

Examenskurs: Skript zum materiellen Recht

Übersicht

- A: Rechtsfähigkeit, Subjektunterscheidungen, Prozessstandschaft
 - I. Natürliche Person
 - II. Unternehmer, Kaufmann
 - III. Juristische Person
 - IV. Prozessstandschaft

- B: Vertragsrecht: Grundlagen
 - I. Abschluss und Inhalt von Verträgen
 - II. Stellvertretung
 - III. Bindungswirkung
 - IV. Vertragsparteien, Drittbeziehungen
 - V. Vorvertragliches Schuldverhältnis

- C: Inhalt und Untergang der Leistungspflicht
 - I. Gesetzliche Einzelregeln
 - II. Vollständige Leistung
 - III. Leistungszeit, Leistungsort
 - IV. Art der Schuld
 - V. Mehrheit von Schuldner und Gläubigern
 - VI. Erfüllung und Erfüllungssurrogate

- D: Leistungsstörungen
 - I. Einseitige und gegenseitige Pflichten
 - II. Schuldnerverzug
 - III. Gläubigerverzug
 - IV. Entfallen der Leistungspflicht nach § 275 BGB
 - V. Leistungsstörung, Schadensersatz, sonstige Ansprüche
 - VI. Rücktritt, Widerruf

- E: Unterscheidungen zwischen den Vertragsarten
 - I. Vertragstypen
 - II. „Gewährleistung“
 - III. Gewährleistung beim Kauf

- F: Unwirksame Verträge
 - I. Unwirksamkeitsgründe
 - II. Rückabwicklung unwirksamer Verträge, Leistungskondition

- G: Gesetzliche Schuldverhältnisse: Überblicksfragen
 - I. Vertrag und gesetzliche Schuldverhältnisse
 - II. Verhältnis der einzelnen Schuldverhältnisse zueinander
 - III. Aufwendungsersatz
 - IV. Beseitigung
 - V. Herausgabe
 - VI. Schadensersatz
 - VII. Unterlassung
 - VIII. Vergebliche Aufwendungen
 - IX. Wertersatz

- H: Geschäftsführung ohne Auftrag
 - I. Berechtigte GoA
 - II. Andere Formen der GoA
 - III. Einzelne Voraussetzungen
 - IV. Rechtsfolgen

- J: § 985 f. BGB
- I. Schutzrichtung
 - II. Sache
 - III. Besitz
 - IV. Eigentum
 - V. Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen
 - VI. Recht zum Besitz
- K: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, §§ 987 ff. BGB
- I. Nutzungen
 - II. Schadensersatz
 - III. Verwendungen
- L: § 1004 BGB
- I. Beeinträchtigung
 - II. Geschützte Rechte
 - III. Beseitigungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB
 - IV. Unterlassungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB
 - V. Duldungspflicht
 - VI. Störer
- M: Bereicherungsrecht, Eingriffskondiktion
- I. Erlangen in sonstiger Weise
 - II. Auf Kosten des Bereicherungsgläubigers
 - III. Ohne Rechtsgrund
 - IV. Inhalt des Bereicherungsanspruchs
- N: Deliktsrecht
- I. Anspruchsberechtigter
 - II. § 823 Abs. 1 BGB: klassische Rechtsgüter
 - III. § 823 Abs. 1 BGB: Rahmenrechte, Äußerungstatbestände
 - IV. Schutzgesetzverletzung, § 823 Abs. 2 BGB
 - V. Verschulden
 - VI. Anspruchsgegner
 - VII. Gefährungshaftung, Billigkeitshaftung
- O: Kreditsicherung, Nebengebiete

A: Rechtsfähigkeit, Subjektsunterscheidungen, Prozessstandschaft

I. Natürliche Person

- 1 Die Rechtsfähigkeit ist die Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie beginnt bei der natürlichen Person mit der Geburt, **§ 1 BGB**. In Sonderfällen besteht ein rechtlicher Schutz bereits vor der Geburt (zum Beispiel § 844 Abs. 2 Satz 2 BGB) oder nach dem Tode (postmortaler Persönlichkeitsschutz).
- 2 Für Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige beziehungsweise Minderjährige bestehen zahlreiche vertrags- (§§ 104 – 105a, 106 ff. BGB), delikts- (§§ 827 f. BGB) sowie möglicherweise auch GoA- und bereicherungsrechtliche Sonderregeln (siehe Fall: Der blinde Passagier).
- 3 Verbraucher kann nach dem Wortlaut von **§ 13 BGB** nur eine natürliche Person sein, nach Sinn und Zweck der Verbraucherschutznormen werden möglicherweise aber auch nichtrechtsfähige Personenmehrheiten (Bruchteilsgemeinschaft, Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, Erbengemeinschaft) geschützt. Inhaltlich ist maßgebend, dass das betreffende Rechtsgeschäft privaten und keinen unternehmerischen Zwecken dient. Die Einordnung von Mischfällen, in denen zum Beispiel eine Sache gleichermaßen zu privaten wie zu unternehmerischen Zwecken erworben wird, ist umstritten. Der Wortlaut von **§ 13 BGB** („überwiegend“) spricht gegen die Verbrauchereigenschaft, Formulierungen in EU-Richtlinien dafür. Es bestehen zahlreiche vertragsrechtliche Schutznormen (zum Beispiel §§ 310 Abs. 3, 312a ff., 355 ff., 474 ff. BGB, siehe Fälle: Der Gebrauchtwagen, Die Rassekatze, Das Bastlerfahrzeug), die auf Richtlinien der EU zurückgehen. AGB, nach denen ein Käufer als Unternehmer oder als Kaufmann gilt, sind unwirksam, wenn sie dem Sinn von Verbraucherschutznormen widersprechen (siehe Fall: Das Bastlerfahrzeug).

II. Unternehmer, Kaufmann

- 4 Unternehmer ist jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, **§ 14 Abs. 1 BGB**. Wer sich gegenüber Verbrauchern als Unternehmer geriert, ist auch als Unternehmer zu behandeln (siehe Fall: Die Rassekatze)
- 5 Die Eigenschaft als Kaufmann bestimmt sich nach **§§ 1 ff. HGB** (siehe Fall: Der Futtermittelhandel). Das HGB geht vom Einzelkaufmann aus und normiert für ihn zahlreiche, gegenüber dem BGB typischerweise strengere Rechte und Pflichten. OHG, KG, GmbH und AktG fallen als Handelsgesellschaften ebenfalls unter das Handelsrecht, **§§ 6 Abs. 1 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG, 3 Abs. 1 AktG**. Kaufmanns- und Unternehmensbegriff sind nicht aufeinander abgestimmt. Nach **§ 344 Abs. 1 HGB** gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

III. Juristische Person

- 6 Juristische Personen wie der eingetragene Verein (§ 21 BGB), die GmbH (§ 13 Abs. 1 GmbHG) und die AG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AktG) sind ebenfalls rechtsfähig. Deliktsrechtlich haften sie als solche nicht, weil nur natürliche Personen unerlaubte Handlungen begehen können. Sie haben aber nach § 31 BGB für unerlaubte Handlungen ihrer Organe einzustehen (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin). Die Personengesellschaften des Handelsrechts sind kraft Gesetzes als rechtsfähig zu behandeln, **§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB**. Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nach Rspr. ebenfalls grundsätzlich rechtsfähig. Sie kann im Grundbuch eingetragen werden, § 899a BGB. Die Haftung der Gesellschafter bestimmt sich nach §§ 128 Satz 1, 130 Abs. 1 HGB analog und nach §§ 160 Abs. 1 HGB, 736 Abs 2 BGB.

IV. Prozessstandschaft

- 7 Zivilrechtliche Ansprüche und Rechte stehen grundsätzlich allein ihrem Inhaber zu, also vertragliche Ansprüche allein dem jeweiligen Vertragspartner, Ansprüche aus Leistungskondiktion nur dem Leistenden und deliktische Ansprüche lediglich dem

unmittelbar Verletzten, zum Beispiel dem Eigentümer der beschädigten Sache (siehe auch Fall: Der Ausbildungsvertrag). Inhaber und Schuldner von Ansprüchen können allerdings auch mehrere Personen sein, zum Beispiel im Rahmen einer Gesamtgläubigerschaft. In seltenen Fällen kann aber auch eine Person Ansprüche oder Rechte geltend machen, die nicht ihr, sondern einer anderen Person zustehen. Man spricht dann von Prozessstandschaft. Dann wird ein Dritter für den eigentlich Berechtigten tätig, zum Beispiel können Eltern im Rahmen der elterlichen Vermögenssorge Rechte ihrer Kinder wahrnehmen (§ 1626 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, siehe Fall: Das Sparbuch), ein übergangener Ehepartner Ansprüche des anderen Ehepartners gegenüber Dritten (§§ 1368, 1369 Abs. 3 BGB, siehe Fall: Der eheliche Fernseher) und der Insolvenzverwalter Rechte des Gemeinschuldners (§ 80 Abs. 1 InsO, siehe Fall: Der Bankenrun) geltend machen.

B: Vertragsrecht: Grundlagen

- 8 Fragen im Zusammenhang mit vertragsrechtlichen Grundstrukturen tauchen den gesamten Kurs über immer wieder auf, werden aber zu Beginn des Wintersemesters verstärkt behandelt. Diese Fälle beziehen zum besseren Verständnis zum Teil auch nichtvertragsrechtliche Institute mit ein, soweit diese mit dem Vertragsrecht in Zusammenhang stehen.

I. Abschluss und Inhalt von Verträgen

- 9 Der Vertragsschluss setzt mit Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§§ 147 Abs. 1 Satz 1, 308 Nr. 1 BGB) zwei einander inhaltlich entsprechende Willenserklärungen voraus. Der Vertrag kommt, von Sonderfällen abgesehen (§ 156 Satz 1 BGB, siehe Fälle: Die Motorradauktion, Der Kunstsammler), mit Wirksamkeit, das heißt grundsätzlich mit Zugang der Willenserklärungen zustande, selbst wenn der Antragende vorher sterben sollte, §§ 130 ff., 151 ff., 308 Nr. 6 BGB. Ein eingeschalteter Dritter kann Vertreter, Erklärungsbote oder Empfangsbote sein, was jeweils unterschiedliche Konsequenzen für den Zugang auslöst (siehe Fall: Das Ehegrundstück). Entsprechen die Willenserklärungen einander nicht, so ist kein Vertrag zustande gekommen, sondern grundsätzlich eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot anzunehmen, § 150 Abs. 2 BGB. Davon gibt es Ausnahmen (siehe Fall: Die Kreditkarte), nämlich unter anderem beim verdeckten Dissens (§ 155 BGB), beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben (siehe Fall: Der Futtermittelhandel) und bei Genehmigungsfiktionen, §§ 416 Abs. 1 Satz 2 BGB, 362, 309 Nr. 5 BGB. Zu Ablehnungsfiktionen siehe §§ 108 Abs. 2 Satz 2, 177 Abs. 2 Satz 2, 1366 Abs. 3 Satz 2, 1829 Abs. 2 BGB und Fall: Das Ehegrundstück. Nochmals andere Sonderregeln gelten für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag, § 305 BGB (siehe Fälle: Der Ladendiebstahl, Die Handwerker).
- 10 Der Inhalt von Erklärungen ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. §§ 116 Satz 1, 119 BGB zeigen, dass es für die Auslegung nicht allein auf den Willen des Erklärenden, sondern auf den Horizont eines vernünftigen Empfängers ankommt. Der Erklärende hat es in der Hand, durch eindeutige Erklärung Irrtümer oder Falschübermittlung (§ 120 BGB) zu vermeiden und trägt daher vielfach „Übermittlungsrisiken“. Dasselbe kann freilich auch für den Erklärungsempfänger gelten, wenn er zum Beispiel durch das Übersenden von AGB oder das Auslegen von Preiskarten die Erklärung des Anbieters maßgeblich vorgeformt hat und sich deshalb zum Beispiel ihm unbekannte Veränderungen der Preisliste zurechnen lassen muss (siehe Fall: Der Einheitstag). Wenn Erklärungen aufgrund der „Umstände“ (siehe zum Beispiel §§ 164 Abs. 1 Satz 2 2. Alt., 328 Abs. 2 BGB) ausgelegt werden müssen, kommt es in aller Regel auf einen normativen Maßstab, insbesondere darauf an, welchen Inhalt sie sinnvollerweise haben können (siehe Fälle: Der Einheitstag, Die Selbsttötung, Die Rassekatze). Die Auslegung entscheidet zum Beispiel darüber, ob jemand Vertragspartner oder lediglich Vertreter (beachte § 164 Abs. 2 BGB) oder in sonstiger Weise beteiligt ist (siehe Fälle: Der Futtermittelhandel, Die Selbsttötung). Im Übrigen orientiert sich auch die Vertragsauslegung am Wortlaut und an Sinn und Zweck der

vertraglichen Regelung. Wortlautauslegung und teleologische Auslegung können folglich zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen (siehe Fall: Das Ölgeschäft).

- 11 Haben die Parteien keine vorrangige Vereinbarung (unter Umständen ergänzende Vertragsauslegung) getroffen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach den dispositiven Gesetzesregeln, zum Beispiel über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers etc. Nochmals andere Auslegungsregeln gelten für Allgemeine Geschäftsbedingungen, insbesondere gehen hier Auslegungszweifel zulasten des Verwenders, **§ 305c Abs. 2 BGB**.

II. Stellvertretung

- 12 Die Einigung „*wirkt*“ (**§ 164 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB**) unter bestimmten Voraussetzungen für und gegen den Vertretenen, obwohl er weder Angebot noch Annahme erklärt hat. Bitte trennen Sie die Vertretungsvoraussetzungen gedanklich klar vom Zustandekommen einer Einigung, dem Inhalt der Einigung und der Wirksamkeit des Vereinbarten (siehe Fälle: Die Geburtstagstorte, Der Futtermittelhandel, Die Grundstücksschenkung).
- 13 Das Rechtsgeschäft muss einer Vertretung überhaupt zugänglich sein und ist für höchstpersönliche Geschäfte (Verlöbnis, Eheschließung etc.) unzulässig. Der Vertreter muss (**§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB**) eine „*Willenserklärung im Namen des Vertretenen*“ abgeben (siehe Fall: Die Selbsttötung). Diese Willenserklärung muss eine eigene Erklärung des Vertreters sein, während der Bote lediglich eine fremde Erklärung überbringt. Die Abgrenzung zum Boten bestimmt sich nach dem äußeren Auftreten (siehe Fälle: Der Futtermittelhandel, Das Oldtimer Cabrio). Da der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, ist zum Beispiel in Bezug auf Anfechtungsmöglichkeiten oder Gutgläubigkeit grundsätzlich darauf abzustellen, ob der Vertreter seine Willenserklärung fehlerfrei gebildet hat (**§ 166 Abs. 1 BGB**) und zugleich sind zum Beispiel Kenntnisse des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen (zur Analogie bei vertretungsähnlichen Sachverhalten siehe Fall: Der Einheitstag). Der Vertretene soll durch das Einschalten eines Vertreters aber keine unlauteren Vorteile erlangen können, so dass er sich zum Beispiel von eigener Bösgläubigkeit nicht einfach „reinwaschen“ kann, **§ 166 Abs. 2 BGB**.
- 14 Der Vertreter muss „*innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht*“ handeln. Die Vertretungsmacht kann sich aus der Vollmacht (**§ 167 Abs. 1 BGB**), den speziellen handelsrechtlichen Tatbeständen (§§ 49, 54 f., 56 HGB, siehe Fall: Der Pressegroßhandel), dem Gesellschaftsvertrag oder der gesellschaftsrechtlichen Stellung (§§ 714 BGB, 125 HGB, 35 GmbHG) oder dem Gesetz ergeben, §§ 1357 Abs. 1, 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ebenso kann eine Duldungsvollmacht oder eine Anscheinsvollmacht bestehen. Die Anscheinsvollmacht (einen Sonderfall regelt **§ 172 BGB**) setzt einen Vollmachtsanschein, eine zurechenbare Veranlassung durch den Vertretenen und die Schutzwürdigkeit der anderen Vertragspartei voraus (siehe Fall: Der Pressegroßhandel). Die andere Vertragspartei ist grundsätzlich schutzwürdig, weil sie nicht wissen kann, ob der Vertreter vertretungsberechtigt ist oder nicht. Der Vertreter kann im Einzelfall von der Vertretung ausgeschlossen sein, zum Beispiel aus familienrechtlichen Gründen (§§ 1821 f., 1795, 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1643 BGB siehe Fälle: Der minderjährige Gesellschafter, Die Milchkühe, Die Grundstücksschenkung) oder wegen eines Insihgeschäfts, **§ 181 BGB**.
- 15 Handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht so ist das Geschäft schwebend unwirksam und kann vom Vertretenen genehmigt werden, **§ 177 Abs. 1 BGB** (siehe Fall: Die Grundstücksschenkung) Diese Genehmigungsmöglichkeit des Vertretenen ist sozusagen ein Gegenstück zur Anfechtungsmöglichkeit. Hier wirkt das Geschäft zunächst nicht gegen den Vertretenen. Dieser kann sich aber entscheiden, ob er das Geschäft durch Genehmigung (**§ 185 Abs. 2 BGB**) gegen sich gelten lassen oder es bei der Unwirksamkeit belassen möchte, ähnlich **§ 684 Satz 2 BGB**. Wenn der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Stellvertreter tätig wird, dann stellt sich die Frage, ob er die einzelnen Gesellschafter (so der Wortlaut von **§ 714 BGB**) oder die Gesellschaft als solche vertritt. Nach der herrschenden Gruppenlehre (Rspr.) gilt letzteres.

- 16 Genehmigt der Vertretene nicht, so haftet der Vertreter nach **§ 179 BGB**, siehe auch **§ 309 Nr. 11 BGB**. Das Handeln ohne Vertretungsmacht kann in Sonderfällen aber auch zur Rechtsscheinhaftung des Vertretenen führen (insbesondere nach ungeschriebenem Handelsrecht oder nach **§ 15 Abs. 1, Abs. 3 HGB**).

III. Bindungswirkung

- 17 Das BGB geht von einer Bindung an den Vertrag selbstverständlich aus (Schluss aus **§ 873 Abs. 2 BGB**). Wenn der Erklärende schon an ein bloßes Vertragsangebot gebunden ist (**§§ 145 BGB, 308 Nr. 1 BGB**), dann müssen die Vertragspartner erst recht an die Einigung gebunden sein. Die Vertragspartner müssen sich auf die vertraglich versprochene Leistung verlassen können, da sie andernfalls nicht zuverlässig disponieren können. Sie sind schutzwürdig und sollen letztlich auf das „Wort“ des anderen vertrauen dürfen. Dieser Grundsatz *pacta servanda sunt* würde entleert (siehe auch **§§ 308 Nr. 4, 309 Nr. 1 BGB**), wenn man sich von Verträgen ohne Weiteres lösen könnte. Insbesondere geht das Verwendungsrisiko (vgl. **§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB**) grundsätzlich zulasten des betreffenden Vertragspartners. Wer einen Blumenstrauß für eine abendliche Einladung kauft, kann den Kaufpreis nicht wieder zurückverlangen, wenn die Einladung abgesagt wird. Lösungsmöglichkeiten vom Vertrag sind also so zu handhaben, dass die Vertragsbindung nicht durch die Hintertür umgangen beziehungsweise die vertragliche Risikoverteilung hinfällig gemacht wird. Deshalb ist gegebenenfalls bei der Annahme aufschiebender oder auflösender Bedingungen (**§§ 158 ff. BGB**) Vorsicht geboten, ebenso bei der Annahme eines groben Missverhältnisses im Sinne von **§ 275 Abs. 2 BGB**, von Irrtümern (**§ 119 Abs. 1 BGB**) beziehungsweise verkehrswesentlichen Eigenschaften, konkludent vereinbarten Rücktrittsrechten (**§§ 346 Satz 1 BGB, 308 Nr. 3 BGB**) und den Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, **§ 313 BGB**.

IV. Vertragsparteien, Drittbeziehungen

- 18 Verträge begründen Rechte und Pflichten nur „*zwischen den Beteiligten*“ (**§§ 311 Abs. 1, 309 Nr. 8b aa BGB**), die den Vertrag entweder geschlossen haben oder denen gegenüber die Einigung „*wirkt*“, **§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB**. Dieser Ausgangspunkt mutet simpel an, hat aber enorme Grundsatzwirkung und kann eine Unmenge schwieriger Folgeprobleme aufwerfen. Vertragliche Positionen sind relative Rechte, die nur gegenüber dem Vertragspartner und nicht wie absolute Rechte gegenüber jedermann wirken. Sie „kleben“ sozusagen an der Person, während sich dingliche Positionen nicht auf eine Person, sondern zum Beispiel auf ein Grundstück beziehen. Bedeutung hat dieser Unterschied vor allem im Fall der Rechtsnachfolge. Wenn der Grundstückseigentümer A dem B ein schuldrechtliches Wegerecht einräumt und A anschließend sein Grundstück an C übereignet, dann geht die schuldrechtliche Duldungspflicht nicht auf C über. Die Vertragsschuld kann wegen der Bindung an den Vertragspartner nur aufgrund besonderer Regeln auf eine andere Person übergehen, zum Beispiel bei Vertragsübernahme (gesetzlich nicht geregelt), Schuldübernahme (**§§ 415, 416 ff., 309 Nr. 8b aa BGB**), Veräußerung von Mietgrundstück oder Betrieb (**§§ 566, 613a BGB**) oder durch Erbfall, **§ 1967 BGB**. Handelt es sich dagegen um ein dingliches Wegerecht (**§ 1090 BGB**), so geht die damit verbundene Duldungspflicht mit dem Grundstückseigentum automatisch auch auf den C als neuen Grundstückseigentümer über.

1. Einigungsabhängige Rechte und Pflichten

- 19 Aus **§ 311 Abs. 1 BGB** folgt, dass ohne Einigung grundsätzlich weder vertragliche Rechte noch Pflichten bestehen. Vertragsfreiheit und Privatautonomie lassen grundsätzlich nichts anderes zu. Wenn der Einzelne seine Angelegenheit in eigener Regie regeln soll, dann muss die Entscheidung über etwaige Rechte und Pflichten allein bei ihm liegen. Auf einem anderen Wege als durch eine privatautonome Gestaltung können Rechte und Pflichten nur begründet werden, wenn das Gesetz dies – ausnahmsweise – zulässt. Erfüllungsansprüche setzen stets einen Vertrag voraus. Deshalb können Pflichten nicht ohne Zustimmung aufgezwungen werden. Ein Vertrag zulasten Dritter ist nicht möglich. **§ 311 Abs. 1 BGB** verlangt nämlich einen Vertrag zwischen den „Beteiligten“, das heißt zwischen den Personen, die an den Vertrag gebunden sein sollen. Aber auch Rechte können nicht aufgezwungen werden, selbst wenn sie dem Bedachten doch eigentlich nur Gutes tun. Erlass und Schenkung setzen einen Vertrag voraus, das heißt beide Seiten müssen einverstanden sein, **§§ 397, 516 Abs. 1 BGB**. Sie können nicht

aufgezwungen werden, selbst wenn sie noch so vorteilhaft sind. Niemand soll gegen seinen Willen beschenkt oder von einer Forderung befreit werden können. Der Erbe, dem die Erbschaft „in den Schoß fällt“, kann die Erbschaft ausschlagen, §§ 1942 ff. BGB. Beim Vertrag zugunsten Dritter, der dem Dritten lediglich Rechte und keine Pflichten bringt, kann dem Dritten das Recht nicht aufgezwungen werden. Wenn er das aus dem Vertrag erworbene Recht zurückweist (§ 333 BGB), dann gilt es als nicht erworben.

2. Folgefragen

- 20 Nach Vertragsrecht muss jeder Beteiligte die Risiken tragen, die er mit dem Vertragsschluss auf sich genommen hat, nämlich unter anderem Einwendungen des Vertragspartners und das Risiko, dass der Vertragspartner vermögenslos wird. Von diesen selbstgewählten Risiken dürfen die Vertragsparteien nicht entlastet werden. Sie müssen sich zum Beispiel auch im Fall der Schuldübernahme Einwendungen entgegensetzen lassen, die sich aus dem Verhältnis mit dem früheren Schuldner ergeben, § 417 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Vertragspartei wird umgekehrt vor dem Verlust von vertraglichen Rechten beziehungsweise vor Risiken geschützt, die sie vertraglich gerade nicht auf sich genommen hat. Sie wird deshalb insbesondere vor dem Verlust von Einwendungen oder Aufrechnungsmöglichkeiten infolge einer Abtretung geschützt (§§ 404, 406, 407 BGB, siehe Fall: Die Banksicherheit), vor dem Austausch des Vertragspartners durch einen anderen, möglicherweise insolventen neuen Schuldner, den sie sich nicht als Vertragspartner ausgesucht hat (§§ 414, 415, 309 Nr. 8b aa, 309 Nr. 10 BGB, siehe Fall: Der Leasingunternehmer) und vor Gegenrechten eines Nichtvertragspartners beziehungsweise vor Einwendungen aus Verträgen, an denen sie nicht beteiligt war, § 417 Abs. 2 BGB.
- 21 Der Charakter des Vertrags als relatives Rechtsverhältnis wirkt sich auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Verträge bei Dreiecksverhältnissen aus. Die vertraglichen Wertungen schlagen auf den Bereicherungsausgleich durch (siehe Fall: Die missglückte Anweisung). Bei verbundenen Geschäften (§ 358 Abs. 3 BGB) stellt sich die Frage des Einwendungsdurchgriffs, wenn zum Beispiel der Verbraucher dem Kreditgeber Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegenhalten will, § 359 BGB.
- 22 § 311 Abs. 3 BGB stellt klar, dass ein Schuldverhältnis auch zu Personen entstehen kann, die nicht selbst Vertragspartner werden sollen. Das hat Bedeutung zum einen für den Fall der so genannten Sachwalterhaftung. Hier geht es darum, dass jemand, der an dem potenziellen Vertrag gar nicht beteiligt wäre, gleichwohl schuldrechtlichen Schutzpflichten unterliegt. Der Gesetzgeber hat diesen Bereich bewusst offen geregelt, um ihn der Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung und Lehre zu überlassen. Den bislang wichtigsten Anwendungsfall normiert § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB. Danach entstehen schuldrechtliche Beziehungen namentlich im Verhältnis zu Dritten, die in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflussen. Es hat zum anderen Bedeutung für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der durch § 311 Abs. 3 BGB aber nicht weiter geregelt wird. Hier geht es darum, dass jemand Inhaber schuldrechtlicher Ansprüche sein kann, obwohl er selbst nicht Vertragspartner werden soll. Diese Figur erklärt sich ebenso wie die sogenannte Drittschadensliquidation aus dem Bedürfnis nach Ersatz fahrlässig verursachter Vermögensschäden, die deliktsrechtlich nicht ersatzfähig sind, §§ 823 Abs. 1, 826 BGB. Sie werden inzwischen unabhängig von deliktsrechtlichen Ansprüchen geprüft, sind aber als Durchbrechung des vertragsrechtlichen Relativitätsprinzips mit Vorsicht anzuwenden. Die Drittschadensliquidation beruht auf der Überlegung, dass nur zwischen den Vertragsparteien bestehende Gefahrtragungsregeln etwaige Dritte nicht privilegieren sollen. Die Schutzwirkung zugunsten Dritter basiert nach Rechtsprechung auf einer ergänzenden Vertragsauslegung (str.).

3. Vertrag zugunsten Dritter

- 23 Ob ein Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) vorliegt, richtet sich nach dem Inhalt der Einigung, der durch Auslegung gegebenenfalls anhand der „*Umstände*“ zu ermitteln ist, §§ 133, 157, 328 Abs. 2 BGB. Der Vertrag zugunsten Dritter kann insbesondere gegenüber bloßer Botenschaft und Stellvertretung und gegenüber einem

Nichtvertragsschluss abzugrenzen sein (siehe Fall: Die Selbsttötung). Ein gewichtiges Indiz für die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter ist eine besondere Nähebeziehung zwischen Versprechensempfänger und Drittem, wie sie etwa im Verhältnis von Eltern zu ihren Kindern besteht, §§ 1602, 1610 Abs. 2 BGB. Ob der Dritte das Recht unmittelbar oder nur unter gewissen Voraussetzungen oder erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erwerben soll (§§ 328, 331 BGB), ist ebenfalls Auslegungsfrage. Das Ausstellen eines Sparbuchs auf den Namen des Dritten reicht für sich allein beispielsweise nicht aus, einen unmittelbaren Erwerb anzunehmen. In solchen Konstellationen können sich wegen unterschiedlicher Formerfordernisse (§§ 331, 518, 2301 BGB) schwierige Abgrenzungs- und Vertragsschlussfragen stellen.

V. Vorvertragliches Schuldverhältnis

- 24 Nach **§ 311 Abs. 2 BGB** können schuldrechtliche Pflichten auch im Zusammenhang mit geschäftlichen Beziehungen entstehen, die nicht zu einem Vertrag führen, aber gleichwohl Rücksichtspflichten der Beteiligten begründen. Ist es zu einem wirksamen Vertrag gekommen, so kann die Verletzung von Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis Ansprüche begründen, wenn der anspruchsbegründende Pflichtverstoß vor dem Zustandekommen des Vertrags begangen worden ist. Entsprechende Ansprüche können also auch im Fall der Vertragswirksamkeit oder im Zusammenhang mit einer Anfechtung des Vertrags (siehe Fall: Der Einheitstag) in Betracht kommen.

1. Entstehungstatbestände

- 25 Vorvertragliche Pflichten entstehen einmal mit der „*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*“, **§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB**. Die Vorschrift regelt das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis. Es beginnt mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen und endet, wenn diese beendet werden oder der verhandelte Vertrag zustande kommt.
- 26 Nach **§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB** führt auch bereits die „*Anbahnung eines Vertrages*“ zu schuldrechtlichen Rücksichtspflichten. Gedacht ist an anerkannte Standardfälle: RGZ 78, 239 ff.: Die Kundin wird vor Kaufabschluss im Geschäft des V von einer umfallenden Linoleumrolle verletzt. Wenn V den Unfall nicht verschuldet hat und sich für das nachlässige Handeln seines Mitarbeiters exculpieren kann (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB), dann gewährt das Deliktsrecht allein Ansprüche gegen den Mitarbeiter, die aber wertlos sein können. Nimmt man dagegen eine vorvertragliche Schutzpflicht und ferner an, dass die Kaufabsicht der Kundin bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet, so ist der Weg für eine Haftung des V gegenüber der Kundin frei. Der Gesetzeswortlaut verlangt weiterhin, dass der eine Teil „*im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung*“ tätig wird. Es tritt deshalb keine Haftung ein, wenn die einen Selbstbedienungsladen betretende Person von vornherein keine Kaufabsicht hatte, zum Beispiel der Ladendieb und der Passant, der Schutz vor Regen sucht. Problemfälle (von BGHZ 66, 51, 55 offengelassen, vom Gesetzgeber wohl durch „*etwaige*“ mit einbezogen): B kommt ohne festen Kaufentschluss in das Geschäft, um sich einen Überblick über das Warenangebot zu verschaffen und sich möglicherweise zum Kauf anregen zu lassen oder vorerst nur einen vorbereitenden Preisvergleich mit dem Konkurrenzunternehmen vorzunehmen.
- 27 **§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB** erfasst schließlich „*ähnliche geschäftliche Kontakte*“. Die Vorschrift dient zur Klarstellung, dass vorvertragliche Schuldverhältnisse nicht auf die in Nr. 1, Nr. 2 genannten Möglichkeiten begrenzt sind.

2. Die Rücksichtspflicht

- 28 Erzeugt werden lediglich Pflichten zur „*Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils*“, **§ 241 Abs. 2 BGB**. Die §§ 311, 241 Abs. 2 BGB enthalten keine Aussage über den Inhalt und die Reichweite der hierdurch begründeten Pflichten. Umfang und Inhalt vertraglicher Pflichten bestimmen sich nach dem Inhalt der Einigung und dem dispositiven Gesetzesrecht. Eine allgemeine Regelung über vertragliche Nebenpflichten und Schutzpflichten hat der Gesetzgeber nicht normiert. Solche Nebenpflichten sind nach wie vor von den Gerichten über **§ 242 BGB** zu entwickeln. Sie ergeben sich häufig aus der Überlegung, dass jede Vertragspartei in

gewisser Weise Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei nehmen soll. Oft handelt es sich um Hinweis- und Warnpflichten.

3. Ansprüche, Rechtsfolge

- 29 Der Anspruch aus **§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB** wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten (frühere *cic*) wird durchweg dem Vertragsrecht zugerechnet und ist wie die Deliktshaftung auf Schadensersatz (§§ 249 ff. BGB) gerichtet (siehe Fall: Der Einheitstag). Ansprüche aus *cic* und aus Delikt schließen sich nicht gegenseitig aus (h.M.). Dagegen kann die *cic* mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen theoretisch gar nicht in Konkurrenz treten, weil das Bereicherungsrecht lediglich zu Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) nicht aber zu Schadensersatz führen kann. Die damit verbundenen wichtigen Unterschiede (siehe Fälle: Der Einheitstag, Der Schlagersänger, Der Treibstoff) werden häufig übersehen.

C: Inhalt und Untergang der Leistungspflicht

- 30 Es ist vielfach wichtig, den Inhalt der geschuldeten Leistung zu bestimmen. Nur wenn geklärt ist, was der Schuldner zu leisten hat, lässt sich auch beurteilen, ob zum Beispiel eine andere als die geschuldete Leistung angeboten wird mit der Folge, dass der Gläubiger sie nicht anzunehmen braucht (§§ 293, 294 BGB) und den Anspruch auf die richtige Leistung behält (§ 362 Abs. 1 BGB), ob die geschuldete Leistung unmöglich geworden ist (§ 275 Abs. 1 BGB) oder noch erbracht werden kann, ob die erbrachte Leistung fehlerhaft ist und entsprechende Gewährleistungsansprüche auslöst, zum Beispiel §§ 434 ff. BGB. Der Inhalt des jeweiligen schuldrechtlichen Anspruchs bestimmt sich grundsätzlich nach der Vereinbarung der Parteien. Es liegt an den Parteien, die jeweilige Leistung zu bestimmen. Soweit sie keine Regelung vorgesehen haben, kommt der Vertrag gleichwohl zustande, wenn die Leistung bestimmbar ist. Die Parteien brauchen nicht alle Einzelheiten explizit im Detail zu regeln. Vielfach lassen sich im Wege der Vertragsauslegung objektiv feststehende Umstände heranziehen, zum Beispiel Laden- und Listenpreise, Verkehrssitte und die Interessenlage. Daneben können ergänzende gesetzliche Regeln eingreifen, die weitere Einzelheiten bestimmen. In Sonderfällen ist der Inhalt schuldrechtlicher Pflichten auch am Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu messen. Vorsicht! Klausurlösungen, die maßgeblich mit Treu und Glauben argumentieren, haben meistens wichtige Aspekte oder gesetzliche Vorschriften übersehen.

I. Gesetzliche Einzelregeln

- 31 Das Gesetz kennt eine Fülle von Einzelbestimmungen, die für den Inhalt der Leistungspflicht wichtig sind. Oft sind diese Regeln auf bestimmte Vertragsarten bezogen. Sie betreffen etwa die Frage, ob der Schuldner in Person leisten muss (§§ 267, 278, 613, 664 BGB) und der Gläubiger eine Gegenleistung erbringen muss (§ 689 BGB), die Höhe der Gegenleistung (§§ 612 Abs. 1, 632 BGB, 309 Nr. 1 BGB), vertragliche Nebenpflichten oder Kostentragungspflichten (§ 448 BGB) und Verzinsungspflichten.

II. Vollständige Leistung

- 32 Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt (§ 266 BGB, dispositiv; zu ähnlicher Konstellation siehe Fall: Die Reihenhäuser). Der Gläubiger kann deshalb die Teilleistung zurückweisen mit der Folge, dass der Schuldner hinsichtlich der gesamten Leistung in Verzug geraten kann. Der Gläubiger soll nach h.M. nicht durch mehrfache Leistungen belästigt werden. Darüber hinaus gibt es Situationen, in denen die Leistung zwar teilbar ist, für den Gläubiger aber nur in ihrer Gesamtheit sinnvoll ist. Beispiel: A bestellt bei B ein 24-bändiges Lexikon, B will zunächst 15 Bände liefern. A kann dies zurückweisen, weil er alle Bände erhalten will und nicht Gefahr laufen soll, dass B die restlichen Bände nicht mehr liefert, zum Beispiel weil er insolvent wird oder die Bände verloren hat. Das Unmöglichkeitserecht schützt den A davor nur, wenn der Schuldner die Teilunmöglichkeit zu vertreten hat, §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 2, 281 Abs. 1 Satz 2 BGB.

III. Leistungszeit, Leistungsort

- 33 Das Erbringen der Leistung zur richtigen Zeit ist für beide Parteien besonders bedeutsam. Der Schuldner muss möglicherweise erst Vorkehrungen treffen, um die Leistung erbringen zu können. Der Gläubiger muss sich möglicherweise ebenfalls auf den Erhalt der Leistung vorbereiten. Die Leistungszeit richtet sich nach der vertraglichen Bestimmung und den Umständen, ansonsten ist die Leistung sofort fällig und erfüllbar, **§ 271 Abs. 1 BGB**. Wird die Leistung zu früh erbracht, dann braucht der Gläubiger sie nicht anzunehmen und gerät nicht in Annahmeverzug, §§ 294, 362 Abs. 1 BGB. Er behält den Erfüllungsanspruch und ist dem Schuldner gegenüber auch sonst in keiner Weise verantwortlich. Leistet der Schuldner zu spät, dann kann er in Verzug geraten, was für ihn nachteilig ist. Er muss dann gegebenenfalls den entstandenen Verzögerungsschaden ersetzen (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 286 BGB) und unterliegt während des Verzugs einer verschärften Haftung, § 287 BGB. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers wird durch die Verzögerung grundsätzlich nicht berührt. Mit dem Zeitpunkt, ab dem der Schuldner leisten und Annahme der Leistung verlangen darf, tritt Erfüllbarkeit ein. Der Gläubiger kommt dann, wenn ihm die geschuldete Leistung angeboten wird, in Gläubiger- oder Annahmeverzug, § 293 BGB. Mit dem Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen darf, tritt Fälligkeit ein. Sie ist insbesondere Voraussetzung für die Verzugshaftung des Schuldners, § 286 Abs. 1 BGB. Erfüllbarkeit und Fälligkeit können zusammenfallen, müssen es aber nicht, **§ 271 Abs. 2 BGB**. Die Frage, ob für ein „bewirken“ die Leistungshandlung oder auch der Leistungserfolg gegeben sein muss, stellt sich für das Gesetz an verschiedenen Stellen, zum Beispiel in § 362 Abs. 1 BGB. Für § 271 BGB ist man sich einig, dass es allein auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung ankommt.
- 34 Der Leistungsort bestimmt sich nach der Vereinbarung der Parteien, besonderer gesetzlicher Bestimmung (**§ 261 BGB**) und im Übrigen nach **§ 269 BGB**. Leistungsort ist der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vornehmen muss. Dieser Ort wird vom Gesetz manchmal auch Erfüllungsort genannt, §§ 447 Abs. 1, 448 Abs. 1, 644 Abs. 2 BGB. Erfolgort ist der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt. Zu unterscheiden sind ferner Holschuld (Wohnsitz des Schuldners, §§ 269 Abs. 1, 7 ff. BGB), Bringschuld (Übernahme der Transportkosten reicht nicht, § 269 Abs. 3 BGB) und Schickschuld (unterschiedliche Konstellationen, zum Beispiel §§ 270 Abs. 1, 447 BGB).

IV. Art der Schuld

- 35 Im Fall der Stückschuld ist nur ein ganz bestimmter Gegenstand geschuldet, zum Beispiel ein bestimmtes Gemälde. Die gesetzlichen Regelungen gehen von der Stückschuld aus und behandeln andere Schulden nur soweit für diese besondere Regeln erforderlich sind. In anderen Fällen kann die Leistung dagegen in unterschiedlicher Weise von Entscheidungen oder Tätigkeiten der Parteien abhängen. Erst danach steht fest, welcher Gegenstand geschuldet wird. Gattungsschulden (siehe Fall: Der Pferdekauf) beziehen sich auf eine Sache, die nur der Gattung nach bestimmt ist. Sie unterscheiden sich von der Stückschuld unter anderem dadurch, dass eine Auswahl durch den Schuldner erfolgen muss. Fehlt dieses Auswählerfordernis, dann ist keine Gattungs-, sondern eine Stückschuld gegeben. Um den Gläubiger vor schlechter Auswahl durch den Schuldner zu schützen, muss der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte leisten, **§ 243 Abs. 1 BGB**. Andererseits wird der Schuldner vor Beschaffungsrisiken geschützt, indem die Gattungsschuld zur Stückschuld wird (**§ 243 Abs. 2 BGB**), wenn er das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Die Wahlschuld (gesetzliches Beispiel § 179 Abs. 1 BGB, siehe Fall: Der Pferdekauf) wirft ähnliche Schutzfragen wie das Gattungsschuldrecht auf, die aber aufgrund einer anderen Interessenlage abweichend beantwortet werden. Hier werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist, **§ 262 BGB**. Die Wahlschuld richtet sich auf mehrere Gegenstände, die im Unterschied zur Gattungsschuld nicht der Gattung nach bestimmt sind und sogar völlig unterschiedlich sein können. Die Ausübung der Wahl legt fest, welche der Leistungen schließlich „*als die von Anfang an allein geschuldete*“ gilt, **§ 263 Abs. 2 BGB**. Von ihr hängt mehr ab als bei der Gattungsschuld, deren Leistungsinhalt ungleich stärker festgelegt ist. Tritt Unmöglichkeit ein, bevor die Wahl getroffen worden ist, so gilt **§ 265 BGB**. Nach Ausübung der Wahl wird die Wahlschuld zur Stückschuld, deren Behandlung den allgemeinen Regeln folgt. Die Rechtsprechung hat ferner die Figur der Ersetzungsbefugnis entwickelt, die von der Wahlschuld zu unterscheiden ist (siehe Fall: Der Pferdekauf, ferner § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB und dazu

Fall: Die Bronzeskulptur). Weiterhin kann der Inhalt der Leistungspflicht in unterschiedlicher Weise sowohl durch Dritte (§§ 317 ff. BGB) als auch durch eine Vertragspartei (§§ 315 f., 308 Nr. 4, 309 Nr. 1 BGB) bestimmt werden.

V. Mehrheit von Schuldern und Gläubigern

- 36 Die Mehrheit von Schuldern und Gläubigern kann auf bloßer Kumulation beruhen, so dass die jeweiligen Ansprüche rechtlich in keiner Weise miteinander zusammenhängen. Besteht dagegen ein rechtlicher Zusammenhang, so können sich die Ansprüche gegenseitig beeinflussen. Insbesondere kann es problematisch sein, ob zum Beispiel der Rücktritt vom Vertrag nur für einen Teil erklärt werden kann (nein, § 351 BGB), in welchem Maß Leistungen oder Versäumnisse eines Einzelnen gegen die übrigen wirken usw. Am wichtigsten ist die Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB, siehe Fall: Die Reihenhäuser), bei der jeder Schuldner die ganze Leistung schuldet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal fordern darf. Eine Gesamtschuld lässt sich anhand der Voraussetzungen des § 421 BGB nicht immer sicher annehmen, da die Vorschrift um die ungeschriebene Voraussetzung „Gleichstufigkeit“ zu ergänzen ist. Die Gesamtschuld kann vor allem aufgrund gesetzlicher Anordnung bestehen (§§ 427, 613a Abs. 2 Satz 1, 769, 840 Abs. 1, 2058 BGB), sich aus dem gesetzlichen Zusammenhang ergeben (zum Beispiel §§ 25 f. HGB) und vertraglich etwa im Rahmen eines Schuldbeitritts vereinbart sein. Der leistende Gesamtschuldner kann bei den anderen Gesamtschuldnern Rückgriff nehmen, § 426 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB (Vorsicht! unterschiedliche Anspruchsgrundlagen). Die Gesamtgläubigerschaft bestimmt sich nach den §§ 428 ff. BGB. Die Teilschuldner- beziehungsweise Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB, siehe Fall: Die Reihenhäuser) bezieht sich auf eine teilbare Leistung, bei der jeder Schuldner nur einen entsprechenden Anteil leisten beziehungsweise jeder Gläubiger nur einen entsprechenden Teil verlangen kann. Die Schuldner- beziehungsweise Gläubigergemeinschaft bezieht sich auf unteilbare Leistungen. Die Forderung kann sich gegen eine Gesamthandsgemeinschaft, also gegen eine Gesellschaft (§ 705 BGB), eine Ehegütergemeinschaft (§ 1415 BGB) oder eine Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) richten. Die Gläubigergemeinschaft liegt vor, wenn die Forderung entweder zu einem gesamthänderisch gebundenen Sondervermögen (zum Beispiel §§ 705 ff. BGB) oder zum Vermögen einer Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) gehört oder auf eine unteilbare Leistung gerichtet ist, § 432 BGB.

VI. Erfüllung und Erfüllungssurrogate

- 37 Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) ist das Bewirken (Leistungserfolg) der geschuldeten Leistung (siehe unten). Geleistet muss weiterhin an den Gläubiger oder einen berechtigten Dritten (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB) oder den Überbringer einer echten Quittung, § 370 BGB. Das Abtretungsrecht schützt den Schuldner (siehe Fall: Die Banksicherheit) unter anderem bei einer ihm unbekanntem Abtretung. Wenn er an den früheren Gläubiger leistet, dann leistet er zwar an einen Nichtgläubiger, die gegen ihn gerichtete Forderung geht gegebenenfalls aber dennoch unter, § 407 Abs. 1 BGB, siehe auch §§ 408, 409 BGB. Der Erfüllungseintritt hängt von weiteren ungeschriebenen Voraussetzungen ab, insbesondere muss eine Bestimmung getroffen werden, welche Forderung erfüllt wird, § 366 BGB. Nach der herrschenden Theorie der realen Leistungsbewirkung ist weiterhin eine „Empfangszuständigkeit“ erforderlich, die dem nicht voll Geschäftsfähigen fehlt.
- 38 Das wichtigste Erfüllungssurrogat ist die Aufrechnung (§§ 387 ff., 309 Nr. 3 BGB), mit der die Erfüllung ohne oder sogar gegen den Willen des Gläubigers herbeigeführt werden kann. Sie setzt eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB, siehe Fall: Die Banksicherheit), eine Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) und das Nichteingreifen von Ausschlussstatbeständen (§§ 390 ff. BGB) voraus. Der Paradefall gleichartiger Leistungen sind Geldschulden. Die Gegenseitigkeit der Ansprüche braucht durch Abtretung (§ 406 BGB, siehe Fall: Die Banksicherheit) oder Gesellschafteraustritt (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht verloren zu gehen. Erlass (§ 397 Abs. 1 BGB) und Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB) führen ebenfalls zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Die Hinterlegung setzt unter anderem Annahmeverzug voraus und kommt in Betracht, wenn Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten (§ 372 Satz 1 BGB) geschuldet werden. Werden hinterlegungsunfähige Sachen geschuldet, dann kann der Schuldner sie unter bestimmten Voraussetzungen versteigern lassen und dann den Gelderlös hinterlegen, § 383 BGB.

D: Leistungsstörungen

I. Einseitige und gegenseitige Vertragspflichten

- 39 Für die Behandlung von Leistungsstörungen ist die Unterscheidung von einseitigen und gegenseitigen Vertragspflichten wichtig, da im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflichten durch die Regeln über den gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) besonders behandelt werden. Diese Vorschriften sehen mit dem Zug-um-Zug-Prinzip (§§ 320, 322, 309 Nr. 2a BGB) ein besonderes Druckmittel vor, um den Leistungsaustausch zu erzwingen (siehe Fall: Die Reihenhäuser). Sie sichern auch gegen Vorleistungsgefahren, § 321 BGB. Das BGB kennt spezielle weitere Regelungen für Leistungen, die Zug-um-Zug zu erbringen sind, zum Beispiel §§ 298, 373 BGB.
- 40 Ob Leistungen gegenseitig im Sinne der §§ 320 ff. BGB sind, hängt davon ab, wie sie nach Inhalt und Art miteinander verknüpft sind. Der Vertrag muss gerade zum Erhalt der Gegenleistung geschlossen worden sein. Standardfall des *do ut des* sind Übereignungs- und Übergabepflicht des Verkäufers und die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises. Die Gegenseitigkeit hängt aber von den Interessen beziehungsweise der Vereinbarung der Parteien ab und kann daher zum Beispiel auch die Abnahmepflicht des Käufers mit umfassen (zum Beispiel beim Räumungskauf). Keine Gegenseitigkeit liegt vor bei unentgeltlichen Verträgen, unvollkommen zweiseitigen Verträgen wie Leihe (§§ 598 ff. BGB), Auftrag (§§ 662 ff. BGB), unentgeltlicher Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) und unverzinslichem Darlehen, § 488 BGB. Gesellschaftsverträge (§§ 705 ff. BGB) können in bestimmten Konstellationen den §§ 320 ff. BGB unterliegen, gesellschaftsrechtliche Wertungen dürfen dabei aber nicht unterlaufen werden. Da Verträge unterschiedliche Pflichten vorsehen können, kann auch die rechtliche Behandlung dieser Pflichten unterschiedlich sein.

II. Schuldnerverzug

- 41 Schuldnerverzug setzt eine fällige (§§ 286 Abs. 1 Satz 1, 271 BGB) und durchsetzbare Leistungspflicht voraus. Naturalobligationen (§§ 656, 762 BGB) kennen keinen Erfüllungsanspruch, also auch keine Verzugshaftung. Das bloße Bestehen einer Einrede kann den Verzug ebenfalls ausschließen, zum Beispiel die Verjährungseinrede (§ 221 Abs. 1 BGB), während dies für das allgemeine Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) str. ist. Die Leistung muss ferner noch möglich sein. Verzug und Unmöglichkeit schließen sich aus. Für die Abgrenzung zwischen bloßer Verzögerung und Unmöglichkeit ist maßgeblich, ob die Leistung nachholbar ist und der Vertragszweck noch erreicht werden kann und ob dem Gläubiger ein Warten auf die Leistung zuzumuten ist. Beim absoluten Fixgeschäft (§ 376 HGB) führt die Verzögerung zur Unmöglichkeit. Das ist anders beim relativen Fixgeschäft, §§ 323 Abs. 2 Nr. 2, 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Hier kann ein Nachholen der Leistung zwar noch möglich und objektiv sinnvoll sein, es ergibt sich aber aus dem Vertrag, ob die Verpflichtung mit der Einhaltung des Leistungstermins stehen oder fallen soll. Bei Dauerverpflichtungen ist die verspätete Leistung in der Regel nicht nachholbar. Für den Verzug sind außerdem eine Mahnung beziehungsweise ein Ersatz- oder Entbehrlichkeitstatbestand erforderlich (§§ 286 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 309 Nr. 4 BGB), das Nichtleisten (§ 362 Abs. 1 BGB) und das vom Gesetz vermutete Verschulden, §§ 286 Abs. 4, 276, 278 BGB. Der Verzug löst Schadensersatzpflichten (§§ 280 Abs. 1 Satz 1 286, 288 Abs. 1 BGB) und Haftungsverschärfungen (§ 287 BGB) aus.

III. Gläubigerverzug

- 42 Gläubigerverzug setzt die Möglichkeit der Leistung (Abgrenzung zwischen Verzögerung und Unmöglichkeit nach ähnlichen Kriterien wie beim Schuldnerverzug), das Angebot der geschuldeten Leistung durch den leistungsfähigen Schuldner (§§ 294 ff., 297 BGB) und die Nichtannahme durch den Gläubiger (§ 293 BGB) voraus. Der Gläubigerverzug führt zu Haftungserleichterungen für den Schuldner (§ 300 Abs. 1 BGB), zum Übergang der Leistungsgefahr (§ 300 Abs. 2 BGB), zum Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen (§ 304 BGB), zum Vertretenmüssen im Zusammenhang mit dem Wegfall der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 – Abs. 3 (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB) und weiteren Rechtsfolgen, §§ 301 ff. BGB. Zugleich ermöglicht der Gläubigerverzug es dem

Schuldner, im Wege der Hinterlegung oder des Selbsthilfeverkaufs (§§ 372 ff. BGB) die geschuldete Sache „loszuwerden“ und Erfüllungswirkung auch ohne Mithilfe des Gläubigers zu erreichen, § 378 BGB.

IV. Entfallen der Leistungspflicht nach § 275 BGB

43 § 275 BGB regelt bestimmte Fälle, in denen die Leistungspflicht untergeht. Die Norm bezieht sich nur auf das Schicksal des betroffenen Anspruchs. Es ist in anderen Normen geregelt, ob auch die Gegenleistungspflicht entfällt (§ 326 Abs. 1 – Abs. 3 BGB) und ob die andere Partei infolge des Entfallens Ansprüche geltend machen (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283, 284, 285 BGB) oder zurücktreten (§ 326 Abs. 5 BGB) kann.

1. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

44 Die Unmöglichkeit ist nach **§ 275 Abs. 1 BGB** ein gesetzlicher Untergangsgrund. § 275 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Leistung als solche theoretisch nicht mehr erbracht werden kann, zum Beispiel weil sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erbringbar ist. Die Vorschrift erfasst:

- die objektive und die subjektive Unmöglichkeit/Unvermögen („für den Schuldner oder für jedermann“). Sie greift daher zum Beispiel auch ein, wenn die geschuldete Sache einem Dritten gehört, der zu ihrer Veräußerung nicht bereit ist, oder wenn sie gestohlen und die Suche nach dem Dieb aussichtslos ist.
- die anfängliche und die nachträgliche Unmöglichkeit („ist“). Im Fall anfänglicher Unmöglichkeit ist die Leistung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich. Der auf die unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist wirksam (**§ 311a Abs. 1 BGB**) und kann zwar keine Erfüllungsansprüche (§ 275 Abs. 1 BGB), wohl aber solche auf Schadensersatz statt der Leistung oder auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen begründen, **§ 311 a Abs. 2 BGB**.
- die nicht zu vertretende und die zu vertretende Unmöglichkeit. Es ist in den Augen des Gesetzgebers in beiden Fällen in gleicher Weise erforderlich, den Primäranspruch untergehen zu lassen. Auch wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat – zum Beispiel weil er die verkaufte Sache vor deren Übereignung fahrlässig zerstört hat – ist es sinnlos, dem Gläubiger einen Anspruch zu geben, den der Schuldner nicht erfüllen kann und der sich demgemäß nicht einmal theoretisch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen ließe. Das Vertretenmüssen hat freilich wesentliche Bedeutung dafür, ob der Gläubiger zum Beispiel Schadensersatz verlangen kann, siehe § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.
- die vollständige und die teilweise Unmöglichkeit („soweit“). Wird ein Teil der geschuldeten Leistung unmöglich, so kann dies freilich auch zur Gesamtunmöglichkeit führen, wenn die solchermaßen geteilte Leistung rechtlich nicht akzeptabel ist. §§ 281 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. BGB stellen dafür auf das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung ab.

45 § 275 Abs. 1 BGB ist systematisch von **§ 275 Abs. 2 BGB abzugrenzen**. Fälle, in denen die Leistung möglich ist, aber einen völlig unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, betreffen keine Unmöglichkeit und sind allein an § 275 Abs. 2 BGB zu messen. Die Abgrenzung ist im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen bedeutsam. Im Falle der Unmöglichkeit erlischt der Primärleistungsanspruch von Rechts wegen, während § 275 Abs. 2 BGB lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners begründet. In Fällen der subjektiven Unmöglichkeit kommt der Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB und der wirtschaftlichen Leistungserschwerung nach § 275 Abs. 2 BGB besondere Bedeutung zu. Dem Schuldner ist in den Augen des Gesetzgebers die Leistung nur unmöglich, wenn er sie auch durch Beschaffung oder Wiederbeschaffung nicht erbringen kann. Ist er nicht leistungsfähig, könnte er seine Leistungsfähigkeit aber durch Wiederbeschaffung wiederherstellen, so liegt keine Unmöglichkeit vor.

2. Extreme Leistungserschwerung, § 275 Abs. 2 BGB

46 § 275 Abs. 2 BGB betrifft bestimmte Konstellationen der extremen Leistungserschwerung. Die Vorschrift gewährt dem Schuldner eine Einrede und überlässt ihm damit die Entscheidung, ob er die Leistung dennoch erbringen oder verweigern will. Im letzten Fall verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) und ist schadensersatzpflichtig, wenn er die Leistungserschwerung zu vertreten hat, §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 BGB.

a. Anwendungsvoraussetzungen

47 Unter „*Aufwand*“ im Sinne der Vorschrift werden sowohl Aufwendungen in Geld als auch Tätigkeiten oder ähnliche persönliche Anstrengungen erfasst. Das „*grobe Missverhältnis*“ soll nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, Treu und Glauben und dem Leistungsinteresse des Gläubigers zu beurteilen sein. Das Missverhältnis muss ein besonders krasses, nach Treu und Glauben untragbares Ausmaß erreichen. Bei der Abstimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat, **§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB**. Von ihm sind erhöhte Anstrengungen zur Überwindung des Hindernisses zu erwarten, wenn er dessen Eintritt zu vertreten hat.

48 Die Gesetzesbegründung nennt folgendes Beispiel: Wenn der Schuldner auf Grund eines schuldhaften Irrtums oder gar in Kenntnis der Rechtslage den Vertragsgegenstand an einen Dritten übereignet hat und dieser eine Rückübereignung nicht durchweg ablehnt (sonst subjektive Unmöglichkeit), dann muss der Schuldner dem Dritten für den Rückerwerb in aller Regel wesentlich mehr als den Marktpreis bieten, um in den Genuss der Befreiung von seiner primären Leistungspflicht zu gelangen. Trifft den Schuldner kein Verschulden, so muss er sich immerhin bemühen, den Vertragsgegenstand von dem Dritten zurückzuerwerben, und diesem zumindest den Marktpreis, unter Umständen aber auch einen darüber liegenden Preis bieten. Das Leistungshindernis beruhe immerhin auf einem in seiner Sphäre liegenden Mangel. Als weiteres Beispiel nennt *Canaris*, JZ 2001, 499, 502 den Ring auf dem Meeresgrund. Hier ist entscheidend, welches Interesse der Gläubiger am Erwerb des Ringes hat. Dessen Leistungsinteresse bewegt sich – typischerweise – in einem Rahmen, der den zur Erfüllung erforderlichen Aufwand (Auspumpen des Sees, Absuchen des Sees durch Taucher) als unverhältnismäßig erscheinen lässt.

49 Im Hinblick auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* und auf den Schluss aus der Formulierung in § 275 Abs. 2 Satz 3 BGB ist die Einrede ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Leistung in voller Kenntnis des Leistungshindernisses verspricht.

b. Abgrenzungsfragen

50 Die Vorschrift ist vom Fall der Unmöglichkeit abzugrenzen, der allein an § 275 Abs. 1 BGB zu messen ist. Der Gesetzeswortlaut verlangt, dass die Leistung „einen Aufwand erfordert, der ... in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht“. Die Leistung ist als solche auch dem Schuldner objektiv möglich, belastet ihn aber erheblich. Maßgebend soll nach der Gesetzesbegründung sein, dass die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich wäre, aber von keinem vernünftigen Gläubiger ernsthaft erwartet werden kann. Das Schulbeispiel ist ein Ring, dessen Übergabe geschuldet wird und in einen See gefallen ist.

51 Die Abgrenzung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB, siehe Fall: Der fehlende Trauschein) hat wegen unterschiedlicher Rechtsfolgen Bedeutung. Die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB führt zum Entfallen der Primärleistungspflicht, während nach § 313 Abs. 1 BGB vornehmlich Vertragsanpassung geschuldet wird. Die Gesetzesbegründung zu § 275 Abs. 2 BGB sagt, dass die Vorschrift Fälle der so genannten „wirtschaftlichen“ Unmöglichkeit oder der „Unerschwinglichkeit“ im Sinne einer bloßen Leistungserschwerung für den Schuldner nicht erfassen soll. Solche Fälle sollen vielmehr nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu behandeln sein.

3. Unzumutbare persönliche Leistung, § 275 Abs. 3 BGB

52 Die Vorschrift gewährt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die geschuldete Leistung in Person zu erbringen ist (zum Beispiel bei Arbeits- und

Dienstverträgen) und bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Im Unterschied zu § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB sind in diesem Fall nicht allein das Gläubigerinteresse, sondern eben auch Umstände aufseiten des Schuldners zu berücksichtigen („*zugemutet*“). Die Gesetzesbegründung nennt als Anwendungsfall das Schulbeispiel der Sängerin, die sich weigert aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt ist. Gleiches soll für einen ausländischen Arbeitnehmer gelten, der seine Arbeit nicht verrichten möchte, weil er in seinem Heimatland zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen muss.

V. Leistungsstörung, Schadensersatz, sonstige Ansprüche

- 53 Extrem examenswichtige Ansprüche auf Schadensersatz normieren die §§ 280 ff. BGB. Daneben ist die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit in § 311a Abs. 2 BGB geregelt.

1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB

- 54 § 280 BGB ist der zentrale Haftungstatbestand im Zusammenhang mit Leistungsstörungen. Die Vorschrift ist – von § 311a Abs. 2 BGB als Sonderregelung für das anfängliche Leistungshindernis abgesehen – vom Gesetzgeber als die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzforderungen gedacht. Die Ausgestaltung der Vorschrift als General- beziehungsweise Auffangtatbestand ist das rechtstechnische Mittel, um ein Entstehen und Verselbstständigen von Richterrecht für die Zukunft zu verhindern.

a. Voraussetzungen

- 55 Die Vorschrift erfasst alle Arten von schuldrechtlichen Pflichten, also solche aus Verträgen, aus vorvertraglicher Geschäftsverbindung im Sinne von § 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB, aus einseitigen Schuldverhältnissen, wie den Anspruch aus einem Vermächtnis, und schließlich aus gesetzlichen Schuldverhältnissen. Die vertraglichen Pflichten können zum Beispiel Neben- und Schutzpflichten sein, etwa die Pflicht zum Aushändigen einer Bedienungsanleitung für eine Maschine. Geht es um die mögliche Verletzung einer Schutzpflicht, so muss positiv festgestellt werden, worin die Schutzpflicht und die Verletzung liegen. Es kann sich auch um Hauptleistungspflichten handeln. Insbesondere können die §§ 280 ff. BGB die Schlechtleistung erfassen, sofern diese nicht durch vorrangige Bestimmungen geregelt ist. Anwendungsbeispiele sind die Schlechterfüllung von Dienstvertrag oder Auftrag.

- 56 Der Gesetzgeber meint mit Pflichtverletzung ein objektiv dem Schuldverhältnis nicht entsprechendes Verhalten des Schuldners und trennt damit bewusst zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen. Erfasst werden alle Arten der Pflichtverletzung. Nach § 275 Abs. 4 BGB ist die Leistungsbefreiung des Schuldners nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB ebenfalls wie eine Pflichtverletzung zu behandeln. Die Verletzung muss auf den Schuldner in Person zurückgehen oder auf einem Fremdhandeln basieren, das dem Schuldner zuzurechnen ist, §§ 31, 278 Satz 1 BGB.

- 57 Die strenge Folge der Schadensersatzpflicht soll den Schuldner nur treffen, wenn er für die Pflichtverletzung im Sinne der §§ 276 – 278 BGB verantwortlich ist. Das Vertretenmüssen wird aber nach **§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB** vermutet (ist also in der Klausur zu unterstellen, wenn der Sachverhalt keine abweichenden Angaben enthält). Die Behauptungs- und Beweislast liegt beim Schuldner. Er hat darzulegen und zu beweisen, dass die Pflichtverletzung keine Folge eines von ihm zu vertretenden Umstands ist. Anders **§ 619a BGB**.

b. Rechtsfolge

- 58 § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ersetzt grundsätzlich den gesamten, nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähigen Schaden. Ein unproblematisches Beispiel ist die Verletzung von Schutzpflichten, durch die der Vertragspartner verletzt wird und die ihm Kosten für eine ärztliche Behandlung verursacht.

- 59 Die Ersatzfähigkeit bestimmter Schäden ist jedoch über § 280 BGB hinausgehend an weitere Voraussetzungen gebunden. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB verlangt werden, **§ 280 Abs. 2 BGB**. In den Augen des Gesetzgebers rechtfertigt es nämlich nicht jede

Verzögerung, den Schuldner für den daraus entstehenden Schaden haften zu lassen. Schadensersatz statt der Leistung kann nur unter den Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB verlangt werden, § 280 Abs. 3 BGB.

2. Schadensersatz statt der Leistung

- 60 Die §§ 281 ff. BGB geben dem Gläubiger die Möglichkeit, von dem Anspruch auf die Primärleistung auf einen Schadensersatzanspruch überzugehen. Das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung zerstört das ursprüngliche Pflichtengefüge und ist im Hinblick auf Schutzinteressen des Schuldners an besondere Voraussetzungen geknüpft, BT-Drucks. 14/6040, S. 137. Der Gläubiger möchte Klarheit und sich die ausgebliebene Primärleistung gegebenenfalls anderswo besorgen können. Umgekehrt kann der Schuldner schon erhebliche Anstrengungen gemacht haben, um den Gegenstand seiner Primärleistungspflicht herzustellen oder zu beschaffen. Auch kann ihm der Schadensersatzanspruch lästiger sein als der Anspruch auf die Primärleistung.
- 61 Die Abgrenzung des einfachen Schadensersatzes vom „*Schadensersatz statt der Leistung*“ muss bedacht, in den meisten Fällen in der Klausur aber nicht ausgiebig begründet werden. Die meisten Fälle lassen sich sachgerecht anhand der Frage beurteilen, *ob der geltend gemachte Schaden auch eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß, das heißt rechtzeitig innerhalb der = hypothetisch = gesetzten Nachfrist, nacherfüllt hätte*. Ist dies zu bejahen, dann liegt ein einfacher Schadensersatz vor. Wird die Frage verneint, dann ist ein Schadensersatz statt der Leistung gegeben (siehe Fall: Das Oldtimer-Cabrio). Um Schadensersatz statt der Leistung geht es grundsätzlich nicht, wenn beispielsweise bei einem Kauf oder bei einem Werkvertrag der Schaden an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache oder dem Werk eintritt (siehe Fall: Die Handwerker).
- 62 Die §§ 280 Abs. 1, 281 ff. BGB gewähren den Schadensersatz statt der Leistung in drei Fällen. Zum einen, wenn der Schuldner die fällige Leistung nicht (Verzögerung) oder nicht wie geschuldet (Schlechtleistung) erbringt, § 281 BGB; zum zweiten, wenn der Schuldner eine sonstige Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, § 282 BGB, und drittens, wenn die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB untergegangen ist, § 283 BGB. Für alle diese Normen müssen auch die „Voraussetzungen des § 280 Abs. 1“ erfüllt sein, das heißt der Schuldner muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Anspruchsgrundlage ist § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit der jeweiligen Spezialnorm.
- a. § 281 BGB**
- 63 § 281 BGB regelt die praktisch häufigsten Leistungsstörungen, nämlich die Fälle, dass die Leistung sich verzögert oder dass sie schlecht erbracht wird.
- aa. Voraussetzungen**
- 64 Die verletzte Pflicht muss eine Leistungspflicht sein, während die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB nicht unter die Vorschrift fällt. Es ist andererseits unerheblich, ob es sich um eine einseitige oder gegenseitige, eine Haupt- oder eine Nebenleistungspflicht handelt. Die Pflicht muss weiterhin „*fällig*“ sein.
- 65 Die Formulierung „*nicht erbringt*“ hat der Gesetzgeber allein auf den Verzögerungsfall gemünzt. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung aufgrund von Unmöglichkeit bestimmt sich nämlich allein nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 BGB. Die Voraussetzungen des § 281 BGB sind auf behebbare Leistungsstörungen bezogen. Das Erfordernis, dem Schuldner eine Frist zu setzen, ergibt im Fall der Unmöglichkeit der Leistung keinen Sinn. Im Falle der Nichtleistung beziehungsweise der Verzögerung ist für § 281 BGB nicht erforderlich, dass sich der Schuldner auch bereits im Verzug befindet. Der Gesetzgeber hat auf eine solche Voraussetzung im Hinblick auf Interessen des Gläubigers bewusst verzichtet. Dem Gläubiger ist nämlich in aller Regel zunächst nur das Ausbleiben der Leistung selbst, nicht aber der Grund dafür erkennbar. Er soll deshalb eine Möglichkeit haben, in einfacher Weise Klarheit über den Fortbestand des Leistungsanspruchs beziehungsweise über die Substituierung des Primäranspruchs durch einen Schadensersatzanspruch zu erreichen. Nach dem Wortlaut des § 281 Abs. 1 BGB

bezieht sich die Vorschrift zum anderen darauf, dass der Schuldner die geschuldete Leistung „*nicht wie geschuldet*“ erbringt, also fehlerhaft.

- 66 Der Gläubiger muss weiterhin eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt haben. Regelmäßig soll es mit der Fristsetzung sein Bewenden haben, insbesondere ist keine Ablehnungsandrohung erforderlich. Die Fristsetzung ist unter den Voraussetzungen von **§ 281 Abs. 2 BGB** entbehrlich. Wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, dann wäre eine Fristsetzung sinnlos. Gleiches ist anzunehmen, wenn besondere Umstände die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel dafür so genannte Just-in-time-Verträge, BT-Drucks. 14/6040, S. 140. Hier soll der Gläubiger bei Ausbleiben der Leistung die Möglichkeit haben, sofort Ersatzbeschaffung anzuordnen, weil sein Schaden sonst viel größer würde.
- 67 Die Frist muss erfolglos abgelaufen sein, das heißt es darf weder die Leistung erbracht noch nacherfüllt worden sein. Mit RG vom 17.10.1919, RGZ 97, 6, 9 (zu § 326 BGB a.F.) wird man die Anwendung der Vorschrift aber ablehnen müssen, wenn die Leistung während der gesetzten Frist unmöglich wird (siehe Fall: Das fehlende Gutachten). § 281 BGB betrifft den Fall einer rechts- beziehungsweise vertragswidrigen Leistungsverweigerung. Ist die Leistung jedoch unmöglich geworden, dann kann der Schuldner die Leistung nicht mehr rechtswidrig verweigern. Einschlägig sind dann allein die Vorschriften, die die Folgen der Unmöglichkeit regeln, also die §§ 280 Abs. 1, 283 Satz 1 BGB.

bb. Rechtsfolge

- 68 Als Rechtsfolge kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Grundsätzlich kann der Gläubiger nur Schadensersatz verlangen, „*soweit*“ der Schuldner nicht oder nicht wie geschuldet geleistet hat. Bedeutung hat dies für die Teil- oder Schlechtleistung. Nach **§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB** kann daher nur in Bezug auf den nicht erbrachten „Teil“ der Leistung Ersatz statt der Leistung verlangt werden. Wenn statt 100 Flaschen Wein nur 90 geliefert werden, dann kann der Gläubiger als Schadensersatz statt der Leistung nur die Ersatzbeschaffungskosten für die ausgebliebenen 10 Flaschen beanspruchen. Entsprechendes gilt für Mängel. Ist bei einem neuen Fahrzeug etwa die Navigationsanlage defekt, dann kann der Gläubiger als Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich nur die Ersatzbeschaffungskosten für das defekte Navigationsgerät beanspruchen.
- 69 Nach **§ 281 Abs. 1 Satz 2 f. BGB** kann der Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen. Der Gesetzgeber wollte strenge Anforderungen aufstellen, da die Belastung des Schuldners durch diese gesteigerte Schadensersatzverpflichtung höher ist und weil sie zum Scheitern des gesamten Vertrags führt. **§ 281 Abs. 1 Satz 2 BGB** geht davon aus, dass bei einer teilweisen Leistung der Schadensersatz statt der ganzen Leistung eher die Ausnahme ist. Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann der Gläubiger nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Denkbar ist dies, wenn es in besonderer Weise auf Vollständigkeit ankommt. Dieselben Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für den Fall der Schlechtleistung. Nach **§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB** ist Schadensersatz statt der ganzen Leistung aber ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Macht der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend, dann kann der Schuldner das bereits Geleistete nach den §§ 346 – 348 BGB zurückverlangen, **§ 281 Abs. 5 BGB**.

cc. Ausschluss des Leistungsanspruchs

- 70 Der Anspruch auf die Leistung ist erst ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat, **§ 281 Abs. 4 BGB**. Das Verlangen setzt eine Äußerung des Gläubigers voraus, die den eindeutigen Willen erkennen lassen muss, sich auf das Schadensersatzbegehren zu beschränken. Eine vorprozessuale Erklärung reicht aus. In der Erhebung einer Schadensersatzklage liegt aber mit Sicherheit ein Verlangen im Sinne von § 281 Abs. 4 BGB. Der Fristablauf als solcher reicht dagegen nicht aus. Der Gesetzgeber wollte insoweit den Interessen des Gläubigers in besonderer Weise Rechnung tragen. Dem Gläubiger würde nämlich beispielsweise ein Schadensersatzanspruch nichts nutzen, wenn der Schuldner insolvent geworden ist. Es

wäre zweckmäßiger, wenn er seinen Leistungsanspruch durchsetzen würde. Umgekehrt sieht der Gesetzgeber aufseiten des Schuldners keine besondere Schutzwürdigkeit, da dieser vertragsbrüchig ist und die Ungewissheit jederzeit durch das Erbringen der Leistung beenden kann, BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

b. § 282 BGB

- 71 § 282 BGB regelt die Möglichkeit des Schadensersatzes statt der Leistung wegen der Verletzung einer sonstigen Pflicht. Hier geht es darum, dass der Schuldner nicht leistungsbezogene Pflichten verletzt, deren Beachtung nicht „nachgeholt“ werden kann und für die das Setzen einer Frist keinen Sinn macht.
- 72 Die in § 241 Abs. 2 BGB genannten Pflichten sind Schutzpflichten. Der Gläubiger kann die von ihm versprochene Leistung an sich ordnungsgemäß erbringen, aber unter Begleitumständen, die für den Gläubiger nicht erträglich sind. Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, S. 141: Der Maler führt zwar die von ihm übernommenen Malerarbeiten ordentlich aus, beschädigt jedoch immer wieder schuldhaft während der einige Zeit in Anspruch nehmenden Arbeiten auf dem Weg in den von ihm zu streichenden Teil der Wohnung die Eingangstür und Einrichtungsgegenstände. Wegen der entstandenen Sachschäden kann der Gläubiger Schadensersatz nach **§ 280 Abs. 1 BGB** verlangen. **§ 282 BGB** regelt die Frage, ob der Gläubiger noch vor Abschluss der Arbeiten einen anderen Maler mit der Beendigung der Arbeiten beauftragen und die hierfür entstandenen Mehrkosten dem ersten unsorgfältigen Maler in Rechnung stellen kann. Das Erbringen der Leistung durch den Schuldner muss weiterhin dem Gläubiger gerade wegen der Umstände der Pflichtverletzung unzumutbar geworden sein. Es geht notwendigerweise um eine Abwägung im Einzelfall. Interessen des Gläubigers wie des Schuldners sind dabei zu berücksichtigen. Es ist darauf abzustellen, ob die Pflichtverletzung den Vertragszweck derart gefährdet, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Die Pflichtverletzung muss ein gewisses Gewicht haben, um die Folge des § 282 BGB zu rechtfertigen, weil danach der Vertrag nicht mehr so wie vereinbart durchgeführt wird. Nicht jede Verletzung von Nebenpflichten ist ohne Weiteres geeignet, den Vertrag zu beenden.
- 73 Die Vorschrift nimmt nicht explizit dazu Stellung, ob auch Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt werden kann. Im Ergebnis ist das abzulehnen. Soweit § 282 BGB eingreift und die eigentliche Leistung bereits in Teilen erbracht worden ist, ist diese Leistung ordnungsgemäß und es fehlt an einem Schaden. Der Gläubiger muss diese Leistung also behalten und bezahlen. Wenn der Gläubiger nach § 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung begehrt und die unvollständige Leistung nicht durch einen anderen fortgesetzt werden kann und in ihrer teilweisen Form keinen Sinn macht, so wird der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen können.

c. § 283 BGB

- 74 § 283 BGB bestimmt die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung für den Fall, dass die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB entfallen ist. Wie bei § 281 BGB geht es dabei um Leistungspflichten, doch macht es im Unterschied zu § 281 BGB keinen Sinn, das Setzen einer Frist zu verlangen. Wenn die Leistung unmöglich geworden ist (§ 275 Abs. 1 BGB) oder sich der Schuldner berechtigt auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft (§ 275 Abs. 2 f. BGB), dann steht bereits fest, dass es nicht zur Leistung kommen wird.
- 75 Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist, dass die Primärleistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB untergegangen ist oder dass dem Schuldner das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 f. BGB zusteht und er diese Einrede geltend macht. Als weitere Voraussetzung muss der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit oder den Eintritt der groben Leistungerschwerung zu vertreten haben. Im Fall der teilweisen Unmöglichkeit kann der Gläubiger nach § 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich nur beanspruchen, soweit der Anspruch auf die Primärleistung untergegangen ist. **§ 283 Satz 2 BGB** stellt klar, dass unter den Voraussetzungen von § 281 Abs. 1 Satz 2 f. BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt werden kann. Verlangt der Gläubiger das Gesamtinteresse, dann kann

der Schuldner bereits erbrachte Leistungen nach den Rücktrittsvorschriften zurückverlangen, §§ 281 Abs. 5, 283 Satz 2 BGB.

3. Ersatz vergeblicher Aufwendungen

76 Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger nach § 284 BGB auch Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (siehe Fall: Das Oldtimer-Cabrio). Der Anspruch tritt an die Stelle des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung, kann also nur alternativ geltend gemacht werden. Der Anspruch unterliegt wegen der Gleichstellung mit den Ansprüchen auf Schadensersatz statt der Leistung denselben Voraussetzungen wie diese. Es setzt also voraus, dass der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte.

77 Die Rechtsfolgenseite meint solche Aufwendungen, die zwar im Zusammenhang mit einer nicht erfüllten schuldrechtlichen Pflicht gemacht worden sind, aber kein Schaden im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB sind. Sie sind nämlich nicht durch die Pflichtverletzung des Schuldners verursacht worden beziehungsweise wären auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung angefallen. Beispiel: Der Käufer hat einen Anspruch auf die Übereignung eines Kunstwerks und macht im Vertrauen auf die Erfüllung Umbaumaßnahmen, um das Kunstwerks in sein Haus integrieren zu können. Wird die Verpflichtung schuldhaft nicht erfüllt, so kann er unter den weiteren Voraussetzungen des § 284 BGB die Umbauaufwendungen ersetzt verlangen. Der Gläubiger muss die Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht haben und billigerweise auch in diesem Vertrauen gemacht haben dürfen. Nach § 284 a.E. BGB kann der Ersatz nicht verlangt werden, wenn der Zweck der Aufwendungen auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden wäre. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel das Anmieten eines Ladenlokals zum Verkauf unverkäuflicher Kunstwerke, die dann vom Schuldner nicht geleistet werden, BT-Drucks. 14/6040, S. 144. Gleiches gilt, wenn sich nach Bruch des Mietvertrags über eine Halle für eine Parteiveranstaltung herausstellt, dass die vorgesehene Veranstaltung ohnehin mangels Mitgliederinteresses abgesagt worden wäre.

4. Herausgabe des Ersatzes, § 285 BGB

78 Der Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes ist verschuldensunabhängig, also auch dann gegeben, wenn den Schuldner zum Beispiel den Eintritt der Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat (siehe Fall: Das vorschnelle Darlehen).

VI. Rücktritt, Widerruf

1. Rücktrittsrechte des Gläubigers nach den §§ 323 ff. BGB

79 Die §§ 323 ff. BGB begründen im Falle bestimmter Leistungsstörungen Rücktrittsrechte für den Gläubiger. Die Vorschriften setzen einen gegenseitigen Vertrags voraus, so dass zum Beispiel Bürgschaften oder Aufträge nicht darunter fallen. Es ist aber nicht zwingend erforderlich, dass die den Rücktrittsgrund bildende Verletzung eine Pflicht betrifft, die gerade im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, BT-Drucks. 14/6040, S. 183. Der Wortlaut des § 323 Abs. 1 BGB („*bei* einem gegenseitigen Vertrag“) gibt diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu erkennen. Ebenso ist nach § 324 BGB ein Rücktritt auch wegen der Verletzung sonstiger, also solcher Pflichten möglich, die gerade nicht leistungsbezogen sind und daher gar nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen können.

80 Sieht man von dem nicht erforderlichen Verschulden ab, so korrespondieren die Rücktrittsvoraussetzungen weitgehend mit den Anforderungen, die für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erforderlich sind. § 323 BGB betrifft wie § 281 BGB die nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung, § 324 BGB bezieht sich wie § 282 BGB auf die Verletzung einer sonstigen Pflicht und § 326 BGB wie § 283 BGB darauf, dass die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB untergegangen ist.

a. Voraussetzungen § 323 BGB

81 § 323 BGB setzt die Verletzung einer fälligen Leistungspflicht voraus, nicht dagegen einer sonstigen Pflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB. Ob die Leistungspflicht eine Haupt- oder eine Nebenpflicht ist, spielt dagegen keine Rolle. Die Vorschrift erfasst nicht

jede Pflichtverletzung aus einem gegenseitigen Vertrag, sondern beschränkt sich auf den Rücktritt wegen Verzögerung der Leistung und wegen Schlechtleistung. Sie ist allein auf behebbare Leistungsstörungen gemünzt. Die Fälle, in denen der Anspruch auf die Leistung nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB untergegangen ist, erfasst sie gerade nicht. Diese Konstellationen sind vielmehr an § 326 BGB zu messen. So liegt es auch, wenn schlecht geleistet wird, die Nacherfüllung aber von Anfang an unmöglich ist oder im weiteren Verlauf der Vertragsabwicklung unmöglich wird. Der Fall ist in § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB speziell geregelt.

- 82 Der Gläubiger kann bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden, **§ 323 Abs. 4 BGB**. Ein Anwendungsfall ist etwa, dass der Schuldner vor Fälligkeit unmissverständlich und eindeutig ankündigt, die Leistung zu verweigern. In solchen Fällen will die Vorschrift dem Gläubiger ein unzumutbares Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes ersparen. Weiterhin ist nach § 323 Abs. 2 BGB in bestimmten Konstellationen die Fristsetzung entbehrlich, da sie hier trotz Nachholbarkeit der Leistung keinen Sinn macht. Einen Ausschlussgrund normiert **§ 323 Abs. 6 BGB**. Die Vorschrift trägt der Gläubigerverantwortung Rechnung und schließt die Rücktrittsmöglichkeit aus, wenn der Gläubiger den Rücktrittsgrund in bestimmter Weise zu vertreten hat. Im Zusammenhang mit dem Rücktritt ist eine solche Vorschrift erforderlich, während im Rahmen von Schadensersatzansprüchen eine etwaige Mitverantwortung des Gläubigers nach § 254 BGB berücksichtigt werden kann.
- 83 Die Regelung in § 323 Abs. 5 BGB darüber, ob der Gläubiger im Zusammenhang mit Teilleistungen vom ganzen Vertrag zurücktreten kann, korrespondiert mit § 281 Abs. 1 Satz 2 f. BGB. Das Gesetz will den Gläubiger weder auf die Möglichkeit beschränken, den Vertrag ganz aufzuheben oder ganz durchzuführen, da es oftmals sinnvoll ist, den Vertrag auf die durchführbaren oder durchgeführten Teile zu beschränken. Es hat sich in **§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB** deshalb grundsätzlich für den Teilrücktritt entschieden und lässt einen Rücktritt vom ganzen Vertrag „nur“ unter bestimmten Voraussetzungen zu. Erforderlich ist, dass der Gläubiger „*an der Teilleistung kein Interesse*“ hat. Eine andere Wertung trifft **§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB** für die Schlechtlieferung. Hier erfasst das Rücktrittsrecht grundsätzlich den gesamten Vertrag. Es besteht in den Augen des Gesetzgebers nämlich kein Anlass, den Gläubiger an dem Vertrag festzuhalten, wenn die Leistung Mängel aufweist und die Fristsetzung erfolglos geblieben ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Pflichtverletzung unwesentlich ist. Dann ist der Rücktritt ausgeschlossen, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB.

b. Wahlrecht des Gläubigers

- 84 Der Gläubiger kann nach Ablauf der Frist nach eigener Entscheidung Erfüllung, Rücktritt oder bei Vertretenmüssen auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Erfüllungsanspruch geht mit Fristablauf nicht automatisch unter. Der Anspruch auf Erfüllung geht aber zum einen unter, wenn dem Schuldner die Rücktrittserklärung (**§ 349 BGB**) des Gläubigers zugeht. Dann tritt deren gestaltende Wirkung ein, die das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Der Erfüllungsanspruch geht zum anderen nach **§ 281 Abs. 4 BGB** auch unter, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

c. Schadensersatzanspruch und Rücktritt, § 325 BGB

- 85 § 325 BGB lässt es zu, dass der Gläubiger nach Erklärung des Rücktritts Schadensersatz verlangt. Das Gesetz hat den früheren Grundsatz der Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz aufgegeben und lässt eine Kombination beider Institute zu, BT-Drucks. 14/6040, S. 188. Der Gläubiger kann sowohl vom Schadensersatz zum Rücktritt übergehen, als auch, wenn der Gläubiger vorschnell den Rücktritt erklärt hat, vom Rücktritt auf den Schadensersatz übergehen. Die neue Regelung ermöglicht es dem Gläubiger aber auch, parallel Schadensersatz zu verlangen (zum Beispiel entgangenen Gewinn) und vom Vertrag zurückzutreten und Rückgewähr bereits erbrachter Leistung verlangen zu können.

d. Rücktritt u. Gegenleistung bei Ausschluss der Leistungspflicht, § 326 BGB

- 86 Wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB nicht zu leisten braucht, dann kann der Gläubiger zurücktreten, ohne dass es einer Fristsetzung bedarf, **§ 326 Abs. 5 BGB**.
- 87 Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB nicht zu leisten, so entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung nach **§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB kraft Gesetzes**. Im Falle des Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB ist erforderlich, dass der Schuldner die Einrede auch erhebt („kann“). Bei einer Teilleistung gelten die Vorschriften über die Minderung des Kaufpreises, **§§ 441 Abs. 3, 326 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. BGB**. Der Gläubiger kann aber vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn er an der bewirkten Leistung kein Interesse hat, § 326 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. BGB. Der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt nach **§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB** nicht, wenn der Schuldner bereits eine Schlechtleistung erbracht hat und die Nacherfüllung wegen § 275 Abs. 1 – 3 BGB nicht geschuldet wird. Ist die Unmöglichkeit vom Gläubiger zu vertreten, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, **§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB**. Die Rückabwicklung bereits erbrachter, aber nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht geschuldeter Leistungen, bestimmt sich nach Rücktrittsrecht und nicht nach Bereicherungsrecht, **§ 326 Abs. 4 BGB**.

2. Allgemeine Anforderungen im Zusammenhang mit dem Rücktritt

- 88 Allgemein kann sich ein Rücktrittsrecht aus Gesetz (**§ 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB**) oder daraus ergeben, dass sich die rücktrittswillige Vertragspartei den Rücktritt vertraglich vorbehalten hat, **§§ 346 Abs. 1 1. Alt., 308 Nr. 3 BGB**. Der Rücktrittsberechtigte ist zum Rücktritt auch dann berechtigt, wenn er zur Rückgewähr der empfangenen Leistung außerstande ist. Das Rücktrittsrecht kann, wenn bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt sind, nach § 351 Satz 1 BGB nur von allen und gegen alle ausgeübt werden (siehe Fall: Die Reihenhäuser).
- 89 Der Rücktritt bedarf einer empfangsbedürftigen (§ 130 BGB) Erklärung, **§ 349 BGB**. Die Erklärung ist als Ausübung eines Gestaltungsrechts grundsätzlich bedingungsfeindlich, § 388 Satz 2 BGB analog. Ob eine Erklärung eine Rücktrittserklärung ist, bestimmt sich nach ihrem Inhalt, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Bei der Auslegung ist nicht die rechtstechnische Formulierung, sondern das erkennbare, wirkliche Begehren des Erklärenden maßgeblich. Im Zweifel ist anzunehmen, dass der Erklärende die ihm im Einzelfall günstigere beziehungsweise weiter reichende Rechtsfolge gewollt hat. Besondere Bedeutung kann die Abgrenzung im Verhältnis zur Anfechtung erlangen, die ebenfalls erklärt werden muss, § 143 Abs. 1 BGB. Anfechtung und Rücktritt schließen sich gegenseitig aus. Bei der Annahme einer Anfechtung kann insbesondere deshalb Vorsicht geboten sein, weil sie den zugrundeliegenden Vertrag beseitigt und dem Anfechtenden die Möglichkeit nimmt, im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs das positive Interesse zu verlangen. Die Rückabwicklung rechtmäßig angefochtener, also (§ 142 Abs. 1 BGB) unwirksamer Verträge richtet sich nach den §§ 812 ff. BGB, während im Falle eines Rücktritts die Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB erfolgt. Sind Sachen oder Rechte übertragen worden, so gewährt § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückübertragung; der Rücktritt selbst hat keine dingliche Wirkung. Die Anfechtung kann dagegen unter Umständen auch die dingliche Ebene der Übertragung erfassen und zum Beispiel dazu führen, dass der Anfechtende rückwirkend wieder Eigentümer einer übereigneten Sache wird.

3. Rücktrittsfolgen

- 90 Nach **§ 346 Abs. 1 BGB** sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.
- 91 Unter den Voraussetzungen des **§ 346 Abs. 2, Abs. 3 BGB** besteht eine Pflicht zum Wertersatz. Bei einer Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ist der Wert nach § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berechnen, also eine im Vertrag bestimmte Gegenleistung bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen. Der Gesetzgeber hält insoweit keine objektive Bestimmung des Werts, sondern die Maßgeblichkeit der vertraglichen Bewertung für angemessen, weil die aufgetretene Störung allein die Rückabwicklung, nicht aber die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede betrifft. Die Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 entfällt unter den Voraussetzungen § 346 Abs. 3 BGB. Diese Vorschriften sind also stets gemeinsam zu prüfen. § 346 Abs. 3

BGB enthält verschuldensorientierte Ausnahmen von der grundsätzlichen Wertersatzverpflichtung. Ist danach der Wertersatzanspruch ausgeschlossen, so ist eine verbleibende Bereicherung herauszugeben, § 346 Abs. 3 Satz 2 BGB (Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 812 ff. BGB).

- 92 Der Rückgewährgläubiger kann weiterhin Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen (§ 347 Abs. 1 BGB) und für Verwendungen, die er auf den empfangenen Gegenstand gemacht hat (§ 347 Abs. 2 BGB), verlangen. Für Verletzungen der Rückgewähr- oder Herausgabepflicht aus § 346 Abs. 1 BGB kann die Gegenpartei nach den §§ 280 ff. BGB Schadensersatz verlangen, § 346 Abs. 4 BGB. Die Schadensersatzpflicht setzt voraus, dass ein durch Rücktritt begründetes Rückgewährschuldverhältnis entstanden ist und greift daher erst mit Zugang der Rücktrittserklärung ein.

4. Widerruf

- 93 Die §§ 355 ff. BGB regeln das Widerrufsrecht bei „*Verbraucherverträgen*“ (§ 310 Abs. 3 BGB), also bei Verträgen zwischen einem Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) und einem Verbraucher, § 13 BGB. Widerrufsrechte räumen dem Verbraucher die Möglichkeit ein, sich innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsschluss doch noch vom Vertrag zu lösen.

a. Voraussetzungen, Rückabwicklung

- 94 Wegen des Grundsatzes der Bindung an Vertrag und Erklärung ist ein Widerruf nur möglich, wenn das Gesetz ein spezielles Widerrufsrecht normiert. Das ist unter anderem in §§ 312g Abs. 1 BGB (außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, Fernabsatzverträge), § 495 Abs. 1 BGB (Verbraucherdarlehen) und § 510 Abs. 2 BGB (Ratenlieferungsverträge) der Fall. In vielen Fällen rechtfertigt sich ein solches Lösungsrecht daraus, dass der Verbraucher noch einmal in Ruhe den Vertragsschluss überdenken können soll. Bei Haustürgeschäften droht zum Beispiel, dass der Verbraucher „überrumpelt“ wird und der Vertrag letztlich nur deshalb zustande kommt.

- 94 Der Widerruf bedarf einer Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sie muss bestimmten Anforderungen genügen, insbesondere frist- und formgemäß sein. Einzelheiten im Zusammenhang mit der Widerrufsfrist normieren § 355 Abs. 2, Abs. 3 BGB. Die Einzelheiten der Rückabwicklung hängen von der Art des widerrufenen Vertrags ab und sind in den §§ 357 – 357d BGB geregelt.

b. Besonderheiten bei verbundenen Verträgen

- 96 Die §§ 358, 359 BGB treffen Sonderregeln für verbundene Verträge. Sie sind eine Ausnahme vom vertraglichen Relativitätsdogma, nach dem Verträge nur Wirkungen für und gegen die jeweiligen Vertragsparteien, nicht aber gegen Dritte entfalten. Grundsätzlich braucht sich jede Partei nur mit ihrem Vertragspartner auseinanderzusetzen. Rechtsfolgen aus Verträgen, an denen die Partei nicht beteiligt ist, sind für diese Partei irrelevant. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Wirksamkeit eines Vertrags unabhängig davon, ob ein Vertragspartner noch weitere Verträge mit Dritten schließt. Beispiel: K kauft bei V ein Auto und nimmt zur Bezahlung bei B einen Kredit auf. Ist der Kaufvertrag unwirksam, so würde sich dies nach dem Relativitätsdogma an sich nicht auf die Wirksamkeit des Darlehensvertrags auswirken. § 358 Abs. 1, Abs. 2 BGB machen davon eine Ausnahme für bestimmte finanzierte Geschäfte. Diese Durchbrechungen des Relativitätsgrundsatzes gelten nur für verbundene Verträge. Was darunter zu verstehen ist, legt § 358 Abs. 3 BGB fest. Die Vorschrift stellt maßgeblich darauf ab, ob das Darlehen der Finanzierung des anderen Geschäfts dient und die beiden Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Bei finanzierten Grundstückskäufen ist eine wirtschaftliche Einheit nur selten anzunehmen, § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB.

- 97 Nach § 358 Abs. 1 BGB kann der Widerruf zum Beispiel eines Kaufvertrags die Unwirksamkeit des Darlehensvertrags nach sich ziehen, der zur Finanzierung des Kaufs diente. Die Unwirksamkeit des Kaufvertrags schlägt danach auf den Darlehensvertrag durch. Dann sind sowohl der Kaufvertrag als auch der Darlehensvertrag rückabzuwickeln. Ebenso schlägt nach § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB der Widerruf des Darlehensvertrags auf die Wirksamkeit des damit finanzierten Geschäfts durch. Auch in diesem Fall sind sowohl der Kaufvertrag als auch der Darlehensvertrag rückabzuwickeln.

§ 359 BGB durchbricht den vertragsrechtlichen Relativitätsgrundsatz ebenfalls. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass es gerade nicht zu einem Widerruf eines der miteinander verbundenen Verträge kommt. Sie lässt in einem solchen Fall einen speziellen Einwendungsdurchgriff zu: Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, wenn er gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung des Kaufpreises berechtigt wäre.

E: Unterscheidungen zwischen den Vertragsarten

I. Vertragstypen

- 98 Einteilung und Aufbau der §§ 433 – 782 BGB sind historisch-empirisch, nicht logisch-systematisch bedingt. Jeder Versuch, die einzelnen Vertragsarten zu kategorisieren, kann also nur ein ungefähres Bild geben. Verträge lassen sich nach Art der versprochenen Leistung unterscheiden, die auf die dauernde Übertragung (§§ 433, 515, 516 BGB) oder vorübergehende Überlassung von Vermögensgütern (§§ 535, 581, 598, 607 BGB), auf menschliches Handeln (§§ 611, 662 BGB), auf Zusammenwirken mehrerer Personen (§§ 705, 741 BGB) oder bestimmte Risiken (§§ 759, 762 ff., 765 BGB) gerichtet sein oder im Zusammenhang mit Forderungen (§§ 779, 780 f. BGB) stehen können. Sie lassen sich weiterhin etwa nach Existenz und Art der Gegenleistung unterscheiden.
- 99 In welche gesetzliche Kategorie ein Vertrag einzuordnen ist, kann wegen unterschiedlicher Regeln für die einzelnen Vertragsarten klausurenentscheidend sein. Die Vertragsart kann Bedeutung haben für die Gewährleistung, für Formerfordernisse (§§ 766, 780 f. BGB), Gefahrtragung, Haftungsmaßstäbe und für § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (siehe Fall: Der Leasingunternehmer) und anderes mehr. Spielen solche Konsequenzen für die Lösung des Streitfalls keine Rolle (Vorsicht!), dann ist eine Einordnung des Vertrags in die gesetzlichen Kategorien nicht erforderlich (siehe Fall: Der Einheitstag). Die Abgrenzung der Vertragstypen voneinander kennt kaum allgemeine Regeln. Der Examenkurs behandelt unter anderem die Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsvertrag (siehe Fall: Der Futtermittelhandel), von Werkvertrag, Kaufvertrag und Leasing (siehe Fall: Der Leasingunternehmer), der Schenkung von anderen kostenlosen Leistungen sowie mögliche Vertragsarten im Zusammenhang mit einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (siehe Fall: Der fehlende Trauschein).

1. Abgrenzungsbeispiel Kaufvertrag

- 100 Wie die einzelnen Vertragstypen voneinander abzugrenzen sind, richtet sich nach den betroffenen Einzelnormen. Die Benennung des Vertrags durch die Parteien ist nicht maßgeblich. Es kommt allein darauf an, was sie der Sache nach vereinbart haben. In der Regel legt eine Definitionsnorm fest, ob der Vertrag zum Beispiel als Kauf-, Werk- oder Mietvertrag einzuordnen ist. Kaufrecht ist anwendbar, wenn die Voraussetzungen von § 433 BGB erfüllt sind. Der Vertrag muss sich auf eine Sache oder ein Recht beziehen, Verträge über menschliche Tätigkeiten erfasst das Kaufrecht nicht, sondern zum Beispiel das Dienstrecht. Ob die Übertragung von Software oder eines Unternehmens der kaufrechtlichen Gewährleistung unterliegen und ob es sich beim Unternehmenserwerb um einen Rechts- oder einen Sachkauf handelt, ist oftmals problematisch. Die Frage ist anhand von § 453 BGB („sonstige Gegenstände“) zu beurteilen. Der Gegenstand muss ferner dauerhaft übertragen, das heißt übereignet beziehungsweise verschafft werden. Die nur vorübergehende Gebrauchsüberlassung, bei der die Sache nicht übereignet wird, ist kein Kauf, sondern Miete.

2. Sonderfälle, ungeregelte Vertragstypen

- 101 Eine rein äußerliche Verbindung von Verträgen liegt zum Beispiel vor, wenn jemand sein Auto zur Reparatur gibt und sich für die Dauer der Reparatur von dem Werkstattinhaber ein anderes Auto mietet. Die Verträge gehen in solchen Fällen getrennte Wege. Für den ersten Vertrag gelten die Regeln des Werkvertrags, für den zweiten Mietrecht. Wenn unterschiedliche Leistungen geschuldet werden, die an sich unter jeweils verschiedene Vertragsarten fallen, aber sachlich miteinander verbunden sind, beurteilen sich die rechtlichen Verhältnisse ebenfalls nach Maßgabe der einzelnen miteinander verbundenen Verträge. Der Parteiwille kann aber die einzelnen Verträge zu einem Gesamtvertrag

zusammenfassen, so dass sie rechtlich einheitlich zu behandeln sind. Bedeutung kann dies zum Beispiel für § 139 BGB haben. Maßgebend ist der Parteiwille beziehungsweise die Auslegung der Vereinbarung.

- 102 Bei typengemischten Verträgen liegt meist nur ein Vertrag vor, der aber Elemente von verschiedenen Vertragstypen aufweist (siehe Fall: Der Einheitstag). Wird aufgrund einer Vereinbarung zum Beispiel eine Maschine und deren Montage geschuldet, dann ist nach § 434 Abs. 4 BGB Kaufrecht anwendbar, sofern die Montage nicht den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bildet, BT-Drucks. 14/6040, S. 215 mwN. Nach § 651 Satz 1 BGB findet durchweg Kaufrecht und nicht Werkvertragsrecht Anwendung, wenn der Vertrag die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Die Vorschrift ist auf bewegliche Sachen beschränkt. Kein Kaufrecht, sondern Werkvertragsrecht greift daher ein, wenn es um die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht-körperlicher Werke geht, wie zum Beispiel die Planung durch einen Architekten oder das Erstellen von Gutachten.
- 103 Gibt es solche Regelungen nicht, dann stellt sich regelmäßig die Frage, welche vertragsrechtlichen Normen anwendbar sind, ob also ein Vertrag beispielsweise nach Kauf-, Miet- oder Werkvertragsrecht zu beurteilen ist. Eine einheitliche Antwort gibt es nicht. Die Rechtsprechung vermeidet grundsätzliche Stellungnahmen und neigt dazu, auf die konkrete Einzelfrage abzustellen. Die wohl h.M. greift zu einer Art Kombination. Anwendbar sind die für den betreffenden Vertragsteil maßgebenden Normen. Nicht der Vertrag als ganzer wird eingeordnet, sondern nur die infrage stehende Vertragspflicht. Widersprüche zu den Regelungen der anderen Vertragsbestandteile sollen durch den mutmaßlichen Parteiwillen ausgeglichen werden. Vertragsarten wie Leasing oder Factoring sind im BGB nicht geregelt worden, da es solche Verträge Ende des 19. Jahrhunderts noch nicht gab. Trotz ihres klangvollen Namens weisen sie aber doch sehr enge Bezüge zum Kauf- und Mietrecht auf und werden vielfach von den bestehenden Kategorien erfasst (zahlreiche Differenzierungen, siehe Fall: Der Leasingunternehmer)
- 104 Schließlich gibt es atypische Verträge. Sie sind weder im BGB explizit geregelt noch lassen sie sich sinnvoll einem der vorhandenen Vertragstypen zuordnen. Solche Verträge sind aufgrund des Privatautonomiegrundsatzes ohne Weiteres zulässig, § 311 Abs. 1 BGB. Es gibt keinen schuldrechtlichen Typenzwang. Beispiele sind allerdings rar. Im Zweifel möchte man nämlich möglichst auf eine Vertragstypenregelung zurückgreifen können, um einen rechtlichen Maßstab für die Beurteilung des Vertrags zu haben. Beispiele könnten sein: Vertrag mit dem Grundstückseigentümer über die Aufstellung von Leitungsmasten, Sponsoringvertrag, Schuldbeitritt. Ist der Rückgriff auf eine vertragsgesetzliche Regel nicht möglich, so bleibt der Vertrag allein nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. Es kommt also wesentlich auf die Vereinbarungen der Parteien an sowie auf das, was nach der Verkehrssitte allgemein (§§ 133, 157 BGB, 346 HGB) und nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zwischen den Parteien zu erwarten ist. Die sonstigen Maßstäbe (§§ 134, 138, 306 BGB usw.) bleiben unberührt.

II. „Gewährleistung“

- 105 Das Gewährleistungsrecht ist weitgehend im allgemeinen Schuldrecht (§§ 280 ff., 311a, 323 ff. BGB) und ergänzend im Zusammenhang mit den einzelnen Vertragstypen geregelt. Gewährleistungsrechte können aber im Detail von der Art des Vertrags abhängen. Die Interessenlage bei Kauf, Schenkung, Miete, Leihe, Werk- und Dienstvertrag ist nämlich unterschiedlich und bedingt daher unterschiedliche Gewährleistungsregeln.
- 106 Veräußerungsverträge sind auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet. Das Kaufrecht hält deshalb für entscheidend, ob der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs, also zum Beispiel zum Zeitpunkt der Übergabe (§§ 434 Abs. 1 Satz 1, 446 Satz 1 BGB, siehe Fall: Der Gebrauchtwagen) vorliegt. Entsteht der Mangel später, dann soll dies nicht mehr Sache des Verkäufers sein. Wegen der Unentgeltlichkeit der Schenkung und der daraus folgenden Schutzwürdigkeit des Schenkers leuchtet dagegen ein, dass eine Gewährleistungspflicht nur für den Fall der Arglist besteht, § 524 BGB. Eine Möglichkeit der Selbstvornahme sieht § 637 BGB für das Werkvertragsrecht

vor (siehe Fall: Die Handwerker), im Kaufvertragsrecht ist sie dagegen gerade ausgeschlossen (siehe Fall: Der Gebrauchtwagen).

- 107 Gebrauchüberlassungsverträge und Dauerschuldverhältnisse sind nochmals anders. Der Vermieter hat die Pflicht, die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten, **§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB**. Er muss also nicht allein für die Fehlerfreiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt eintreten, sondern hat die Mietsache in diesem Zustand zu erhalten. Er haftet daher auch, wenn der Fehler erst „*während der Mietzeit*“ entsteht, **§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB**. Zugleich kann der Mieter wegen des Mangels lediglich Beseitigung des Mangels, Mietminderung (**§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB**) oder Schadensersatz verlangen, **§ 536a Abs. 1 BGB**. Dagegen macht ein Rücktrittsrecht bei Dauerschuldverhältnissen keinen Sinn. Der Mieter insbesondere von Wohnraum ist vielfach auf eine Bleibe angewiesen und würde sich mit einer Aufhebung des Vertrags in das eigene Fleisch schneiden. Deshalb kann zum einen die Minderung soweit reichen, dass überhaupt keine Miete mehr zu zahlen ist, und zum anderen bieten die Kündigungsmöglichkeiten Wege zur Beendigung des Vertrages, die von der Fehlerhaftigkeit unabhängig sind. Wegen der Unentgeltlichkeit gelten für die Leihe abermals andere Gewährleistungsmaßstäbe, **§ 600 BGB**.
- 108 Das Dienstrecht (§§ **611 ff. BGB**) schließlich enthält überhaupt keine besonderen Gewährleistungsvorschriften, da dies aufgrund des Charakters von Dienstleistungen kaum sinnvoll wäre. Dienstleistungen lassen sich nicht rückgängig machen, also nicht wandeln oder nachbessern. Sie sind zeitgebunden und lassen sich nicht im nachhinein verändern. Wenn die Hebamme das Baby fallen lässt, kann das Unglück nicht ungeschehen gemacht werden. In Betracht kommen allein Ansprüche nach **§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB**, sowie nach §§ **280 Abs. 1 Satz 1, 281 ff. BGB**.

III. Gewährleistung beim Kauf

- 109 Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, **§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB**. Im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs (zum Begriff **§ 474 Abs. 1 BGB**) treffen den Verkäufer verschärfte Gewährleistungspflichten, insbesondere ist ein Ausschluss der Gewährleistung nicht zulässig, **§ 476 Abs. 1 BGB** (siehe Fälle: Die Schrankwand, Das Bastlerfahrzeug) und **§ 477 BGB** ordnet eine Beweislastumkehr an (siehe Fälle: Der Gebrauchtwagen, Das Bastlerfahrzeug).

1. Sachmangel

- 110 Das Vorliegen eines Sachmangels bestimmt sich nach subjektiven Anforderungen, objektiven Anforderungen und Montageanforderungen, **§ 434 Abs. 1 BGB**. Die Voraussetzungen sind gleichrangig und gelten kumulativ (der Gesetzeswortlaut spricht jeweils von „*und*“). Eine Klausurlösung sollte sich aber auf die Voraussetzungen konzentrieren, die im Streitfall auch für die Lösung relevant sind. Die subjektiven Anforderungen sind in **§ 434 Abs. 2 BGB** geregelt. Was unter „*Beschaffenheit*“ im Sinne von **Nr. 1** zu verstehen ist, definiert das Gesetz nicht. Es legt sich insbesondere nicht fest, ob darunter nur Eigenschaften fallen, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen. **§ 434 Abs. 2 Satz 2 BGB** listet aber wichtige Beispiele auf. Die Beschaffenheit ist „*vereinbart*“, wenn sich die Parteien darüber nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen geeinigt haben, wenn also zwei miteinander inhaltlich korrespondierende Willenserklärungen vorliegen (siehe Fälle: Der Gebrauchtwagen, Das Bastlerfahrzeug). **Nr. 2** betrifft die Eignung für eine Verwendung, die „*nach dem Vertrag vorausgesetzt*“ wurde. Das verlangt, dass der Käufer dem Verkäufer die beabsichtigte Verwendung zu erkennen gegeben hat und der Verkäufer damit einverstanden ist. Dafür reicht es bereits aus, dass er den Vertrag abschließt, ohne dem Käufer mitzuteilen, dass sich die Kaufsache nicht für diese Verwendung eignet. **Nr. 3** stellt klar, dass auch das Fehlen von vertraglich vereinbartem Zubehör oder Anleitungen ein Sachmangel ist.
- 111 Die objektiven Anforderungen gelten, „*soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde*“, **§ 434 Abs. 3 Satz 1 BGB**. Es steht den Parteien insbesondere frei, Verträge über Kaufsachen zu schließen, die sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen oder deren Beschaffenheit schlechter als die übliche Beschaffenheit ist. Im Rahmen von Verbrauchsgüterkaufverträgen ist eine solche Vereinbarung aber nur unter den

Voraussetzungen von **§ 476 Abs. 1 Satz 2 BGB** zulässig. Die „gewöhnliche Verwendung“ (**Nr. 1**) bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung, den berechtigten Erwartungen eines durchschnittlichen Käufers und – soweit vorhanden – ergänzenden normativen Regeln des europäischen und deutschen Rechts. Die „übliche Beschaffenheit“ (**Nr. 2**) bestimmt sich als normative Anforderung danach, welche Beschaffenheit ein durchschnittlicher Käufer erwarten kann. Sie kann beispielsweise auch durch Werbeangaben beeinflusst werden, § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2b, Abs. 3 Satz 3 BGB.

2. Rechte des Käufers

112 Ist die geleistete Sache mangelhaft, so kann der Käufer nach **§ 437 BGB** zwischen Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen wählen. Der Anspruch auf Nacherfüllung und die Minderung sind im Kaufrecht speziell ausgeformt (§§ 439, 441 BGB), während sich die Voraussetzungen von Rücktritt, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen weitgehend in Anlehnung an das allgemeine Leistungsstörungenrecht bestimmen, §§ 440, 280 ff., 323, 326 BGB. Die Rechte des Käufers sind unter bestimmten Voraussetzungen allgemein ausgeschlossen, insbesondere wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder ein wirksamer Haftungsausschluss vereinbart worden ist, § 444 BGB. Die Verjährung bestimmt sich nach § 438 BGB.

a. Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB

113 Die Nacherfüllung entspricht in den Augen des Gesetzgebers regelmäßig sowohl den Erwartungen des Käufers, der die Sache doch noch in der vereinbarten Beschaffenheit beziehungsweise Qualität erhalten soll, als auch den Interessen des Verkäufers, der die Möglichkeit „zur zweiten Andienung“ haben soll. Die übrigen, in § 437 BGB genannten Rechte stehen dem Käufer daher grundsätzlich nur zu, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, siehe § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB (Schadensersatz, Ersatz vergeblicher Aufwendungen), § 323 Abs. 1 BGB (Rücktritt), § 441 Abs. 1 BGB („*statt zurückzutreten*“, Minderung) sowie Fall: Die Rassekatze.

114 Der Anspruch setzt allein voraus, dass die gelieferte Sache mangelhaft ist. Er ist unabhängig davon, ob der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat oder nicht. Der Anspruch entsteht im Übrigen kraft Gesetzes mit Lieferung einer mangelhaften Kaufsache und setzt keine Fristsetzung durch den Käufer voraus. Die Nacherfüllung kann auf „*Beseitigung des Mangels*“ (= Nachbesserung) oder auf „*Lieferung einer mangelfreien Sache*“ (= Neulieferung) gerichtet sein, **§ 439 Abs. 1 BGB**. Die Wahl, ob der Mangel beseitigt oder eine mangelfreie Sache geliefert werden soll, steht dem Käufer zu („*die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung*“, § 439 Abs. 4 Satz 1 BGB). Nacherfüllung ist ausgeschlossen, wenn sie unmöglich ist oder ein relevantes Leistungshindernis besteht, § 275 Abs. 1 – 3 BGB. Bezieht sich das Leistungshindernis nur auf eine Art der Nacherfüllung, so ist auch nur diese ausgeschlossen. Einen speziellen Fall der Nacherfüllung regelt **§ 439 Abs. 3 BGB**.

115 Zum Schutz des Verkäufers sieht **§ 439 Abs. 4 BGB** (= Einrede) vor, dass er die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (siehe Fall: Das Bastlerfahrzeug). Der Anspruch des Käufers beschränkt sich dann auf die andere Art der Nacherfüllung. Wäre auch diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so kann der Verkäufer sie ebenfalls verweigern. Die Unverhältnismäßigkeit beurteilt sich unter anderem nach dem Wert der Sache, der Bedeutung des Mangels und der Ausweichmöglichkeit des Käufers, § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB. Es reicht aber ein niedrigeres Maß an „Belastung“ aus als dies im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB erforderlich ist, weil die spezielle kaufrechtliche Regelung sonst überflüssig wäre, („*unbeschadet*“, § 439 Abs. 4 Satz 1 BGB). Bei geringwertigen Sachen des Alltags wird eine Nachbesserung häufig mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommen wird, zum Beispiel bei einer Schraube mit Gewindefehler.

116 Liefert der Verkäufer zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer die Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Rücktrittsrecht verlangen, **§ 439 Abs. 6 Satz 1 BGB**.

b. Rücktrittsrecht, §§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB, §§ 326 Abs. 2, 437 Nr. 2 BGB

117 Ist eine Nacherfüllung als solche prinzipiell möglich, so beurteilt sich die Rücktrittsmöglichkeit des Käufers wegen „*nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*“ nach **§§ 323, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB**. Danach ist grundsätzlich das erfolglose Setzen einer Frist erforderlich. Wird eine mangelhafte Kaufsache geliefert, so muss der Käufer dem Verkäufer daher zunächst eine Nacherfüllungsfrist setzen. Die Fristsetzung ist nur unter den bestimmten Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich. § 440 Satz 1 BGB sieht darüber hinaus zusätzliche Konstellationen vor, in denen das Setzen einer Frist entbehrlich ist. Ist die Nacherfüllung (anfänglich oder nachträglich) unmöglich oder mit einer besonderen Leistungerschwerung im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB verbunden, so sehen die **§§ 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB** eine Rücktrittsmöglichkeit ohne Fristsetzung vor.

c. Minderung, §§ 441, 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB

118 Die Minderung kann beim Vorliegen eines Rechtsmangels in gleicher Weise wie beim Vorliegen eines Sachmangels geltend gemacht werden. Sie ist auch im Zusammenhang mit unerheblichen Mängeln nicht ausgeschlossen, **§§ 441 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 4 Satz 2 BGB**. Die Minderung hat im Übrigen grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie die Rücktrittsmöglichkeit („*Statt zurückzutreten*“, § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB), verlangt also das erfolglose Setzen einer Nacherfüllungsfrist. Der Gesetzgeber sieht den Minderungsanspruch als ein vertragsartabhängiges Spezifikum, da die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben müsse. Im Zusammenhang mit mangelhaften Werkleistungen ist ebenfalls Minderung möglich, §§ 634 Nr. 2. 2. Alt., 638 BGB.

119 Die Minderung bedarf als Gestaltungsrecht der zugangsbedürftigen Erklärung. Sie kann nur alternativ zum Rücktritt geltend gemacht („*statt*“) und muss vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt werden, **§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB**. Sie kann von mehreren Beteiligten nur einheitlich ausgeübt werden, § 441 Abs. 2 BGB. Im Fall der Minderung ist ein bereits geleisteter übermäßiger Kaufpreis vom Verkäufer nach Rücktrittsrecht zu erstatten, § 441 Abs. 4 BGB.

d. Schadensersatz, Sonstiges

120 Der Käufer kann ferner wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach den allgemeinen Voraussetzungen Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen beanspruchen, §§ 437 Nr. 3, 280 f., 283, 311a BGB.

3. Rückgriff des Verkäufers

121 Der Verkäufer kann, wenn er gegenüber dem Käufer für einen Mangel der Sache eintreten muss, seinerseits einen Rückgriffsanspruch gegen seinen Lieferanten haben (siehe Fall: Die Schrankwand). Einzelheiten sind in den **§§ 445a, 445b, 445c BGB** geregelt. Der Verkäufer soll für die Mangelhaftigkeit im Ergebnis nicht eintreten müssen, wenn der Grund für seine Haftung, nämlich der Mangel der Sache, nicht in seinem Bereich entstanden ist, sondern etwa auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist. Nach der gesetzlichen Regelung soll ein derartiger Rückgriff innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehungen vorgenommen werden. Sie verzichtet bewusst darauf, gesetzliche Ansprüche zwischen Personen zu begründen, die keinen Vertrag miteinander geschlossen haben. Die Ansprüche des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten bestimmen sich grundsätzlich nach Kaufrecht, also nach den §§ 437 ff. BGB. Er muss aber dem Lieferanten wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels keine Frist setzen, § 445a Abs. 2 BGB.

122 Voraussetzung dafür ist, dass der Letztverkäufer die Sache „*als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste*“ oder dass „*der Käufer den Kaufpreis gemindert hat*“, **§ 445a Abs. 2 BGB**. Wird der Vertrag aus anderen Gründen rückabgewickelt, zum Beispiel wegen der Ausübung eines Widerrufsrechts durch einen Verbraucher oder aus

Gründen der Kulanz, so findet die Vorschrift keine Anwendung. Die Vorschrift findet weiterhin nur auf „*neu hergestellte Sachen*“ Anwendung. Dies erklärt sich daraus, dass bei gebrauchten Sachen in aller Regel keine geschlossene Vertriebskette vorliegt, die Erleichterungen bei dem Rückgriff rechtfertigen könnte. Der Lieferant des Letztverkäufers und die übrigen Käufer in der Lieferkette können ihrerseits Rückgriff bei ihren Vertragspartnern nehmen, sofern diese Unternehmer sind, **§ 445a Abs. 2 BGB**. Dadurch soll erreicht werden, dass die Nachteile aus der Mangelhaftigkeit einer Sache letztlich der zu tragen hat, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist. In der Regel werden zwischen den Rückgriffsbeteiligten freilich die Vorschriften über den Handelskauf gelten (siehe Fall: Das Fahrradgeschäft). Daher sind Rückgriffsansprüche ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Untersuchungs- und Rügepflicht nach **§ 377 HGB** nicht genügt hat, **§ 445a Abs. 4 BGB**.

- 123 Für den Rückgriff des Verkäufers gelten Sonderregeln, wenn der letzte Verkauf, der zur Geltendmachung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche geführt hat, ein Verbrauchsgüterkauf ist, **§ 478 BGB**.

F: Unwirksame Verträge

- 124 Die Einigung ist Ausdruck des Privatautonomiegrundsatzes (§ 311 Abs. 1 BGB) und deshalb grundsätzlich rechtswirksam. Es gibt freilich eine Vielzahl von Ausnahmenvorschriften, die einem Vertrag die rechtliche Wirksamkeit versagen. Die Teilnichtigkeit führt im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit (**§ 139 BGB**, zu Ausnahme siehe Fall: Der minderjährige Gesellschafter), wenn nicht das Geschäft durch Umdeutung (**§ 140 BGB**) oder Bestätigung (**§ 141 BGB**) wirksam geworden ist, die aber an enge Voraussetzungen gekoppelt sind.

I. Unwirksamkeitsgründe

- 125 Die Unwirksamkeitsgründe knüpfen an unterschiedliche Aspekte an. Da sie auch unterschiedlich weit reichen, lässt sich eine Art Hierarchie erkennen. Je tiefgreifender eine Vorschrift in die Freiheit privatautonomer Gestaltung eingreift, umso mehr Vorsicht ist bei ihrer Anwendung geboten.

1. Geschäftsunfähigkeit, Betreuung, beschränkte Geschäftsfähigkeit

- 126 Die weiteste Beschränkung ist die Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105 BGB), die dem Betroffenen nahezu jede Möglichkeit eigenverantwortlicher rechtlicher Gestaltung nimmt und seine Willenserklärungen in der Regel nichtig macht. Sie trifft ein Urteil über die Person und ist deshalb besonders radikal. Die Rechtsprechung hat in Ausweitung von **§ 104 Nr. 2 BGB** die partielle Geschäftsunfähigkeit zum Beispiel bei krankhafter Eifersucht (BGHZ 18, 184 ff.) anerkannt, während sie mit der ganz h.M. eine auf schwierige Geschäfte beschränkte relative Geschäftsunfähigkeit zu Recht ablehnt, BGH NJW 1970, 1680. **§ 105a BGB** schafft für Geschäfte des täglichen Lebens einen gewissen Ausgleich. Das Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB) betrifft gerade auch den Fall, dass jemand seine Angelegenheiten „*teilweise nicht besorgen*“ kann. In Einschränkung beziehungsweise verfassungskonformer Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB ist die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen gültig, wenn er bei ihrer Abgabe ausnahmsweise die Tragweite seiner Erklärung überblicken konnte (sogenannter lichter Moment, BGH WM 1956, 1186). Die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen ist ansonsten durchweg nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB), auch wenn sie inhaltlich „vernünftig“ ist.
- 127 Der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 2, 106 BGB) ist Gegenstand vieler Fälle des Examenskurses. Er wird vom Gesetz in zahlreichen Aspekten besonders geschützt, da er den Umgang mit Verträgen beziehungsweise die verantwortliche Gestaltung eigener Angelegenheiten (§§ 165, 179 Abs. 3 Satz 2 BGB) erst noch lernen soll. Die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen hängt deshalb in ihrer Wirksamkeit grundsätzlich von der Einwilligung beziehungsweise Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab (§§ 107 ff., 182 ff. BGB, anders §§ 110, 112 f. BGB, dazu Fall: Der minderjährige Gesellschafter), wenn nicht das getätigte Geschäft lediglich rechtlich

vorteilhaft ist (§ 107 BGB, siehe Fall: Die Grundstücksschenkung) oder keine Geschäftsfähigkeit verlangt (siehe Fall: Das Geheimfach). Der Minderjährigenschutz kann sich auch auf die Bereicherungshaftung auswirken (siehe Fälle: Die Flugreise, Die zwielichtige Sportwagenverkäuferin), während die Deliktsfähigkeit (§ 828 Abs. 2 BGB) eigenen Regeln unterliegt.

2. Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts

128 Der Eingriff in die Vertragsfreiheit des Einzelnen ist ungleich geringer, wenn nur einem konkreten Einzelgeschäft die rechtliche Anerkennung versagt wird. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, weil das Geschäft gar nicht gewollt ist (§§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 BGB, siehe Fall: Die Grundstücksschenkung) oder wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB, siehe Fälle: Die Motorradauktion, Die Banksicherheit). In diesen Fällen ist das Rechtsgeschäft durchweg nichtig, während der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB, siehe Fälle: Die Vertragsjuristin, Die Sanierung) nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen muss (str.). Die anfängliche objektive Unmöglichkeit ist kein Unwirksamkeitsgrund, § 311a Abs. 1 BGB.

129 Für Allgemeine Geschäftsbedingungen (zum Begriff siehe Fall: Die Motorradauktion) gelten abermals eigene Regeln. Sie sind bei bestimmten Verstößen ohne Weiteres unwirksam (§ 309 BGB), bei bestimmten anderen Verstößen unter Umständen unwirksam (§ 308 BGB) und schließlich auch daran zu messen, ob sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, § 307 BGB (siehe Fälle: Der Ladendiebstahl, Der Leasingunternehmer, Die Handwerker). Weiterhin ist der Prüfungsmaßstab des AGB-Rechts von den betroffenen Personen, das heißt deren Status als Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher oder sonstiges abhängig, § 310 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB. Die Unwirksamkeit der einzelnen Klausel lässt die Wirksamkeit des übrigen Vertrags grundsätzlich unberührt (§ 306 Abs. 1 BGB, Ausnahme von § 139 BGB), eine geltungserhaltende Reduktion einzelner Klauseln ist nicht möglich (h.M.).

3. Anfechtung

130 Als Gestaltungsrecht (vgl. § 388 Satz 2 BGB) ist die Anfechtung und damit die Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (§ 142 Abs. 1 BGB) in die Entscheidung des Anfechtungsberechtigten gestellt. Da der Anfechtende seine Erklärung nicht fehlerfrei gebildet hat, soll er mit Erfahren des Anfechtungsgrunds entscheiden können, ob er an dem dennoch zustande gekommenen Geschäft festhalten oder sich davon lösen möchte. Die Anfechtung (siehe Fall: Das Ehegrundstück) setzt Anfechtungsgrund (§§ 119, 120, 123 BGB), Anfechtungserklärung (§ 143 BGB) und das Wahren bestimmter Anfechtungsfristen voraus, deren Länge vom Anfechtungsgrund abhängt, §§ 121, 124 BGB. Sie kann den Anfechtenden zum Ersatz des negativen Interesses verpflichten (§ 122 BGB) und sich für ihn durch das Entziehen vertraglicher Ansprüche kontraproduktiv auswirken. Bei der Auslegung, ob die Anfechtung erklärt wird, kann deshalb Vorsicht geboten sein.

131 Das Anfechtungsrecht wirft vielfach Konkurrenzprobleme auf. Besonders heikel ist das Verhältnis von Anfechtung, Unmöglichkeit und Gewährleistung. Die Anfechtung wegen eines Irrtums über verkehrs wesentliche Eigenschaften (siehe Fall: Das Ehegrundstück) betrifft den Fall, dass eine Leistung zwar dem vertraglich Geschuldeten entspricht, die vertragliche Einigung aber irrtumsbehaftet ist. Bei der Gewährleistung liegt es dagegen so, dass der Vertrag irrtumsfrei zustandekam, die Leistung aber nicht der geschuldeten Leistung entspricht. Die Anfechtung tritt vielfach zurück, sofern sie sonst andere gesetzliche Regeln sinnlos machen würde oder vom Gesetzgeber bewusst ausgeschlossen wurde (so bei Irrtum über streitigen Vergleichssachverhalt § 779 Abs. 1 BGB). Für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gibt es einen klausurträchtigen Ausschlussgrund (§ 123 Abs. 2 BGB, siehe Fall: Der Einheitstag). Wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des arglistig Getäuschten und der geringeren Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners wird diese Anfechtungsmöglichkeit in der Regel durch andere Institute nicht ausgeschlossen werden. Einen Anspruch aus cic wegen „fahrlässiger Täuschung“ schließt sie ihrerseits nicht aus (h.M., siehe Fall: Der Einheitstag).

4. Sonderformen

- 132 Das Zivilrecht kennt eine fast endlose Zahl weiterer Abstufungen. Eine wichtige derartige Zwischenkategorie sind Form- beziehungsweise Heilungsvorschriften (Details vielfach str.). Ihre Missachtung führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ **125 Satz 1 BGB**), doch ermöglichen sie Zwischenstufen hinsichtlich der Vertragswirksamkeit, wenn zum Beispiel ein Grundstückskaufvertrag mangels notarieller Beurkundung unwirksam ist, aber mit Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch wirksam wird, §§ **311b Abs. 1 Satz 2 BGB**, siehe auch § **766 Satz 2 BGB**. Wegen des Grundsatzes der Privatautonomie sind Verträge grundsätzlich formfrei möglich. Soweit für bestimmte Vertragstypen gesetzlich zum Beispiel Schriftform vorgesehen ist, gilt das Formerfordernis nach h.M. nicht für verwandte, aber im Gesetz nicht geregelte Vertragstypen, selbst wenn diese möglicherweise „gefährlicher“ sind. So bedarf das abstrakte Schuldanerkenntnis der Schriftform (§§ 780, 781 BGB), das gesetzlich nicht geregelte kausale Anerkenntnis dagegen nicht. Ebenso ist das Bürgschaftsversprechen schriftformbedürftig (§ 766 Satz 1 BGB), nicht aber der Schuldbeitritt und der Garantievertrag.
- 133 Daneben kennt das Zivilrecht schwebend unwirksame Verträge (§§ **108 f., 1365 f. BGB**, siehe Fall: Das Ehegrundstück), die durch Genehmigung wirksam werden können. Zur Wahrung des numerus clausus der Sachenrechte können bestimmte Rechtsgeschäfte keine dingliche, wohl aber schuldrechtliche Wirkung haben, § 137 BGB (siehe Fall: Das Tochtergrundstück). Ferner gibt es die Figur der relativen Unwirksamkeit, nach der ein Geschäft zwar an sich wirksam ist, im Hinblick auf bestimmte Aspekte oder Personen aber als nicht wirksam behandelt wird, zum Beispiel nach § **883 Abs. 2 Satz 1 BGB** (siehe Fälle: Das Tochtergrundstück, Die Grundstücksschenkung). Eine weitere Sonderkategorie sind die Naturalobligationen (§§ **656, 762 BGB**), die eingeschränkt wirksam sind (Gesetzeszweck und Details vielfach str.). Sie begründen keinen Erfüllungsanspruch, gegebenenfalls aber einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erbrachten Leistung. Ein nochmals anderes Institut ist die *condictio ob rem* (§ **812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB**), bei der es eine Zweckabrede ohne vertragsrechtlichen Erfüllungsanspruch gibt und das Geleistete gegebenenfalls zurückverlangt werden darf (siehe Fälle: Der Ausbildungsvertrag, Der fehlende Trauschein). Bei Dauerschuldverhältnissen kann vielfach die Unwirksamkeit nur ex nunc geltend gemacht werden oder es greifen allein Kündigungsmöglichkeiten. Die Nichtigkeitsfolge wird insbesondere bei unwirksamen, aber vollzogenen Gesellschafts- und Arbeitsverträgen eingeschränkt (siehe Fall: Der minderjährige Gesellschafter).

II. Rückabwicklung unwirksamer Verträge, Leistungskondiktion

- 134 Das Standardinstitut zur Rückabwicklung unwirksamer Verträge ist das Bereicherungsrecht in Form der Leistungskondiktion. Es bezieht sich wie etwa die §§ **241, 362 BGB** auf „Leistungen“ und ist sozusagen umgekehrtes Vertragsrecht (str.). Dies hat wichtige Bedeutung für die Auslegung der §§ 812 ff. BGB. Die Rückabwicklung unwirksamer Verträge kann sich in Sonderfällen mit Treuhandcharakter aber auch nach dem Recht der GoA (Rechtsprechung, siehe Fall: Die Sanierung) oder nach anderen Regeln (siehe Fall: Der minderjährige Gesellschafter) bestimmen. Wenn dagegen ein wirksam geschlossener Vertrag rückabzuwickeln ist, greift im Grunde durchweg das Rücktrittsrecht kraft gesetzlicher Verweisung ein (zum Beispiel § 441 Abs. 4 Satz 2 BGB für die Minderung).
- ### 1. Erlangtes Etwas, durch Leistung
- 135 Das erlangte Etwas unterliegt für Leistungs- und Nichtleistungskondiktion denselben Regeln. Es ist exakt zu bestimmen, da es den Inhalt des Herausgabeanspruchs (§ **812 Abs. 1 Satz 1 BGB**) definiert. Bereicherungsgegenstand kann alles sein, was Gegenstand einer Leistung (§ 241 BGB) sein kann. Werden zum Beispiel 5.000 € an den Schuldner „geleistet“, so hat er im Fall der Barzahlung Besitz und Eigentum an den übergebenen Geldscheinen und im Fall einer Gutschrift auf einem Bankkonto eine Forderung gegen die kontoführende Bank erlangt (siehe Fall: Die missglückte Anweisung). Dementsprechend sind in der ersten Variante Besitz und Eigentum an den Geldscheinen durch Übereignung (§ 929 Satz 1 BGB) und in der zweiten Variante die Forderung durch Abtretung (§ 398 BGB) „herauszugeben“. Das Etwas muss „durch“ Leistung erlangt sein, zum Beispiel Eigentum und Besitz an Geldscheinen durch Einigung und Übergabe, § 929 Satz 1 BGB. Wenn dagegen ein unerkannt Geisteskranker 5.000 € bei einer Bank einzahlt, so geht das Eigentum an den Geldscheinen wegen § 105 Abs. 1 BGB nicht kraft

Rechtsgeschäfts, sondern im Fall untrennbarer Vermengung (§§ 947 Abs. 2, 948 Abs. 1 BGB) kraft Gesetzes auf die Bank über. Das Eigentum ist dann nicht „durch“ Leistung erlangt, der Rechtsverlust kann aber über §§ 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt., 951 Abs. 1 Satz 1 BGB bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche des Geschäftsunfähigen nach sich ziehen. In Sonderfällen (Dreipersonenverhältnis bei sogenannten Einbaufällen) kann allerdings eine Leistung des Eigentums auch dann in Betracht kommen, wenn der Eigentumsübergang kraft Gesetzes eintritt.

2. Leistungsbegriff

- 136 Die Unterscheidung zwischen Leistungskondiktion und Nichtleistungskondiktion ist bereits im Gesetzeswortlaut angelegt und durch Rechtsprechung und Lit. in weiter ausgebaut worden. Bereits die Anspruchsgrundlage muss deshalb exakt deutlich machen, ob ein Anspruch aus Leistungs- oder Nichtleistungskondiktion geltend gemacht wird, zum Beispiel § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB oder § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion). Die Unterscheidung ist insbesondere wichtig, weil das Gesetz Vorschriften kennt (Kondiktionsausschlüsse, §§ 814, 815, 817 Satz 2 BGB, siehe unten), die nur für die Leistungskondiktion, nicht aber für die Nichtleistungskondiktion gelten.
- 137 Der Leistungsbegriff hat mehrere dogmatische Funktionen zu erfüllen. Er ist deshalb überfrachtet und Kristallisationspunkt unterschiedlicher Streitfragen. Er dient zunächst zur Festlegung, welche Bereicherungsvorgänge an den Kondiktionsausschlussregeln (§§ 814, 815, 817 Satz 2 BGB) gemessen werden sollen (nämlich Bereicherungen, die auf Leistung beruhen) und welche nicht (Bereicherungen, die nicht auf Leistung beruhen). Er dient ferner (str.) dazu, die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Verträge auf Wertungen des Vertragsrechts abzustimmen (Bindung an Vertragspartner, Minderjährigenschutz, Insolvenzrisiko, siehe Fall: Die zwielichtige Sportwagenverkäuferin). Der Leistungsbegriff ist also so definiert, dass er möglichst Bereicherungsvorgänge auf irgendwie fehlgeschlagener Vertragsbasis erfasst. Die Rechtsprechung hat ihm deshalb auch maßgebliche Bedeutung für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Mehrpersonenverhältnissen verliehen. Sie definiert anhand des Leistungsbegriffs Gläubiger (der Leistende) und Schuldner (der Leistungsempfänger) des Anspruchs aus Leistungskondiktion (siehe Fall: Die missglückte Anweisung).
- 138 „Leistung“ ist das *bewusste und zweckgerichtete Mehren fremden Vermögens*. Das Mehren fremden Vermögens setzt voraus, dass der Bereicherungsgläubiger dem Bereicherungsschuldner etwas zugewendet hat. Beispiel: A füttert die Kühe des B, weil er glaubt, dazu vertraglich verpflichtet zu sein. Wenn dagegen sich der Bereicherungsschuldner selbst etwas „nimmt“ oder durch eigene Tüchtigkeit etwas erlangt, so beruht die Bereicherung nicht auf einer Leistung des Bereicherungsgläubigers. Beispiel: B treibt sein Vieh auf die Weide des A und lässt die Tiere dort grasen. Ebenso scheidet eine Leistung aus, wenn kein menschliches Verhalten vorliegt, zum Beispiel wenn das Vieh des B ohne dessen Zutun auf die Weide des A eindringt und sie abgrast. Ein bewusstes Mehren fremden Vermögens setzt eine entsprechende Kenntnis voraus. Keine Leistung daher, wenn A Kühe des B füttert und sie für seine eigenen hält. Die Zweckrichtung ist das wichtigste Element, um Leistungskondiktion und Vertragsrecht aufeinander abzustimmen. Sie legt als Rechtsbegriff fest, zu welchem Zweck (zum Beispiel zur Erfüllung einer Verbindlichkeit) geleistet wurde (siehe Fall: Die missglückte Anweisung).
- 139 Sind mehrere Personen beteiligt (Sonderfälle in §§ 816, 822 BGB geregelt), dann gebührt im Zweifel dem Schutz der Güterbewegung beziehungsweise den vertragsrechtlichen Wertungen Vorrang vor dem Güterschutz beziehungsweise den sonstigen Schutzüberlegungen (h.M., siehe Fall: Die missglückte Anweisung). Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung soll nach Möglichkeit nur im Rahmen des unwirksamen Vertragsverhältnisses erfolgen. Die h.M. will dies durch die Regel erreichen, dass ein *Anspruch aus Leistungskondiktion einen gleichgerichteten Anspruch aus Nichtleistungskondiktion ausschließt*. Die Festlegung, wer an wen geleistet hat, ist im Einzelnen freilich schwierig. Sie ist mit den Voraussetzungen des Leistungsbegriffs nicht immer zu bewerkstelligen und die Rechtsprechung lässt überdies Ausnahmen zu, die sich inhaltlich vielfach aus vertragsrechtlichen Wertungen erklären. Der

Bereicherungsausgleich im Dreieck kann sich aber in bestimmten Konstellationen (§§ 946 ff., 951 BGB, häufigstes Beispiel sind die sogenannten Einbaufälle) auch an Wertungen des Sachenrechts, insbesondere den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb und an § 985 BGB orientieren (siehe Fall: Der Treibstoff).

3. Rechtsgrund, Arten der Leistungskondition, Kondiktionsausschluss

- 140 Das Etwas muss ohne Rechtsgrund erlangt sein, das heißt es darf keinen rechtlichen Behaltensgrund für das erlangte Etwas geben. Im Fall eines Erwerbs durch Leistung kommt in der Regel ein vertraglicher Rechtsgrund in Betracht. Ein solcher Rechtsgrund fehlt insbesondere, wenn der zugrundeliegende Vertrag unwirksam ist (zum Beispiel wegen Anfechtung nach § 123 BGB, siehe Fall: Der Einheitstag) oder keinen Anspruch auf das geleistete Etwas gibt (zum Beispiel bei Leistung eines aliud, das nicht die geschuldete Leistung im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB ist).
- 141 Das Bereicherungsrecht unterscheidet zwischen mehreren Arten von Leistungskonditionen. Die einzelnen Leistungskonditionen weichen in den rechtlichen Voraussetzungen voneinander ab, so dass bereits mit der exakten Anspruchsgrundlage deutlich gemacht werden muss, welche Leistungskondition geprüft wird, zum Beispiel § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Die Art der Leistungskondition bestimmt sich danach, warum beziehungsweise in welcher Weise es an dem Rechtsgrund fehlt. Der Rechtsgrund für die Bereicherung durch Leistung kann von Anfang an fehlen (dann **§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, *condictio indebiti***), er kann später weggefallen sein (dann **§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB, *condictio ob causam finitam***), er kann im Verfehlen einer über den Vertrag hinaus getroffenen besonderen Zweckabrede liegen (dann **§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, *condictio ob rem***, siehe Fall: Der fehlende Trauschein) oder wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten fehlen (**§ 817 Satz 1 BGB, *condictio ob turpem vel iniustam causam***, siehe Fälle: Der Ausbildungsvertrag, Die Sanierung).
- 142 Die einzelnen Kondiktionsausschlüsse beziehen sich streng auf einzelne Leistungskonditionen und machen nur in diesem speziellen Zusammenhang Sinn. So kann nach **§ 814 Alt. 1 BGB** das Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hatte, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Wenn der Leistende um seine Nichtschuld weiß und dennoch leistet, dann handelt er widersprüchlich, wenn er später das Geleistete wieder zurückfordert. Er soll sich gleich entscheiden. Wenn er den Leistungsgegenstand behalten will, dann leistet er eben nicht. Wenn er dagegen den anderen bereichern möchte, so soll er von dieser Entscheidung nicht später wieder abrücken können. Diese Regelung macht dagegen keinen Sinn, wenn der Leistende ursprünglich zur Leistung verpflichtet war und der Rechtsgrund erst später weggefallen ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB) oder wenn von vornherein mit der Leistung ein über den Vertrag hinausgehender Zweck verbunden worden ist. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB. Es gehören daher zwingend und ausschließlich zusammen: § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und § 814 BGB sowie § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB und § 815 BGB. Eine Ausnahme ist § 817 Satz 2 BGB, der auf alle Leistungskonditionen anwendbar ist (h.M.; siehe Fall: Der Ausbildungsvertrag).

4. Unwirksame gegenseitige Verträge

- 143 Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge unterliegt Besonderheiten (siehe Fälle: Die zwielichtige Sportwagenverkäuferin, Der Lebensabend). Die erste betrifft den Wegfall der Bereicherung. **§ 818 Abs. 3 BGB** ist im Wege der systematischen Auslegung einzuschränken, falls die Vorschrift sonst zu einem Ergebnis und einer Risikoverteilung führen würde, die den Wertungen des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts widersprechen würden. Tritt die Entreicherung bei einer geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Partei ein, so ist wegen der Schutzbedürftigkeit dieser Partei keine Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB geboten. Zum anderen hat die Rechtsprechung darüber hinaus spezielle Regeln entwickelt („Saldotheorie“). Sie sollen der besonderen Interessenlage bei der Rückabwicklung von gegenseitigen Geschäften Rechnung tragen. Danach stehen sich bei der Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge nicht zwei Konditionen gegenüber, sondern es gibt von Rechts wegen nur einen Anspruch, in dessen Bemessung der andere Anspruch sozusagen mit einbezogen wird. Stehen sich gleichartige Ansprüche gegenüber, so

werden beide Ansprüche miteinander verrechnet. Es kommt zu einer „automatischen Aufrechnung“. Diese Saldierung lässt die Ansprüche entfallen, soweit sie sich in der Höhe decken. Es besteht dann nur noch ein einziger Bereicherungsanspruch der Partei, die von der anderen Partei den überschießenden Saldo aus Bereicherungsrecht herausverlangen kann. Stehen sich ungleichartige Ansprüche gegenüber, so gibt es im Ergebnis ebenfalls nur einen Anspruch. Auch hier wird zunächst festgestellt, auf welchen Wert sich die Einzelkonditionen jeweils belaufen würden. Die Partei, zu deren Gunsten sich ein überschießender Saldo ergibt, kann die Rückgewähr des von ihr Geleisteten Zugum-Zug gegen Rückübertragung dessen verlangen, was sie selber von der anderen Partei erlangt hat.

5. Sonstige Rückabwicklung unwirksamer Verträge

- 144 Die §§ 677 ff. BGB werden von der Rechtsprechung sehr weit ausgelegt und daher zum Teil auch zur Rückabwicklung unwirksamer und ein Treuhandmoment enthaltender Verträge herangezogen. Der BGH nimmt dabei insbesondere ein „auch fremdes Geschäft“ an, aufgrund dessen der Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers zu vermuten sei, lässt einen Anspruch aus §§ 670, 683 Satz 1 BGB aber vielfach auf der Rechtsfolgenseite, sprich an der „Erforderlichkeit“ der Aufwendungen scheitern (siehe Fall: Die Sanierung). Das tatbestandliche Bejahen einer echten berechtigten GoA kann zu einer Haftung des Geschäftsführers aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB führen. Der BGH nimmt dabei auch eine Ausnahme von dem Grundsatz an, dass die berechtigte GoA Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts ist und folglich bereicherungsrechtliche Ansprüche ausschließt. Die überwiegende Lit. lehnt diese Judikatur ab, da sie Wertungen umgehe, die das Bereicherungsrecht für die Rückabwicklung unwirksamer Verträge vorsieht. Danach sind Leistungen nämlich an § 814 BGB zu messen und der Bereicherungsschuldner soll keine Aufwendungen ersetzen müssen, die sich später als sinnlos herausstellen (§ 818 Abs. 3 BGB, nach §§ 670, 683 Satz 1 BGB dagegen möglich, da es für die „Erforderlichkeit“ auf die Sicht des Geschäftsführers und den Zeitpunkt der Vornahme ankommt).

G: Gesetzliche Schuldverhältnisse: Überblicksfragen

- 145 Das Verhältnis von vertraglichen Ansprüchen und Ansprüchen anderer Rechtsnatur spielt nahezu für jeden Fall des Examenskurses eine Rolle. Eine Beherrschung der Materie ist absolut unverzichtbar. Wer hier unsicher ist, wird Schiffbruch erleiden. In besonderem Maße werden solche Fragen aufgeworfen in den Fällen: Die Sanierung, Der blinde Passagier, Die Untermiete, Das Gestüt, Der Einheitstag.

I. Vertrag und gesetzliche Schuldverhältnisse

- 146 Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Bei Auslegung und Anwendung der §§ 677 ff., 812 ff., 823 ff., 987 ff. BGB ist häufig auf Überlegungen des Vertragsrechts Rücksicht zu nehmen. Vertragliche Ansprüche bestehen, weil die Parteien sie gewollt und sich entsprechend geeinigt haben. Wenn der Einzelne seine Angelegenheiten in eigener Regie regeln soll, dann muss die Entscheidung über seine Rechte und Pflichten auch bei ihm liegen. Ohne Einigung gibt es grundsätzlich weder Rechte noch Pflichten. Dementsprechend gibt es keinen Vertrag zulasten Dritter, aber auch kein Aufzwingen von Rechten gegen den Willen des Bedachten, §§ 333, 516, 1942 BGB. Aufgrund des Privatautonomiegrundsatzes ist deshalb zur Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, § 311 Abs. 1 BGB. Das Gesetz schreibt freilich für bestimmte gesetzliche Schuldverhältnisse etwas anderes vor, nämlich Rechte und Pflichten ohne Einigung: Das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) schützt vor Schädigungen beziehungsweise gewährt Schadensersatz (§§ 249 ff. BGB), wenn zum Beispiel das Eigentum eines anderen widerrechtlich verletzt wird. Vertragliche Absprachen können die Widerrechtlichkeit ausschließen oder den Haftungsmaßstab verändern, zum Beispiel §§ 690, 708, 277 BGB. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) sollen nicht einen Schaden des Anspruchstellers ausgleichen, sondern ungerechtfertigte Vermögensvorteile des Anspruchsgegners abschöpfen. Sie betreffen insofern eine zum Deliktsrecht geradezu spiegelbildliche Konstellation. Häufig basieren ungerechtfertigte

Bereicherungen darauf, dass aufgrund eines unwirksamen Vertrags Leistungen erbracht worden sind. Das Bereicherungsrecht dient dem Schutz von Güterbewegungen und ist insofern eine Art „besonderes Vertragsrecht“. Es nimmt dabei auf vertragsrechtliche Besonderheiten im Rahmen der Voraussetzungen der Leistungskondition und auf der Rechtsfolgenseite Rücksicht. Das Bereicherungsrecht betrifft andererseits in Form der Eingriffskondition auch Bereiche des Güterschutzes, die zum Vertragsrecht keinen Bezug haben, sondern vielmehr dem Delikts- und dem Sachenrecht ähnlich sind. Das Bereicherungsrecht gewährt auf der Rechtsfolgenseite keinen Schadensersatz, sondern sieht Herausgabe- oder Wertersatzansprüche (§§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB) vor. Die Vorschriften über die GoA (§§ 677 ff. BGB) unterwerfen die berechnigte GoA, bei der Geschäftsführer und Geschäftsherr keinen Vertrag miteinander geschlossen haben, aber einheitlich die Geschäftsführung wollen, vertragsrechtlichen Grundsätzen (§§ 677, 681 Satz 2, 683 Satz 1 BGB). Sie sind zugleich Sondernormen gegenüber dem Deliktsrecht und dem Bereicherungsrecht. Daneben gibt es weitere gesetzliche Schuldverhältnisse, zum Beispiel §§ 965 ff. BGB. Besonders wichtig sind die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB), die vielfach Sondervorschriften gegenüber den delikts- und bereicherungsrechtlichen Normen sind.

II. Verhältnis der Anspruchsgrundlagen zueinander

- 147 Ansprüche aus Vertrag, aus gesetzlichen Schuldverhältnissen und dingliche Ansprüche stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander, das für den Klausuraufbau wichtig ist. Häufig bestimmt sich die Aufbaureihenfolge nach zwingenden materiell-rechtlichen Aspekten und zum Teil auch nach technisch sinnvollen Prüfungsüberlegungen, siehe eingehend den Text zum **Anspruchsaufbau**.
- 148 Die einzelnen Ansprüche führen vielfach zu völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen. Diese Unterschiede auf der Rechtsfolgenseite können sehr wichtig sein und sich auf Reihenfolge und Inhalt der Prüfung stark auswirken (siehe Fälle: Die Geburtstagstorte, Der Einheitstag, Der Schlagersänger), werden in Klausuren aber häufig vollständig ignoriert.

III. Aufwendungsersatz

- 149 Aufwendungsersatz gewährt insbesondere das GoA-Recht in Gestalt einer Verweisung auf das Auftragsrecht, §§ 670, 683 Satz 1, 684 Satz 2 BGB; siehe auch §§ 536a Abs. 2, 539 Abs. 1, 637 Abs. 1, 970 BGB. Aufwendungen sind ~~freiwillige Vermögensopfer~~. Aus der Formulierung in § 683 Satz 1 BGB, der Geschäftsführer könne „*wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen*“, wird die grundsätzliche Unentgeltlichkeit der GoA abgeleitet, da der Beauftragte unentgeltlich (§ 662 BGB) tätig wird. Die h.M. geht heute aber davon aus, dass die Arbeitsleistungen des Helfenden zu vergüten sind, wenn sie in das Berufsfeld des Retters fallen (§ 1875 Abs. 2 BGB analog). Die von § 670 BGB verlangte Erforderlichkeit von Aufwendungen wird von der Rechtsprechung verneint, wenn es sich um Aufwendungen zur Durchführung eines verbotsgesetz- oder sittenwidrigen Vertrages mit Treuhandcharakter handelt (str., siehe Fall: Die Sanierung). Aufwendungsersatz geht typischerweise über den Anspruch auf Wertersatz hinaus, ist dem Schuldner also ungünstiger als die bloße Bereicherungshaftung. § 670 BGB ersetzt die Aufwendungen, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Ob sie den Geschäftsherrn tatsächlich bereichert haben und bei ihm noch vorhanden sind, ist anders als beim Bereicherungsrecht unbeachtlich. Beispiel: A versucht, das Haus des abwesenden B durch Abstütungen vor dem Einsturz zu retten. Wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass das Haus vor dem Einsturz überhaupt nicht mehr zu retten war, dann kann A die zur Abstütung gemachten Aufwendungen nach § 670 gleichwohl ersetzt verlangen. Nach Bereicherungsrecht wäre dies wegen § 818 Abs. 3 BGB nicht möglich. Dementsprechend muss der Geschäftsherr bei der echten berechtigten GoA dem – in diesem Fall schutzwürdigen – Geschäftsführer Aufwendungsersatz leisten (§§ 670, 683 Satz 1 BGB), während er im Fall der echten, unberechtigten GoA das Erlangte nur nach bereicherungsrechtlichen Maßstäben herausgeben muss, § 684 Satz 1 BGB.
- 150 Von Aufwendungen sind die unfreiwillig erlittenen Vermögenseinbußen zu unterscheiden, die keine Aufwendungen, sondern Schaden sind (Abgrenzung zum Teil schwierig; „risikotypische Begleitschäden“ sind dem Beauftragten nach h.M. über § 670

BGB analog zu ersetzen). Eine nochmals andere Kategorie sind die Verwendungen, zum Beispiel §§ 347 Abs. 2, 601 Abs. 2 Satz 1, 994 ff. BGB. Es sind Vermögensaufwendungen, die nicht einem anderen „geopfert“ werden, sondern im Eigeninteresse einer Sache zugute kommen sollen.

IV. Beseitigung

- 151 Der Beseitigungsanspruch (§§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 862 Abs. 1 Satz 1, 12 Satz 1 BGB) setzt eine fortwirkende Störung voraus und soll die Quelle zukünftiger Störungen beseitigen. Er kann zum Beispiel eingreifen bei Persönlichkeitsverletzungen durch sichtbare Werbeplakate (siehe Fall: Der Schlagersänger). Der Anspruch ist verschuldensunabhängig und deshalb von der Schadensersatzpflicht zu unterscheiden, die in der Regel ein Verschulden voraussetzt. Beseitigung bedeutet nicht Naturalrestitution, sondern ist das Abstellen einer Einwirkung für die Zukunft. Dagegen bezweckt der Schadensersatz die komplette Herstellung des früheren Zustands durch das Beseitigen der Folgen einer Einwirkung.

V. Herausgabe

- 152 Herausgabe kann insbesondere verlangt werden nach GoA-Recht (§§ 667 2. Alt., 681 Satz 2 BGB; § 684 Satz 1 BGB; §§ 667 2. Alt., 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1 BGB), aus Eigentum und gegebenenfalls aus Besitz (§§ 985, 861 Abs. 1, 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB) und aus Bereicherungsrecht, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auf Naturalrestitution gerichtete Schadensersatzansprüche, zum Beispiel aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung durch Besitzentziehung, und Ansprüche auf Rückgewähr aufgrund des Rücktritts vom Vertrag (§ 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB) können ebenfalls Herausgabe mitumfassen. „Herausgabe“ kann Unterschiedliches bedeuten. Sie muss nicht wie bei § 985 BGB auf die Übergabe einer Sache beschränkt sein, sondern kann zum Beispiel auch die Abtretung einer erlangten Forderung (§§ 667; 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder das Einverständnis mit einer Rangänderung (§§ 812 Abs. 1 Satz 1, 880 Abs. 2 Satz 1 BGB, siehe Fall: Das vorschnelle Darlehen) meinen. Ob der Anspruch auch die Herausgabe von Nutzungen (§ 100 BGB) mit umfasst, hängt von der Anspruchsgrundlage ab. Der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch bezieht gezogene Nutzungen ausdrücklich mit ein (§§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 1 Alt. 1 BGB), während die §§ 985 ff. BGB stark differenzieren und die Herausgabe der Sache (§§ 985 f. BGB) und die Herausgabe von Nutzungen, die nicht Eigentum des Eigentümers der Sache geworden sind (siehe §§ 953 ff. BGB), an unterschiedliche Voraussetzungen binden, §§ 987 f., 993 BGB. Der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch umfasst auch das Surrogat, § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB.
- 153 Wird die Herausgabe unmöglich, so kann dies unterschiedliche Konsequenzen auslösen. Nach Bereicherungsrecht ist dann Wertersatz zu leisten (§§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB), sofern die Bereicherung nicht weggefallen ist, § 818 Abs. 3 BGB. Der bösgläubige oder rechtshängig verklagte Bereicherungsschuldner haftet auf Wertersatz, wenn er den Untergang verschuldet hat, §§ 989, 292 Abs. 1, 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB. Auch der Rücktrittsgegner kann Wertersatz schulden, §§ 346 Abs. 2, Abs. 3 BGB. Wird nach Erklärung des Rücktritts die Herausgabe unmöglich oder kommt es zu sonstigen Pflichtverletzungen, so haftet der Rückgewährpflichtige nach §§ 280 ff., 346 Abs. 4 BGB. Ansonsten hängt die Frage, ob Schadensersatz verlangt werden kann, von der Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage und unter Umständen vom rechtlichen Status des Herausgabepflichtigen ab. Der gutgläubige, nicht rechtshängig verklagte Besitzer hat keinerlei Schadensersatz zu leisten (§ 993 Abs. 1 2. Hs. BGB), der rechtshängig auf Herausgabe verklagte oder bösgläubige Besitzer hat dagegen für den verschuldeten Untergang einzustehen, §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. Der deliktische Besitzer (§ 992 BGB) und der Nichtbesitzer haften nach Deliktsrecht dagegen auch für zufälligen Untergang, § 848 BGB.

VI. Schadensersatz

- 154 Schadensersatz betrifft unfreiwillige Einbußen (Unterschied zu Aufwendungen) an geschützten Rechtsgütern und soll den status quo ante herstellen (Unterschied zur Beseitigung), sich zugleich aber auf den Ausgleich erlittener Einbußen beschränken (Unterschied zur Vertragsstrafe, zur Abgrenzung der § 309 Nr. 5, Nr. 6 BGB beziehungsweise von Schadenspauschalierung und Vertragsstrafe siehe Fall: Der

Ladendiebstahl). Der zu ersetzende Schaden bemisst sich danach, welche Einbußen der Geschädigte (Unterschied zum Wertersatz) erlitten hat. Ein Schaden wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass dem Geschädigten wegen der Beschädigung und aufgrund seines Eigentums oder aufgrund eines Rechts Ansprüche gegen Dritte zustehen, § 255 BGB (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin). Für die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens sind unterschiedliche Regelungsebenen zu trennen, insbesondere die allgemein geltenden Normen über die Naturalrestitution (§§ 249 ff. BGB) von deliktsrechtsspezifischen Normen (§§ 842 ff. BGB) und von den Unterscheidungen der §§ 280 ff. BGB über Schadensersatz, Schadensersatz statt der Leistung und Verzugschäden. Eine Verpflichtung zum Schadensersatz kann das Erfüllungsinteresse (Schadensersatz statt der Leistung) umfassen, aber auch auf das negative Interesse beziehungsweise den Vertrauensschaden beschränkt sein, zum Beispiel § 122 Abs. 1 BGB.

1. Haftungsausfüllende Kausalität

155 Ersatzfähig sind Schäden, die mit dem haftungsbegründendem Vorgang in einem bestimmten Zusammenhang stehen. Der haftungsbegründende Vorgang muss conditio sine qua non des Schadens sein („Zustand..., der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“, § 249 Abs. 1 BGB). Ein solcher Äquivalenzzusammenhang ist unverzichtbar, außerhalb liegende Einbußen werden nicht ersetzt. Beispielsweise fallen Kosten für die Diebstahlfernsehüberwachung eines Supermarkts unabhängig davon an, ob und in welchem Umfang es später zu Diebstählen kommt (h.M., siehe Fälle: Der Ladendiebstahl, Der blinde Passagier). Kausalketten können freilich endlos sein und dem Schädiger ein unzumutbares Übermaß an Haftungsrisiken auferlegen. Deshalb besteht Einigkeit, die zu weite Äquivalenzformel einzuschränken. Wie dies zu geschehen hat, ist freilich Gegenstand fast unübersehbarer Ansätze. Nach der Adäquanzformel ist die Haftung im Interesse billiger Ergebnisse auf die zurechenbaren Folgen einzuschränken. Danach ist entscheidend, ob das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg beziehungsweise Folgeschaden dieser Art herbeizuführen (Formulierungen variieren). Ein Ladendiebstahl ist beispielsweise geeignet, bestimmte Bearbeitungskosten (Telefonate, Porto etc.) auszulösen (siehe Fall: Der Ladendiebstahl). Häufig wird die Begrenzung des zu ersetzenden Schadens auch mit Hilfe des Schutzzwecks der verletzten Norm erreicht. Beispielsweise dient das verkehrsrechtliche Halteverbot nicht dazu, das bloße Ausparken zu erleichtern.

2. Vermögensschaden

156 Ersatzfähig sind grundsätzlich nur Vermögensschäden, § 253 Abs. 1 BGB. Immaterielle Schäden hat der Gesetzgeber dagegen wegen ihrer unsicheren Bezifferbarkeit von der Ersatzpflicht ausgeklammert. Wann freilich etwas ein Vermögens- oder ein Nichtvermögensschaden ist, ist vielfach umstritten, zum Beispiel für allgemeine Lohn- und Betriebskosten im Zusammenhang mit Ladendiebstählen oder dem Nutzungsausfall eines privaten Eigenheims (siehe Fall: Der Ladendiebstahl). Als Grundregel lässt sich sagen, dass ein Vermögensschaden jedenfalls dann vorliegt, wenn der Geschädigte *eine in Geld messbare Einbuße* erlitten hat. Gebrauchsvorteile lassen sich unter Rückgriff auf die Teleologie von § 253 Abs. 1 BGB als Vermögensschaden ansehen, wenn für sie ein Markt besteht, so dass sie „erkauft“ werden können und sich das schwierige Bemessungsproblem gerade nicht stellt (Kommerzialisierungsgedanke).

3. §§ 249 – 251

157 Der Geschädigte hat grundsätzlich einen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB), wird also in seinem Erhaltungs- oder Integritätsinteresse geschützt. Er kann daher vom Schädiger zum Beispiel Reparatur eines beschädigten Kunstwerks verlangen. Er kann dazu den Schädiger unter Druck setzen, muss dafür aber gegebenenfalls auf die Wiederherstellung durch den Schädiger verzichten, § 250 BGB. Statt der Reparatur kann der Geschädigte auch die erforderlichen Reparaturkosten verlangen, nämlich unter bestimmten Voraussetzungen von vornherein (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder jedenfalls nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 250 Satz 2 BGB. Der Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten besteht auch, wenn der Geschädigte auf eine Reparatur

verzichtet (siehe Fall: Die Bronzeskulptur). Das Prognoserisiko geht zulasten des Schädigers, das Werkstattisiko grundsätzlich zulasten des Geschädigten (anders wenn der Schädiger die Werkstatt aussucht). Der Geschädigte kann dagegen lediglich Entschädigung in Geld verlangen, wenn die Wiederherstellung nicht möglich ist (Schutz lediglich des sogenannten Wert- oder Summeninteresses, § 251 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt zum Schutz des Schädigers, wenn die Reparatur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre, § 251 Abs. 2 BGB (siehe Fall: Die Bronzeskulptur). Der Betrag der Entschädigung in Geld kann deutlich unter den Reparaturkosten liegen.

4. Sonstiges

- 158 Der zu ersetzende Schaden umfasst auch einen entgangenen Gewinn, § 252 Satz 1 BGB. Der entgangene Gewinn darf nicht mit den vom Anspruchsgegner erzielten Profiten gleichgesetzt werden, die als erlangtes Etwas lediglich unter bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen herausverlangt werden können (siehe Fälle: Die Untermiete, Der Schlagersänger). Gewinne, die der Verletzte zwar an sich hätte machen können, aber eben nicht gemacht hätte, sind nicht ersatzfähig, § 252 Satz 2 BGB. Mitverschulden des Geschädigten mindert den Ersatzanspruch, §§ 254 Abs. 1 BGB, 9 StVG. Es kann auch darin liegen, dass der Verletzte seiner Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 BGB) nicht nachgekommen ist und es versäumt hat, zum Beispiel ein seine Einfahrt versperrendes Kfz abschleppen zu lassen oder vertragswidrig stornierte Hotelzimmer anderweitig zu vermieten (siehe Fälle: Die Zimmerbestellung, Der Stromausfall). Die Rechtsprechung zum Mitverschulden ist zum Teil sehr streng. § 254 BGB wird von der Praxis mitunter zur Ergebniskorrektur genutzt, im Staatsexamen ist dagegen Zurückhaltung geboten.

5. Nichtvermögensschaden: Schmerzensgeld, Entschädigung

- 159 Der Nichtvermögensschaden kann grundsätzlich nur in den gesetzlich bestimmten Ausnahmen ersetzt werden, § 253 Abs. 1 BGB. Das ist der Fall bei Verletzungen von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung in Gestalt von Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) und bei Urheberrechtsverletzungen, § 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG.
- 160 In einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Ausnahme von § 253 Abs. 1 BGB kann außerdem Entschädigung verlangt werden, wenn die Persönlichkeit schwer verletzt wurde und die erlittene Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann (siehe Fall: Der Schlagersänger). Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach anderen Maßstäben als denen des § 253 Abs. 2 BGB und ist unter Würdigung aller Umstände festzulegen.

VII. Unterlassung

- 161 Der verschuldensunabhängige Unterlassungsanspruch (§§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 862 Abs. 1 Satz 2, 12 Satz 2 BGB) wendet sich gegen zukünftige Störungen, bietet also zum Beispiel Schutz dagegen, dass persönlichkeitsverletzende entsprechende Plakate erst zukünftig aufgehängt werden sollen. Er ist in der Regel durch bloßes Nichtstun erfüllbar, während der Beseitigungsanspruch typischerweise ein aktives Handeln des Verpflichteten verlangt.

VIII. Vergebliche Aufwendungen

- 162 § 284 BGB, siehe oben.

IX. Wertersatz

- 163 Wertersatz kann nach Bereicherungsrecht dann verlangt werden (§ 818 Abs. 2), wenn die Herausgabe des Erlangten wegen dessen Beschaffenheit nicht möglich ist (zum Beispiel im Fall rechtsgrundlos erlangter Dienstleistungen) oder der Schuldner zur Herausgabe nicht in der Lage ist. Der Anspruch beläuft sich auf den Ersatz des Wertes, um den der Bereicherungsschuldner noch bereichert ist. Zu ersetzen ist grundsätzlich der objektive, das heißt der Verkehrswert des Erlangten (h.M.). Maßgebend für die Wertermittlung ist der Zeitpunkt, zu dem der Kondiktionsanspruch in Form des Herausgabeanspruchs entsteht (h.M.), so dass frühere Wertsteigerungen den Bereicherungsgläubiger und spätere Wertsteigerungen den Bereicherungsschuldner begünstigen. Der Wertersatzanspruch tritt an die Stelle des Herausgabeanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1

BGB. Dies hat große Bedeutung im Falle eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB wird der gutgläubige Besitzer nur vor Ansprüchen auf Herausgabe bestimmter Nutzungen oder auf Schadensersatz geschützt. Er ist nicht geschützt vor dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB und folglich (bei Untergang der Sache) auch nicht vor dem entsprechenden bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB (siehe Fall: Der Treibstoff). Für den Rücktritt sehen die §§ 346 Abs. 2, Abs. 3 BGB ebenfalls eine Wertersatzpflicht vor.

H: Geschäftsführung ohne Auftrag

164 Das Recht der GoA (§§ 677 ff. BGB) verfolgt mit dem Schutz des Geschäftsherrn vor unerwünschten Einmischungen (siehe auch §§ 333, 516, 1942 Abs. 1 BGB) und dem Schutz des selbstlos helfenden Geschäftsführers schwer miteinander in Einklang zu bringende Dinge. Der Gesetzgeber hat auf diese Schwierigkeit mit vielen Unterscheidungen reagiert. Der Umgang mit der Materie wird weiterhin durch eine ungewöhnliche Regelungstechnik erschwert, die nicht, wie etwa im Vertragsrecht, zunächst einzelne Arten der GoA definiert, sondern bestimmte Voraussetzungen allgemein bestimmt (siehe § 677 BGB) und andere Voraussetzungen nur im Zusammenhang mit einzelnen Ansprüchen, siehe insbesondere § 683 Satz 1 BGB. Die komplizierte Verweisungstechnik auf das Auftrags- oder das Bereicherungsrecht macht alles noch unübersichtlicher.

I. Berechtigte GoA

165 Im Fall einer berechtigten GoA (§§ 677, 681, 683 Satz 1, 684 Satz 2 iVm. 185 Abs. 2 BGB) sieht das Gesetz den Geschäftsführer als schutzwürdig an. Da das Geschäft dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entspricht (§ 683 Satz 1 BGB), soll es möglichst durchgeführt werden. Rechte und Pflichten von Geschäftsherrn und Geschäftsführer bestimmen sich dann weitestgehend nach Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB) beziehungsweise vertragsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere gelten für den Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers die §§ 670, 683 Satz 1 BGB und für den Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Deshalb sind in diesem Fall andere Vorschriften nicht anwendbar. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Leistungskondition, die in solchen Fällen unangemessen wäre. Zum einen wäre es kontraproduktiv, echte berechtigte Hilfeleistungen an § 814 Alt. 1 BGB zu messen und den Geschäftsführer deshalb durchweg leer ausgehen zu lassen. Zum anderen soll er zum Beispiel auch Aufwendungen ersetzt verlangen können, die sich später als sinnlos herausstellen (nach §§ 670, 683 Satz 1 BGB möglich, während das Bereicherungsrecht wegen § 818 Abs. 3 BGB einen solchen Anspruch nicht gewähren würde).

II. Andere Formen der GoA

166 Bei der unberechtigten GoA (§§ 677, 684 Satz 1 BGB) handelt der Geschäftsherr mit Fremdgeschäftsführungswillen, die Geschäftsführung entspricht aber nicht dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn. Der Geschäftsführer ist wegen seines Fremdgeschäftsführungswillens zwar schutzwürdig, wegen der vom Geschäftsherrn nicht gewollten Einmischung bestimmt sich der Ausgleich zwischen beiden jedoch allein nach Bereicherungsgrundsätzen. § 684 Satz 1 BGB ist nach h.M. eine Rechtsfolgenverweisung. Bei der irrtümlichen Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 1 BGB) ist der Geschäftsführer mangels Fremdgeschäftsführungswillens nicht schutzwürdig, so dass die §§ 677 ff. von vornherein nicht anwendbar sind. Im Fall der Geschäftsanmaßung (§ 687 Abs. 2 BGB) kann der Geschäftsherr neben den sonstigen Ansprüchen zum Beispiel aus §§ 812 ff., 816, 823 ff. BGB auch Ansprüche aus GoA geltend machen. Das Gesetz will den Geschäftsherrn auf diese Weise besonders weit absichern, die einzelnen Ansprüche schließen einander nicht aus.

III. Einzelne Voraussetzungen

167 Geschäftsbesorgung ist wie bei § 662 BGB weit zu verstehen (Begriff des § 675 BGB weicht davon ab). Es gibt keinen Grund, helfende Geschäftsbesorgungen aus den §§ 677 ff. BGB auszuklammern, nur weil sie vielleicht nicht rechtsgeschäftlicher oder sonstwie gearteter Natur sind. Wichtige Ausnahme: Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder

vergleichbare Vorgänge, die nach vertragsrechtlichen Maßstäben als Gefälligkeiten keine juristischen Rechtsfolgen auslösen, dürfen auch im GoA-Recht keine Ansprüche auslösen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Solche Tätigkeiten sind daher keine Geschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff. BGB (siehe Fall: Der Hausbrand).

- 168 Die Voraussetzung ohne Auftrag nimmt entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht speziell auf die §§ 662 ff. BGB Bezug, sondern macht das GoA-Recht unanwendbar, wenn Geschäftsherr und Geschäftsführer einen entsprechenden Vertrag miteinander geschlossen haben. Dann soll zwischen ihnen allein das Vereinbarte und nichts anderes gelten (zur Abgrenzung von Vertrag und GoA siehe Fälle: Die Selbsttötung, Die Sanierung, Der fehlende Trauschein). Im Fall der Notoperation eines Bewusstlosen besteht grundsätzlich kein vertragliches Auftragsverhältnis, so dass Aufwendungsersatz nach den §§ 670, 683 Satz 1 BGB in Betracht kommt. Der behandelnde Arzt kann aber keinen Ersatz der Materialkosten verlangen, wenn er den Geschäftsherrn insoweit beschenken wollte, § 685 Abs. 1 BGB. Wenn der Arzt seine unterhaltsberechtigzte Tochter notoperiert, dann ist nach § 685 Abs. 2 BGB im Zweifel eine solche „Schenkungsabsicht“ anzunehmen (siehe auch Fall: Der fehlende Trauschein). Besondere Schwierigkeiten können auftauchen, wenn GoA und Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) voneinander zu unterscheiden sind. Auch insofern gelten die allgemeinen Regeln, beziehungsweise hängt es von den „Umständen“ (§ 328 Abs. 2 BGB) ab, ob tatsächlich eine vertragliche Verpflichtung besteht. Eine vorhandene sonstige Berechtigung macht das GoA-Recht ebenfalls unanwendbar, wenn andere Regeln die zivilrechtlichen Rechte und Pflichten der Parteien im Verhältnis zueinander regeln. Wenn der Geschädigte zum Beispiel aufgrund einer Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) das Auto des Schädigers abschleppen lässt, dann liegt eine sonstige Berechtigung vor, aufgrund derer die §§ 677 ff. BGB unanwendbar sind. Dasselbe gilt, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bereits durch das Rücktrittsrecht geregelt sind.
- 169 Ein Geschäft ist fremd, wenn es *an sich der Sorge eines anderen obliegt*. Es ist zum Beispiel allein Sache des Eigentümers (§ 903 Satz 1 BGB), die Sache zu pflegen, vor Schäden zu bewahren etc. Ebenso ist es grundsätzlich allein Sache des Schuldners, sich um Erlass, Minderung oder Begleichung seiner Schulden zu bemühen (siehe Fall: Die Sanierung). Die Rechtsprechung tendiert dazu, die Fremdheit weit zu verstehen und das GoA-Recht zugunsten der §§ 812 ff. BGB auszudehnen. Die Notwendigkeit eines Fremdgeschäftsführungswillens ergibt sich aus **§ 687 Abs. 1, Abs. 2 BGB**. Er ist bei objektiv fremden Geschäften und nach der Rechtsprechung selbst bei sogenannten „auch fremden“ Geschäften (siehe Fall: Die Sanierung) zu vermuten, während er bei neutralen Geschäften positiv vorliegen muss (h.M.). Objektiv fremde Geschäfte führen damit meist zur Anwendung des GoA-Rechts, während bei objektiv neutralen Geschäften ein entsprechender Wille des Geschäftsführers hinzukommen muss (Rechtsprechung). Die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens ist im Ausnahmefall widerlegbar (siehe Fall: Der blinde Passagier).
- 170 Die GoA ist berechtigt, wenn sie dem Interesse und wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, **§ 683 Satz 1 BGB**. Die Geschäftsführung muss also sowohl im Interesse des Geschäftsherrn liegen (objektiv zu bestimmen) als auch seinem Willen entsprechen (tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn) (h.M.). Ein entgegenstehender Wille kann in Ausnahmefällen aber unbeachtlich sein, **§ 679 BGB** (siehe Fall: Die Selbsttötung).

IV. Ansprüche, Rechtsfolgen

- 171 Wegen der zahlreichen Unterscheidungen des GoA-Rechts ist hinsichtlich der Ansprüche große Sorgfalt geboten. Wer die Regel einhält, bei Nennung der Anspruchskette die rechtsfolgenenthaltende Norm als erste zu nennen, kann hier Pluspunkte sammeln. Bei der berechtigten GoA kann der Geschäftsführer vom Geschäftsherrn Aufwendungsersatz (§§ 670, 683 Satz 1 BGB, sehr klausurrelevant; siehe Fall: Der Hausbrand) verlangen und der Geschäftsherr vom Geschäftsführer Auskunft und Rechenschaft, Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten und Verzinsung (§§ 666, 667, 668, 681 Satz 2 BGB). Die Anspruchsgrundlage für Schadensersatz ist § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB: Die berechtigte GoA ist ein gesetzliches Schuldverhältnis und verpflichtet dazu, das Geschäft in bestimmter Weise zu führen (§ 677 BGB) und seine Übernahme anzuzeigen, § 681 Satz

1 BGB. Die berechnigte GoA ist ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des Deliktsrechts und schließt daher Ansprüche zum Beispiel aus § 823 Abs. 1 BGB aus (siehe Fall: Der Hausbrand).

J: §§ 985 f. BGB

I. Schutzrichtung

- 172 § 985 BGB dient dem Schutz des Eigentums, ist insoweit aber nur Teil eines komplexen Gesamtsystems. Die Vorschrift betrifft lediglich bestimmte Missachtungen des Eigentums, nämlich die Beeinträchtigung durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes. Gegen Eigentumsbeeinträchtigungen anderer Art gewährt die Vorschrift keine Hilfe. Sie führen zu Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüchen (§ 1004 Abs. 1 BGB), rechtswidrige und schuldhaft Verletzungen des Eigentums zum Schadensersatzanspruch (§ 823 Abs. 1 BGB), ungerechtfertigte Eingriffe in Eigentumspositionen zur Haftung aus Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) und die zivilrechtliche Aufopferung abermals zu Schadensersatz (§ 904 Satz 2 BGB, siehe Fall: Das Ausweichmanöver).
- 173 Der Anspruch aus § 985 BGB besteht gegebenenfalls neben vertraglichen (zum Beispiel aus § 546 Abs. 1 BGB) und besitzrechtlichen Herausgabeansprüchen (§§ 861 Abs. 1, 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB), dem Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos erlangten Besitzes (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) und dem Anspruch auf Naturalrestitution, §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

II. Sache

- 174 Der Anspruch aus § 985 BGB beschränkt sich auf die Herausgabe beweglicher (zum Beispiel eines Hypothekenbriefs, siehe Fall: Die Fälschung) oder unbeweglicher körperlicher Gegenstände beziehungsweise die Herausgabe von Tieren, §§ 90, 90a BGB. Nicht erfasst werden der Körper eines lebenden Menschen (endgültig abgetrennte Körperteile können Sachen sein, Einordnung von Leichen ist str.) und Rechte als unkörperliche Gegenstände (wohl aber zum Beispiel von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Geld wird ebenfalls als Sache behandelt (§ 935 Abs. 2 BGB), so dass Geldmünzen und -scheine grundsätzlich als selbständige Sachen zu behandeln sind. Eine Geldwertvindikation beziehungsweise einen Anspruch auf Wertersatz aus § 985 BGB gibt es nicht (h.M.), wohl aber gegebenenfalls einen entsprechenden bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch (siehe Fall: Das Sparbuch). Bei der Behandlung von Software sind Vorsicht und in aller Regel differenzierende Antworten geboten. Die Einordnung als Sache kann unterschiedliche Folgen haben. Vom Computerprogramm ist gegebenenfalls der verkörperte Datenträger (Diskette, CD etc.) zu unterscheiden, der unzweifelhaft eine Sache ist. Die Widmung zur öffentlichen Sache kann (unterschiedliche Kategorien) die Sache zu einer nicht verkehrsfähigen „res extra commercium“ machen, auf die das BGB nicht anwendbar ist.
- 175 Die §§ 90 ff. BGB kennen unterschiedliche Kategorien von Sachen und Sachgesamtheiten, die auch im Rahmen des § 985 BGB eine Rolle spielen können. Sachen sind als solche eigentumsfähig und deshalb in ihrer rechtlichen Behandlung eigenständig zu beurteilen. Wesentliche Bestandteile (§§ 93 ff. BGB) einer Sache können dagegen nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, sondern teilen automatisch und untrennbar das rechtliche Schicksal der Sache (siehe Fall: Das Geheimfach). Daher gehören zum Beispiel Gebäude grundsätzlich dem Grundstückseigentümer (§§ 94 Abs. 1 Satz 1, 946 BGB, Ausnahme: berechtigter Überbau). Zubehör (§§ 97 f., 314, 498 Abs. 1, 1096, 2164 BGB) ist von der Hauptsache zu unterscheiden (siehe Fall: Das Geheimfach). Es kann eigentumsrechtlich einem anderen als dem Eigentümer der Hauptsache gehören, aber bei Grundpfandrechtlicher Haftung trotzdem dinglich mit der Hauptsache verknüpft sein, § 90 Abs. 2 ZVG. Das Gesetz kennt weitere Kategorien: So kann im Fall untrennbarer Vermengung beweglicher Sachen der Eigentümer einer etwaigen Hauptsache Alleineigentum an allen vermengten Sachen erwerben (§§ 947 Abs. 2, 948 Abs. 1 BGB) oder Miteigentum der früheren Sacheigentümer entstehen (§§ 947 Abs. 1, 948 Abs. 1 BGB). Zur Vermengung von Geldscheinen siehe Fall: Das Sparbuch.

III. Besitz

- 176 Der Besitz kann sich auf Sachen, Tiere (§§ 90, 90a BGB) und auch auf einen Teil einer Sache (Teilbesitz, § 865 BGB) beziehen. Er wird grundsätzlich durch Erlangen der tatsächlichen Gewalt über den betreffenden Gegenstand (§ 854 Abs. 1 BGB) erworben, unter bestimmten Voraussetzungen auch durch bloße Einigung (§ 854 Abs. 2 BGB) oder durch Abtretungsvertrag, § 870 BGB. Der Besitz setzt Besitzwillen zur tatsächlichen Beherrschung der Sache voraus (§§ 856 Abs. 1, 867 Satz 1, 984 BGB), so dass eine unbewusste Innehabung nicht genügt (siehe Fall: Das Geheimfach). Im Fall der Rechtsnachfolge durch Erbfall (§ 857 BGB) geht der Besitz dagegen unabhängig von etwaigen Kenntnissen des Erben so auf den Erben über, wie er in Person des Erblassers gegeben war. War zum Beispiel der Erblasser kein Eigenbesitzer, so kann es auch der Erbe nicht sein. Sobald der Erbe dagegen die tatsächliche Gewalt erlangt (§ 854 Abs. 1 BGB), kann er dadurch einen anderen Besitz begründen, als ihn der Erblasser innehatte (wichtig zum Beispiel für die Frage des Eigenbesitzes, siehe Fall: Der Kunstsammler). Eine weitere Zurechnung im Fall der Rechtsnachfolge sieht das Besitzrecht in § 858 Abs. 2 Satz 2 BGB vor (siehe Fall: Der Kunstsammler).
- 177 Es sind mehrere Besitzformen voneinander zu unterscheiden. Sind mehrere Personen beteiligt, so hat eine von ihnen Alleinbesitz, wenn sie nach der Verkehrsanschauung die alleinige Sachherrschaft innehat (zum Beispiel bei Leitung eines Bauernhofs, siehe Fall: Die Milchkühe). Bei Beteiligung einer juristischen Person ist stets diese Alleinbesitzer, ihr Organ ist weder Besitzmittler noch Besitzdiener (BGH, siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin). Ebenfalls Alleinbesitz liegt vor bei Besitzdienerschaft (§ 855 BGB), während es beim mittelbaren und beim mehrstufigen mittelbaren Besitz mehrere Besitzer (§§ 868, 871 BGB) und beim Mitbesitz gemeinschaftliche Besitzer gibt, § 866 BGB. Weiterhin ist der Fremdbesitzer vom Eigenbesitzer (§ 872 BGB) zu unterscheiden, der die Sache „*als ihm gehörend besitzt*“, ohne an seine Berechtigung zum Besitz glauben zu müssen (siehe Fall: Der Kunstsammler; der Glaube, selbst Eigentümer zu sein, ist davon zu unterscheiden, wie sich aus § 988 Alt. 1 BGB ergibt). Schließlich unterscheiden die §§ 985 ff. BGB maßgeblich zwischen dem berechtigten und dem unberechtigten Besitz. Der Besitz des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzers (§ 869 BGB) wird durch bestimmte besitzrechtliche Befugnisse (§§ 859 f., 867 BGB) und Ansprüche (§§ 861 ff., 1007 BGB) und unter Umständen auch deliktsrechtlich (berechtigter Besitz kann sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sein) geschützt.
- 178 An die Voraussetzung „Besitz“ knüpfen sich zahlreiche Unterscheidungen und Rechtsfolgen. Ganz zentrale Bedeutung hat der Besitz in nahezu allen Fällen, in denen es irgendwie um das Eigentum an beweglichen Sachen geht. Die Eigentumsvermutung beschränkt sich bei beweglichen Sachen auf den Besitzer (§ 1006 BGB), die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen verlangt die Übergabe (§ 929 Satz 1 BGB) beziehungsweise einen Besitzerwerb des Erwerbers, §§ 929 Satz 2, 930, 931, 868. Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist ebenfalls weitgehend an den Übergang des Besitzes an den Erwerber gekoppelt, §§ 933, 934 2. Alt., 934 Alt. 1 BGB. Der Eigenbesitz hat unter anderem Bedeutung für die Ersitzung (§§ 937 Abs. 1, 872 BGB), den Eigentumserwerb an Erzeugnissen (§ 955 Abs. 1 BGB), die Aneignung (§ 958 Abs. 1 BGB) und die Eigentumsaufgabe, § 959 BGB. Die Inbesitznahme ist im Rahmen von § 984 BGB wichtig.

IV. Eigentum

- 179 Für den derzeitigen, den früheren und den mittelbaren Besitzer einer beweglichen Sache bestehen Eigentumsvermutungen (§ 1006 BGB), ebenso für denjenigen, der im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, § 891 Abs. 1 BGB. § 985 BGB erfasst Ansprüche aus dem Alleineigentum und aus einem Anwartschaftsrecht, das als wesensgleiches Minus dem Vollrecht beziehungsweise dem Eigentum grundsätzlich gleichzustellen ist. Die Voraussetzungen eines Anwartschaftsrechts sind für zahlreiche Konstellationen umstritten. Es gibt keinen einheitlichen Tatbestand Anwartschaftsrecht, sondern unterschiedliche Fälle, in denen darüber gestritten wird, ob eine Position bereits rechtlichen Schutz genießt oder nicht. In seiner Berechtigung anerkannt und zugleich der Hauptanwendungsfall des Eigentumsanwartschaftsrechts ist der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. Der Verkäufer übergibt die Sache an den Käufer und erklärt die

Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung einer vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, §§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1, 449 BGB (siehe Fall: Der eheliche Fernseher). Anwartschaftsrechte können prinzipiell dieselben Rechte wie das Vollrecht verleihen, also unter anderem Herausgabeansprüche begründen (§ **985 BGB analog**), ein Recht zum Besitz geben (str.), eine Haftung nach den §§ 987 ff. BGB analog sowie nach Delikts- und Bereicherungsrecht auslösen und Gegenstand von Pfandrechten sein. Bei Prüfung solcher Ansprüche, zum Beispiel des Herausgabe- oder des Wertersatzanspruchs, ist jedoch stets zu überlegen, ob der Anspruch dem Vollrechtsinhaber oder dem Inhaber des Anwartschaftsrechts zusteht und an wen der Verpflichtete mit befreiender Wirkung leisten kann, §§ 428, 432 BGB.

- 180 Wenn die Sache im Miteigentum steht (zum Beispiel aufgrund von § 984 BGB), so ist mehrfach zu unterscheiden. Ist die Sache im Besitz eines Dritten und machen die Miteigentümer den Anspruch aus § 985 BGB gemeinschaftlich geltend (§§ 744 Abs. 1, 747 Satz 2 BGB), so ist die Sache an sie herauszugeben. Außerdem kann auch jeder einzelne Miteigentümer die Herausgabe der „ganzen“ Sache (und nicht nur seines Eigentumsanteils) an alle Miteigentümer verlangen, §§ **985, 1011 BGB**. Die Sache gilt dann aus Rechtsgründen als unteilbar im Sinne von § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB (auch wenn sie faktisch teilbar wäre). Ist die Sache im Besitz eines oder mehrerer Miteigentümer, so kann ein Miteigentümer, der keinen Besitz hat, aus § 985 BGB lediglich die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866 BGB) verlangen. Einen Anspruch auf die Verschaffung von Alleinbesitz hat er nicht. Ist der gemeinschaftliche Gegenstand teilbar (zum Beispiel ein Schatz von Goldmünzen, siehe Fall: Das Geheimfach) und verlangt ein Miteigentümer „Auszahlung“, so muss er von den anderen die Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung in Natur verlangen, §§ **749, 752 Satz 1 BGB**. Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen (zum Beispiel bei untrennbarer Vermischung, § 948 Abs. 1 Alt. 1 BGB), dann erfolgt sie durch Verkauf, § 753 BGB.

V. Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen

- 181 Der Erwerb von Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen folgt unterschiedlichen Regeln. Unbewegliche Sachen (= Grundstücke) haben typischerweise einen hohen Wert, so dass ihre Übertragung an besondere Regeln gebunden ist (§§ **873 ff., 925 – 928 BGB**), die vorschnelle, unüberlegte Übertragungen unterbinden sollen (Eintragung ins Grundbuch § 873 Abs. 1 BGB, Auflassung [= Einigung der Beteiligten] formbedürftig und bedingungsfeindlich, § 925 Abs. 1, Abs. 2 BGB, siehe Fall: Das Tochtergrundstück). Bewegliche Sachen werden überdies ungleich häufiger an einen neuen Eigentümer übertragen, so dass hier auch aus Praktikabilitätsgründen einfachere Übertragungs- beziehungsweise Erwerbsregeln (§§ **929 – 984 BGB**) angemessen sind. Nach nochmals anderen Regeln bestimmt sich der Eigentumserwerb an Rektapapieren (§ **952 BGB**), bei denen das Recht „am“ Papier dem Recht „aus“ dem Papier folgt. Insbesondere steht das Eigentum an Hypothekenbriefen dem Inhaber der Forderung zu (§ 952 Abs. 2 BGB), so dass das Eigentum am Hypothekenbrief nicht nach den §§ 929 ff. BGB übertragen werden kann, sondern mit Abtretung der Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger übergeht, §§ 398 Satz 1, 1154 Abs. 1 BGB (siehe Fall: Die Fälschung). Davon zu unterscheiden sind die Inhaberpapiere (zum Beispiel §§ 793, 807 BGB), bei denen gerade umgekehrt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt. Das Eigentum am Inhaberpapier wird wie das Eigentum an sonstigen Sachen zum Beispiel durch Einigung und Übergabe des Papiers übertragen, §§ 929 ff. BGB. Der Übergang des Eigentums am Papier hat dann zur Folge, dass die verbrieft Forderung auf den neuen Eigentümer übergeht.

1. Erwerb durch rechtsgeschäftliche Übertragung

- 182 Die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 929 – 936 BGB) ist ein zentraler Teil des Examensstoffs. Sie muss fehlerfrei und in allen Facetten beherrscht werden.

a. Einigung

- 183 Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen setzt die Einigung in Gestalt eines dinglichen Vertrags voraus, §§ 929 Satz 1, 145 ff. BGB. Mangels Vertrags unanwendbar sind die §§ 929 ff. BGB zum Beispiel, wenn Eigentum aufgegeben wird und sich ein anderer die Sache anschließend aneignet (keine Einigung, §§ 958 Abs. 1,

959 BGB) oder wenn es bereits an zwei Beteiligten und an Willenserklärungen fehlt (§ 984 BGB, siehe Fall: Das Geheimfach). Eine Bindung an die dingliche Einigung vor Übergabe der Sache besteht nach h.M. nicht (Argumente: § 873 Abs. 2 BGB normiere Ausnahmetatbestand; Gesetzeswortlaut § 929 Satz 1 BGB: „übergibt und beide darüber einig sind“), so dass der einseitige Widerruf der Einigungserklärung sogar dann möglich ist, wenn der Erklärende zur Übereignung verpflichtet ist (sehr str.). Nach h.M. ist der Fortbestand der Einigung jedoch zu vermuten und der Widerruf muss dem anderen zugehen beziehungsweise erkennbar sein. Im Übrigen gelten die vertragsrechtlichen Grundsätze. Der Geschäftsunfähige kann Eigentum wegen § 105 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich weder erwerben noch übertragen, während Erwerb oder Übertragung durch den beschränkt Geschäftsfähigen nach den §§ 107 ff. BGB zu beurteilen sind (siehe Fälle: Die Milchkühe, Das Sparbuch). Die Wirksamkeit von dinglicher und schuldrechtlicher Einigung ist dem Abstraktionsprinzip entsprechend unabhängig voneinander zu beurteilen (hat Bedeutung unter anderem für §§ 117 Abs. 1, 134, 138 Abs. 1 BGB, siehe Fall: Die Milchkühe und für die Anfechtung §§ 119 ff. BGB). In der Regel schlägt die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts nicht auf die dingliche Seite durch. Ist zum Beispiel im Rahmen eines unwirksamen Kaufvertrags das Eigentum wirksam auf den Käufer übertragen worden, so kann der Verkäufer Rückübereignung und Herausgabe der Sache lediglich nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., 818 BGB verlangen, hat aber keine Ansprüche aus Eigentum, §§ 985, 987 ff. BGB.

- 184 Der Inhalt der Einigung ist nach den allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) zu bestimmen und extrem wichtig. Inhalt und Reichweite der Einigung sind insbesondere dafür entscheidend, welche Sachen übereignet werden (siehe Fall: Das Geheimfach). Das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot verlangt dabei, dass die Sache spätestens zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestimmbar ist (zum Beispiel durch Aussonderung von 5.000 t Öl aus laufender Produktion, siehe Fälle: Das Ölgeschäft, Das Gestüt, Die Milchkühe). Die Einigung ist im Zweifel so auszulegen, dass sie sich auch auf Zubehör bezieht, während sich dies für Grundstückszubehör bereits aus den §§ 926, 1031, 1062, 1093 BGB ergibt. Wesentliche Bestandteile der Sache (§§ 93 ff. BGB) gehen dagegen automatisch mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Die Einigung unter aufschiebender (insbesondere bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, §§ 158 Abs. 1, 449 BGB, siehe Fälle: Der eheliche Fernseher, Das Ölgeschäft) oder auflösender Bedingung (denkbar etwa bei Sicherungsübereignung, § 158 Abs. 2 BGB) kann zu entsprechenden Eigentumsanwartschaftsrechten führen. Der Inhalt der Einigung ist auch entscheidend dafür, wer neuer Eigentümer werden soll (zum Beispiel bei Stellvertretungsfällen; Geschäft für den, den es angeht; § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB hat keine dingliche Wirkung, doch kann ein Miteigentumserwerb von Ehegatten aufgrund rechtsgeschäftlicher Erklärung anzunehmen sein). Im Zweifel soll die Sache an denjenigen übereignet werden (§§ 133, 157 BGB), demgegenüber der bisherige Eigentümer zu Übertragung verpflichtet ist (siehe Fall: Das Ölgeschäft).

b. Übergabe, Übergabesurrogat

- 185 Das sachenrechtliche Offenkundigkeitsprinzip setzt für den materiell-rechtlichen Übergang des Eigentums einen äußeren Dokumentationstatbestand voraus. Er liegt bei den Übertragungstatbeständen im Besitzübergang (Ausnahme § 929 Satz 2 BGB).
- 186 Nach dem gesetzlichen Regelfall verlangt die Übertragung des Eigentums die Übergabe der Sache, § 929 Satz 1 BGB. Das Eigentum geht danach unter drei Voraussetzungen auf den Erwerber über. Der Eigentümer darf erstens keine besitzrechtliche Stellung behalten. Hat er die Sache in Besitz, so muss er die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgeben oder in anderer Weise verlieren, § 856 Abs. 1 BGB. Dies ist beispielsweise auch der Fall, wenn ein Besitzdiener nunmehr den Weisungen des Erwerbers folgt oder der Besitzmittler des bisherigen Eigentümers ein Besitzmittlungsverhältnis mit dem Erwerber vereinbart oder (wohl nur von theoretischer Bedeutung) der Eigentümer zum Besitzdiener des Erwerbers wird. Der Erwerber muss zweitens den Eigenbesitz an der Sache erlangen. Dies alles hat drittens auf Veranlassung des Eigentümers zu passieren. Besitzverlust und -erwerb ohne Willen des Eigentümers, zum Beispiel aufgrund Diebstahls oder infolge von Zufällen, reichen nicht aus (str.). Die h.M. nimmt eine Übergabe auch im Fall des sogenannten Geheißerwerbs an (siehe Fall: Das Ölgeschäft) und sieht gegebenenfalls vom Erfordernis einer besitzrechtlichen Stellung des Eigentümers beziehungsweise vom

Erfordernis eines Besitzerwerbs des Erwerbers ab. Danach liegt eine Übergabe auch vor, wenn zwar der Eigentümer keinen Besitz hat und folglich auch keine besitzrechtliche Stellung verlieren kann, aber eine dritte Person auf sein Geheiß den Besitz an der Sache aufgibt. Ebenso liegt es, wenn der Erwerber keinen Besitz erlangt, aber eine dritte Person auf Geheiß des Erwerbers zum Besitzer wird. Die Anerkennung des Geheißerwerbs und die damit verbundene Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips rechtfertigen sich aus dem Bedürfnis des Verkehrs an solchen Übertragungsmöglichkeiten. Der Gesetzeswortlaut steht nicht entgegen, da § 929 Satz 1 BGB lediglich von „*Übergabe*“ spricht und nicht explizit verlangt, dass der Eigentümer im Besitz der Sache ist.

187 Die Regeln über Übergabesurrogate grenzen sich voneinander danach ab, wer im Zeitpunkt der Einigung im Besitz der Sache ist (siehe Fall: Die Milchkühe). Dies können der Eigentümer (§ 930 BGB), der Erwerber (§ 929 Satz 2 BGB) oder ein Dritter (§ 931 BGB) sein. Ist der Erwerber im Besitz der Sache und zwar schon vor der Einigung, so genügt die Einigung über die Übertragung des Eigentums, § 929 Satz 2 BGB (siehe Fall: Die Milchkühe). Die Übereignung an den Besitzmittler des Eigentümers wird nur erfasst, wenn der Eigentümer jeden Besitz verliert (h.M.). Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Übergabe durch das Vereinbaren eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt werden, §§ 930, 868 BGB. Ein solches Besitzkonstitut ist bei Sicherungsübereignungen typisch, kann aber zum Beispiel auch im Verhältnis von Eltern zu ihrem Kind anzunehmen sein (siehe Fälle: Das Gestüt, Die Milchkühe). Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden, § 931 BGB.

c. Berechtigung, gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

188 Der Veräußerer muss ferner zur Übertragung berechtigt sein. Dies ist er, wenn er entweder Eigentümer der Sache (§§ 929 – 931 BGB) oder verfügungsbefugt ist (zum Beispiel als Insolvenzverwalter, § 80 Abs. 1 Alt. 2 InsO) oder mit Einwilligung (§§ 185 Abs. 1, 183 Satz 1 BGB, siehe Fälle: Das Ölgeschäft, Das Gestüt) oder Genehmigung des Eigentümers handelt (§§ 185 Abs. 2 1. Alt., 184 Abs. 1 BGB) oder bestimmte andere Voraussetzungen erfüllt sind, § 185 Abs. 2 2. Alt., Alt. 3 BGB. Im Rahmen von verlängerten Eigentumsvorbehalten kann vereinbart sein, dass und unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer in die Weiterveräußerung der Sache einwilligt (siehe Fall: Das Ölgeschäft). Verlangt der Eigentümer nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Nichtberechtigten die Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, so liegt darin die konkludente Genehmigung (siehe Fall: Das Gestüt).

189 Die fehlende Eigentümerstellung des Veräußerers wird ferner im Fall des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten überwunden, §§ 932 ff. BGB (zu § 366 Abs. 1 HGB siehe Fall: Das Gestüt). Als erstes verlangen die §§ 932 ff. BGB einen Übergabebetstand, dessen Anforderungen im Einzelnen unterschiedlich sind. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Übertragung mit einer Übergabe oder einem Übergabesurrogat verbunden ist. Im Fall der Übergabe reicht die Gutgläubigkeit des Erwerbers aus, §§ 932 Abs. 1 Satz 1, 929 Satz 1 BGB. War der Erwerber bei Einigung bereits im Besitz der Sache, so ist zusätzlich erforderlich, dass er den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte, §§ 932 Abs. 1 Satz 2, 929 Satz 2 BGB. War der Veräußerer im Besitz der Sache und ist die Sache aufgrund der Vereinbarung eines Besitzkonstituts in seinem unmittelbaren Besitz geblieben, so geht das Eigentum erst mit Übergabe an den Erwerber über, §§ 933, 930 BGB (siehe Fall: Das Gestüt). War ein Dritter im Besitz der Sache und der Veräußerer mittelbarer Besitzer, so wird der Erwerber Eigentümer, sobald er entweder den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt (§§ 934 2. Alt., 931 BGB) oder der Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis an den Erwerber abgetreten worden, das heißt ein entsprechender Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber zustande gekommen ist, §§ 934 1. Alt., 931, 398 Satz 1, 145 ff. BGB.

190 Die zweite Voraussetzung ist die Gutgläubigkeit des Erwerbers. Sie wird vom Gesetz vermutet (§ **932 Abs. 1 Satz 1 a.E. BGB**), ist also zu unterstellen, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen. Der Glaube muss sich auf die Stellung des Veräußerers als Eigentümer beziehen (bei § 366 Abs. 1 HGB auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers, zum Beispiel im Wege eines verlängerten Eigentumsvorbehalts). Der gute Glaube an die Eigentümerstellung des der Übertragung Zustimmenden reicht nur

aus, wenn der Zustimmungseigentümer ist (h.M., siehe Fall: Das Gestüt). Der gute Glaube wird durch Kenntnis und grob fahrlässiges Nichtwissen ausgeschlossen. Grundsätzlich treffen den Erwerber keine Nachforschungspflichten (siehe Fall: Das Gestüt). Der Käufer eines gebrauchten Kfz wird von der Rechtsprechung als bösgläubig angesehen, wenn er den Kfz-Brief nicht eingesehen hat. Bei zeitlich gestreckten Übertragungstatbeständen kann zweifelhaft sein, zu welchem Zeitpunkt Gutgläubigkeit bestehen muss. Das Gesetz stellt zum Teil auf den Zeitpunkt der Übergabe (§ 933 BGB), auf den Zeitpunkt der Besitzerlangung (§ 934 Alt. 2 BGB), auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Abtretungsvertrags (§ 934 Alt. 1 BGB) und auf den Zeitpunkt ab, zu dem der Erwerber das Eigentum erwerben würde, § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB.

- 191 Als dritte Voraussetzung sind bestimmte Ausschlusstatbestände zu beachten, bei deren Eingreifen ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist. Das ist der Fall, wenn die Sache abhanden gekommen ist (§ 935 Abs. 1 BGB), weil der Schutz des Eigentümers dann den Interessen des Erwerbers und allgemeinen Verkehrsschutzinteressen vorgeht. Sonderfragen stellen sich für das Abhandenkommen bei mittelbarem Besitz und Besitzdienerschaft (siehe Fall: Der Hund) sowie bei Mitbesitz (siehe Fall: Der eheliche Fernseher). Der Ausschlusstatbestand greift jedoch seinerseits nicht ein, wenn Geld oder Inhaberpapiere veräußert werden (§ 935 Abs. 2 1. Alt., Alt. 2 BGB) oder wenn die Sache im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert wird, § 935 Abs. 2 Alt. 3 BGB (siehe Fall: Der Kunstsammler). Es gibt in diesen Fällen ein besonderes Interesse an Verkehrsfähigkeit.
- 192 Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten macht den Erwerber zum Eigentümer der beweglichen Sache. Der frühere Eigentümer hat sein Eigentum verloren und keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Ob der Erwerber die Sache aber endgültig behalten darf, bestimmt sich nach der bereicherungsrechtlichen Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb. Hat der Nichtberechtigte die Sache dem gutgläubigen Erwerber geschenkt, so ist dem Erwerber das Eigentum in den Schoß gefallen. Der unentgeltliche Erwerber ist in den Augen des Gesetzgebers nicht schutzwürdig und hat deshalb das Eigentum an den früheren Eigentümer zurückzuübertragen, **§ 816 Abs. 1 Satz 2 BGB**. Hat dagegen der gutgläubige Erwerber die Sache vom Nichtberechtigten zum Beispiel aufgrund eines Kaufvertrags erworben und folglich einen Kaufpreis zahlen müssen, so kann der frühere Eigentümer sich allein an den Nichtberechtigten halten, **§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB**. Die Abgrenzung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb ist in Fällen gemischter Schenkungen schwierig, zum Beispiel wenn die Sache zum „Freundschaftspreis“ verkauft wird. Die Rechtsprechung nimmt in der Regel Unentgeltlichkeit an, wenn der Schenkungscharakter überwiegt.

d. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb

- 193 Ist das Eigentum an der beweglichen Sache mit dinglichen Rechten Dritter belastet, zum Beispiel mit einem Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB) oder einer Hypothek (wegen Erstreckung der hypothekarischen Haftung auf Zubehör nach § 1120 BGB an beweglichen Sachen möglich!), so fragt sich, ob diese auch bei Übertragung des Eigentums an einen neuen Eigentümer bestehen bleiben. Nach **§ 936 Abs. 1 Satz 1 BGB** gehen solche Rechte im Fall der Veräußerung grundsätzlich unter. Etwas anderes gilt, wenn der Erwerber „*in Ansehung des Rechts*“ nicht in gutem Glauben ist (§ 936 Abs. 2 BGB), also zum Beispiel das Bestehen eines Vermieterpfandrechts kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Die Enthftung von Zubehör, das der Hypothekenhaftung unterliegt, bestimmt sich ergänzend nach den §§ 1121 f. BGB. § 1121 Abs. 2 Satz 1 BGB schließt einen gutgläubigen Erwerb nach § 936 BGB „*in Ansehung der Hypothek*“ aus.

2. Erwerb nach §§ 937 – 984

- 194 Das Eigentum an beweglichen Sachen kann auch anders als durch rechtsgeschäftliche Übertragung erworben werden. Die §§ 937 – 984 BGB dienen nicht wie die §§ 932 – 935 BGB dem Verkehrsschutz, so dass zum Beispiel § 935 Abs. 1 BGB nicht entsprechend auf die gesetzlichen Erwerbstatbestände anwendbar ist (siehe Fall: Die Bronzeskulptur). Im Einzelnen sind die Erwerbstatbestände freilich auf ganz unterschiedliche Interessenlagen gemünzt. Bestimmte Fragen stellen sich für alle einschlägigen

Erwerbstatbestände, sind aber aufgrund der Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen vielfach auch unterschiedlich zu beantworten.

a. Voraussetzungen

195 Da die jeweiligen Vorschriften unterschiedlichen Anliegen folgen, stellen sie auch unterschiedliche Voraussetzungen auf. Zum Teil verlangen sie das Begründen von Besitz (§§ 937 Abs. 1, 958 Abs. 1, 984 BGB), manchmal ist guter Glaube (§§ 937 Abs. 2, 957 BGB) erforderlich, in anderen Fällen bestimmte „Veränderungen“ (§§ 946 ff. BGB) oder „Trennungen“ von Sachen, §§ 953 ff. BGB. Es handelt sich nach h.M. um nichtrechtsgeschäftliche Erwerbstatbestände, die fraglichen Erwerbshandlungen (Inbesitznehmen, Verbinden, Vermischen, Verarbeiten, Trennen) setzen keine Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) voraus (siehe Fälle: Das Geheimfach, Der Lebensabend).

196 Die Ersitzung (§§ 937 ff. BGB, siehe Fall: Der Kunstsammler) erklärt sich aus der Schutzwürdigkeit des Eigenbesitzers (str.). Sie verlangt Eigenbesitz (§§ 872, 938 BGB) über eine Frist von zehn Jahren, deren Einzelheiten detailliert geregelt sind, §§ 939 – 944 BGB. Bei Bösgläubigkeit wird kein Eigentum erworben, §§ 937 Abs. 2, 932 Abs. 2 BGB. Der Erwerb durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 946 ff. BGB) dient unter anderem dem Schutz vor Zerschlagung wirtschaftlicher Werte, § 951 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Eigentumserwerb setzt entweder voraus, dass eine bewegliche Sache wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks (§§ 946, 94 f. BGB) oder einer einheitlichen beweglichen Sache wird (§§ 947, 93 ff. BGB) oder dass bewegliche Sachen in bestimmter Weise miteinander vermischt oder vermengt werden, § 948 BGB (siehe Fall: Das Sparbuch). Die Verarbeitung (§ 950 BGB) setzt eine Qualitäts- oder Wesensveränderung voraus (siehe Fälle: Die Bronzeskulptur, Der Hund). Der Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen ist detailliert geregelt (§§ 953 ff. BGB) und sozusagen das Gegenstück zu den §§ 946 ff. BGB. Er setzt die Trennung einer Sache voraus, aufgrund derer Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache, die vorher als wesentliche Bestandteile nicht sonderrechtsfähig waren, nunmehr selbständige Sachen werden. Die Einzelheiten hängen maßgeblich vom rechtlichen Status des möglichen neuen Eigentümers ab. Es kommt darauf an, ob er Eigentümer der Sache (§ 953 BGB, siehe Fälle: Das Gestüt, Der Lebensabend), aneignungsberechtigt (§§ 954, 1213, 1030 BGB), Eigenbesitzer (§§ 955, 872 BGB, siehe Fall: Der Lebensabend), persönlich Berechtigter (§§ 956, 581 Abs. 1 Satz 1 BGB, siehe Fall: Das Gestüt) oder hinsichtlich der persönlichen Aneignungsberechtigung gutgläubig ist, §§ 957, 932 Abs. 2 BGB. Die §§ 953 – 957 BGB sind in umgekehrter Reihenfolge zu prüfen, das heißt die höhere Vorschrift geht der niedrigeren vor. Die Aneignung (§§ 958 ff. BGB) setzt Eigenbesitz an einer herrenlosen (§§ 959 – 961 BGB) Sache voraus (siehe Fall: Der Hund), während ein Eigentumserwerb durch Fund (§§ 965 ff. BGB) nur bei verlorenen, das heißt besitz-, aber nicht herrenlosen Sachen in Betracht kommt. Ein Sonderfall ist der Schatzfund (§ 984 BGB, siehe Fall: Das Geheimfach).

b. Rechtsfolgen, Bereicherungsausgleich

197 Neuer Eigentümer wird derjenige, der den jeweiligen Tatbestand erfüllt. Bei der Ersitzung ist dies der Eigenbesitzer, bei der Verarbeitung der Hersteller (nach Rechtsprechung zum Beispiel der Unternehmer und nicht der bei ihm angestellte Mitarbeiter), beim Fund der Finder (nach Rechtsprechung wegen § 855 BGB zum Beispiel der Kinoinhaber und nicht die Reinigungskraft) usw. Im Fall der Verbindung, Vermischung oder Vermengung beweglicher Sachen kann es statt zu Alleineigentum (§ 947 Abs. 2 BGB) auch zu Miteigentum (§ 947 Abs. 1 BGB) kommen. Das Eigentum des bisherigen Eigentümers geht grundsätzlich unter (im Fall von § 953 BGB entsteht das Eigentum in Person des Eigentümers neu, im Fall des § 947 Abs. 1 wird der bisherige Eigentümer der verbundenen Sache Miteigentümer der einheitlichen Sache). Dass der Erwerb des Eigentums Rechte Dritter an der Sache untergehen lässt, sieht das Gesetz für viele Bereiche ausdrücklich vor, §§ 945, 949 Satz 1, 950 Abs. 2, 973 Abs. 1 Satz 2, 1120 Alt. 1, Alt. 2 iVm. §§ 954 – 957 BGB. In bestimmten Sonderfällen (§ 949 Satz 2, Satz 3 BGB) bleiben Rechte Dritter dagegen bestehen.

198 Hat der ursprüngliche Eigentümer das Eigentum verloren, so stellt sich regelmäßig die Frage nach einem etwaigen Bereicherungsausgleich. Dieser wird vom Gesetz abermals

unterschiedlich ausgestaltet. In bestimmten Erwerbskonstellationen muss der ursprüngliche Eigentümer die Einbuße nicht kompensationslos hinzunehmen, sondern kann Wertersatz (§§ 951 Abs. 1 Satz 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB) verlangen. Bereicherungsrechtliche Ansprüche scheiden aber aus, wenn der betreffende Erwerbstatbestand auch einen Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts gibt, wenn der Eigentumserwerb also mit anderen Worten kondiktionsfest ist. Dieser Schnittbereich von Sachen- und Bereicherungsrecht ist sehr anspruchsvoll und sehr examensrelevant. In einigen Konstellationen trifft das Gesetz ausdrückliche Regelungen. Der Eigentumserwerb durch Fund wird kraft ausdrücklich gesetzlicher Regelung nach einer Frist von drei Jahren kondiktionsfest, § 977 BGB. Für den Eigentumserwerb an Erzeugnissen der Sache durch den Nichteigentümer (§§ 954 ff. BGB) trifft § 101 BGB (wird stets übersehen) eine eingehende Regelung darüber, wem die Früchte gebühren. Ein Kriterium für die Annahme eines Rechtsgrunds kann wegen der gesetzlichen Wertung in § 816 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BGB sein, ob der neue Eigentümer für den Erwerb irgendwie Opfer gebracht oder ihn durch eigene Leistung „verdient“ hat, zum Beispiel beim Schatzfund durch das Entdecken eines Schatzes (siehe Fall: Das Geheimfach).

- 199 Nochmals anders und besonders schwierig liegt es im Fall von Verbindung, Vermischung und Verarbeitung. Aus § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich, dass sie als solche kein Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts sind. Da die h.M. in § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB aber eine Rechtsgrundverweisung auf die Voraussetzungen der Nichtleistungskondiktion sieht, kann sich bei Dreipersonenverhältnissen zum Beispiel in den sogenannten Einbaufällen der Rechtsgrund daraus ergeben, dass der neue Eigentümer einen Vertrag mit dem Einbauenden geschlossen hat. Im Einzelnen orientiert sich die h.M. dabei an Wertungen des § 816 Abs. 1 BGB und des Sachenrechts. Der neue Eigentümer ist schutzwürdig, wenn er ein Entgelt gezahlt hat (Wertung des § 816 Abs. 1 BGB) und bei rechtsgeschäftlicher Übereignung gutgläubig Eigentum erworben hätte, §§ 932 ff. BGB. Der neue Eigentümer ist danach also der Bereicherungshaftung ausgesetzt, wenn er das Eigentum entweder unentgeltlich erworben hat oder bösgläubig war oder die Sache gestohlen war. Für die übrigen Erwerbstatbestände kommt es darauf an, ob sie nach ihrem Sinn und Zweck auch bereicherungsrechtlich beachtlich sein müssen oder nicht.

3. Sonstiger Erwerb

- 200 Das Eigentum an beweglichen Sachen kann schließlich noch in anderer Weise übergehen. So kann Eigentum im Wege der Rechtsnachfolge übergehen, insbesondere vom Erblasser auf den Erben (§ 1922 Abs. 1 BGB), aber auch von der ursprünglichen Gesamthand auf die „Restgesamthand“ (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder im Wege der Umwandlung, § 1 UmwG. Eigentum kann auch durch Hoheitsakt übertragen werden, zum Beispiel durch den Zuschlag bei Versteigerung gepfändeter Sachen (anders bei freiwilliger öffentlicher Versteigerung, siehe Fall: Der Kunstsammler). Das Eigentum kann schließlich auch übergehen, weil es vom Eigentumsübergang unbeweglicher Sachen mitumfasst ist. So kann die bewegliche Sache in bestimmter Beziehung zu einem Grundstück stehen und mit dem Grundstückseigentum auf einen anderen übergehen, § 90 Abs. 2 ZVG. Im Übrigen umfasst die Übereignung des Grundstücks im Zweifel auch die Übereignung von Zubehör, §§ 926 Abs. 1, 97 f. BGB. Schließlich gibt es über die §§ 937 ff. BGB hinaus weitere gesetzliche Eigentumserwerbstatbestände, nämlich im Zusammenhang mit Pachtverhältnissen (§§ 582a Abs. 2 Satz 2, 585 Abs. 2 BGB) und beim Nießbrauch, § 1048 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB.

VI. Recht zum Besitz

- 201 Das Recht zum Besitz (§ 986 BGB) schließt den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB sowie Ansprüche aufgrund der §§ 987 ff. BGB aus. § 986 BGB gewährt trotz des missverständlichen Wortlauts („kann... verweigern“) ähnlich wie § 1004 Abs. 2 BGB eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung (h.M.). Das Recht zum Besitz ist also auch dann zu prüfen, wenn es vom Besitzer nicht ausdrücklich geltend gemacht wird.
- 202 In der Sache geht es bei der Bestimmung des Rechts zum Besitz um einen Konkurrenzaspekt. Die §§ 985 ff. BGB sollen nicht anwendbar sein, wenn es anderweitige Vorschriften gibt, die das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer regeln und deren Bestimmungen nicht durch die §§ 985 ff. BGB gestört werden sollen. Erreicht

wird dies, indem solche anderen Regelungen ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen. Wenn der Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Beispiel aufgrund eines Mietvertrags zum Besitz berechtigt ist (§§ 535 Satz 1, 546 Abs. 1 BGB), dann sollen sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach Mietrecht und nicht nach den §§ 985 ff. BGB beurteilen. Der Mieter muss während der Dauer des Mietverhältnisses den Herausgabeanspruch aus Eigentum abwehren können. Ebenso soll der Geschäftsführer bei berechtigter GoA die aus seiner Sicht erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen dürfen (§§ 670, 683 Satz 1 BGB) und nicht etwa auf den Ersatz von Verwendungen oder Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache beschränkt sein, wie dies nach den EBV-Regeln der Fall wäre, §§ 994 ff. BGB.

203 Welche Rechtspositionen ein Recht zum Besitz begründen, ist in § 986 BGB nicht geregelt. Ein derartiges Besitzrecht kann sich ergeben aus: Vertrag (§§ 535 ff., 581 ff., 598 ff. BGB), aus berechtigter GoA (§§ 683 Satz 1, 677 BGB), aus einem Pfandrecht (§§ 562, 647, 1205 Abs. 1 BGB), aus dinglicher Berechtigung (§§ 1030 ff., 1036 Abs. 1 BGB) und aus einem Eigentumsanwartschaftsrecht (str., ablehnend BGH). Im Fall eines vertraglichen Besitzrechts kann im Herausgabeverlangen des Eigentümers zugleich die konkludente Kündigung des Vertrags liegen, die das Besitzrecht gegebenenfalls beendet. Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 1000 BGB gewähren als bloße Einreden kein Besitzrecht (h.M., a.A. BGH, siehe Fall: Das Küstengrundstück) und führen daher nicht zur Abweisung einer Klage, sondern zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, § 274 Abs. 1 BGB.

204 Nach § 986 BGB sind unmittelbare und abgeleitete Besitzrechte zu unterscheiden. Beim unmittelbaren Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) steht das Besitzrecht dem unmittelbaren Besitzer direkt gegenüber dem Eigentümer zu, zum Beispiel aufgrund eines zwischen Besitzer und Eigentümer geschlossenen Mietvertrags. Beim abgeleiteten Besitzrecht ist das zum Besitz berechtigende Rechtsverhältnis nicht direkt zwischen dem Eigentümer und dem unmittelbaren Besitzer zustandegekommen, wohl aber ein Besitzrecht zwischen dem Eigentümer und einem mittelbaren Besitzer, das dem unmittelbaren Besitzer zugute kommt, **§ 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB**. Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer befugt (zum Beispiel weil der Eigentümer als Entleiher keine Erlaubnis nach § 603 Satz 2 BGB erteilt hat), so steht dem unmittelbaren Besitzer kein Recht zum Besitz zu. Der Eigentümer kann daher Herausgabe an den mittelbaren Besitzer oder an sich selbst verlangen, **§ 986 Abs. 1 Satz 2 BGB**. Wird ein vermietetes Grundstück oder vermieteter Wohnraum auf einen neuen Eigentümer übertragen, so wird der Mieter bereits durch das Schuldrecht vor dem Verlust des Besitzrechts geschützt, weil das mietvertragliche Besitzrecht nunmehr gegenüber dem neuen Eigentümer wirkt, **§ 566 Abs. 1 BGB**. Bei sonstigen Eigentumsübertragungen kann **§ 986 Abs. 2 BGB** den Besitzer vor dem Verlust seines Besitzrechts schützen. Verleiht beispielsweise der Eigentümer die Sache für ein Jahr an den B und übereignet er sie vor Ablauf dieser Frist nach § 931 BGB an den C, so kann sich B dem C gegenüber auf sein Besitzrecht aus Leihvertrag berufen.

K: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, §§ 987 ff. BGB

205 Die §§ 987 ff. BGB ergänzen den auf die Herausgabe der Sache beschränkten § 985 BGB und regeln, ob der unberechtigte Besitzer auch Nutzungen der Sache herausgeben und für Verschlechterungen oder den Untergang der Sache Schadensersatz leisten muss und ob er auf die Sache gemachte Verwendungen ersetzt verlangen kann. Zugleich treffen die Vorschriften Regelungen darüber, ob Nutzungsherausgabe, Schadensersatz und Verwendungsersatz auch aufgrund anderer Bestimmungen, insbesondere nach Bereicherungs- oder Deliktsrecht, verlangt werden können, **§§ 993 Abs. 1 Hs. 2, 992, 996 BGB**. Die Herausgabepflicht aus § 985 BGB lassen die §§ 987 ff. BGB dagegen unberührt und ebenso einen etwaigen, an die Stelle des Herausgabeanspruchs tretenden bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB (wird meist übersehen, siehe Fall: Der Treibstoff). Wenn der Besitzer die Sache, zum Beispiel eine Kuh, noch besitzt, so hat er sie nach § 985 BGB herauszugeben, weil die Sache eben nicht ihm, sondern dem Eigentümer gehört. Hat der Besitzer die Kuh dagegen

verzehrt und sich damit die Sachsubstanz angeeignet, so hat er Wertersatz zu leisten, weil die Sachsubstanz dem Eigentümer zusteht (nach Rechtsprechung grundsätzlich kein § 818 Abs. 3 BGB).

- 206 Die §§ 987 ff. BGB privilegieren den schutzwürdigen Besitzer. Der Nichtbesitzer weiß dagegen von vornherein, dass er fremdes Eigentum uneingeschränkt zu respektieren hat. Schutzwürdig ist in aller Regel der gutgläubige, nicht auf Herausgabe verklagte Besitzer. Der Besitzer ist in gutem Glauben, wenn er die Sache „*als ihm gehörig besitzt*“, §§ 988 1. Alt., 990 Abs. 1 BGB, sich also für den Eigentümer hält. Er ist ebenso gutgläubig, wenn er die Sache in „*Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Besitzrechts*“ besitzt (§ 988 2. Alt. BGB) beziehungsweise an das Bestehen eines eigenen Besitzrechts im Sinne von § 986 BGB glaubt („*zum Besitz nicht berechtigt*“, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der gutgläubige Besitzer kann, wenn er zum Beispiel eine fremde Sache als deren Besitzer beschädigt, aufgrund seiner besitzrechtlichen Stellung haftungsrechtlich besser stehen, als er stünde, wenn er die fragliche Sache nicht in Besitz gehabt hätte (siehe Fall: Der Treibstoff). Wenn sich der Besitzer für besitzberechtigt hält, soll es für ihn später kein böses Erwachen geben. Nicht schutzwürdig ist dagegen der bösgläubige Besitzer, der seine mangelnde Berechtigung zum Besitz von Anfang an kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (§§ 990 Abs. 1 Satz 1, 932 Abs. 2 BGB) oder nach Besitzerlangung von seiner fehlenden Berechtigung erfährt, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB (grobe Fahrlässigkeit ist nach Besitzerlangung unschädlich). Ebenfalls ist für Privilegierungen kein Raum, sobald Rechtshängigkeit eingetreten ist, § 989 BGB. Das ist der Fall, wenn der Besitzer auf Herausgabe der Sache verklagt wird und ihm die Klageschrift bereits zugestellt worden ist, §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO. Mit Zustellung der Klageschrift muss der Besitzer damit rechnen, die Sache herauszugeben zu müssen, und ist von nun an nicht mehr schutzwürdig.

I. Nutzungen

- 207 Im Unterschied zum Bereicherungsrecht (§§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 1 Alt. 1 BGB) kennt das Eigentumsrecht für die Herausgabe der Sache (§ 985 BGB) und solcher Nutzungen (§§ 99, 100 BGB), die nicht in das Eigentum des Eigentümers der Sache gefallen sind, unterschiedliche Anspruchsgrundlagen. Ihrem Schutzzweck entsprechend sichern die Vorschriften den Besitzer weitgehend vor Ansprüchen auf Herausgabe von Nutzungen. Der Besitzer muss Nutzungen nur im Ausnahmefall herausgeben, nach dem Gesetzeswortlaut nämlich lediglich, soweit er Übermaßfrüchte gezogen hat, und er haftet dabei nach den milden Bereicherungsmaßstäben, **§§ 993 Abs. 1 2. Hs., 818 BGB**. Diese Verpflichtung zur Herausgabe der Übermaßfrüchte lässt sich mit der Überlegung erklären, dass der Besitzer sich in Gestalt der Übermaßfrüchte letztlich auch Substanz der Hauptsache angeeignet hat, die er nach § 985 BGB hätte herausgeben müssen beziehungsweise für die er deshalb Wertersatz (§§ 818 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB) zu leisten hat. Für den nicht schutzwürdigen Besitzer gelten andere Regeln. Der rechtshängig auf Herausgabe verklagte Besitzer (**§ 987 Abs. 1 BGB**) und der bösgläubige Besitzer (**§§ 990 Abs. 1, 991 Abs. 1 BGB**) haben die Nutzungen der Sache herauszugeben, die sie nach Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit ziehen. Ebenso haften sie gegebenenfalls auf Schadensersatz für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen, **§§ 987 Abs. 2, 990 Abs. 1 BGB**. Hält sich der Besitzer für den Eigentümer (**§ 988 Alt. 1 BGB**) oder für nutzungsberechtigt (**§ 988 Alt. 2 BGB**) und hat er den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er ebenfalls nicht schutzwürdig (gleiche Wertung wie in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB). Er hat daher die vor Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit gezogenen Nutzungen nach Bereicherungsmaßstäben (§ 818 BGB) herauszugeben. Über den Gesetzestext hinaus behandelt die Rechtsprechung den Besitzer, der den Besitz rechtsgrundlos erlangt, genauso wie den Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt hat, § 988 BGB analog. Das Schrifttum stimmt dem im Ergebnis weitgehend zu, weicht aber in der dogmatischen Konstruktion von der Rechtsprechung ab und hält Ansprüche aus Leistungskondiktion allgemein neben den §§ 987 ff. BGB für anwendbar (siehe Fall: Der Lebensabend).

II. Schadensersatz

- 208 Der schutzwürdige Besitzer hat für die Verschlechterung, den Untergang oder das Unvermögen zur Herausgabe weder nach den §§ 989 ff., noch nach den §§ 823 ff. BGB Schadensersatz zu leisten, **§ 993 Abs. 1 2. Hs. BGB** (siehe Fall: Der Lebensabend). Der

rechtshängig auf Herausgabe verklagte Besitzer (§ 989 BGB) und der bösgläubige Besitzer (§§ 990 Abs. 1, 991 Abs. 2 BGB) haften nach den §§ 989 ff. BGB auf Schadensersatz, bleiben aber von den strengeren (§ 848 BGB) deliktsrechtlichen Maßstäben verschont, § 993 Abs. 1 2. Hs. BGB. Der deliktische Besitzer (§ 992 BGB) unterliegt dagegen der uneingeschränkten deliktsrechtlichen Haftung und kann daher nach § 848 BGB unter Umständen auch für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen haben.

III. Verwendungen

- 209 Der Besitzer kann Ersatz notwendiger Verwendungen verlangen (§§ 994 Abs. 1, 995 BGB), die zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache objektiv erforderlich waren und nicht nur Sonderzwecken des Besitzers dienen (siehe Fall: Das Küstengrundstück). Ist der Besitzer bösgläubig oder rechtshängig auf Herausgabe verklagt, so greift § 994 Abs. 2 BGB (nach h.M. partielle Rechtsgrundverweisung, Fremdgeschäftsführungswille nicht erforderlich, siehe Fall: Der Hund). Danach hängt die Ersatzpflicht des Eigentümers davon ab, ob die Verwendungen dem Interesse und Willen des Eigentümers entsprachen oder von ihm genehmigt wurden (dann §§ 670, 683 Satz 1 BGB) oder ob dies nicht der Fall ist (dann Ersatz lediglich nach §§ 684 Satz 1, 818 BGB). Andere als notwendige Verwendungen können nur ersetzt verlangt werden, wenn sie vor Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit gemacht wurden und sie im Zeitpunkt der Herausgabe noch in werterhöhender Form existent sind, § 996 BGB (siehe Fälle: Der Hund, Das Küstengrundstück). Hinsichtlich des Verwendungsersatzanspruchs sind bestimmte Besonderheiten und Einschränkungen zu beachten, §§ 1001 – 1003 BGB. Der Besitzer kann unter Umständen auch Ersatz von Verwendungen verlangen, die der Vorbesitzer gemacht hat (§ 991 Abs. 1 BGB, siehe Fall: Der Hund) und auch Verwendungen ersetzt verlangen, die gemacht wurden, bevor der Anspruchsgegner das Eigentum an der Sache erworben hat, § 991 Abs. 2 BGB. Der Besitzer kann Wegnahme- und Zurückbehaltungsrechte (§§ 997, 1000 BGB) haben.

L: § 1004 BGB

- 210 § 1004 Abs. 1 BGB regelt die verschuldensunabhängigen Abwehransprüche, nämlich den Beseitigungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Unterlassungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Ansprüche haben unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen und müssen voneinander unterschieden werden.

I. Beeinträchtigung

- 211 § 1004 Abs. 1 BGB spricht von „beeinträchtigt“ und benutzt damit eine andere Formulierung als § 823 Abs. 1 BGB, der den Ausdruck „verletzt“ verwendet. Gleichwohl kann die Prüfung, ob eine Beeinträchtigung vorliegt, vielfach auf die deliktsrechtlichen Maßstäbe über die Verletzung eines Rechtsguts zurückgreifen. Davon gibt es aber Ausnahmen, weil Abwehr- und Schadensersatzansprüche unterschiedlichen Zwecken dienen. So ist es zum Beispiel denkbar, dass Störungen des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe Unterlassungsansprüche auslösen, während deliktische Ansprüche familienrechtliche Wertungen unterlaufen würden und deswegen grundsätzlich nicht in Betracht kommen.
- 212 Anhaltspunkte für die Beeinträchtigung von Eigentum liefert § 903 Satz 1 BGB. Das Grundstückseigentum kann zum Beispiel durch das Zuführen von Gasen, Dämpfen, Gerüchen usw. beeinträchtigt werden (§ 906 Abs. 1 Satz 1 BGB), während bloße ideelle Störungen oder negative Immissionen (Entzug von Licht oder Radiowellen etc.) nach der Rechtsprechung nicht ausreichen. Das Grundstückseigentum erstreckt sich auch auf den Raum über und unter der Oberfläche (§ 905 Satz 1 BGB), so dass eine über- oder unterirdisch verlaufende Rohrleitung das Eigentum beeinträchtigen kann.
- 213 Die Beeinträchtigung des Eigentums muss „in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes“ erfolgen. Soweit sich eine Beeinträchtigung auf das Entziehen oder Vorenthalten des Besitzes beschränkt, ist allein § 985 BGB und nicht § 1004 Abs. 1 BGB anwendbar. Die Vorschriften schließen sich gegenseitig aus.

II. Geschützte Rechte, Aktivlegitimation

- 214 Der Gesetzeswortlaut nennt allein die Beeinträchtigung von „*Eigentum*“. Beseitigung oder Unterlassung können kraft gesetzlicher Regelungen auch verlangt werden, wenn andere Positionen als das Eigentum betroffen sind, nämlich unter anderem bei der Beeinträchtigung von Dienstbarkeiten, § 1027 BGB. Störungen des Besitzes regelt § 862 BGB. Ebenso schützen die § 12 Satz 1 1. Alt., Alt. 2 BGB gegen Namensbestreitung und Namensanmaßung (siehe Fall: Der Schlagersänger).
- 215 Es ist anerkannt, dass § 1004 BGB bei Eingriffen in andere deliktisch geschützte Positionen analog anwendbar ist. Die Vorschrift kann daher auch Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit, der Gesundheit, der Freiheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (siehe Fall: Der Schlagersänger) und des Rechts am Unternehmen erfassen. Ebenso ist sie zum Beispiel gegenüber ehrverletzenden Äußerungen und vorsätzlichen sittenwidrigen Beeinträchtigungen anwendbar. Als Anspruchsgrundlage ist dann jeweils § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog zu nennen.
- 216 Anspruchsberechtigt ist der unmittelbar Beeinträchtigte (= Inhaber des beeinträchtigten Rechts), also im Fall der Beeinträchtigung von Grundstückseigentum der Eigentümer, nicht dagegen der Mieter. Der Mieter hat aber gegen den Vermietereigentümer einen vertraglichen Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache, § 535 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB.

III. Beseitigungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB

- 217 Der Anspruch setzt einen fortdauernden Störungszustand voraus, der beseitigt werden soll. Er richtet sich gegen die Grundlage weiterer Beeinträchtigungen, zum Beispiel gegen das Leck in einer Wasserleitung, aus dem fortwährend Wasser auf das Nachbargrundstück läuft. Der Anspruch entfällt, wenn der Störungszustand entfällt.
- 218 Der Beseitigungsanspruch verlangt vom Anspruchsgegner in der Regel ein aktives Tun. Er verpflichtet den Störer zu Maßnahmen, die geeignet und erforderlich sind, die Störung zu beseitigen oder zu verringern, und die dem Schuldner zumutbar sind, zum Beispiel zum Abdichten eines Lecks in der Wasserleitung. Was zur Beseitigung geeignet und erforderlich ist, hängt von der Art der Störung ab. Die Pflichten des Störers reichen umso weiter, je erheblicher und schwerer die Beeinträchtigung und der sich daraus ergebende fortwirkende Störungszustand sind. Richtet sich ein Anspruch auf die „Beseitigung“ von Äußerungen, so muss er darauf gerichtet sein, die Wirkungen der fraglichen Äußerung aufzuheben. Wer eine unwahre Tatsache behauptet hat, kann im Extremfall zum Widerruf verpflichtet sein. Ansonsten kann gegenüber unzutreffenden oder irgendwie korrekturbedürftigen Tatsachenangaben ein Berichtigungsanspruch gegeben sein. Gegenüber Meinungsäußerungen kann keine Beseitigung, möglicherweise aber Unterlassung verlangt werden.
- 219 Beseitigung ist etwas anderes als Unterlassung, die parallel verlangt werden kann. Sie muss ebenso streng von der Naturalrestitution unterschieden werden, § 249 Abs. 1 BGB). Die Verpflichtung zur Beseitigung bleibt auf der Rechtsfolgenseite hinter dem Schadensersatz zurück, weil sie eben nur auf die Beseitigung der fortwährenden Störungsquelle und nicht darauf gerichtet ist, auch sämtliche sonstigen Verletzungsfolgen auszugleichen. Die komplette Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands wird nur im Rahmen des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs geschuldet.
- 220 Beispiel: A stellt Werbeplakate auf, die das Persönlichkeitsrecht des B verletzen (siehe Fall: Der Schlagersänger). Die Plakate sind eine fortwirkende Störungsquelle, solange sie sichtbar sind. Der Beseitigungsanspruch verpflichtet den A, sie abzunehmen, zu überkleben oder zu schwärzen etc. Er entfällt, wenn der Regen die Farbe verwischt und den Plakatinhalt unkenntlich macht. Der Unterlassungsanspruch verpflichtet den A, solche Werbeplakate zukünftig nicht erneut aufzustellen. Der Schadensersatzanspruch schließlich kann dem B zum Ersatz von Gewinnen verhelfen, die ihm aufgrund der Plakate entgangen sind, § 252 Satz 1 BGB. Ebenso steht dem B möglicherweise ein Entschädigungsanspruch zu.

IV. Unterlassungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB

- 221 Der Unterlassungsanspruch wirkt in die Zukunft. Er setzt voraus, dass „*weitere Beeinträchtigungen zu besorgen*“ sind, verlangt also Wiederholungsgefahr. Man spricht dann von einem Verletzungsunterlassungsanspruch. Ob die Beeinträchtigung wiederholt oder abgestellt wird, hängt maßgeblich vom Willen des Schuldners ab. Da das zukünftige Verhalten von Menschen nur begrenzt vorhersagbar ist, wird die Wiederholungsgefahr von der Rechtsprechung in vielen Fällen vermutet, sofern die Beeinträchtigung ihrem Sinngehalt nach wiederholbar ist (siehe Fall: Der Schlagersänger).
- 222 Der Anspruch sichert – über den unzureichenden Normwortlaut hinaus – auch gegen Beeinträchtigungen, die noch nicht begangen wurden, aber drohend bevorstehen. Der Rechtsgüterschutz wäre unzureichend, wenn der Betroffene nicht bereits die erstmalige Beeinträchtigung abwehren könnte. Man spricht dann von einem vorbeugenden Unterlassungsanspruch. Er setzt eine Erstbegehungsgefahr voraus. Sie ist strenger zu beurteilen als die Wiederholungsgefahr, weil der Anspruchsgegner bislang noch nicht gegen das Recht verstoßen hat und daher eine Vermutung, der Anspruchsgegner werde sich rechtsunten verhalten, nicht angemessen wäre. Die Erstbegehungsgefahr verlangt ernsthafte und greifbare Anhaltspunkte für die Annahme, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft einer näher bezeichneten rechtswidrigen Maßnahme bedienen.
- 223 Der Unterlassungsanspruch kann in der Regel bereits durch ein bloßes Nichtstun erfüllt werden. Er sichert gegen identische und solche Beeinträchtigungen, die jedenfalls im „Kern“ auf eine Wiederholung der ersten Verletzung hinauslaufen. Es darf dem Verletzer nicht möglich sein, sich der Unterlassungsverpflichtung einfach durch das Ändern der Verletzungsform zu entziehen. Gegenüber ehrverletzenden Meinungsäußerungen ist die Unterlassungspflicht im Interesse der Meinungsfreiheit aber auf das zum Rechtsgüterschutz unbedingt Erforderliche zu beschränken. Es kann daher im Einzelfall sogar sein, dass nur eine wörtliche Wiederholung untersagt werden darf.

V. Duldungspflicht, § 1004 Abs. 2 BGB

- 224 Eine Duldungspflicht schließt die Ansprüche aus, **§ 1004 Abs. 2 BGB**. Sie kann sich aus Gesetz ergeben (§§ 227 – 229, 904 Satz 1, 905 Satz 2 BGB), aus dinglichen Rechten, wie zum Beispiel einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB), aus schuldrechtlichem Vertrag, wie zum Beispiel Miete und Pacht, und insbesondere zum Presserecht auch aus Grundrechten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG, siehe Fall: Der Bankenrun, denkbar auch Art. 5 Abs. 3 GG). Vielfältige Duldungspflichten ergeben sich aufgrund des zivilrechtlichen Nachbarschaftsrechts, §§ 906 ff. BGB. So sieht das Gesetz etwa im Fall des Überbaus weitgehende Duldungspflichten vor, für die der Eigentümer zum Ausgleich aber auch Entschädigungen erhalten kann, §§ 912 ff. BGB.

VI. Störer

- 225 Anspruchsgegner ist der „*Störer*“. Der Begriff geht über die deliktischen Kategorien (Täter, Mittäter, Anstifter etc.) hinaus. Insbesondere kann zur Unterlassung auch jemand verpflichtet sein, der die Beeinträchtigung selbst nicht tatbestandlich begangen hat. Ein Beispiel ist der Spediteur, der im Begriff ist, Zeitschriften auszuliefern, die persönlichkeitsverletzende Inhalte haben. Er hat die rechtswidrigen Beiträge nicht gemacht, haftet also nicht nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Es muss aber im Interesse des Rechtsgüterschutzes möglich sein, dass der von den Beiträgen Betroffene die Auslieferung der Zeitschriften verhindern und dazu den Spediteur auf Unterlassung in Anspruch nehmen kann.
- 226 Die Störereigenschaft ist grundsätzlich für jeden zu bejahen, der einen adäquat kausalen Beitrag für die Beeinträchtigung geleistet hat oder leistet. Handlungsstörer ist, wer durch seine Handlung die Beeinträchtigung unmittelbar verursacht hat, zum Beispiel im Fall von Emissionen durch gewerbliche Anlagen derjenige, in dessen Interesse und mit dessen Mitteln die Anlage errichtet ist und aufrechterhalten wird. Zustandsstörer ist, wer mittelbar durch seine Willensbetätigung einen beeinträchtigenden Zustand herbeigeführt hat, zum Beispiel kann der Verpächter eines Tanzcafes auf Unterlassung des Lärms haften, den die Gäste des Cafes verursachen. Hat der Betreffende die Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen, so setzt seine Haftung die Verletzung von Prüfungspflichten voraus.

227 Wer die Beseitigung nicht leisten kann oder keinen Einfluss darauf hat, ob die Beeinträchtigungsquelle beseitigt oder die Beeinträchtigung zukünftig unterlassen wird, ist kein Störer. Es macht keinen Sinn (vgl. § 275 Abs. 1 BGB), jemanden auf Beseitigung oder Unterlassung zu verpflichten, der dazu gar nicht in der Lage ist. Gegen mehrere Störer ist je ein selbständiger Abwehranspruch gegeben, ohne dass es auf die einzelnen Tatbeiträge ankommt.

M: Bereicherungsrecht, Eingriffskondiktion

228 § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist eine Generalklausel für alle Nichtleistungskonditionen. Es gibt keinen abschließenden Katalog von Nichtleistungskonditionen. Bislang werden vor allem drei Formen unterschieden, nämlich die Eingriffskondiktion, die Verwendungskondiktion und die Rückgriffskondiktion. Sie sind an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft, so dass bereits in der Anspruchsgrundlage deutlich gemacht werden muss, welche Nichtleistungskondiktion geprüft wird. Die mit Abstand praktisch bedeutsamste ist die Eingriffskondiktion. Als Anspruchsgrundlage ist dann zu nennen: **§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion)**.

I. Erlangen in sonstiger Weise

229 Das Etwas muss zunächst in anderer Weise als durch Leistung erlangt worden sein, also zum Beispiel nicht durch willentliche Übereignung, sondern kraft Gesetzes, §§ 947 Abs. 2, 948 BGB (siehe oben). Die Nichtleistungskonditionen werden durch den bereichernden Vorgang voneinander abgegrenzt. Bei der Eingriffskondiktion muss das Etwas durch eine Eingriffshandlung erlangt, also sozusagen vom Bereicherungsschuldner „gestohlen“ worden sein. Beispiel: A nimmt sich ohne Erlaubnis des B dessen Sportcabrio und nutzt es zu einer Spritztour. Wenn dagegen das Etwas nicht durch Leistung, aber durch eine sonstige Handlung des Bereicherungsgläubigers erlangt ist, wird keine Eingriffs-, sondern nur eine Verwendungskondiktion gegeben sein. Beispiel: A düngt die Felder des B mit dem Flugzeug und denkt, er würde seine eigenen Felder düngen. Keine Leistung des A an B mangels bewusster Mehrung fremden Vermögens und keine Eingriffshandlung des B.

II. Auf Kosten des Bereicherungsgläubigers

230 Die Voraussetzung hat zwei dogmatische Funktionen. Sie legt zum einen fest, wer Bereicherungsgläubiger ist. Schuldner und Gläubiger werden anders als bei der Leistungskondiktion bestimmt. Bereicherungsgläubiger ist derjenige, auf dessen Kosten das Etwas erlangt ist, also im obigen Beispiel der Eigentümer des Sportcabrios. Bereicherungsschuldner ist, wer das Etwas erlangt hat, also im Beispielsfall der A. Vor allem legt die Voraussetzung jedoch fest, welche Eingriffe in fremde Belange überhaupt Bereicherungsansprüche auslösen können. Die Eingriffskondiktion setzt keinen Schaden des Bereicherungsgläubigers voraus (allg. Meinung) und ist im Übrigen nicht durch die Rechtswidrigkeit des bereichernden Handelns, sondern durch die Rechtswidrigkeit des bestehenden Bereicherungszustands geprägt (h.M.). Nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt ist entscheidend, ob *in einen Bereich eingegriffen wurde, der dem Berechtigten durch das Recht zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen war*. Eine solche Zuweisung können nur absolute, nicht aber relative Rechte (h.M., siehe Fall: Die Untervermietung) enthalten. Ob das tangierte Recht das erlangte Etwas ausschließlich dem Bereicherungsgläubiger zuweist, ist jeweils zu untersuchen. Paradebeispiel ist das Eigentum (§ 903 Satz 1 BGB), das eine Ausschlussfunktion („andere von jeder Einwirkung ausschließen“) und eine Zuweisungsfunktion („mit der Sache nach Belieben verfahren“) besitzt. Wenn A sich den Wagen des B ohne dessen Einverständnis „ausleiht“ und eine Spritztour macht, dann greift er in etwas ein (erlangtes Etwas: Besitz und Gebrauchsvorteile, § 100 BGB), das allein dem B zusteht. B hat als Eigentümer das ausschließliche Recht, den Wagen als einziger zu gebrauchen. Der Zuweisungsgehalt ist in anderen Fällen häufig sehr schwer zu ermitteln und vielfach umstritten. Zu Ansprüchen aus Eingriffskondiktion wegen Eingriffs in ein mögliches

Anwartschaftsrecht des Grundschuldgläubigers siehe Fall: Das vorschnelle Darlehen und wegen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht siehe Fall: Der Schlagersänger.

III. Ohne Rechtsgrund

- 231 Die Voraussetzung „*ohne rechtlichen Grund*“ ist nach dem Verständnis der h.M. bei der Eingriffskondition in der Regel nicht mehr zu prüfen, da ein dem Recht widersprechender Bereicherungszustand typischerweise ohne Rechtsgrund eingetreten ist. Es gibt seltene Ausnahmen (siehe Fall: Der Kunstsammler).

IV. Inhalt des Bereicherungsanspruchs

- 232 Das Bereicherungsrecht ist für den Schuldner ein sehr mildes Recht und möchte grundsätzlich allein die ungerechtfertigte Bereicherung abschöpfen. Der Bereicherungsschuldner soll durch die Herausgabe des Erlangten weder besser noch schlechter stehen als er stünde, wenn er das Etwas niemals erlangt hätte. Dem Bereicherungsrecht zum Teil verwandte Institute werden anders. Namentlich Ansprüche aus berechtigter GoA unterliegen einem anderen, in der Regel (§§ 670, 683 Satz 1 BGB) gläubigerfreundlichen Maßstab, der dem Schuldner gegenüber strenger als das Bereicherungsrecht ist.
- 233 Der Schuldner ist zur Herausgabe des erlangten Etwas verpflichtet, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Pflicht zur „Herausgabe“ beschränkt sich nicht auf körperliche Gegenstände, sondern kann zum Beispiel das Rückübertragen von Forderungen (§ 398 Satz 1 BGB) und das Abgeben von Willenserklärungen umfassen. Im Einzelnen bestimmt sich der Anspruchsinhalt weiterhin nach § 818 BGB (wichtig: zuerst § 818 Abs. 1 BGB, dann § 818 Abs. 2 BGB, dann § 818 Abs. 3 BGB und schließlich § 818 Abs. 4 BGB prüfen). Die Pflicht zur Herausgabe umfasst danach auch die gezogenen Nutzungen (§ **818 Abs. 1 Alt. 1 BGB**), also zum Beispiel das Kalb der rechtsgrundlos erlangten Kuh, §§ 100, 99 Abs. 1 BGB. Herauszugeben sind außerdem bestimmte Surrogate des Erlangten (§ 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB), sofern diese nicht rechtsgeschäftlich erlangt sind (zur analogen Anwendung der Vorschrift siehe Fall: Das Geheimfach). Der Bereicherungsanspruch beläuft sich unter den Voraussetzungen des § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz und entfällt bei Wegfall der Bereicherung, § 818 Abs. 3, Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB (siehe Fall: Die Geburtstagstorte. Ein Wegfall der Bereicherung liegt insbesondere bei einem Ersparen von Aufwendungen nicht vor. Nach der Rechtsprechung sind sogenannte Luxusaufwendungen nicht erspart, so dass sich die Bereicherungshaftung zum Teil am individuellen Lebensstandard des Bereicherungsschuldners orientiert).
- 234 Der Wegfall der Bereicherung ist jedoch unbeachtlich (verschärfte Haftung), sobald Rechtshängigkeit eingetreten ist (§§ 818 Abs. 4 BGB, 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO) oder bei Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners, § **819 Abs. 1 BGB** sowie §§ 819 Abs. 2, 817 Satz 1, 820 Abs. 1, 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alt., Alt. 2 BGB. Für die Bereicherungshaftung des Minderjährigen ist umstritten, ob es für die Bösgläubigkeit nach den vertragsrechtlichen Maßstäben (§ 108 Abs. 1 BGB) auf die Kenntnis der Eltern oder nach deliktsrechtlichen Maßstäben (§ 828 Abs. 2 BGB) auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen ankommt (siehe Fall: Der blinde Passagier). Im Fall der Haftung „nach den allgemeinen Vorschriften“ (§ 818 Abs. 4 BGB) kann sich der Schuldner nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen und muss eine Wertersatzschuld verzinsen, §§ 291, 246 BGB. Außerdem gilt § **292 BGB**. Danach bestimmt sich die Haftung des herausgabepflichtigen Schuldners nach den §§ 987 ff. BGB, so dass der Schuldner grundsätzlich nur bei Verschulden auf Ersatz für nicht gezogene Nutzungen (§ 987 Abs. 2 BGB) und gegebenenfalls auf Schadensersatz wegen Zerstörung, Beschädigung oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe haftet (§ 989 BGB), nicht aber für Zufall einzustehen hat (anders für deliktischen Besitzer, §§ 992, 848 BGB).

N: Deliktsrecht

- 235 Das BGB-Deliktsrecht schützt vor rechtswidrigen und schuldhaften Verletzungen von absoluten Rechten und Lebensgütern (§ **823 Abs. 1 BGB**), Schutzgesetzen (§ **823 Abs. 2 BGB**) und mit Schädigungsvorsatz begangenen Sittenverstößen, § **826 BGB**. Die drei

zentralen Anspruchsnormen werden ergänzt durch Spezialtatbestände unter anderem zum Schutz vor unzutreffenden und kreditgefährdenden Tatsachenäußerungen (§ 824 BGB, siehe Fall: Der Bankenrun) und im Zusammenhang mit Gebäuden, §§ 836 – 838 BGB. Die Haftung setzt grundsätzlich Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Verschulden voraus. Einwilligungen des Verletzten können tatbestandsausschließende Wirkung haben, die Rechtswidrigkeit ausschließen oder den Verschuldensmaßstab beeinflussen.

I. Anspruchsberechtigter

- 236 Das Deliktsrecht zielt als Teil des Zivilrechts allein auf den Schutz von Rechtsgütern des Einzelnen. Ein deliktischer Anspruch steht daher nur dem unmittelbar Verletzten zu, kann aber abgetreten und grundsätzlich auch vererbt werden. Bei einer Eigentumsverletzung ist der Eigentümer der unmittelbar Verletzte. In anderen Fällen kann es schwierig sein, den unmittelbar Verletzten zu bestimmen. Gegen beleidigende Äußerungen kann nur der direkt Beleidigte vorgehen, während lediglich mittelbar Betroffene, zum Beispiel der Ehepartner oder Verwandte des Beleidigten, keinen Schutz genießen (siehe Fall: Der Bankenrun). Nach §§ 844, 845 BGB kann die Verletzung des Lebens zu Ersatzansprüchen allein der Angehörigen führen, obwohl deren Leben gar nicht verletzt wurde. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen sogar Tote, weil auch Tote nach der Verfassung und den „Anschauungen unseres Kulturkreises“ ein Recht auf Wahrung ihrer Würde haben (BGH, Einzelheiten str.). Es kann auch zugunsten von Ungeborenen eingreifen.

II. § 823 Abs. 1 BGB: klassische Rechtsgüter

- 237 Für § 823 Abs. 1 BGB ist zu unterscheiden, welches Recht oder Rechtsgut verletzt wurde. Als Anspruchsgrundlage sollte daher zum Beispiel „§ 823 Abs. 1 BGB (Eigentum)“ oder „§ 823 Abs. 1 BGB (Persönlichkeitsrecht)“ genannt werden. Die Unterscheidung hat vor allem Bedeutung, weil Verletzungen der „klassischen“ Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) anderen dogmatischen Maßstäben unterliegen als Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am Unternehmen. Die Unterscheidung kann ebenso für die Rechtsfolgenebene wichtig sein, §§ 842 ff., 249 Abs. 2, 253 Abs. 2 BGB. „*Gegen die Person gerichtet*“ im Sinne von § 842 BGB sind Verletzungen von Körper, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Persönlichkeit.

1. Rechtsgüter, Verletzung

- 238 Verletzungen des Eigentums sind einmal das Beeinträchtigen der Sachsubstanz (siehe Fall: Die Bronzeskulptur), zum Beispiel durch das Abtöten von Keimanlagen befruchteter Eier, während bloßer Produktionsausfall durch das Vorenthalten von Strom lediglich das Vermögen, nicht aber Eigentum verletzt (unter Umständen Differenzierungen erforderlich, siehe Fall: Der Stromausfall). Deliktische Ansprüche können auch durch das völlige Aufheben der Gebrauchsmöglichkeit entstehen, für die das Abschneiden einzelner Gebrauchsmöglichkeiten jedoch nicht ausreicht (siehe Fall: Der Stromausfall). Weitere mögliche Verletzungen sind die sogenannten Weiterfresserfälle (siehe Fall: Das Oldtimer-Cabrio), die Eigentumsentziehung durch Einbau (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin) und die Belastung von Eigentum durch gutgläubigen Erwerb einer Hypothek. Gleiches gilt für die wirksame Übereignung an gutgläubige Dritte (siehe Fall: Das Gestüt). In Betracht kommt dann eine Haftung des nichtberechtigten Veräußerers, während eine Haftung des leicht fahrlässigen neuen Eigentümers wegen der von § 932 BGB bezweckten Schutzrichtung ausscheidet. Im Fotografieren als solchem liegt keine Eigentumsverletzung, wohl aber im Fotografieren unter Verstoß gegen eigentumsrechtliche Abwehrbefugnisse (so zum Teil BGH, sehr str.).
- 239 Das Leben ist im Fall der Tötung eines Menschen verletzt (Anspruchsgrundlage ist dann zum Beispiel § 844 Abs. 1 BGB, nicht § 823 Abs. 1 BGB). Freiheit im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB meint körperliche Bewegungsfreiheit und ist zum Beispiel durch Einsperren verletzt, während Verletzungen der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht erfasst werden. Die Körperverletzung ist nach h.M. ein Stören der äußerlichen Integrität (zum Beispiel durch eine kräftige Ohrfeige, die zugleich unter §§ 823 Abs. 2 BGB, 185 StGB fallen kann, siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin), während die Gesundheit bei Störung der

inneren Funktionen verletzt ist. Das Zufügen bloßer seelischer Schmerzen verletzt Körper oder Gesundheit nicht, möglicherweise aber die Persönlichkeit. Die Abgrenzung gegenüber dem Persönlichkeitsrecht ist zum Teil problematisch. Die Rechtsprechung nimmt zum Beispiel eine Körperverletzung der Ehefrau an, wenn diese schwanger wird, weil die Sterilisation ihres Mannes fehlgeschlagen ist und der Mann über mögliche Risiken der Operation nicht ausreichend aufgeklärt wurde.

- 240 Ein sonstiges Recht sind Rechte, die dem Eigentum oder den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Lebensgütern vergleichbar sind. Es muss sich daher um absolute Rechtspositionen mit Zuweisungs- und Ausschlussgehalt (Arg. § 903 Satz 1 BGB) handeln. Gesetzlich normierte Anwendungsfälle sind dingliche Rechte, zum Beispiel Grunddienstbarkeiten. Daneben hat die Rechtsprechung weitere sonstige Rechte anerkannt. Der unmittelbare berechnigte Besitz ist ein sonstiges Recht, wenn er wie das Eigentum einen Ausschluss- (§§ 858 – 861 BGB) und einen Zuweisungsgehalt (§ 535 Satz 1 BGB) hat. § 823 Abs. 1 BGB daher kann zum Beispiel im Zusammenhang mit der Verletzung geleaster Gegenstände eingreifen (BGH).
- 241 Kein sonstiges Recht ist das Vermögen (siehe Fall: Der Stromausfall). Das Deliktsrecht erfasst bloße Vermögensbeeinträchtigungen aufgrund der bewussten Wertung des Gesetzgebers nur, wenn der Anspruchsgegner entweder gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) oder mit Schädigungsvorsatz gegen die guten Sitten (§ 826 BGB) verstoßen hat. Diese Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht durch eine weite Auslegung des Begriffs des „sonstigen Rechts“ beiseite geschoben werden. Wenn aber zum Beispiel das Eigentum verletzt wurde, dann umfasst die Verpflichtung zum Schadensersatz auch den Ersatz daraus entstehender Vermögensschäden. Ebenfalls kein sonstiges Recht ist der räumlich gegenständliche Bereich der Ehe, der wegen des Vorrangs der familienrechtlichen Wertungen nicht über das Deliktsrecht geschützt wird (h.M.). Im Einzelfall kann aber ein Schutz über das Persönlichkeitsrecht in Betracht kommen.

2. Haftungsrelevantes Verhalten

- 242 Haftungsrelevant ist jedes Tun, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist. Maßgebend ist ein normativer Handlungsbegriff. Es kommt darauf an, ob das Verhalten, „als vom Willen beherrschbar gedacht und in diesem Sinn einem Menschen zugerechnet werden kann“. Eine Handlung liegt zum Beispiel auch vor, wenn jemand durch eine unwillkürliche, ihm gar nicht bewusste Bewegung während einer Unterhaltung gegen eine Vase stößt (siehe Fall: Der Treibstoff). Ob das Handeln schuldhaft erfolgt, spielt auf dieser Stufe keine Rolle, so dass selbst minimales Versehen den Tatbestand erfüllen kann (siehe Fall: Der Treibstoff). Keine Handlungen im Sinne von § 823 BGB sind Bewegungen, die unter körperlichem Zwang (*vis absoluta*) ausgeführt oder als unwillkürlicher Reflex auf fremde Einwirkung ausgelöst werden (siehe Fall: Das Ausweichmanöver).
- 243 Da ein menschliches Tun erforderlich ist, können juristische Personen nicht im deliktsrechtlichen Sinne handeln. Ihnen sind aber unter den Voraussetzungen von § 31 BGB die unerlaubten Handlungen ihrer Organe zuzurechnen.

3. Haftungsbegründende Kausalität

- 244 Der Schädiger haftet grundsätzlich nur für die von ihm konkret verursachte Verletzung. Seine Handlung muss conditio sine qua non für die Verletzung des deliktisch geschützten Rechtsguts sein. Steht eine Unterlassung infrage, so muss gefragt werden, ob der Erfolg entfielen, wenn die erwartete Handlung hinzugedacht wird.
- 245 Wenn mehrere Personen kausal geworden sind (kumulative Kausalität), so kann es sich um Mittäter (§§ 830 Abs. 1 Satz 1 BGB, 25 Abs. 2 StGB), Anstifter und Gehilfen (§§ 830 Abs. 2 BGB, 26 f. StGB) oder Nebentäter (selten) handeln (siehe Fall: Die Fußballfans). Konkurrierende Kausalität reicht aus und liegt vor, wenn zwei Handelnde jeweils bereits für sich Bedingungen gesetzt haben, die unabhängig voneinander die Verletzung verursacht haben. Bei alternativer Kausalität kann **§ 830 Abs. 1 Satz 2 BGB** (eigenständige Anspruchsgrundlage) eingreifen. Wenn zwar jeder von zwei Tatbeiträgen, nicht aber beide gemeinsam hinweggedacht werden könnten, ohne dass die Schädigung entfielen, so haften beide Beteiligten. Die Vorschrift hilft sowohl bei Urheber- als auch bei

Anteilszweifeln. Eine „Beteiligung“ im Sinne der Vorschrift verlangt eine Gleichartigkeit der Gefährdung (str., siehe Fall: Die Fußballfans).

- 246 Darüber hinaus muss der Verletzungserfolg dem Anspruchsgegner zuzurechnen sein. Die bloße Ursächlichkeit im Sinne der *conditio sine qua non* reicht für sich allein nicht aus, weil sie zu einer überweiten Haftung führen würde. Die Handlung muss für die Verletzung adäquat kausal sein. Es liegt zum Beispiel angesichts der Abhängigkeit der heutigen Lebens- und Produktionsverhältnisse von der Elektrizität nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass es bei einer unterbrochenen Stromleitung zu Eigentumsverletzungen an Sachen kommen kann, deren Existenz und Unterhaltung von ständiger Stromzufuhr abhängen (z. B. Tiefkühlkost, Gewächshauspflanzen im Winter, siehe Fall: Der Stromausfall). Die Adäquanzformel reicht nicht immer aus und zieht den Kreis haftungsrelevanter Tatbestände nach allgemeiner Ansicht manchmal zu weit. Ist die Gastgeberin für den Schaden des Gastes kausal, wenn sie so ausgezeichnet kocht, dass sich der Gast „überfrisst“ und anschließend stärkste Bauchschmerzen hat? „Psychische Kausalität“ kann ausreichen, wird aber nur unter einengenden Voraussetzungen bejaht. Die Rechtsprechung stellt häufig auch auf den Schutzzweck der verletzten Norm ab. Es sei wertend festzustellen, ob der Verletzungserfolg im Bereich der Gefahren liegt, um deren willen die verletzte Rechtsnorm erlassen wurde. Wenn ein Dritter dazwischengetreten ist und in den Lauf der Dinge eingegriffen hat, dann ist dies zuzurechnen, wenn sich der Dritte dazu „herausgefordert“ fühlen durfte. Die Zurechnung ist dagegen abzulehnen, wenn der Dritte, obwohl veranlasst, noch „Herr“ des Geschehens geblieben ist und aus freier Entscheidung heraus gehandelt hat.
- 247 Steht eine längere Kausalkette in Frage oder liegt das haftungsrelevante Verhalten in einem Unterlassen, so verlangt die Rechtsprechung einen Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht. Ein spezieller Unter- und Anwendungsfall ist die deliktrechtliche Unternehmensorganisationspflicht. Sie rechtfertigt sich daraus, dass der Unternehmer mit seinem Unternehmen eine komplexe Organisation geschaffen hat, die wegen ihrer eigenen Dynamik gefahrenträchtig ist und deshalb eine besondere Organisationsverantwortung nach sich zieht. Der Unternehmer ist als Betreiber dieser Gefahrenquelle verpflichtet, die betrieblichen Abläufe so einzurichten, dass Rechtsgutverletzungen Dritter möglichst vermieden werden. Verstößt er gegen diese Pflicht, so sind ihm Verletzungen, die auf sein Unternehmen oder seine Produkte zurückgehen, zuzurechnen (siehe Fall: Die Fußballfans). Der Geschäftsführer eines Bauunternehmens kann beispielsweise Geschäftspartnern gegenüber verpflichtet sein, den Geschäftsbetrieb so zu organisieren, dass unter Eigentumsvorbehalt stehende Baumaterialien erst nach Bezahlung verbaut werden (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin).

4. Rechtswidrigkeit

- 248 Die deliktische Haftung setzt stets Rechtswidrigkeit voraus (anders die im Sachenrecht normierte zivilrechtliche Aufopferung, siehe Fall: Das Ausweichmanöver). Die dem Schädiger zurechenbare Verletzung eines der traditionellen Rechtsgüter indiziert die Rechtswidrigkeit (anders bei Rahmenrechten, siehe unten). Es besteht kein abgeschlossener gesetzlicher Katalog von Rechtfertigungsgründen im Sinne eines *numerus clausus*, der der Rechtsentwicklung von vornherein hinzunehmende Grenzen setzen würde.
- 249 Die echte berechnigte GoA (§ 683 Satz 1 BGB) schließt die Rechtswidrigkeit und damit die deliktische Haftung aus. Ansonsten erlaubt das Zivilrecht die Notwehr als diejenige Verteidigung, die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs erforderlich ist, § 227 Abs. 2 BGB. Eingriffe in die Güter unbeteiligter Dritter sind dadurch nicht gedeckt. Das Zerstören einer Sache, von der Gefahr droht, kann wegen defensiven Notstands (§ 228 BGB) und das Zerstören von Sachen zur Abwehr anderweitig drohender Gefahren durch Notstand (§ 904 Satz 1 BGB) gerechtfertigt sein (siehe Fall: Das Ausweichmanöver). Daneben kommen Vorschriften über die Selbsthilfe (§§ 229 f., 859 BGB), Verfolgungs- (§ 867 BGB) und Wegnahmerechte (§ 997 BGB) als Rechtfertigungsnormen in Betracht, ferner ein strafrechtlicher Notstand (§ 34 StGB) und möglicherweise Sozialadäquanz (sehr selten und sehr str.) sowie verkehrsrichtiges Verhalten (str., siehe Fall: Das Ausweichmanöver).

III. § 823 Abs. 1 BGB: Rahmenrechte, Äußerungstatbestände

250 Die Rechtsprechung hat das Recht am Unternehmen (auch: Recht am Gewerbebetrieb) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „*sonstige Rechte*“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Diese Rechte normieren keinen klaren Tatbestand, dessen Verletzung die Rechtswidrigkeit indiziert. Die rechtswidrige Verletzung ist vielmehr im Rahmen einer Gesamtabwägung der beteiligten Interessen positiv zu begründen.

1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

251 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (siehe Fälle: Der Schlagersänger, Der Bankenrun) schützt das Recht auf personale Identität (insbesondere Kenntnis der eigenen Abstammung), das Selbstbestimmungsrecht (Schutz vor ungewollter Öffentlichkeit, Schutz von Vertraulichkeit, Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild) und das Recht auf Achtung des sozialen Geltungsanspruchs (unzutreffende, herabsetzende, diffamierende Äußerungen, Lächerlichmachen gegenüber anderen, öffentliches Anprangern). Die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung ist im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen den widerstreitenden Belangen zu beurteilen. Dabei muss die soziale oder persönliche Nützlichkeit der gefährdenden Handlung zur Wahrscheinlichkeit und Größe der Nachteile für den Verletzten in Beziehung gesetzt werden.

252 Die Prüfung muss zunächst herausarbeiten, in welchen Interessen der Anspruchsteller betroffen ist und wie stark die Beeinträchtigung ist. Je stärker die Beeinträchtigung ist, umso eher verdient der Betroffene Schutz und umso stärkere Anforderungen bestehen für eine Berechtigung des beeinträchtigenden Handelns aufseiten des Verletzers. Die Schwere der Beeinträchtigung hängt unter anderem vom beeinträchtigten Persönlichkeitsgut ab. Der Betroffene ist typischerweise umso schutzwürdiger, je stärker sein „innerster Bereich“ (Intim-, Privat-, Individualsphäre) betroffen wird. Äußerungen in den Medien sind aufgrund ihrer Reichweite und der besonderen Autorität, die ihnen in der Regel beigemessen wird, für den Betroffenen typischerweise besonders schwerwiegend.

253 Die wichtigsten legitimierenden Interessen aufseiten des Anspruchsgegners sind die Meinungsfreiheit und gegebenenfalls die Pressefreiheit. Das Interesse des Äußernden an der Zulässigkeit seiner Äußerung ist besonders groß, wenn von ihm geäußerte Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Das Persönlichkeitsrecht kann aber als einziger Äußerungstatbestand im Extremfall auch vor zutreffenden Tatsachenangaben schützen (zum Beispiel beim unerlaubten Veröffentlichung privater Geheimnisse). Das Interesse des Äußernden ist ferner als besonders hoch anzusehen, wenn er sich auf das Äußern einer Meinung beschränkt (Grenze: Schmähkritik). Dagegen können bewusst unwahre Tatsachenangaben eine Beeinträchtigung nicht rechtfertigen. Darüber hinaus können Informationsinteressen der Öffentlichkeit persönlichkeitsbeeinträchtigende Äußerungen von Medien rechtfertigen. Ein Interesse der Allgemeinheit an der Zulässigkeit der Äußerung besteht, wenn die Äußerung ein öffentliches Informationsinteresse bedient, zum Beispiel wichtige Missstände aufdeckt, und – zugleich – das Verhalten staatlicher Stellen betrifft („Machtkritik“). Die bloße Neugier und Sensationslust reichen dagegen für eine Rechtfertigung nicht aus, weil das Persönlichkeitsrecht vor solchermaßen motivierten Handlungen gerade schützen soll.

2. Recht am Unternehmen

254 Das Recht am Unternehmen (siehe Fälle: Der Stromausfall, Der Bankenrun) kann auf den vom Gesetzgeber gerade abgelehnten bloßen Vermögensschutz und eine Missachtung insbesondere der §§ 826 BGB, 1 ff. UWG hinauslaufen. Es ist deshalb subsidiär, kommt als Haftungsgrundlage also nur in Betracht, wenn kein anderer Anspruchsgrund gegeben ist. Es muss daher in der Klausur stets als letztes geprüft werden (Ausnahme: § 826 BGB).

255 Das Recht schützt allein Unternehmen und deren unternehmerische Interessen, nicht dagegen Private, Verbraucher oder Arbeitnehmer. Soweit Institutionen sowohl unternehmerisch als auch nichtunternehmerisch tätig sein können (zum Beispiel Behörden), kommt es auf den konkreten Bezug an. Der Kreis der schutzwürdigen unternehmerischen Interessen kann weder exakt noch abschließend definiert werden. Es

liegt im Wesen des Rechts am Unternehmen als Auffangtatbestand, dass ihm jederzeit neue Anwendungsfälle zuwachsen oder bisherige Anwendungsfälle verloren gehen können. Der BGH hat den Anwendungsbereich einmal mit dem Schutz gegen solche Störungen umschrieben, die *verhindern, dass ein Unternehmen zur vollen, in der Gesamtheit seiner Bestandteile und Betriebsmittel begründeten Entfaltung kommt*. Öffentliche Äußerungen berühren die betriebliche Außendarstellung und damit ein essenzielles unternehmerisches Interesse. Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens hängt ganz zentral davon ab, welches Ansehen und welche Wertschätzung das Unternehmen sowie seine Produkte und Leistungen allgemein und bei potenziellen Kunden genießen.

- 256 Es ist ein betriebsbezogener Eingriff in den unternehmerischen Tätigkeitskreis erforderlich. Betriebsbezogenheit setzt voraus, dass die Handlung zweckbezogen auf die Einschränkung einer unternehmerischen Tätigkeit zielt und sich irgendwie gegen einen Betrieb als solchen richtet. Es darf gerade kein Zufall sein, dass die Handlung ein Unternehmen und keinen Privaten trifft, sondern die Beeinträchtigung muss auf der „Wesenseigentümlichkeit“ und Anfälligkeit speziell von Unternehmen beruhen. Unternehmensschädigende Äußerungen sind betriebsbezogen, sofern sie sich auf ein bestimmtes Unternehmen beziehen.
- 257 Im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen den betroffenen Gütern und den Interessen des Betroffenen, des Verletzers und der Allgemeinheit ist über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Handlung zu entscheiden. Wie beim Persönlichkeitsrecht sind das Gewicht der beiderseitigen Interessen und das Ausmaß der Beeinträchtigung einander gegenüberzustellen und zu bewerten. Je bedrohlicher eine Handlung für das betroffene Unternehmen konkret ist, umso bedeutender müssen im Einzelfall auch die Gründe sein, die der Handelnde für sich in Anspruch nimmt. In Äußerungsfällen sieht die Rechtsprechung geschäftsschädigende Werturteile grundsätzlich erst dann als rechtswidrig an, wenn sie „böswillige oder gehässige Schmähkritik“ sind. Beeinträchtigungen durch zutreffende Tatsachenäußerungen hat ein Unternehmen grundsätzlich hinzunehmen (Abweichung gegenüber dem Persönlichkeitsrecht, wichtig!), weil die Öffentlichkeit aus vielen Gründen an Informationen über unternehmerische Tätigkeiten interessiert sein kann. Dagegen sind Schädigungen durch bewusst unwahre Tatsachenangaben dem Unternehmen nicht zuzumuten.

3. Äußerungstatbestände

- 258 Die beiden Rahmenrechte sind häufig im Zusammenhang mit Äußerungen relevant. Die speziellen Äußerungstatbestände (§ 824 BGB, §§ 823 Abs. 2 Satz 1 BGB, 186 f. StGB, siehe Fall: Der Bankenrun) müssen vor dem Recht am Unternehmen (Subsidiaritätserfordernis) und sollten vor dem Persönlichkeitsrecht geprüft werden. Sie sind spezieller. Es ist darüber hinaus aufbau- und klausurtechnisch sehr vorteilhaft, sie als erstes zu untersuchen, weil dann unter gesetzliche Tatbestandsmerkmale subsumiert werden kann. Zugleich kann dann zwanglos geklärt werden, ob das Äußern von Tatsachen oder von Meinungen infrage steht.
- 259 **§ 824 Abs. 1 BGB** setzt eine Äußerung voraus, die dem Anspruchsgegner zuzurechnen ist. Die Vorschrift verlangt neben anderen Voraussetzungen insbesondere, dass die Äußerung eine „Tatsache“ zum Gegenstand hat, also *etwas Geschehenes oder Bestehendes, das in die Wirklichkeit getreten und einer objektiven Klärung und dem Beweis zugänglich ist*. Die Angabe muss außerdem eine bestimmte Schädigungseignung haben und der Wahrheit zuwider geäußert werden. Die Vorschrift schützt allein vor Falschäußerungen. Der Anspruch entfällt, wenn der Äußernde in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, **§ 824 Abs. 2 BGB**.
- 260 Die Tatsache ist von der Meinung abzugrenzen. „Meinung“ ist im Grundsatz alles, was keine Tatsache ist. Meinungen sind durch *Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet und deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisbar*. Wie die betreffende Äußerung einzuordnen ist, hängt von ihrem Inhalt ab. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln. Für die Auslegung ist das Verständnis maßgeblich, das die Äußerung bei den Adressaten auslöst, sowie der Wortlaut und die äußere Form. Wendet sich die Äußerung an eine Vielzahl von Personen, dann ist das durchschnittliche

Verständnis der Adressaten maßgebend. Es kommt dagegen grundsätzlich nicht darauf an, welchen Inhalt der Äußernde mitteilen wollte. Ein vom Äußernden gemeinter, dem maßgeblichen Adressaten aber weder direkt noch aufgrund der Umstände erkennbarer Inhalt ist nicht maßgeblich.

- 261 Die Abgrenzung zwischen Tatsachen und Meinungen ist für die Beurteilung von Äußerungen von entscheidender Bedeutung. Sie hat Bedeutung für die Anwendbarkeit der speziellen Tatbestände (§ 824 BGB, §§ 823 Abs. 2 Satz 1 BGB, 186 f. StGB), vor allem aber für den Zulässigkeitsmaßstab. Der Wert, den Tatsachenäußerungen für die öffentliche Meinungsbildung haben, hängt zentral von ihrer Richtigkeit ab. Sie werden deshalb anhand ihrer Richtigkeit und ihrer möglichen Schädigungseignung beurteilt. Vor zutreffenden Tatsachen wird ein Betroffener gar nicht (Recht am Unternehmen, § 824 Abs. 1 BGB, 186 f. StGB) oder nur in Sonderfällen geschützt (Persönlichkeitsrecht), während er insbesondere bewusst unwahre Angaben nicht hinnehmen muss. Falsche Tatsachenangaben helfen der Meinungsbildung nicht weiter. Dagegen lassen sich Meinungen – anders als Tatsachen – in ihrer „Richtigkeit“ nicht durch eine Beweiserhebung überprüfen. Es gibt in diesem Sinne keine „unrichtigen“ Ideen oder Meinungen. Es ist vielmehr die Aufgabe der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zu klären, welche Meinungen und Deutungsweisen der Einzelne und die Gesellschaft für sich akzeptieren und welche sie ablehnen. Die Meinungsfreiheit erfordert es in den Augen der Gerichte, dass auch in der Art der Meinungsäußerung große Freiheit gewährt wird. Werturteile sehen die Gerichte erst dann als Rechtsverletzung an, wenn sie böswillige oder gehässige Schmähekritik sind, wenn also bei der Äußerung *nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht, der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll*.

IV. Schutzgesetzverletzung, § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB

- 262 Schutzgesetze sind Rechtsormen (**Art. 2 EGBGB**), die den „*Schutz eines anderen bezwecken*“. Die betreffende Vorschrift muss also zumindest *auch auf den Schutz von Rechtsgütern oder Interessen des Einzelnen zielen* (siehe Fall: Der Stromausfall). Es ist unschädlich, wenn sie außerdem Allgemeinheitsinteressen verfolgt (siehe Fall: Der Hausbrand). Ob die betreffende Vorschrift eine derartige Schutzrichtung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das ist etwa für die §§ 185 ff. StGB anerkannt. Dagegen ist beispielsweise § 184 StGB kein Schutzgesetz, weil die Norm ausschließlich Allgemeinheitsinteressen sichert.
- 263 Die Vorschrift muss weiterhin die Sicherung des Einzelnen gerade durch die Schaffung eines Schadensersatzanspruchs erstreben. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB darf nicht gewährt werden, wenn er die Sanktionssystematik der verletzen Rechtsnorm stören würde. Ebenso ist erforderlich, dass der Geschädigte zum geschützten Personenkreis gehört und dass das Schutzgesetz vor Schäden der eingetretenen Art sichern soll.
- 264 Ob das Schutzgesetz verletzt ist, bestimmt sich nach den Auslegungsmaßstäben, die für das betreffende Rechtsgebiet beziehungsweise für die betreffende Vorschrift gelten.

V. Verschulden

- 265 Die deliktische Haftung setzt grundsätzlich Verschulden voraus (klarstellend § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB), also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, „*wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*“, **§ 276 Abs. 2 BGB**. Entscheidend ist grundsätzlich ein objektiver Maßstab, die Entschuldigungstatbestände des StGB sind nicht auf das Zivilrecht übertragbar. Ein Verstoß gegen das Sorgfaltsgebot liegt vor, wenn der Schädiger in seiner konkreten Lage den drohenden Erfolg seines Verhaltens voraussehen und vermeiden konnte. Von ungeübten Autofahrern ist beispielsweise zu verlangen, dass sie ihren Mangel an Fahrpraxis durch besondere Vorsicht ausgleichen. Die Prüfung, wie sich ein sorgfältiger Mensch von durchschnittlicher Umsicht verhalten hätte, muss auch berücksichtigen, ob dem Schädiger ein normgemäßes Verhalten zumutbar war. In seltenen Ausnahmefällen, zum Beispiel bei einer Willensbildung unter Zwang infolge einer Gefährdung von Leib und Leben, scheidet das Verschulden wegen Unzumutbarkeit aus (siehe Fall: Das Ausweichmanöver).

- 266 Der Schuldner haftet selbst für leichteste Fahrlässigkeit (siehe Fälle: Der Treibstoff, Die Bronzeskulptur). Haftungsprivilegien können das zu vertretende Verschulden herabsetzen, unter anderem auf die eigenübliche Sorgfalt (§§ 277, 690, 708, 1359, 1664 Abs. 1 BGB) oder auf grobe Fahrlässigkeit wegen unentgeltlichen (§§ 521, 599 BGB) oder selbstlosen Handelns, § 680 BGB. Die Reichweite vertraglicher Haftungsabsprachen bestimmt sich nach dem Inhalt der Einigung, §§ 157, 276 Abs. 3, 309 Nr. 1 BGB. Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hängt vom Grad seines Verschuldens, einer Abwägung von Gesamtumständen, Schadensanlass und Schadensfolgen sowie von Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten ab.
- 267 Bei zahlreichen Tatbeständen wird das Verschulden vermutet und kann widerlegt werden, §§ 831 Abs. 1 Satz 2, 832 Abs. 1 Satz 2, 833 Satz 2, 834 Satz 2, 836 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wer für die unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen einzustehen hat, haftet für eigenes, nämlich für Auswahl- oder Beaufsichtigungsver schulden, **§ 831 Abs. 1 BGB**. Gleiches gilt für Eltern, die nicht für ihre Kinder, sondern für eigenes Aufsichtsverschulden haften, **§ 832 Abs. 1 BGB**. Eine Zurechnung fremden Verschuldens oder fremder Kenntnisse (so im allgemeinen Schuld- und im Vertretungsrecht, §§ 166 Abs. 1, 278 BGB) kennt das Deliktsrecht nicht.
- 268 Die Schuldfähigkeit (auch: Verantwortlichkeit, Deliktsfähigkeit) bestimmt sich nach zivilrechtlichen Maßstäben. Sie ist bei jedem Geschäftsfähigen grundsätzlich zu bejahen und fehlt dem Geisteskranken, **§ 827 Satz 1 BGB**. Sie ist für Kinder und Jugendliche zum Teil altersabhängig geregelt und kann insbesondere Einsichtsfähigkeit voraussetzen, **§ 828 Abs. 3 BGB** (siehe Fall: Die Geburtstagsstorte). Die Steuerungsfähigkeit, das heißt die Fähigkeit, sich entsprechend der Einsicht zu verhalten, ist nach dem klaren Wortlaut des § 828 Abs. 3 BGB nicht Gegenstand der Deliktsfähigkeit (h.M.).

VI. Anspruchsgegner

- 269 Anspruchsgegner sind Täter, Mittäter (§§ 830 Abs. 1 Satz 1 BGB, 25 Abs. 2 StGB), Anstifter (§§ 830 Abs. 2 BGB, 26 StGB), Gehilfen (§§ 830 Abs. 2 BGB, 27 Abs. 1 StGB) und Beteiligte (§ 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, siehe Fall: Die Fußballfans).
- 270 Mehrere „*nebeneinander*“ verantwortliche Schädiger haften als Gesamtschuldner (**§ 840 Abs. 1 BGB**), so dass sich der Ausgleich der Schuldner untereinander nach den Gesamtschuldregeln bestimmt, §§ 421 ff., 840 Abs. 1, Abs. 2 BGB (die § 426 Abs. 1, Abs. 2 BGB sind unterschiedliche Anspruchsgrundlagen und voneinander zu trennen).
- 271 Die juristische Person muss für deliktisches Handeln ihres Organs eintreten, wenn das Organ in zum Schadensersatz verpflichtender Weise und in Ausführung ihm zustehender Verrichtungen gehandelt hat **§ 31 BGB** (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin). Die Haftung der juristischen Person tritt neben die persönliche Haftung des Organs, § 840 Abs. 1 BGB. Der Rückgriff der GmbH gegen den Geschäftsführer bestimmt sich nach § 43 Abs. 1 GmbHG (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin).

VII. Gefährdungshaftung, Billigkeitshaftung

- 272 Eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung kennt das BGB nur für den Tierhalter (**§ 833 Satz 1 BGB**; § 833 Satz 2 BGB ist dagegen eine Verschuldenshaftung). Examenswichtig ist die Gefährdungshaftung des Kfz-Halters (**§ 7 StVG**, siehe Fall: Das Ausweichmanöver) und die Verschuldenshaftung des Kfz-Führers, § 18 Abs. 1 StVG.
- 273 Die Haftung aus Billigkeitsgründen (**§ 829 BGB**) setzt voraus, dass eine Haftung des Anspruchsgegners nach den §§ 823 ff. BGB deshalb scheitert, weil dieser entweder bewusstlos oder geisteskrank (§ 827 BGB) oder als Minderjähriger jünger als sieben Jahre (§ 828 Abs. 1 BGB) ist oder keine Einsichtsfähigkeit (§ 828 Abs. 2 BGB) hat. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Fälle anderweit mangelnden Verschuldens ist str. (siehe Fall: Das Ausweichmanöver). Der Anspruch beläuft sich auf billige Entschädigung, deren Höhe unter anderem von den Verhältnissen der Beteiligten abhängt und sich nicht mit einem vollen Schadensersatz zu decken braucht. Die Entschädigungspflicht umfasst unter Umständen auch den immateriellen Schaden, § 253 Abs. 2 BGB (Rechtsprechung, siehe Fall: Das Ausweichmanöver).

O: Kreditsicherung, Nebengebiete

- 274 Vertragsparteien können aus vielen Gründen ein Bedürfnis nach Absicherung gegen die Gefahr haben, dass die andere Partei vermögenslos wird. Das Gebiet beschränkt sich nicht auf die klassischen Bereiche wie Bürgschaft oder Sicherungsabtretung (siehe Fall: Die Banksicherheit), sondern ist als Querschnittsmaterie Gegenstand vieler Fälle des Examenskurses. Das Gesetz kennt mit dem Schuldnerverzug (§§ 286 ff. BGB) ein Mittel, das einen indirekten Erfüllungsdruck auf den Schuldner ausüben soll. Je länger der Schuldner die Leistung verzögert, umso größer kann gegebenenfalls der Verzögerungsschaden und damit seine Ersatzpflicht werden. Weiterhin kann das Gesetz Zurückbehaltungsrechte bis zum Erhalt von Leistungen einräumen, §§ 273 Abs. 1, 320 BGB, 309 Nr. 2 BGB (siehe Fall: Die Reihenhäuser). Manchmal kann der Gläubiger auch zur „Selbstjustiz“ schreiten und aufrechnen (§§ 387 ff. BGB) oder zur Selbsthilfe greifen (§ 229 BGB, selten). Bei Vorleistungen helfen solche Mittel nicht sicher. Hier gewährt der Leistende der anderen Partei Kredit und läuft so Gefahr, der Gegenleistung hinterherlaufen zu müssen oder gar bei Vermögensverfall der anderen Partei leer auszugehen.
- 275 Die Realsicherheit sichert den Kreditgeber, indem sie ihm einen Gegenstand reserviert. Die Art der Reservierung (Pfandrecht, Vorbehaltseigentum, Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung, dingliches Verwertungsrecht) und die Art des Gegenstands (bewegliche Sache, unbewegliche Sache, Forderungen) können unterschiedlich sein. In manchen Fällen gleicht das Gesetz in Form gesetzlicher Pfandrechte die durch Vorleistung einer Vertragspartei entstandene Veränderung des Vertragsgleichgewichts wieder aus, §§ 562, 647, 704 BGB. Ebenso können auch Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB, siehe Fall: Das Ölgeschäft), Sicherungseigentum (§§ 929, 158 BGB, siehe Fälle: Die Milchkühe, Das Gestüt) oder Sicherungsabtretung (§§ 398, 158 BGB, siehe Fall: Die Banksicherheit) vereinbart werden. Eine besonders häufige und weitgehende Realsicherheit bieten Hypotheken und Grundschulden, §§ 1113 ff., 1191 ff. BGB.
- 276 Im Fall von Personalsicherheiten (zum Beispiel wenn der Schuldner keine eigenen Sicherheiten bieten kann) kann sich der Gläubiger nicht nur an seinen Schuldner, sondern zur Befriedigung seiner Ansprüche auch an eine andere Person halten. Bei der formbedürftigen Bürgschaft (§§ 765 ff., 766 BGB, 350 HGB) haftet der Bürge grundsätzlich „hinter“ dem Hauptschuldner (§§ 771 ff. BGB, 349 HGB) und akzessorisch, das heißt nur im Rahmen der Hauptforderung, § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner richtet sich nach § 774 BGB und der im Innenverhältnis mit dem Hauptschuldner getroffenen Absprache. Beim Schuldbeitritt haftet der Beitretende „neben“ dem Schuldner nach den Regeln der Gesamtschuld, §§ 421 ff. BGB. Die Haftung ist prinzipiell (§ 425 BGB) ebenfalls vom Bestand der Hauptforderung abhängig. Der Rückgriff bestimmt sich nach § 426 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Im Garantievertrag schließlich wird eine Leistung versprochen, die unabhängig vom Bestand einer Forderung gegen den anderen Schuldner ist.
- 277 Nach den Vorgaben des Prüfungsamts soll eine der drei Zivilrechtsklausuren Bezüge zu den Nebengebieten haben, soweit diese zum Pflichtstoff gehören. Gedacht ist in der Regel an eine entsprechende Einbettung des Falles oder eine Kombination von BGB-Fragen und dem Nebengebiet. In der bisherigen Praxis des Prüfungsamts standen dabei unterschiedliche Bezüge im Vordergrund, eine sichere Zukunftsprognose kann Ihnen niemand zuverlässig geben. Der Examenskurs ZR geht auf einige wichtige Bereiche der Nebengebiete ein. Im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Zeit und darauf, dass „Nebengebietsklausuren“ zu einem großen Teil BGB-Klausuren sind, konzentriert sich der Examenskurs aber auf die ersten drei Bücher des BGB. Soweit die Nebengebiete in die Hauptveranstaltung eingebettet sind, werden sie nicht im Block behandelt, sondern möglichst in einem Guss mit solchen Problemen, die allgemeiner Natur sind und mit dem jeweiligen Aspekt des Nebengebiets im Zusammenhang stehen (zum Beispiel § 377 HGB im Kaufrecht, siehe Fall: Das Fahrradgeschäft), oder klausurträchtig geradezu nach einer Kombination mit dem Nebengebiet rufen (siehe Fall: Der minderjährige Gesellschafter).

- 278 Handelsrechtliche Grundfragen werden im Kurs mehrfach behandelt, neben der Kaufmannseigenschaft (§§ 1 ff. HGB) insbesondere Vertragsschluss und Stellvertretung (§§ 49 ff., 54 HGB), Handels- und Bestimmungskauf (§§ 375, 377 f. HGB) und der Gutgläubenserwerb (§ 366 Abs. 1 HGB, siehe unter anderem Fälle: Der Futtermittelhandel, Der Pressegroßhandel, Das Fahrradgeschäft). In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht werden die Voraussetzungen und Einzelheiten der OHG (§§ 105 ff. HGB, siehe Fälle: Der Futtermittelhandel, Der fehlende Trauschein), Haftungs- und Zurechnungsfragen in unterschiedlichen Zusammenhängen (siehe Fall: Die forsche Geschäftsführerin) sowie die fehlerhafte Gesellschaft (siehe Fall: Der minderjährige Gesellschafter) besprochen. Das Familienrecht steht auf der Tagesordnung im Zusammenhang mit Vertrags- und Vertretungsfragen sowie mit dem Deliktsrecht und dem Sachenrecht (siehe Fälle: Das Ehegrundstück, Der minderjährige Gesellschafter, Die Milchkühe, Der eheliche Fernseher). Die Abwicklung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird umfangreich behandelt (siehe Fall: Der fehlende Trauschein). In Bezug auf das Prozess- und Vollstreckungsrecht geht der Kurs ein auf Fragen der Zuständigkeit und des Rechtsschutzbedürfnisses (siehe Fall: Die Schrankwand), den Prozessvergleich und die Drittwiderspruchsklage nach § 777 ZPO (siehe Fall: Der eheliche Fernseher).
- 279 Das Arbeitsrecht wird nicht behandelt. Das Erbrecht wird nur in Verbindung mit Einzelfragen aufgegriffen (siehe Fall: Der Kunstsammler).