. Voraussetzungen dafür sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber geschäftsähnliche Handlungen bewusst ungeregelt gelassen hat. Somit ist von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage

ergibt sich aus dem Umstand, dass sowohl Willenserklärungen als auch geschäftsähnliche Handlungen einen Erklärungsinhalt transportieren und aus ihnen Rechtswirkungen folgen (entweder kraft Parteiwillens oder der Normierung im Gesetz, s.o.). Mithin sind die Voraussetzungen einer Analogie gegeben. Die Regelungen über Willenserklärungen finden analoge Anwendung.

Aus § 111 S. 1 analog ergibt sich, dass die Abnahmeerklärung der J ohne die Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter unwirksam war. Dass die Eltern eingewilligt hatten, ist nicht ersichtlich. Da in dem Verlangen nach Nacherfüllung (die eine Mangelhaftigkeit voraussetzt) gerade *keine* Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß gesehen werden kann, kommt hier – anders als beim Vertragsschluss – auch keine Genehmigung der später volljährigen J selbst in Betracht. Selbiges gilt für das spätere Verlangen von Ersatzvornahmekosten oder Schadensersatz statt der Leistung.

**Hinweis:** Diesbezüglich ist eine a.A. gut vertretbar. Vor dem Hintergrund, dass der Nacherfüllungsanspruch eine Abnahme voraussetzt (s.u.), könnte man nämlich argumentieren, dass in dem Verlangen der Nacherfüllung eine konkludent erklärte Abnahme (unter Vorbehalt der Rechte bzgl. des Mangels am vierten Heizkörper) enthalten ist.

Zu einer Abnahme kann man ferner dadurch gelangen, dass man die Abnahme nicht als rechtsgeschäftsähnliche Handlung, sondern als Realakt einstuft (mit tragfähiger Begründung vertretbar). Dann ist die Geschäftsfähigkeit gerade keine Voraussetzung einer wirksamen Abnahme. Die einzig erforderliche körperliche Entgegennahme ist bei Reparaturarbeiten im Haushalt des Bestellers i.d.R. (so auch hier) unproblematisch zu bejahen.

Im Ergebnis ist hier keine wirksame Abnahme erfolgt.

#### *(bb) Auswirkungen einer fehlenden Abnahme*

Fraglich ist, ob das werkvertragliche Mängelgewährleistungsrecht Anwendung finden kann, obwohl keine Abnahme erfolgt ist und dementsprechend das Vorliegen eines Mangels „im Zeitpunkt der Abnahme“ von vornherein ausgeschlossen ist. Betrachtet man den Wortlaut der §§ 634 ff., so ist zu konstatieren, dass sich keine Regelung findet, die die Abnahme explizit als Voraussetzung für die Eröffnung der Mängelgewährleistungsrechte nennt. Hieraus könnte man folgern, dass das Gewährleistungsregime auch ohne Abnahme eröffnet sein kann.

Folgte man diesem Ansatz, so wäre eine hinreichend klare zeitliche Abgrenzung zwischen dem ursprünglichen Erfüllungsstadium und dem Gewährleistungsregime freilich kaum möglich. Überzeugender erscheint das Abstellen auf einen konkreten Zeitpunkt, ab dem die Gewährleistungsrechte einschlägig sein sollen. Insoweit könnte man zunächst die Sicht des Werkunternehmers zugrunde legen und als Bezugspunkt den Moment wählen, in dem der Unternehmer das Werk als abnahmereif angeboten bzw. aus seiner Sicht fertiggestellt hat. K hat der J hier mitgeteilt, dass er „den Defekt gefunden und behoben“ habe und seine Werkleistung damit als fertiggestellt angeboten. Das Gewährleistungsregime wäre mithin eröffnet.

In systematischer Hinsicht lässt sich einwenden, dass der Gefahrübergang (und das ist hier die Abnahme, vgl. §§ 644 I 1, 640) regelmäßig Anknüpfungspunkt für das Entstehen der Gewährleistungsrechte ist (z.B. § 437 i.V.m. § 434 I 1). Außerdem knüpft die Verjährungsregel des § 634a II an die Abnahme an. Das ergibt vor allem dann Sinn, wenn die Gewährleistungsrechte gleichzeitig entstehen. Folgt man dieser Argumentation, so wäre ein Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I mangels Abnahme (s.o.) hier prinzipiell zu verneinen.

Konsequenz der letztgenannten Ansicht wäre mithin, dass J nur dann Gewährleistungsrechte geltend machen kann, wenn sie die Arbeiten des K abnimmt. Im Ergebnis müsste sie also die mangelhafte Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß billigen, sich dabei aber ihre Mängelgewährleistungsrechte hinsichtlich des erkannten Mangels vorbehalten (ansonsten droht § 640 III einzugreifen!), damit Letztere überhaupt erst entstehen. Dies ist extrem umständlich und verlangt J ein nahezu widersprüchliches Verhalten ab. Um dies zu vermeiden, erscheint es angezeigt, eine Ergebniskorrektur vorzunehmen und die Mängelgewährleistungsrechte *ausnahmsweise* bereits vor Abnahme zu eröffnen. Dies tut die Rspr. namentlich dann, wenn ein sog. Abrechnungsverhältnis entstanden ist.

#### *(cc) Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses*

Ein Abrechnungsverhältnis setzt voraus, dass der Unternehmer das Werk als (vermeintlich) fertiggestellt angeboten hat und der Besteller die (Nach)Erfüllung durch ihn ernsthaft und endgültig ablehnt.

Am 04.03.2021 erklärte K im Anschluss an seine Reparaturarbeiten, dass er „den Defekt gefunden und behoben“ habe. Hiermit hatte er der J sein Werk als fertiggestellt angeboten.

Nachdem J den K zur Reparatur auch des vierten Heizkörpers aufforderte und K nicht reagierte, erwiderte J am 13.03.2021, dass sie dessen Gleichgültigkeit nicht mehr hinnehmen könne und nun ein Konkurrenzunternehmen beauftragen werde. Dies ist nach §§ 133, 157 als endgültiger Verzicht auf die Nacherfüllung zu verstehen.

Damit ist am 13.03.2021 ein Abrechnungsverhältnis entstanden.

#### *(d) Zwischenergebnis*

Das Mängelgewährleistungsrecht ist eröffnet.

**Hinweis:** Die gegenteilige Ansicht ist – mit einer tragfähigen Begründung – selbstverständlich ebenfalls vertretbar. Dann muss nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht weitergeprüft werden, also insb. ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281. Diesbezüglich ergeben sich kaum Abweichungen zu der Prüfung über das Sachmängelgewährleistungsrecht (unten 0)

Ohnehin ist die Thematik des Abrechnungsverhältnisses derart komplex, dass nicht einmal von sehr guten Bearbeiter\*innen Detailkenntnisse erwartet werden können.

#### *(2) Kein Ausschluss*

Für einen Ausschluss des Anspruchs aus §§ 634 Nr. 2, 637 I ergeben sich keine Anhaltspunkte.

**Hinweis:** Wer oben von einer wirksamen Abnahme ausgegangen ist, könnte hier kurz § 640 III ansprechen. Dieser scheitert aber daran, dass J im Zeitpunkt der potentiellen Abnahme gerade keine positive Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Werkes hatte.

### *(3) Erfolgreiche Fristsetzung/ Entbehrlichkeit*

J müsste K eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben, die erfolglos verstrichen ist, § 637 I.

Diesbezüglich kann auf die Aufforderung vom 11.03.2021 abgestellt werden: J sprach dem K auf den Anrufbeantworter, dass dieser sich „schnellstmöglich“ melden und „umgehend“ den vierten Heizkörper reparieren solle. Zwar wurde hierbei kein Endtermin gesetzt. Dies schadet jedoch insoweit nicht, als auch bei zu kurzen Fristsetzungen nicht von einer Unwirksamkeit ausgegangen wird. Vielmehr wird in derartigen Fällen eine angemessene Frist in Gang gesetzt. Vor dem Hintergrund, dass der K infolge der Aufforderung zur „umgehenden“ Reparatur davon ausgehen musste, dass ihm für die Nacherfüllung nur noch ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung stehen würde, lässt sich dieser Gedanke auch auf die vorliegende Konstellation übertragen. Die Länge der Frist war mithin aus den Umständen zu bestimmen. Hier ist angesichts der Betroffenheit des Schlafzimmers und einer Außentemperatur von -5° C ein Fristende mit Ablauf des folgenden Werktags (12.03.2021) angemessen. Dass die J dem K lediglich auf den Anrufbeantworter gesprochen hatte, steht dem nicht entgegen. Wer im unternehmerischen Verkehr einen Anrufbeantworter schaltet, gibt Anrufern zu verstehen, dass er diese Zugangsmöglichkeit eröffnet und regelmäßig abhört. Unterlässt man dies, kann man sich nicht auf eine fehlende Fristsetzung berufen.

Die wirksam gesetzte Frist hat K nicht eingehalten.

**Hinweis:** Streng genommen setzt § 637 I eine Fristsetzung *nach* Eröffnung des Mängelgewährleistungsrechts voraus. Daran würde es hier fehlen, da das Abrechnungsverhältnis erst im weiteren Gesprächsverlauf entstand. Um der besonderen Konstellation des Abrechnungsverhältnisses gerecht zu werden, wird jedoch vertreten, dass die Fristsetzung in diesen Situationen ausnahmsweise schon *vor* dessen Entstehen und damit vor der Eröffnung des Gewährleistungsregimes möglich ist. Diese Problematik zu erkennen, kann indes nicht einmal von sehr guten Bearbeiter\*innen erwartet werden. Sollten die Bearbeiter\*innen eine wirksame Fristsetzung ablehnen, so dürfte eine Entbehrlichkeit aus §§ 637 II 1, 323 II Nr. 3 zu bejahen sein.

### *(4) Kein Verweigerungsrecht*

Dem K war die Nacherfüllung im Zeitpunkt des Verlangens durch J möglich und zumutbar. Er war mithin nicht nach § 637 I a.E. zur Verweigerung berechtigt.

### *(5) Rechtsfolge*

Als Rechtsfolge sieht § 637 I den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen vor. Aufwendungen sind dabei alle freiwilligen Vermögensopfer. Die Kosten für einen Drittunternehmer sind hiervon grds. erfasst.

Diese Aufwendungen müssten auch erforderlich gewesen sein. Erforderlich sind solche Maßnahmen, die aus wirtschaftlicher Sicht zur Mangelbeseitigung geeignet erscheinen.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass Heizungsreparaturen üblicherweise für 50 €/Stunde angeboten werden, B jedoch 100 € abrechnete. Man könnte sich prima facie auf den Standpunkt stellen, die 50 € Differenz seien nicht ersatzfähig. Freilich würde dabei übersehen, dass die J ein schützenswertes Interesse an einer sehr zeitnahen Reparatur hatte (-5° C; Schlafzimmer betroffen) und 100 € für Notdiensteseinsätze durchaus nicht unüblich sind (Preisspanne von 80-110 €). Es ist zu beachten, dass die akute Lage der J keine Zeit für eine umfangreiche Marktanalyse bot. Zu dieser ist der Gläubiger i.Ü. schon in zeitunkritischen Fällen nicht verpflichtet. Er muss nicht besonders günstig arbeiten lassen. Außerdem hätte der Schuldner (hier K) durch vertragsgemäßes Verhalten die Notwendigkeit einer Drittbeauftragung vermeiden und damit Kosten sparen können. Im Ergebnis sind die 100 € daher „erforderlich“ gewesen und damit voll ersatzfähig.

**Hinweis:** Nicht naheliegend, aber gleichwohl noch vertretbar, erscheint es, den Begriff der „Aufwendungen“ weit zu verstehen und ähnlich wie bei § 670 letztlich auch Schäden zu erfassen. Dann könnten i.R.d. §§ 634 Nr. 2, 637 I auch die 40 € Reparaturkosten für die Tür geprüft werden.

*(6) Ergebnis*

J hat gegen K aus §§ 634 Nr. 2, 637 I einen Anspruch auf Ersatz der verauslagten Kosten für den B i.H.v. 100 €.

*bb) §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 ff.*

Außerdem könnte J gegen K einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 140 € aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 ff. haben.

*(1) Anwendbarkeit des werkvertraglichen Mängelgewährleistungsrechts*

Zunächst müsste das werkvertragliche Mängelgewährleistungsrecht eröffnet sein.

*(a) Wirksamer Werkvertrag*

Ein wirksamer Werkvertrag liegt vor, siehe oben unter A.

*(b) Mangel bei Abnahme bzw. Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses*

Siehe oben unter O und 0.

*(c) Kein Ausschluss*

Anhaltspunkte für einen Ausschluss der Gewährleistungsrechte bestehen nicht.

*(d) Zwischenergebnis*

Das werkvertragliche Mängelgewährleistungsrecht ist eröffnet.

*(2) Voraussetzungen der §§ 280 ff.*

*(a) Vertretenmüssen*

K müsste gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I 2 die mangelhafte Leistung *oder* die Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen umfasst gem. § 276 I 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei sich Fahrlässigkeit als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert, § 276 II. K hat sich bzgl. der Spezifikationen des Ventils geirrt und somit die im Verkehrskreis von Heizungsinstallateuren erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Er hat mithin seine ursprüngliche Leistungspflicht fahrlässig verletzt.

Hinzu kommt, dass K den Mangel nicht im Rahmen einer Nacherfüllung behoben hat, obwohl ihn J dazu aufgefordert hatte. Ein Umstand, der K an der Nacherfüllung gehindert hätte, ist nicht ersichtlich, sodass diesbezüglich von einer bewussten Entscheidung des K und damit von Vorsatz auszugehen ist.

**Hinweis:** Sollte K davon ausgegangen sein, nicht zur Nacherfüllung verpflichtet zu sein, würde das zwar den Vorsatz ausschließen; dem K wäre dann aber ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, weil er die Nacherfüllungspflicht ohne Weiteres hätte erkennen können.

*(b) Kausaler Schaden*

Es müsste ein Schaden eingetreten sein, der kausal auf der mangelhaften Leistung/Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht beruht, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I 1.

*(aa) Die verauslagten 100 € für B*

Die 100 €, die J an den B gezahlt hat, könnten einen solchen Schaden darstellen. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Auf den ersten Blick könnte es einen Widerspruch darstellen, die Bezahlung des B bei der Ersatzvornahme als *Aufwendung* (= *freiwilliges* Vermögensopfer) einzustufen und hier eine *unfreiwillige* Vermögenseinbuße anzunehmen. Allerdings durfte sich die J aufgrund des passiven Verhaltens des K vorliegend dazu herausgefordert fühlen, den B zu beauftragen, um die Heizung in den geschuldeten funktionstüchtigen Zustand zu versetzen. Dies rechtfertigt die Annahme, dass dieser Vermögensabfluss letztlich *unfreiwillig* erfolgte. Mithin ist J in Höhe der Aufwendungen (auch) ein Vermögensschaden entstanden, den sie ohne das mangelhafte Werk nicht gehabt hätte. Dieser Geschehensablauf war nach allgemeiner Lebenserfahrung vorhersehbar. Der Eintritt des Schadens i.H.v. 100 € ist damit adäquat-kausal auf das Verhalten des K zurückzuführen.

*(bb) Die zerkratzte Küchentür*

*(aaa) Schaden*

In der zerkratzten Tür liegt ohne Weiteres eine unfreiwillige Vermögenseinbuße der J. Problematisch ist einzig die Bezifferung des Schadens. Grundsätzlich ist auf den objektiv geminderten Wert der Sache abzustellen, der im Sachverhalt jedoch nicht genannt wird. Als Indiz für die Wertminderung lassen sich jedoch die üblicherweise anfallenden Reparaturkosten heranziehen. Dementsprechend ist von einem Schaden i.H.v. 40 € auszugehen.

*(bbb) Kausalität*

Dieser Schaden müsste kausal auf der Pflichtverletzung beruhen.

Hätte K ordnungsgemäß geleistet bzw. die Nacherfüllung vorgenommen, so hätte J sich nicht herausgefordert gefühlt, den B zu beauftragen. Folglich hätte dieser die Küchentür nicht zerkratzt und es wäre zu keiner Vermögenseinbuße der J gekommen. Der Schadenseintritt ist mithin äquivalent-kausal auf die Pflichtverletzungen des K zurückzuführen.

Nach der Adäquanzformel darf dieser Geschehensablauf nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit gelegen haben. Dass ein Drittunternehmer mit dem Werkzeugkasten, den er für die Reparatur in die Wohnung tragen muss, fahrlässig eine Tür touchiert und zerkratzt, ist nicht derart fernliegend, dass eine Zurechnung hieran scheitern würde

Fraglich ist, ob auch ein Schutzzweckzusammenhang besteht. Hieran lässt sich insbesondere deshalb zweifeln, weil der K keinen Einfluss darauf hatte, wen die J beauftragte und wie sorgfältig dieser seine Schutzpflichten ihr gegenüber beachtet. Es könnte sich hier um ein den Zurechnungszusammenhang unterbrechendes Dazwischentreten Dritter handeln. Indes ist zu konstatieren, dass diese Fallgruppe erst dann eingreift, wenn der Schaden auf ein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Dritten zurückzuführen ist. Vor dem Hintergrund, dass der B hier nur leicht fahrlässig handelte und derartige Beschädigungen – wie gezeigt – nicht völlig unerwartbar sind, ist der Schutzzweckzusammenhang in casu zu bejahen. Insbesondere ist zu betonen, dass der Vorrang der Nacherfüllung u.a. auch den Zweck hat, den Besteller davor zu schützen, dass er seine Rechtsgüter (mehr oder weniger) ungewollt einem weiteren Unternehmer aussetzen muss, der ihn sodann schädigen kann. Außerdem erschiene es unbillig, denjenigen, der seine Nacherfüllungspflicht mindestens fahrlässig verletzt, aus der Haftungsverantwortung zu entlassen, dem rechtstreuen Besteller hingegen das Risiko der Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gegen den (vielleicht weniger solventen) Drittunternehmer aufzubürden. Schließlich durfte sich die J hier gerade zur Beauftragung des B herausgefordert fühlen (s.o.).

Der Schaden beruht also kausal auf der Pflichtverletzung des K.

**Hinweis:** Da dies ein Grenzfall ist, können die Bearbeiter\*innen mit entsprechender Argumentation natürlich auch eine andere Ansicht vertreten. Wichtig ist, dass die Problematik erkannt, diskutiert und dogmatisch richtig verortet wird.

(ccc) Mitverschulden

K bringt vor, er hätte die Reparatur der Tür günstiger, nämlich für 20 €, vornehmen können. Da J es unterließ, den K zu beauftragen, könnte sie ein Mitverschulden i.S.d. § 254 II 1 treffen. Dann müsste sie gegen ihre Schadensminderungsobliegenheit verstoßen haben.

Zunächst ist festzustellen, dass es dem Geschädigten nach § 249 II 1 freisteht, statt eine Reparatur der Sache durch den Schädiger den dafür erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Dabei muss er nicht besonders günstig arbeiten lassen, ist jedoch gehalten, die Kosten auf das wirtschaftlich notwendige Maß zu begrenzen. Vorliegend entsprachen die Reparaturkosten i.H.v. 40 € dem üblichen Tarif, waren also gerade nicht besonders hoch (siehe Bearbeitervermerk). Zudem ist der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs



gesetzlich nicht verpflichtet, die Wiederherstellung der Sache durch fachfremde Unternehmer vornehmen zu lassen. K war jedoch nicht Tischler, sondern Klempner. Schließlich kommt hinzu, dass K vorher grundlos die Nacherfüllung bzgl. der Heizung verweigerte. Es war J mithin nicht zuzumuten, gerade K damit zu beauftragen, die Küchentür zu reparieren.

Im Ergebnis trifft J kein Mitverschulden aus § 254 II 1.

**Hinweis:** Diese Erwägungen hätten auch O angestellt werden können. Dann hätte man hinterfragen müssen, inwieweit die Reparaturkosten „erforderlich“ i.S.d. § 249 II 1 waren.

(ddd) Zwischenergebnis

Die Reparaturkosten sind i.H.v. 40 € ersatzfähig.

(cc) Zwischenergebnis

Sowohl die Mehrkosten für B, als auch die Kosten für die Reparatur der Tür sind ersatzfähig.

(3) *Besondere Voraussetzungen der §§ 281 ff.*

(a) *Art der Schäden*

Die Beschädigung der Tür wäre auch im Falle einer Nacherfüllung durch K im letztmöglichen Zeitpunkt nicht mehr entfallen. Hier ist das Integritätsinteresse der J betroffen. Daher ist diesbezüglich von einem Schadensersatzanspruch *neben* der Leistung auszugehen. Er besteht unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 281 ff.

Die Schadensposition der verauslagten 100 € für den B berührt hingegen das Interesse der J an der vereinbarten Leistung als solcher und wäre durch eine Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt zu vermeiden gewesen. Der Anspruch auf die 100 € stellt somit einen Schadensersatz *statt* der Leistung i.S.d. § 280 III dar. Mithin müssen die besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. vorliegen. Konkret geht es um eine Schlechtleistung, sodass § 281 zu prüfen ist.

(b) *Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 281*

Grds. erfordert § 281 I 1 den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist. Aus den unter O dargestellten Gründen ist hier davon auszugehen, dass J dem K eine derartige Frist gesetzt hat. K hat nicht innerhalb dieser Frist nacherfüllt. Damit ist die Voraussetzung des § 281 I 1 erfüllt.

**Hinweis:** Jedenfalls ergibt sich aus § 281 II Alt. 1 und/oder Alt. 2 eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Insoweit besteht eine Parallelität mit den nahezu inhaltsgleichen §§ 637 II 1, 323 II Nr. 1 und Nr. 3 [s.o. 0].

(4) *Zwischenergebnis*

J hat gegen K Schadensersatzansprüche i.H.v. insgesamt 140 € aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 (bzgl. der verauslagten 100 €) bzw. aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I (bzgl. der beschädigten Tür).

**Hinweis:** Ein Schadensersatzanspruch hat gegenüber dem ebenfalls bejahten Selbstvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I für den Anspruchsteller zwar den Nachteil, dass er von weiteren Voraussetzungen abhängt (Vertretenmüssen). Dafür können hier Positionen ersetzt werden, die von einem Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I nach h.M. nicht erfasst werden. Hier sind das die 40 € für die beschädigte Tür. Es ist selbstverständlich genauso zulässig, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 und §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I getrennt voneinander zu prüfen.

*cc) §§ 683 S. 1, 670, 677 bzw. §§ 684 S. 1 i.V.m. 818 II*

Vor dem Hintergrund, dass das Werkvertragsrecht die Selbstvornahme explizit regelt und den Aufwendungsersatz als subsidiär ggü. der Nacherfüllung durch den Werkunternehmer ansieht, ist eine Ersatzfähigkeit über die Vorschriften der GoA abzulehnen. Andernfalls droht ein Unterlaufen des Fristsetzungserfordernisses, das dem Werkunternehmer das Recht zur zweiten Andienung sichern soll. Könnte der Besteller die Selbstvornahme bereits vor Ablauf der Frist einleiten, ergäben sich überdies praktische Schwierigkeiten: Häufig könnte nicht mehr überprüft werden, ob ein Mangel tatsächlich vorlag bzw. wie gravierend dieser war. Letztlich könnte auch die Wertung des Werkvertragsrechts, dass Ersatzansprüche grds. erst nach Abnahme bzw. einem Abnahmesurrogat gewährt werden sollen, unterlaufen werden.

**Hinweis:** Dieses Ergebnis ist nicht zwingend. In der Literatur werden insoweit auch andere Ansichten vertreten [vgl. z.B. Kuhn, in: JURA 2018, 541, 552]. Dies kann im konkreten Fall vor allem damit begründet werden, dass eine Fristsetzung hier gerade erfolgt ist bzw. entbehrlich war und es somit nicht zu einem Unterlaufen des Fristsetzungserfordernisses kommt. Dann müssten die einzelnen Tatbestandsmerkmale der GoA-Vorschriften durchgeprüft werden.

*dd) § 812 I 1 Alt. 2*

Aus denselben Erwägungen wie bei der GoA ist mit der h.M. davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts eine Sperrwirkung auf das Bereicherungsrecht hat, damit die Wertungen des Gesetzgebers nicht unterlaufen werden.

**Hinweis:** Auch hier ist eine a.A. vertretbar.

*ee) §§ 346 I, 326 IV, II 2 (analog)*

Ein Anspruch aus §§ 346 I, 326 IV, II 2 (analog) setzt zunächst eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage voraus. Wie oben bereits dargestellt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Ersatzfähigkeit von Selbstvornahmekosten im Sachmängelgewährleistungsrecht abschließend geregelt hat, damit dessen Wertungen nicht unterlaufen werden. Damit fehlt es vorliegend an einer planwidrigen Regelungslücke. Ein Anspruch der J aus §§ 346 I, 326 IV, II 2 (analog) besteht nicht.

**Hinweis:** A.A. vertretbar.

*ff) Zwischenergebnis*

J hat gegen K aus §§ 634 Nr. 2, 637 I einen Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. 100 €. Außerdem besteht ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 100 € aus §§ 437 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 sowie i.H.v. 40 € aus §§ 437 Nr. 4 Alt. 1, 280 I. Verlangt J Schadensersatz statt der Leistung, so erlischt ein etwaiger Anspruch auf Ersatz der Selbstvornahmekosten.

**Hinweis:** Einige Bearbeiter\*innen könnten noch auf die folgenden Anspruchsgrundlagen eingegangen sein. Da diese aber recht fernliegend sind, sollten sie höchstens sehr kurz abgehandelt werden:

-J gegen K aus §§ 280 I, 241 II wegen der zerkratzten Küchentür: Die §§ 280 I, 241 II setzen eine Schutzpflichtverletzung voraus. Der K selbst hat keine Schutzpflichten verletzt. Eine Zurechnung der Handlung des B scheidet vorliegend daran, dass B gerade nicht mit Wissen und Wollen des K tätig wird. Er ist mithin kein Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 S. 1. Es fehlt an einer dem K zurechenbaren Schutzpflichtverletzung.

-J gegen K aus § 823 I wegen der zerkratzten Küchentür: Der K hat selbst nicht die Tür zerkratzt. Eine Zurechnung erfolgt ebenfalls nicht. Allenfalls könnte man auf die Unterlassung der Nacherfüllung als „Verletzungshandlung“ abstellen, müsste dann jedoch eine Garantenstellung plausibel begründen. Jedenfalls müsste man sich jedoch fragen, ob diesbezüglich von haftungsbegründender Kausalität ausgegangen werden kann. Dies wäre wohl abzulehnen. Der Schutzzweck des § 823 I dürfte insoweit nicht mehr erfüllt sein.

-J gegen K aus § 831 I 1 wegen der zerkratzten Küchentür: Ein Anspruch der J gegen K aus § 831 I 1 scheidet bereits daran, dass B weder mit Wissen und Wollen des K tätig wurde, noch dessen Weisungen unterstellt war. Es fehlt mithin bereits an der Verrichtungsgehilfeneigenschaft.

*b) Gleichartigkeit der Forderungen*

§ 387 setzt voraus, dass die Forderungen ihrer Art nach gleich sind. Da J von K ebenfalls die Zahlung von Geld fordert, ist dies hier der Fall.

*c) Gegenforderung fällig und einredefrei*

§ 387 normiert zudem, dass die Gegenforderung fällig und einredefrei sein muss. Die Ansprüche der J waren nach § 271 I sofort fällig. Einreden des K sind nicht ersichtlich. Damit konnte sie die ihr gebührende Leistung fordern.

*d) Hauptforderung erfüllbar*

Die Hauptforderung (hier der Vergütungsanspruch des K) müsste auch erfüllbar gewesen sein, § 387. § 641 I 1 regelt, dass der Vergütungsanspruch grds. mit Abnahme fällig wird. Damit ist die Zeit für die Leistung i.S.d. § 271 II „bestimmt“. Ausweislich dieser Norm kann der Schuldner (hier J) die Leistung im Zweifel schon vor Fälligkeit erbringen. Mangels entgegenschwebender Hinweise war J daher berechtigt, die Forderung des K sofort zu bewirken.

### e) Zwischenergebnis

Eine Aufrechnungslage i.S.d. § 387 besteht.

### 2. Kein Aufrechnungsverbot

Ein Aufrechnungsverbot ist hier nicht einschlägig.

### 3. Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1

Die Aufrechnung ist ein Gestaltungsrecht, das nach § 388 S. 1 durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden muss. J hat zwar nicht das Wort „Aufrechnung“ verwendet. Sie hat jedoch eindeutig zu verstehen gegeben, dass sie dem K ihre eigene(n) Forderung(en) entgegenhält und diesen Betrag von dessen Werklohnforderung „abziehe“. Bezüglich der 40 € Reparaturkosten sprach sie explizit davon, diese „in Ansatz“ zu bringen. Nach §§ 133, 157 sind hierin Aufrechnungserklärungen zu sehen. Vor dem Hintergrund, dass J im Zeitpunkt der Erklärungen bereits volljährig war, sind diese wirksam abgegeben worden.

### 4. Rechtsfolge

Die Forderung des K ist gem. § 389 i.H.v. 140 € untergegangen.

## IV. Zwischenergebnis

Der Werklohnanspruch des K besteht nur noch i.H.v. 60 €; im Übrigen ist er untergegangen.

### C. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein.

### I. Grundsätzlich: Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung

Der Werklohnanspruch müsste fällig sein. Der Vergütungsanspruch aus § 631 I wird gem. § 641 I 1 grds. erst mit der Abnahme (§ 640) fällig. Wie gezeigt, ist eine wirksame Abnahme durch J jedoch nicht erfolgt. Im Übrigen hätte sie eine Abnahme wegen der wesentlichen Mängel auch explizit verweigern können, § 640 I 2 e contrario. Es könnte daher prima facie zu einer Situation kommen, in der K zwar teilweise korrekt repariert hat und zusätzlich Schadensersatz zahlen muss, im Gegenzug aber selbst keinen Vergütungsanspruch durchsetzen könnte.

### II. Modifikation durch das Abrechnungsverhältnis

Das widerspräche dem gesetzlichen Leitbild eines Interessenausgleichs zwischen Belangen des Werkunternehmers und -bestellers. Denn wenn die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers mit Übergang in ein Abrechnungsverhältnis endet und der Werkbesteller von der Eröffnung des Gewährleistungsrechts profitiert, dann besteht kein Grund mehr, dem Vergütungsanspruch die Fälligkeit zu versagen. Aus diesem Grund wird der Vergütungsanspruch mit Entstehen des Abrechnungsverhältnisses fällig.

**Hinweis:** Haben die Bearbeiter\*innen eine Selbstvornahme bejaht, so genügt an dieser Stelle der Hinweis auf das bereits dort bejahte Abrechnungsverhältnis. Selbiges gilt, wenn §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 angenommen wurde, da auch dort das Abrechnungsverhältnis die Eingangsvoraussetzung ist (s.o.). Wurde hingegen §§ 280 I, III, 281 geprüft, so führt erst § 281 IV zum Erlöschen der Leistungspflicht des K. In der Folge entsteht ebenfalls ein Abrechnungsverhältnis [BGH NJW 2017, 1604, 1606 Rn. 44], sodass auch nach diesem Lösungsweg Fälligkeit eintritt. Dies müsste kurz dargestellt werden.

Ebenfalls vertretbar ist es, in der Leistung des Schadensersatzes (hier infolge Aufrechnung bereits erfüllt) ein „Surrogat der Mangelbeseitigung“ [Schmid/Senders, in: NZBau 2016, 474, 480] zu erblicken und das Werk nun als abnahmereif anzusehen. Dann würde die Fälligkeit letztlich doch wieder eine Abnahme bzw. deren Fiktion nach § 640 III voraussetzen. Das Abrechnungsverhältnis wäre an dieser Stelle dann irrelevant. Die Bearbeiter\*innen müssten sich freilich damit auseinandersetzen, inwieweit eine Ingebrauchnahme als konkludente Abnahme zu werten ist. Dieser Ansicht zu folgen erscheint jedoch nur dann konsequent, wenn man auch unter Onicht der h.M. gefolgt ist und somit bereits dort die Lösung über das Abrechnungsverhältnis abgelehnt hat.

### III. Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund, dass J den K auf Ersatz ihrer verauslagten Kosten für B in Anspruch nimmt und K mittelbar somit auch die Reparatur des vierten Heizkörpers „zuzurechnen“ ist (Schadensersatz *statt* der Leistungserbringung/*Ersatzvornahme*), steht J wirtschaftlich wie ursprünglich vereinbart. Mithin wurde auch der Vergütungsanspruch des K in voller Höhe fällig. Nach den Aufrechnungen verbleibt K ein Vergütungsanspruch i.H.v. 60 €, welcher in vollem Umfang fällig und mangels Einreden der J insgesamt durchsetzbar ist.

### D. Ergebnis

K hat gegen J aus § 631 I Hs. 2 einen durchsetzbaren Werklohnanspruch i.H.v. 60 €.

**Vertiefender Hinweis:** Ein Anspruch aus § 648 S. 2 Hs. 1 besteht vorliegend nicht. Zwar könnte man von einer Kündigung der J ausgehen (s.o.). § 648 S. 2 Hs. 1 ist jedoch (jedenfalls hinsichtlich der Vergütung für die bereits erbrachten Leistungen) nicht als eigenständige Anspruchsgrundlage anzusehen, sondern bezieht sich lediglich auf den bestehenden Werklohnanspruch aus § 631 I [BGH NJW 2011, 915, 916 Rn. 11 noch zu § 649 a.F.].

## Erwartungshorizont

Es handelt sich um eine Klausur mit sehr hohem Schwierigkeitsgrad. Dies ergibt sich zum einen aus komplexen Einzelproblemen, zum anderen aus dem Umfang der Klausur. Beides trägt der Tatsache Rechnung, dass es sich hier um eine „open book“-Klausur handelt. Nichtsdestotrotz ist der Schwierigkeitsgrad bei der Bewertung angemessen zu berücksichtigen.

Werden einige der Probleme nicht erkannt, sollte dies nicht allzu negativ ins Gewicht fallen. Gleiches gilt, wenn die Klausur aus Zeitgründen lückenhaft bleibt. Die Klausur bietet ausreichend Möglichkeiten, sich durch sauberes Arbeiten und solides Argumentieren hervorzuheben. Wegen der Vielzahl denkbarer Lösungswege dürfte es nicht dazu kommen, dass sich die Bearbeiter\*innen durch das Vertreten einer a.A. gleich mehrere Schwerpunkte „abschneiden“. In jedem Fall, ergeben sich dann jeweils andere komplexe Probleme, die der Bewertung zugrunde gelegt werden können.

Einen ersten Schwerpunkt bildet die Thematik der Geschäftsfähigkeit. Da dies ein klassisches BGB-AT-Thema ist, wird von den Bearbeiter\*innen hier sauberes Arbeiten verlangt. Argumentationsvermögen wird vor allem bei der Genehmigung durch J selbst gefordert. Hier können sich gute Bearbeiter\*innen abheben. Als zweiter Schwerpunkt ist das Abrechnungsverhältnis zu nennen. Hierbei handelt es sich um eine hochkomplexe Materie, die den Bearbeiter\*innen nicht bekannt sein muss. Erwartet wird jedoch, dass sie erkennen, dass die Eröffnung der Mängelgewährleistungsrechte problematisch ist. Beim Prüfungspunkt „Fälligkeit“ ist darauf zu achten, dass die Lösung konsequent bleibt. Hier wirkt sich das Abrechnungsverhältnis ein weiteres Mal aus.

Ebenfalls deutlich im Sachverhalt angelegt sind einige Probleme auf Rechtsfolgenseite. Neben der Höhe der Ersatzansprüche ist vor allem zu diskutieren, ob K für die Beschädigung der Tür durch B haften muss. Gute Bearbeiter\*innen werden dies dogmatisch bei der Kausalität des Schadens verorten. Positiv hervorheben können sich die Bearbeiter\*innen schließlich dadurch, dass sie weitere Anspruchsgrundlagen für J anprüfen.

Ein zentrales Bewertungskriterium sollte sein, dass die Bearbeiter\*innen die Schwerpunkte der Klausur erkennen und angemessen gewichten. Dazu gehört auch, Unproblematisches im verkürzten Gutachten- oder sogar Urteilsstil abzuhandeln. Die Musterlösung weist aus didaktischen Gründen einen Umfang und Detailgrad auf, der von den Studierenden nicht ansatzweise erwartet werden kann!

Vor diesem Hintergrund sollte die Bewertung folgende Richtlinien berücksichtigen:

**≥ 4 Punkte:**

- Der Vertragsschluss wird unter Nennung der relevanten Normen geprüft.

- Es wird erkannt, dass wesentliche Probleme des Falls in eine Aufrechnungskonstellation eingekleidet sind. Die Aufrechnung wird als solche souverän geprüft.
- Es wird erkannt, dass die Abnahme problematisch ist.
- Die Ansprüche aus §§ 634 Nr. 2, 637 I und §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 werden angesprochen und im Grundsatz solide geprüft.
- Die Prüfung ist frei von schweren strukturellen Fehlern.

**≥ 8 Punkte:**

- Die Bearbeiter\*innen erkennen mehrere Schwerpunkte des Falls und gewichten ihre Klausur entsprechend.
- Die Prüfung erfolgt strukturiert. Gedankengänge und juristische Argumentationsmuster sind gut nachvollziehbar. Der Lösungsweg ist in sich stimmig und widerspruchsfrei.
- Es wird erkannt, dass die Eröffnung der Mängelgewährleistungsrechte problematisch ist und dies auf die fehlende Abnahme zurückzuführen ist.
- Es erfolgt eine argumentative Auseinandersetzung mit der Frage, ob K für die beschädigte Tür haftet.

**≥ 12 Punkte:**

- Die Bearbeiter\*innen überzeugen durch fundierte Kenntnisse des BGB AT und des Schuldrechts.
- Der Fall wird insgesamt überzeugend bearbeitet. Dabei werden die meisten Schwerpunkte erkannt und vertretbar gelöst. Die Argumentation erfolgt fallorientiert und erscheint nicht „auswendig gelernt“ oder holzschnittartig. Es werden die juristischen Auslegungsmethoden herangezogen und souverän beherrscht.
- Bei der Problematik um die Abnahme wird das Stichwort „Abrechnungsverhältnis“ (oder eine Umschreibung dessen) genannt. Weitergehendes Detailwissen ist nicht erforderlich.
- Die Frage, ob K für die beschädigte Tür haftet, wird dogmatisch als Kausalitätsfrage verortet und überzeugend gelöst.
- Es werden für J neben §§ 634 Nr. 2, 637 I und §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 noch weitere Anspruchsgrundlagen angeprüft.

Insgesamt gilt, dass es sich hier um einen unverbindlichen Erwartungshorizont handelt. Maßgeblich ist stets der Gesamteindruck. Verstehen Sie die Kriterien daher eher als Indizien. Sicher kann der ein oder andere Fehler, Ungenauigkeiten oder eine Lücke durch gute Erwägungen an anderer Stelle ausgeglichen werden. Der Schwierigkeitsgrad der Klausur muss bei der Bewertung berücksichtigt werden.

## Klausur 3: „Anglerglück“

### – Sachverhalt –

Der in Kassel wohnhafte S fährt an den Wochenenden häufig mit seinem in Göttingen lebenden Freund N zu dessen ebenfalls in Göttingen liegenden Seegrundstück zum Angeln. Schon lange wünscht er sich selbst ein solches Grundstück. Weil N die Bewirtschaftung des Grundstücks inzwischen zu viel wird, bietet er dem S am 25.1.2021 an, dass dieser das Grundstück zu einem Freundschaftspreis haben könne. S willigt hochofreut ein. S und N einigen sich am 2.2.2021 notariell über den Verkauf des Grundstücks für 150.000 €. S wird daraufhin am 15.2.2021 im Grundbuch als Eigentümer des Seegrundstücks eingetragen.

Da S die 150.000 € selbst nicht parat hat, erzählt er seinem in Hannover lebenden Bruder B von dem Grundstück. Dieser war selbst hin und wieder bei den Angelausflügen dabei. B ist in letzter Zeit aufgefallen, dass N häufig schusselig ist und – was dem N so gar nicht ähnlich sieht – sehr sprunghaftes unüberlegtes Verhalten zeigte. Obwohl ihn dies sehr an seinen dementen Freund erinnert hat und er sich sicher gewesen ist, dass es nun wohl auch den N erwischt hat, sieht B die Gelegenheit, auch in Zukunft mit zum Angeln zu fahren, wenn S das Grundstück erwirbt. Er bietet dem S daher einen zinsfreien Kredit in Höhe des Kaufpreises an. Im Gegenzug bestellt S ihm hierfür eine Buchhypothek an dem Grundstück in Höhe von 150.000 €, die am 24.2.2021 in das Grundbuch eingetragen wird.

Die Freude über das neue Grundstück währt jedoch nicht lange. Da B sich als Sponsor des Grundstücks sieht, nimmt er dieses – ganz zum Unwesen des S – immer häufiger selbst für Unternehmungen mit seinen Freunden in Anspruch. Inzwischen ist B die immer wiederkehrenden Konfrontationen mit S jedoch leid, zudem wird ihm das ständige Pendeln nach Göttingen langsam zu viel wird. Er beschließt daher, sich ein eigenes Grundstück anzuschaffen. Hierfür leiht er sich 150.000 € bei seinem, ebenfalls in Hannover lebenden, Golfkumpel G und überträgt diesem als Sicherheit am 8.6.2021 die Buchhypothek an dem Seegrundstück des S.

Im Juli stellt sich heraus, dass N bereits seit dem 1.1.2021 ärztlich attestiert unter dauerhafter Demenz litt. Seine Tochter T verlangt daher als gerichtlich bestellte Betreuerin des N Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und Herausgabe des Grundstücks, sowie die Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch. So sei N nicht „Herr seiner Sinne“ gewesen, andernfalls hätte er sein geliebtes Grundstück niemals verkaufen wollen. Am liebsten würde sie hierbei gegen S und G gemeinsam vorgehen.



S erwidert, dass er wohl kaum von der Demenz des N hätte wissen können. Auch G ist der Ansicht, es könne doch nicht sein, dass er nun, ohne etwas falsch gemacht zu haben, keine Sicherheit für den Kredit habe. Schließlich habe er extra vorher Grundbucheinsicht genommen.

**Frage 1:** Haben die Klagen des N gegen S und G Aussicht auf Erfolg?

**Frage 2:** Stehen dem N Ansprüche gegen den B zu?

## Klausur 3: „Anglerglück“

### – Lösungsvorschlag –

#### Frage 1: Hätten die Klagen des N gegen S und G Aussicht auf Erfolg?

Die Klagen des N haben Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

#### A. Zulässigkeit

Die Klagen sind zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

#### **I. Eröffnung des ordentlichen Gerichtsweges, § 13 GVG**

N begehrt von S die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs im Hinblick auf seine Eigentümerstellung und Herausgabe des Grundstücks sowie von G die Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch eingetragenen Hypothek. Hierbei handelt es sich jeweils um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, sodass gem. § 13 Var. 1 GVG der ordentliche Gerichtsweg eröffnet ist.

#### **II. Statthafte Klageart**

Mit der Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und der Herausgabe des Grundstücks begehrt N jeweils eine Leistung. Statthaft ist somit die Leistungsklage.

#### **III. Zuständigkeit des Gerichts**

##### **1. Sachliche Zuständigkeit, § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG**

Nach § 1 ZPO bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Gerichtsverfassungsgesetz. Dort sieht § 71 I GVG für die Landgerichte eine Grundzuständigkeit für zivilrechtliche Streitigkeiten vor, während die amtsgerichtliche Zuständigkeit nur enumerativ in den §§ 23 ff. GVG geregelt ist. Da der Streitwert über 5000 € liegt und keine der Sonderkonstellationen des § 23 Nr. 2 GVG einschlägig ist, bleibt es bei der Grundzuständigkeit des Landgerichts. Sachlich zuständig ist das Landgericht.

##### **2. Örtliche Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den §§ 12 ff. ZPO. Nach §§ 12, 13 ZPO bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand nach dem Wohnsitz des Beklagten. Hier kommt allerdings

der ausschließliche dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO in Betracht. Mit seinen Klagen macht N das Eigentum an seinem Seegrundstück geltend. Ausschließlich zuständig ist demnach das Gericht des Belegenheitsortes des Grundstücks, somit Göttingen.

#### **IV. Parteifähigkeit, § 50 ZPO, Prozessfähigkeit, §§ 51, 52 ZPO**

##### **1. Klägerseite**

N ist gem. § 50 I ZPO i.V.m. § 1 BGB parteifähig. Er wird jedoch von T als seiner gerichtlich bestimmten Betreuerin vertreten, § 1902. Diese ist gem. § 51 I, 52 ZPO i.V.m. § 1902 prozessfähig.

##### **2. Beklagtenseite**

G ist gem. § 50 ZPO partei- und gem. §§ 51, 52 ZPO prozessfähig. S ist ebenso gem. § 50 ZPO partei- und gem. §§ 51, 52 ZPO prozessfähig.

#### **V. Postulationsfähigkeit**

Die Parteien müssen sich gem. § 78 I 1 ZPO jeweils von einem Anwalt vertreten lassen.

#### **VI. Zulässigkeit der Streitgenossenschaft auf Beklagtenseite**

N kann gegen S und G gemeinsam in Rahmen eines Prozesses vorgehen, wenn es sich bei den Beklagten um eine Streitgenossenschaft i.S.d. § 59 ZPO handelt. In beiden Fällen geht es um das Seegrundstück des N, zum einen um den Erwerb des Eigentums hieran durch S, zum anderen um den Erwerb einer Hypothek an dem Grundstück durch G. S und G stehen somit aus demselben rechtlichen und tatsächlichen Grund vor Gericht. Die Streitgenossenschaft ist folglich gem. § 59 Alt. 2 ZPO zulässig.

Einschlägig ist jeweils die Leistungsklage, sodass die die Klageverbindung auch analog § 260 ZPO zulässig ist.

#### **VII. Zwischenergebnis**

Die Klagen des N sind zulässig.

#### **B. Begründetheit**

Die Klage gegen S ist begründet, wenn N ein Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und Herausgabe des Grundstücks zusteht. Die Klage gegen G ist begründet, wenn N einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek hat.

## I. Ansprüche gegen S

### 1. Grundbuchberichtigung gem. § 894 wegen Eintragung des N als Eigentümer

N könnte gegen S einen Anspruch auf Zustimmung zur Änderung des Grundbuchs aus § 894 i.V.m. § 19 GBO haben.

#### a) Unrichtigkeit des Grundbuchs

Dies setzt voraus, dass die formelle Rechtslage des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt, das Grundbuch mithin unrichtig ist.

##### aa) Formelle Rechtslage

Als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist S.

##### bb) Materielle Rechtslage

In materieller Hinsicht ist das Grundbuch unrichtig, wenn das Grundstück, abweichend von der formellen Rechtslage, nicht im Eigentum des S steht.

Fraglich ist daher, ob N Eigentümer des Grundstücks ist.

##### (1) Ursprünglich Eigentum des N

Ursprünglich stand das Seegrundstück im Eigentum des N.

##### (2) Verlust des Eigentums durch Übereignung N an S

N könnte das Eigentum an dem Grundstück jedoch durch Übereignung an S gem. §§ 873 I, 925 verloren haben.

##### (a) Wirksame dingliche Einigung

Dann müsste eine wirksame dingliche Einigung i.S.d. § 925 auf den Eigentumsübergang des Grundstücks gerichtet zwischen N und S vorliegen.

Eine Einigung setzt zwei korrespondierende Willenserklärungen in Form von Antrag und Annahme i.S.d. §§ 145, 147 voraus, die die wesentlichen essentialia negotii enthalten. N hat dem S am 25.1.2021 angeboten, dass dieser das Grundstück zu einem Freundschaftspreis haben könne, woraufhin S einwilligte. Dies erfolgte allerdings nicht vor einer zuständigen Stelle i.S.d. § 925 I 1. Durch die Erklärungen des N und S am 25.1.2021 ist folglich keine wirksame Einigung zustande gekommen.

Eine wirksame dingliche Einigung könnte mit der notariellen Einigung des N und S am 2.2.2021 über den Verkauf des Grundstücks zum Preis von 150.000 € vorliegen. Die Willenserklärung des N könnte jedoch gem. § 105 I i.V.m. § 104 Nr. 2 aufgrund dessen Demenz unwirksam sein. Dann müsste N sich in einem die freie Willensbestimmung

ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden haben. N litt bereits seit dem 1.1.2021 unter ärztlich attestierter dauerhafter Demenz. Zum Zeitpunkt der Veräußerung zeigte er bereits „sprunghaftes und unüberlegtes“ Verhalten, was ihm sonst nicht ähnlich sah. Aufgrund seiner Demenz war es dem N somit nicht möglich, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach den gewonnenen Erkenntnissen zu handeln. N war zum Zeitpunkt seiner notariellen Erklärung daher gem. § 104 Nr. 2 geschäftsunfähig, sodass seine Willenserklärung gem. § 105 I unwirksam ist.

Es fehlt somit an einer wirksamen dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang des Grundstücks an S.

*(b) Zwischenergebnis*

Mangels wirksamer dinglicher Einigung i.S.d. §§ 925, 873 I ist das Eigentum des N am Seegrundstück nicht auf S übergegangen. Die formelle Rechtslage des Grundstücks steht demnach nicht im Einklang mit der materiellen Rechtslage, sodass das Grundbuch unrichtig ist.

*b) Anspruchsberechtigung des N*

N ist als Eigentümer auch Berechtigter des Anspruchs auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung aus § 894.

*c) Anspruchsgegner*

S ist als im Grundbuch eingetragener Eigentümer Anspruchsgegner.

*d) Keine Einwendungen des Anspruchsgegners*

Einwendungen des S sind nicht ersichtlich.

*e) Rechtsfolge*

N hat somit einen Anspruch auf Abgabe der Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO auf Grundbuchberichtigung in Form einer Löschung der Eigentümerstellung des S und Eintragung des N als Eigentümer gem. § 13 GBO.

**2. Herausgabe des Grundstücks von S gem. § 985**

N könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks aus § 985 haben.

Dann müsste das Seegrundstück im Eigentum des N stehen, S Besitzer sein und es dürfte zudem kein Recht zum Besitz bestehen.

**a) Eigentum des N**

N ist mangels Wirksamkeit der Übereignung des Grundstücks gem. § 105 I i.V.m. § 104 Nr. 2 nach wie vor Eigentümer des Grundstücks.

**b) Besitz des S**

S hat die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück und zudem Sachherrschaftswillen. Das Grundstück befindet sich somit im unmittelbaren Besitz des S, § 854 I.

**c) Kein Recht zum Besitz, § 986**

S dürfte kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 haben. Dieser Kaufvertrag ist ebenso gem. § 105 I i.V.m. § 104 Nr. 2 aufgrund der Demenz des N unwirksam, sodass sich ein eigenes Besitzrecht des S i.S.d. § 986 I 1 Alt. 1 insbesondere nicht aus einem etwaigen Kaufvertrag zwischen N und S ergibt.

**d) Ergebnis**

N hat gegen S einen Anspruch aus § 985 auf Herausgabe des Grundstücks.

**3. § 1007 I**

Ein Anspruch aus § 1007 I scheitert bereits an der Beweglichkeit der Sache.

**4. § 1007 II**

Auch ein Anspruch aus § 1007 II scheitert an der Beweglichkeit des Grundstücks.

**5. § 861 I**

N könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks aus § 861 I haben. Dann müsste dem N der Besitz an dem Grundstück durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein.

**a) Besitzentziehung**

Ursprünglich hatte N die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück, somit unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 I. Indem nunmehr der S die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück ausübt, hat er dem N den unmittelbaren Besitz an dem Grundstück entzogen.

### *b) Verbotene Eigenmacht*

Fraglich ist, ob die Besitzentziehung auch durch verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 I seitens des S erfolgte. Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn die Besitzentziehung ohne den Willen des Besitzers und ohne gesetzliche Erstattung erfolgte, § 858 I.

N hat der Nutzung des Grundstücks durch S zugestimmt. Fraglich ist jedoch, ob die Zustimmung des N infolge seiner Geschäftsunfähigkeit unwirksam ist. Dagegen spricht allerdings, dass der Besitz ein Realakt ist. Für diesen genügt ein natürlicher Wille, unabhängig von der Geschäftsfähigkeit. Grund hierfür ist vor allem das Publizitätsprinzip des Sachenrechts, insbesondere mit Blick auf den Besitz als Rechtsscheinsträger (vgl. § 1006 I). §§ 858 ff. stellen zudem lediglich auf den Besitz als solchen ab, unabhängig davon, ob dieser berechtigt ist. Auch hierin kommt der Rechtsscheinsgedanke zum Tragen, ferner soll hierdurch einer Selbstjustiz entgegengewirkt werden. Gleiches muss somit auch für die Übertragung des Besitzes gelten, sodass für die Erklärung der Zustimmung ebenso die Kundgabe eines natürlichen Willens genügt. Auf die Geschäftsfähigkeit kommt es folglich nicht an.

Auch ein Demenzkranker ist grundsätzlich in der Lage einen natürlichen Willen zu bilden. N wurde die Bewirtschaftung des Grundstücks langsam zu viel. Er war somit trotz seiner Demenz in der Lage, frei darüber zu entscheiden, ob er Besitz an dem Grundstück ausüben möchte. Folglich war es ihm auch möglich einen natürlichen Willen hinsichtlich der Übertragung seines Besitzes zu bilden. Die Zustimmung zur Besitzentziehung seitens des N ist mithin wirksam, sodass keine verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 I vorliegt.

**Hinweis:** Die Rechtsnatur der Zustimmung ist umstritten. Die h.M. sieht hierin kein Rechtsgeschäft, sodass die natürliche Willensfähigkeit genügt. Näher hierzu BeckOGK/Götz BGB, § 858 Rn. 37 f.

### *c) Ergebnis*

Mangels verbotener Eigenmacht hat N keinen Anspruch aus § 861 I auf Wiedereinräumung des Besitzes am Grundstück gegen S.

## **6. § 823 I**

N könnte einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung sowie Wiedereinräumung des Besitzes gegen S gem. § 823 I haben.

### *a) Rechtsgutsverletzung*

Durch den Besitz des S wurde N von der Nutzung seines Grundstücks ausgeschlossen. Die Entziehung der Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks fällt ebenso unter das umfassende Herrschaftsrecht des Eigentums (§ 903 S. 1), stellt somit eine Eigentumsverletzung dar.

Darüber hinaus könnte das Eigentum des N durch die Eintragung des S in das Grundbuch verletzt sein. Zwar hat sich an der Eigentümerstellung des S hierdurch nichts geändert, s.o. Durch die Eintragung des S als Eigentümer im Grundbuch wird allerdings die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 892 geschaffen. Das Eigentum des N wird insoweit gefährdet. Überdies kann N aufgrund der Eintragung des S als Eigentümer nicht mehr die Bewilligung zur Eintragung in das Grundbuch nach § 19 GBO erteilen, sodass er infolgedessen auch nicht mehr über das Grundstück verfügen kann, vgl. § 873 I. Hierin ist somit ebenfalls eine Eigentumsverletzung zu sehen.

N ist zudem in seinem berechtigten Besitz verletzt worden. Der Berechtigte Besitz hat ebenso wie das Eigentum eine Ausschlussfunktion (§§ 858 ff., 1007 BGB) und Zuweisungsgehalt (vgl. §§ 987, 988, 990, 993 BGB). Er kann daher den in § 823 I normierten Rechtsgütern gleichgestellt werden, ist somit als sonstiges Recht ebenso vom Schutzbereich des § 823 I umfasst.

### *b) Verletzungshandlung*

S hat unmittelbaren Besitz an dem Grundstück (§ 854 I), hindert den N daher an der Nutzung seines Grundstücks. Die Eintragung im Grundbuch erfolgte jedenfalls auch auf Veranlassung des N.

### *c) Haftungsbegründende Kausalität*

Das Verhalten des S müsste kausal für die Rechtsgutsverletzung des N sein. I.S.d. Äquivalenztheorie ist eine Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere. Hätte S nicht unmittelbaren Besitz über das Grundstück ausgeübt, wäre N nicht in seinem Eigentum verletzt worden. Ohne die Abgabe der Willenserklärung des S zur Übertragung des Eigentums, wäre S nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. Die Verletzung des Eigentums und des Besitzes liegt auch nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, ist somit ebenso adäquat kausal und zudem objektiv zurechenbar. Auch sind derartige Eigentums- und Besitzverletzungen vom Schutzzweck des § 823 I umfasst.

### *d) Rechtswidrigkeit*

Die Rechtswidrigkeit wird von der Tatbestandsmäßigkeit indiziert (Erfolgsunrecht).

### *e) Verschulden*

S müsste die Rechtsgutsverletzung auch zu verschulden haben. In Betracht kommt ein vorsätzliches Handeln des S im Hinblick auf den Besitz des Grundstücks sowie der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch. Vorsatz i.S.d. § 276 II ist das Wissen und Wollen zur Tatbestandsverwirklichung. Dabei wird die Kenntnis sämtlicher Tatumstände vorausgesetzt, die das eigene Verhalten pflichtwidrig machen. S handelte zwar mit Wissen und Wollen



hinsichtlich des Besitzes des Grundstücks wie auch der Eintragung in das Grundbuch. Er hatte allerdings keine Kenntnis davon, dass das Grundstück aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des N noch in dessen Eigentum stand. Er war sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens mithin nicht bewusst, handelte daher nicht vorsätzlich.

S könnte jedoch fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 II. Zwar kannte S den N, hätte dessen verändertes Verhalten daher möglicherweise erkennen können. Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass S auch konkrete Anhaltspunkte für die Demenz des N gehabt hätte und aufgrund dessen auf eine Demenz hätte schließen müssen. Ihm ist daher keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

**Hinweis:** Mit entsprechender Begründung ist die Annahme von Fahrlässigkeit ebenso vertretbar. Dann wäre Rechtsfolge die Herausgabe des Grundstücks sowie die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung i.F.v. Naturalrestitution gem. § 249 I.

### *f) Ergebnis*

N hat gegen S keinen Anspruch aus § 823 I auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung sowie Wiedereinräumung des Besitzes.

## **7. § 812 I 1 Alt. 1**

N könnte gegen S einen Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 auf Herausgabe des Grundstücks und Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs haben.

### *a) Erlangtes Etwas*

S hat unmittelbaren Besitz an dem Grundstück erlangt, s.o. Darüber hinaus hat er die Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erlangt. Die unrichtige Eintragung im Grundbuch eröffnet u.a. die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes, ist somit vorteilhaft für den S. Sie kann daher ebenso Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sein.

### *b) Durch Leistung*

Leistung ist die bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Die Einräumung des Besitzes und Eintragung in das Grundbuch erfolgte zur Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag aus § 433 I 1, stellt somit grundsätzlich eine Leistung dar. Einer Zweckrichtung könnte jedoch die Geschäftsunfähigkeit des N entgegenstehen.

Greift man für die Rechtsnatur der Zweckrichtung auf diejenige der Tilgungsbestimmung i.R.v. § 362 I zurück, wäre hierin eine geschäftsähnliche Handlung zu sehen, sodass diese analog § 105 I unwirksam wäre. Gleiches ergibt sich, wenn man in der Leistungsbestimmung eine Willenserklärung sieht. Während i.R.v. § 362 I mit der Tilgungsbestimmung ein Erlöschen

des Schuldverhältnisses einhergeht, kommt der Schutzzweck der §§ 104 ff. bei der allgemeinen Leistungskondition jedenfalls i.R.v. Zweipersonenverhältnissen nicht zum Tragen. So macht es i.R.v. Zweipersonenverhältnissen für den Geschäftsunfähigen keinen Unterschied, ob seine Zuwendung eine Leistung darstellt, er diese somit nach § 812 I 1 Alt. 1 zurückverlangen kann, oder ob es aufgrund der Geschäftsunfähigkeit an einer Leistung fehlt, er seine Leistung mithin aus § 812 I 1 Alt. 2 herausverlangen kann.

Der Schutzzweck der §§ 104 ff. spricht hier folglich nicht für das Erfordernis einer Geschäftsfähigkeit für das Vorliegen einer Leistung, sodass eine Leistung des N angenommen werden kann.

**Hinweis:** Der Leistungsbegriff ist im Einzelnen umstritten. Zur Leistung Geschäftsunfähiger s. etwa NK-BGB/Gessaphe BGB § 812 Rn. 21; i.R.v. Dreipersonenverhältnissen BGH, NJW 1972, 864. Lehnen die BearbeiterInnen eine Leistung aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des N ablehnen, wäre § 812 I 1 Alt. 2 zu prüfen.

### c) Ohne Rechtsgrund

Der Kaufvertrag zwischen N und S ist gem. § 105 I unwirksam, sodass die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgte.

### d) Rechtsfolge

N kann gem. § 818 I Herausgabe des Grundstücks sowie Zustimmung zur Grundbuchberichtigung i.S.d. § 19 GBO von S verlangen.

### e) Ergebnis

N hat gegen S einen Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 auf Herausgabe des Grundstücks sowie Zustimmung zur Grundbuchberichtigung i.S.d. § 19 GBO.

## 8. Ergebnis

N hat gegen S einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung aus §§ 894, 823 I, 812 I 1 Alt. 1 sowie auf Herausgabe des Grundstücks aus §§ 985, 823 I, 812 I 1 Alt. 1.

## II. Ansprüche gegen G

### 1. Grundbuchberichtigungsanspruch des N ggü. G auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek gem. § 894

N könnte gegen G einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch aus § 894 i.V.m. § 19 GBO haben.

### *a) Unrichtigkeit des Grundbuchs*

Dann müsste das Grundbuch unrichtig sein.

#### *aa) Formelle Rechtslage*

Im Grundbuch ist eine Hypothek des G eingetragen.

#### *bb) Materielle Rechtslage*

G dürfte diese Hypothek tatsächlich nicht erworben haben.

#### *(1) Derivativer Erwerb der Hypothek durch G*

Die Hypothek geht gem. § 1153 I mit der Forderung über, sodass zwischen B und G eine wirksame Abtretung bzgl. der Forderung aus dem Darlehensvertrag zwischen B und S vorliegen muss.

#### *(a) Wirksamer Abtretungsvertrag über die Forderung, § 398 I zwischen B und G*

B und G haben sich über den Übergang der Hypothek geeinigt. Hierin kann im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 eine Abtretung der Forderung aus § 488 I gesehen werden.

#### *(b) In der Form des § 1154*

Dies wurde ebenso im Grundbuch eingetragen, §§ 1154 III, 873.

#### *(c) Abtretbarkeit der Forderung, § 399*

Die Forderung aus § 488 I ist grds. abtretbar.

#### *(d) Verfügungsbefugnis bzgl. der Forderung*

Hinsichtlich der Forderung aus dem Darlehensvertrag mit S ist B ferner Verfügungsbefugt.

#### *(e) Rechtsfolge: Mitlauf der Hypothek, §§ 1153 I, 401*

B hat dem G wirksam die Forderung aus dem Darlehensvertrag mit S abgetreten. Gem. §§ 1153 I, 401 geht mit der Forderung ebenso die Hypothek über, falls sie tatsächlich besteht und dem Zedenten auch zusteht.

#### *(aa) Erwerb einer Hypothek durch B gem. §§ 1113 I, 873 I*

B und S haben sich am über die Bestellung einer Hypothek zugunsten des B geeinigt. Eine dingliche Einigung gem. §§ 1113, 873 I liegt somit vor. Die Hypothek wurde ebenso gem. §§ 873 I, 1115 in das Grundbuch eingetragen. Die Einigung wurde auch nicht gem. § 873 II

widerrufen. Eine zu sichernde Forderung i.S.d. § 1163 I besteht mit der Forderung aus dem Darlehensvertrag aus § 488 I 2 zwischen B und S.

S müsste hinsichtlich der Bestellung einer Hypothek Verfügungsberechtigt gewesen sein. Mangels wirksamer Einigung zwischen S und N stand das Grundstück indes nicht im Eigentum des S. S war somit nicht gem. § 903 S. 1 Verfügungsberechtigt. Ebenso lag keine Verfügungsermächtigung i.S.d. § 185 I vor.

Der Erwerb einer Hypothek durch B gem. §§ 1113 I, 873 I scheitert somit an der Verfügungsberechtigung des S.

*(bb) Gutgläubiger Erwerb der Hypothek durch B*

B könnte die Hypothek jedoch gem. § 892 I gutgläubig erworben haben. B sollte die Hypothek durch Bestellung durch S erwerben. Hierin ist ein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Hypothek i.S.e. Verkehrsgeschäftes zu sehen. S stand als Eigentümer im Grundbuch, sodass das Grundbuch diesbezüglich unrichtig war.

B müsste ferner gutgläubig in Bezug auf die Eigentümerstellung des S gewesen sein. Hier gegen spricht jedoch, dass B die Schusseligkeit des N und dessen sprunghaftes und unüberlegtes, für ihn ungewöhnliches Verhalten bemerkt hatte. Er war sich infolgedessen sicher, dass N dement ist. Demnach konnte er auch davon ausgehen, dass die Übertragung des Grundstücks durch N an S unwirksam war. Ihm war die Unrichtigkeit des Grundbuchs folglich bekannt, sodass er nicht gutgläubig i.S.d. § 892 I war.

Mangels Gutgläubigkeit des B hat dieser keine Hypothek von S erworben.

*(cc) Zwischenergebnis*

Es besteht keine Hypothek des B, sodass G nicht gem. §§ 1153 I, 401 mit Abtretung der Darlehensforderung Inhaber einer Hypothek an dem Grundstück wurde.

*(2) Originärer Erwerb einer Hypothek*

G könnte die Hypothek jedoch originär durch gutgläubiger Zweiterwerb gem. § 892 I erworben haben.

*(a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb der Hypothek i.S.e. Verkehrsgeschäftes*

§ 892 I setzt voraus, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Hypothek i.S.e. Verkehrsgeschäftes vorliegt. Beim Zweiterwerb der Hypothek erfolgt der Erwerb hingegen kraft Gesetzes als Folge der Forderungsabtretung gem. §§ 1153 I, 401. Es fehlt somit an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb. Vielmehr liegt ein bloß mittelbarer rechtsgeschäftlicher Erwerb durch Abtretung der Forderung vor. Schließt man aufgrund dessen einen gutgläubigen Zweiterwerb der Hypothek aus, hätte dies allerdings eine Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Hypothek zur Folge. § 892 dient hingegen gerade der

Verkehrsfähigkeit, indem das Grundbuch als Rechtsscheinsträger einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Im Falle des gutgläubigen Zweiterwerbs der Hypothek genügt daher ein bloß mittelbarer rechtsgeschäftlicher Erwerb.

*(b) Unrichtigkeit des Grundbuches bzgl. der Hypothek*

Im Grundbuch war eine Hypothek zugunsten des B eingetragen, sodass das Grundbuch diesbezüglich unrichtig war.

*(c) Guter Glaube des G*

G hatte keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf die eingetragene Hypothek des B, war somit gutgläubig i.S.d. § 892 I.

*(d) Kein Widerspruch*

Im Grundbuch war auch kein Widerspruch eingetragen, § 892 I 1 2. HS.

*(e) Zwischenergebnis*

G hat somit gem. § 892 I gutgläubig eine Hypothek am Grundstück des S erworben.

*(3) Zwischenergebnis*

Die formelle Rechtslage des Grundbuchs steht demnach mit der materiellen Rechtslage im Einklang. Es liegt keine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor.

*b) Ergebnis*

N hat keinen Anspruch gegen G aus § 894 auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek des G aus dem Grundbuch.

**Hinweis:** Ebenso richtig wäre hier eine historische Prüfung: 1. Erwerb einer Hypothek durch B, 2. Erwerb einer Hypothek durch G.

**2. § 823 I**

N könnte gegen G einen Anspruch auf Löschung der Hypothek aus § 823 I haben.

*a) Rechtsgutsverletzung*

In dem Erwerb der Hypothek durch G ist eine Belastung des Grundstücks des N und damit eine Eigentumsverletzung zu sehen.

**b) Verletzungshandlung**

Eine Verletzungshandlung des G liegt mit der Veranlassung zur Eintragung der Hypothek im Grundbuch vor.

**c) Haftungsbegründende Kausalität**

Hätte G nicht die Eintragung der Hypothek im Grundbuch veranlasst, wäre das Eigentum des N am Grundstück nicht beeinträchtigt worden, die Handlung ist somit äquivalent kausal für die Rechtsgutsverletzung. Auch liegt die Eigentumsverletzung nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit. Sie ist dem G objektiv zuzurechnen und vom Schutzzweck des § 823 I umfasst.

**d) Verschulden**

G hatte jedoch keine Kenntnis davon, dass B tatsächlich keine Hypothek von S erworben hatte, handelte somit nicht vorsätzlich i.S.d. § 276 I 1. Auch ist nicht ersichtlich, dass er dies hätte erkennen können, weshalb ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt, § 276 II. Es fehlt somit an einem Verschulden des G.

**e) Ergebnis**

Mangels Verschuldens des G hat N keinen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek durch G aus § 823 I.

**3. § 812 I 1 Alt. 2**

N könnte gegen G einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek aus § 812 I 1 Alt. 2 haben.

**a) Erlangtes Etwas**

N hat gem. § 892 I gutgläubig eine Hypothek erworben.

**b) In sonstiger Weise**

Um die Rückabwicklung auf das jeweilige Leistungsverhältnis zu beschränken, hat die Leistungskondition grds. Vorrang vor der Eingriffskondition. N muss sich somit primär an S halten. Eine Ausnahme wird allerdings i.R.d. § 935 gemacht. Für das Immobiliarsachenrecht greift § 935 indes nicht. Auch eine analoge Anwendung kommt aufgrund der, im Vergleich zum Besitz, starken Rechtsscheinswirkung des Grundbuchs nicht in Betracht. Dieser verleiht das Gesetz u.a. durch die geringeren Anforderungen an eine Gutgläubigkeit i.R.d. § 892 I im Vergleich zum § 932 II Ausdruck. Es fehlt damit jedenfalls an einer für die Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage.

Ein Durchgriff ist angesichts dessen nicht gerechtfertigt. Jedenfalls scheitert ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 aber an dem Vorliegen eines Rechtsgrunds aufgrund des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek durch G gem. § 892 I.

### *c) Ergebnis*

N hat keinen Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 gegen G auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek.

### **4. Ergebnis**

N steht gegenüber G kein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek zu.

### **III. Ergebnis**

Die Klage des N gegen S auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs und Herausgabe des Grundstücks ist begründet. Die Klage des N gegen G auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch ist unbegründet.

### **C. Ergebnis**

Die Klage des N gegen S hat Aussicht auf Erfolg.

Die Klage des N gegen G hat keine Aussicht auf Erfolg.

### Frage 2: Stehen dem N Ansprüche gegen den B zu?

#### **A. § 823 I**

N könnte gegen B einen Anspruch auf Beseitigung der Hypothek des G aus § 823 I haben.

#### **I. Rechtsgutsverletzung**

Mit Eintragung einer Hypothek zugunsten des G wurde das Eigentum des N belastet. Eine Rechtsgutsverletzung liegt in Form einer Eigentumsverletzung vor.

#### **II. Verletzungshandlung**

Mit Übertragen der an sich nicht bestehenden Hypothek an G hat B die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 I eröffnet. Hierin ist eine Verletzungshandlung seitens des B zu sehen.

### III. Haftungsbe gründende Kausalität

Hätte B dem G nicht die Hypothek übertragen, hätte dieser die Hypothek nicht gutgläubig erwerben können. Die Handlung des B ist somit äquivalent kausal für die Eigentumsverletzung des N. Diese lag auch nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit, ist mithin adäquat kausal. Dem B ist die Eigentumsverletzung auch objektiv zurechenbar. Vom Schutzzweck des § 823 I sind gerade auch Eigentumsverletzungen durch Belastung des Eigentums umfasst.

### IV. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.

### V. Verschulden

B wusste um die Demenz und folglich Geschäftsunfähigkeit des N. Somit war ihm ebenfalls bewusst, dass S das Grundstück nicht wirksam hat erwerben können. Demzufolge hätte ihm auch klar sein müssen, dass die Bestellung der Hypothek durch S unwirksam war. Er hat somit jedenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, indem er eine Hypothek zugunsten des G im Grundbuch hat eintragen lassen, handelte somit fahrlässig i.S.d. § 276 II.

### VI. Haftungsausfüllende Kausalität

Der Schaden bemisst sich gem. § 249 I nach der Differenz zwischen der Lage mit Schaden und ohne Schaden. N ist mithin ein Schaden i.H.d. eingetragenen Hypothek des G entstanden. Dieser ist auch kausal auf die Eigentumsverletzung zurückzuführen wie auch dem B zurechenbar.

### VII. Rechtsfolge

B hat somit im Wege der Naturalrestitution den Zustand wiederherzustellen, der ohne schädigendes Ereignis, somit ohne Entstehung einer Hypothek zugunsten des G, bestünde. B kann die Hypothek des N beseitigen, indem er die Forderung aus dem Darlehensvertrag gem. § 488 I 1 begleicht, § 267 I 1. In der Folge wandelt sich die Hypothek gem. §§ 1163 I 2, 362 I in eine Eigentümergrundstück.

**Hinweis:** Denkbar ist auch, dass B den G dazu bewegt gem. § 1168 I auf die Hypothek zu verzichten, etwa indem er diesem eine Sicherheit an seinem eigenen Grundstück bestellt. Dann wandelt sich die Hypothek des G ebenso in eine Eigentümergrundschuld.

### VIII. Ergebnis

N hat gegen B einen Anspruch auf Beseitigung der zugunsten des G eingetragenen Hypothek gem. § 823 I.



**B. § 816 I 1**

N könnte gegen B einen Anspruch aus § 816 I 1 auf Herausgabe des aus der Verfügung Erlangten haben.

**I. Verfügung eines Nichtberechtigten**

Mit Bestellung einer Hypothek zugunsten des G an dem Grundstück des N hat B das Eigentum des N belastet. Diesbezüglich hatte B keine Verfügungsberechtigung, handelte somit als Nichtberechtigter i.S.d. § 185 I.

**II. Wirksamkeit gegenüber N**

Die durch B bestellte Hypothek ist N gegenüber aufgrund des gutgläubigen Erwerbs durch G gem. § 892 I wirksam.

**III. Aus der Verfügung Erlangtes**

Fraglich ist, was B aus der Verfügung erlangt hat. B war aufgrund des Darlehensvertrags bzw. einer gesonderten Sicherungsabrede dem G gegenüber verpflichtet, eine Sicherheit in Form einer Hypothek an dem Grundstück zu bestellen. Unmittelbar aus der Verfügung hat er somit die Befreiung von der Verbindlichkeit, die Hypothek zu bestellen erlangt, § 362 I. Demnach wäre der objektive Wert der Verfügung zu ersetzen, § 818 II.

Für die Herausgabe von allem, was der Schuldner tatsächlich erlangt hat, spricht hingegen der Zweck des Bereicherungsrechts als Abschöpfung einer Bereicherung auf Seiten des Schuldners. Das Erlangte ist dann regelmäßig der Verkaufserlös. Überträgt man dies auf die Hypothek, dann hat B die ausgezahlte Darlehensvaluta erlangt. Im Gegensatz zu dem aus einem Weiterverkauf erlangten Verkaufserlös, muss B die Darlehensvaluta nach Ablauf der Zeit jedoch an G zurückbezahlen. Zweck des § 816 I 1 ist es, dass die erlangten Vorteile der Verfügung des Nichtberechtigten demjenigen zuzusprechen sind, zu dessen Lasten die Verfügung erfolgte. § 816 I 1 tritt damit gewissermaßen an die Stelle des § 985. Die Zahlung der Darlehenssumme an N würde diesem Gedanken angesichts der bloß auf Zeit gezahlten Geldsumme hingegen nicht gerecht. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man in dem durch die Verfügung Erlangten die Ersparnis der Bestellung einer eigenen Sicherheit sieht. Diese kann nicht herausgegeben werden, sodass der objektive Wert zu ersetzen wäre (§ 818 II). Dieser beliefe sich auf die Höhe der Hypothek, somit 150.000 €. Angesichts des zurückzuzahlenden Darlehens erscheint dies ebenso wenig gerechtfertigt.

Das „Erlangte“ kann in diesem Fall daher nur in dem Wert der Befreiung der Bestellung einer Hypothek gesehen werden. Somit i.H.d. Wertes, die den B eine solche Realsicherheit, etwa in Form einer Vergütung, gekostet hätte, wenn er einen Dritten darum ersucht hätte.

## IV. Ergebnis

N hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung für die Befreiung von der Bestellung einer Sicherheit aus § 816 I 1.

**Korrekturhinweis:** Nur von sehr guten BearbeiterInnen wird erwartet, dass sie die Problematik des „aus der Verfügung Erlangten“ in dem Umfang erkennen und erörtern. Bereits das Erkennen der Problematik und eine nachvollziehbare Begründung soll honoriert werden. Zur Problematik des aus der Verfügung Erlangten bei Realsicherheiten s. MüKoBGB/Schwab BGB § 816 Rn. 49 f. und § 818 Rn. 80.

### Erwartungshorizont:

#### > 4 Punkte:

- Der Aufbau von § 894 BGB und § 985 BGB wird fehlerfrei beherrscht
- Die Voraussetzungen des Erwerbs des Eigentums an Immobilien werden beherrscht
- Die Voraussetzungen des Erwerbs einer Hypothek werden beherrscht
- Die Geschäftsunfähigkeit des N wird erkannt
- Der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 I BGB wird erkannt und fehlerfrei geprüft

#### > 8 Punkte

- Die Zulässigkeit der Klage, insb. die Prozessfähigkeit und die Zuständigkeit des Gerichts wird brauchbar bearbeitet
- Die Möglichkeit einer einfachen Streitgenossenschaft gem. § 59 ZPO wird erkannt und brauchbar bearbeitet
- Die Rechtsnatur der Zustimmung i.R.v. § 858 II wird angesprochen

#### > 12 Punkte

- Die Leistung eines Geschäftsunfähigen wird diskutiert
- Die Problematik des durch die Verfügung Erlangten wird diskutiert
- Die Möglichkeit der Naturalrestitution durch Leistung eines Dritten und Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschild wird erkannt

**Bitte verstehen Sie diesen Maßstab nur als grobe Leitlinie!** Es ist stets der Gesamteindruck maßgeblich, dem ein starrer Erwartungshorizont nicht gerecht werden kann. Verstehen Sie die Kriterien daher eher als Indizien. Sicher kann der ein oder andere Fehler, Ungenauigkeit oder Lücke durch andere gute Erwägungen ausgeglichen werden.