

besondere "Schuldverhältnisse"

Haftungsausschluss

A: bei Gefälligkeitsverhältnissen

- jedenfalls nicht, wenn auftragsähnlich, weil es dort auch keine Haftungsbeschränkung gibt (ganz h.M.)
- § 690 jedenfalls nie im Straßenverkehr
- stillschweigender Haftungsausschluss nur bei besonderen Umständen (insb. wenn dem Schädigenden ein Versicherungsschutz fehlt, weil der Ausschluss sonst den Versicherungen zugute kommen würde, was die Parteien nicht wollten). Aber bei Gefälligkeiten meist (-), weil sich gar keine Gedanken über die Haftung gemacht wird.

A: bei gefahrträchtigen Sportveranstaltungen

Teilnehmern sind die Gefahren bewusst, die durch unerhebliche Regelverletzungen oder auch ohne diese entstehen können. Deshalb grds. stillschweigender Haftungsausschluss. Das gilt nicht, wenn und soweit ein Versicherungsschutz besteht, weil der Ausschluss dann der Versicherung zugute käme, was nicht gewollt war.

nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis

- h.M.: kein gesetzliches SV. Nachbarrechtliche Sondervorschriften der §§ 906 ff. sind völlig ausreichend
- m.M.: ungeregeltes, gesetzliches SV

Bürgerinitiative

- nicht eingetragener Verein
dafür bedarf es aber der körperschaftlichen Verfassung von Mitgliederversammlung und Vorstand
- GbR
scheitert meist an der Gesamtvertretungsmacht (kann abbedungen werden) und an der strengen Personalität der GbR
- rechtliches Nullum
häufig der Fall, dann kommt es nur auf die verschiedenen Einzelpersonen an

culpa in contrahendo (cic)

§§ 280 I, II, 311 II, 241 II

P: fahrlässige Formnichtigkeit

- h.M.: cic nicht anwendbar, weil sonst würde gerade der Zweck der Formvorschriften unterlaufen und es obliegt nicht einer Partei, besonders auf die Formbedürftigkeit zu achten (bei krassen Fällen § 242 – Ausschluss des Berufens auf Nichtigkeit möglich).
- m.M.: schon alleine SE nach cic, wenn eine Partei fahrlässig den Formmangel hervorgerufen hat

A: formbedürftige Geschäfte

sollen eine (auch faktische) Bindung ohne Einhaltung der Formvorschriften gerade verhindern, deshalb grds. kein SE-Anspruch, wenn – auch ohne triftigen Grund – die Verhandlungen abgebrochen werden!

P: Haftung des Geschäftsherrn aus cic für einen Vertreter ohne VM

- h.M.: möglich, weil sonst die Vertretungsregeln absoluten Vorrang zu Lasten des Geschäftspartners hätten. Aber: die Pflichtverletzung darf nicht alleine das Handeln ohne Vertretungsmacht gewesen sein!
- a.A.: wenn der SE den vertraglichen Pflichten gleich kommt (-), wenn es nur um negatives Interesse geht (+)
- a.A.: keine Haftung, weil sonst liefen alle Vertretungsbeschränkungen leer (gleiches Problem wie bei § 177)

P: Anwendbarkeit neben AnfechtungsR

- h.M.: cic dennoch möglich, weil hier Vermögen geschützt wird (Schaden erforderlich) und nicht die freie Willensbildung. Die Schutzgüter sind also verschieden.
- m.M.: dadurch werden die speziellen Anforderungen (z.B. Arglist) und die kurzen Fristen des Anfechtungsrechts unterlaufen. Diese sind lex specialis.

echter Vertrag zugunsten Dritter **§§ 328 ff.**

Abgrenzung zum VSD:

wenn aus dem Parteiwillen unter Berücksichtigung aller Umstände deutlich wird, dass der Dritte selbst unmittelbar berechtigt werden soll (§ 328 II). Wenn er also ein eigenes Forderungsrecht bekommt.

A: es ist auch möglich bestimmte Nebenleistungspflichten eines Vertrages mit echter Wirkung zugunsten Dritter auszugestalten.

Reichweite

Der Dritte kann zwar die Hauptleistung fordern und auch SE neben der Leistung / Verzögerungsschaden verlangen. Er kann aber nach h.M. nicht Gestaltungsrechte (Rücktritt, Minderung, SE statt der Leistung) geltend machen. Denn diese ändern den Vertragsinhalt und das ist nur dem echten Vertragspartner vorbehalten.

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD)

P: Rechtsgrundlage § 311 Abs. 3 ?

- BGH: Rechtsgrundlage ist weiter die ergänzende Vertragsauslegung
- t.v.A.: ist keine Rechtsgrundlage, weil hier nur die Haftung eines Dritten geregelt ist (z.B. Prospekthaftung). Nicht aber die Begünstigung.
- a.A.: "insbesondere" deutet darauf hin, dass die Regelung nicht abschließend ist. Daher Rechtsgrundlage auch für den VSD.

I. Leistungsnähe

Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der Leistung des Schuldners in Berührung kommen

II. P: Gläubignähe

- früher: der Gläubiger muss zum Dritten in einem personenrechtlichen Fürsorgeverhältnis stehen, Vermöge dessen der Gläubiger für das Wohl und Wehe verantwortlich ist (Familie / Arbeitnehmer)
- heute: Grundlage des VSD ist nach BGH die ergänzende Vertragsauslegung. D.h. im Einzelfall kann entschieden werden, ob der entsprechende Vertrag eine Schutzwirkung zugunsten eines Dritten entfalten sollte. Indiz: wenn die Leistung bestimmungsgemäß nicht nur dem Vertragspartner, sondern auch einem Dritten zugute kommen sollte

III. Erkennbarkeit

IV. Schutzbedürftigkeit des Dritten

er darf keine eigenen, gleichwertigen, vertraglichen Ansprüche haben

→ Rechtsfolge: Ausweitung des Pflichten- und Haftungskreises

Drittschadensliquidation (DSL) **§ 285 analog**

- I. einer hat Anspruch, aber keinen Schaden
- II. der andere hat Schaden, aber keinen Anspruch
- III. zufällige Schadensverlagerung
 - 1. gesetzl. Gefahrtragungsregeln
 - 2. mittelbare Stellvertretung
 - 3. **P**: Obhut für fremde Sachen
 - h.M.: auch hier DSL
 - a.A.: dann VSD (*aber*. Erkennbarkeit?)

Unmöglichkeit

Egal ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit: das wird erst bei der AGL für den Schadensersatz (§ 280 I, III, 283 oder § 311a II) entscheidend.

Abs. 1 "wirkliche Unmöglichkeit" → Einwendung

Leistungserfolg ist dauerhaft nicht herbeiführbar

A: auch bei Zweckerreichung / Zweckfortfall (insb. Leistungssubstrat fällt weg). Bei Zweckstörung (Leistungserfolg kann noch erbracht werden, der Schuldner hat aber kein Interesse mehr daran) liegt keine Unmöglichkeit vor: § 313

A: *analog* für die Zeit, in der eine Leistung vorübergehend unmöglich ist (z.B. Embargo)

A: bei Gattungsschulden nur, wenn

- gesamte Gattung geht unter
- Vorrat geht unter (bei Vorratsschuld)
- **P**: nach Konkretisierung, § 243 II
 - t.v.A.: wenn man eine Nachlieferung bei Stückschulden bejaht (s. [SR-BT](#)), dann kann auch vor Gefahrübergang erneute Lieferung verlangt werden, weil es sonst zu Wertungswidersprüchen kommt (dadurch trägt der Verkäufer dann aber bis zum Preis-Gefahrübergang Preis- und Leistungsgefahr!)
 - a.A.: KaufR und damit u.U. Nachlieferung beim Stückkauf geht erst ab Gefahrübergang
- im Annahmeverzug, § 300 II
- Zeitablauf bei absolutem Fixgeschäft

P: mangelndes Eigentum beim Kaufvertrag

- h.M.: echte Unmöglichkeit
 - Folge-**P**: anfänglich / nachträglich
 - h.M.: anfängliche Unmöglichkeit
 - m.M.: nachträglich, wenn nachträglich ein Eigentumserwerb ausscheidet
- m.M.: nur subjektive Unmöglichkeit, weil der Veräußerer muss sich auch um Eigentumserlangung bemühen

Abs. 2 "faktische Unmöglichkeit" → Einrede

Leistungserfolg theoretisch noch erbringbar, erfordert aber unvernünftig hohe Anstrengungen des Schuldners

1. Aufwand Schuldner / Leistungsinteresse abwägen (II 1)
 - dabei ist die Frage des Vertretensmüssens zu berücksichtigen (II 2)
 - A**: Verteuerungen führen nie zu einer faktischen Unmöglichkeit, weil hier das Leistungsinteresse proportional mit wächst
2. Gläubiger kann vernünftigerweise Leistungserbringung nicht verlangen

A: wenn er sie vernünftiger Weise doch verlangen kann, aber die Leistung dem Schuldner nach Treu und Glauben zu viel zumutet, liegt eine wirtschaftliche Unmöglichkeit / Zweckstörung gem. § 313 vor!

Abs. 3 "moralische Unmöglichkeit" → Einrede
nur bei persönlicher Leistungserbringung

Holschuld / Bringschuld / Schickschuld

A. Holschuld, § 269

I. Leistungsort: Schuldner

Ort, an dem die geschuldete *Handlung* vorgenommen werden muss

A: wichtig für Verzug

II. Erfüllungsort: Schuldner

Ort, an dem der geschuldete Erfolg eintreten muss

A: wichtig für Erfüllung / Unmöglichkeit

III. zur Konkretisierung gem. § 243 II erforderlich:

a. geschuldete (mangelfreie!) Sache aussondern

b. tatsächlich bereitstellen

c. zur Abholung auffordern

d. **P:** Annahmeverzug?

- h.M.: nicht nötig, aber i.d.R. muss eine gewisse Frist abgewartet werden

- m.M.: nötig, weil sonst der Gläubiger mit dem Risiko des zufälligen Untergangs belastet würde, obwohl er sich völlig korrekt verhalten hat

B. Bringschuld

I. Leistungsort: Gläubiger

II. Erfüllungsort: Gläubiger

III. zur Konkretisierung gem. § 243 II erforderlich:

a. geschuldete (mangelfreie!) Sache aussondern

b. **P:** Anbieten

- h.M.: in Annahmeverzug begründender Weise tatsächlich anbieten

- m.M.: erst mit tatsächlicher Übergabe der Sache. Bei Verweigerung / Fehlschlag der Annahme geht "Konkretisierung" nur über § 300 II

C. Schickschuld

I. Leistungsort: Schuldner

II. Erfüllungsort: Gläubiger

III. zur Konkretisierung gem. § 243 II erforderlich:

a. geschuldete (mangelfreie!) Sache auswählen

b. an ordnungsgemäß ausgewählte Transportperson übergeben

D. Geldschulden, § 270

I. Leistungsort: Schuldner (Abs. 4)

II. Erfüllungsort: Gläubiger (Abs. 1)

III. **P:** Konkretisierung

bei Geldschulden hat der Schuldner gem. § 276 I 1 a.E. eine Beschaffungsgarantie übernommen ("Geld hat man zu haben"). Es ist eine Schuld eigener Art, aber eben keine Gattungsschuld. § 243 II gilt deshalb auch nicht. Konkretisierung:

- h.M.: geht nur gem. § 300 II *analog* im Annahmeverzug, weil § 270 I zu § 243 II *lex specialis* ist. § 300 II regelt nämlich nicht die Konkretisierung (die kann es nur bei Gattungsschulden geben – das ist Geld gerade nicht), sondern den Übergang der Leistungsgefahr.

- m.M.: § 270 ist abdingbare Auslegungsregel, d.h. die Parteien können auch eine *Geldhohlschuld* vereinbaren. Dann gelten die obigen Grundsätze der Holschuld, § 243 II *analog* geht.

Gefahrtragung

A. Leistungsgefahr

liegt beim Schuldner, bis dieser die Leistungshandlung vorgenommen hat. Dann wird gem. § 243 II konkretisiert und – sollte der Erfolg nicht eintreten – wird er von der Gefahr weiterer Leistungshandlungen befreit.

- § 275: Leistungserfolg unmöglich
- § 243 II: das Erforderliche vorgenommen
- § 300 II: Annahmeverzug begründet

P: Aussonderung nötig?

- h.M.: ja, weil sonst ist nicht klar, bzgl. welcher Sachen die Gefahr übergang. Aussonderung kann auch nach Eintritt des Gläubigerverzuges vorgenommen werden.
- m.M.: nein, weil nach Wortlaut nicht nötig
- § 270 I: ECHTE AUSNAHME! Denn hier wird man nicht durch Vornahme der Leistungshandlung von der Leistungsgefahr befreit.

B. Preisgefahr

liegt beim Schuldner, bis der geschuldete *Erfolg* eintritt. Er kann die Gegenleistung nicht verlangen, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist, selbst wenn er bereits die Leistungshandlung vorgenommen hat: § 326 I.

P: Rücktritt nach Übergang der Preisgefahr

- t.v.A.: Rücktrittsrecht nach Übergang der Preisgefahr (insb. § 447) gem. § 447 I, § 323 VI *analog* ausgeschlossen. Denn sonst würde die Preisgefahr über das Rückabwicklungsschuldverhältnis wieder zu Lasten des Schuldners gehen.
- a.A.: in diesen Fällen fehlt es schon an einer Pflichtverletzung (*aber*: der Erfolgseintritt ist nicht erbracht / unerbringlich!).

C. Sonderregeln zur Preisgefahr

begründen zugleich immer einen "Zufall" i.S.d. DSL

I. § 326 II 1

1. alleinige / weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers

A: Risikosphären

§ 276 I 1 *analog*: der Gläubiger hat das verwirklichte Risiko voll zu vertreten i.S.d. § 326 II 1, wenn es nach der vertraglichen Risikoverteilung zu seinen Lasten geht. Dann wird eine stillschweigende Garantie für den Nichteintritt des Risikos angenommen.

P: beidseitig zu vertretende Unmöglichkeit

Ist gesetzlich nicht geregelt, weil "weit überwiegende" Verantwortlichkeit des Gläubigers i.S. einer nach wertender Betrachtung alleinigen Verantwortung.

- m.M.: wenn ein Fall nicht unter § 326 II passt (beidseitige Unmöglichkeit), dann liegt ein Fall des § 326 I vor. Keine Korrektur. Dadurch massive Schlechterstellung des Schuldners einer unmöglichen Leistung (Kaufpreisanspruch entfällt auch bei großem Mitverschulden des Gläubigers völlig) in Kauf genommen.
- h.M.: wurde durch das SMG nicht geregelt, nur das erklärt die willkürlichen Ergebnisse der m.M.
 - Folge-**P:** Korrektur
 - früher: Derjenige, den das nicht überwiegende Mitverschulden trifft, bekommt einen Anspruch aus § 280 I, 283 (für den Gläubiger), ODER aus § 433 II (für den Schuldner). Dieser

Anspruch wird dann gem. § 254 gekürzt. Es besteht also im Endeffekt nur *ein* Anspruch, der gekürzt wird.

- h.M.: *beide* Ansprüche entstehen und werden jeweils um das Mitverschulden gekürzt. Nach *Surrogationstheorie* also: voller Kaufpreis – (Wert der Sache gekürzt um Mitverschuldensanteil des Gläubigers). Dann Aufrechnung von Kaufpreisanspruch und SE-Anspruch möglich.

- a.A.: wie die h.L., nur dass als AGL nicht § 433 II zitiert wird (dieser ist wegen Unmöglichkeit entfallen), sondern SE nach § 280, denn die Pflichtverletzung des Gläubigers war kausal für das Entfallen der Kaufpreisforderung.

P: bei grober Fahrlässigkeit im Annahmeverzug

- h.M.: Ein starres Alles-oder-Nichts-Prinzip ist, gerade bei fließenden Übergängen zwischen normaler und grober Fahrlässigkeit, wenig gerecht. Deshalb auch hier – trotz Fehlens eines "technischen" Verschuldens des Gläubigers (Annahmeverzug an sich begründet ja kein Verschulden) – ein Fall der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit (s.o.)

- m.M.: nach Gesetzeswortlaut hat dann nur der grob fahrlässig handelnde Schuldner die Gefahr zu tragen – die Gegenleistung bleibt bestehen, da § 326 II 1 nicht vorliegt.

2. Annahmeverzug + kein Vertretenmüssen des Schuldners

II. Versendungskauf § 447

1. kein Verbrauchsgüterkauf, § 474 II

2. Versendung an anderen Ort
auslegen, ob eine Schickschuld vorliegt

P: eigene Leute

- h.M.: wenn eine Schickschuld vorliegt (*vereinbarter* Transport mit eigenen Leuten spräche für Bringschuld) gilt § 447 auch bei eigenen Leuten. Denn er kann nicht schlechter stehen, weil er mehr tut, als ihm auferlegt war.

- m.M.: § 447 passt nicht, weil die Ware den Machtbereich des Verkäufers nicht verlassen hat und gerade vor diesen Gefahren § 447 schützen will.

3. auf Verlangen des Käufers
beidseitige Einigung genügt für "Verlangen"

4. Übergabe an Transportperson

5. Zufälliger Untergang

nicht, wenn der Verkäufer den Untergang zu vertreten hat (insb. schlechte Verpackung, Transportperson schlecht ausgewählt etc.)

A: der Transporteur ist nicht Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278, weil die Versendung gerade nicht zum vertraglichen Pflichtenprogramm des Verkäufers gehört

P: eigene Leute

- h.M.: § 278 analog, weil sonst stünde der Käufer wesentlich schlechter, als wenn der Verkäufer durch andere (Frachtführer nach HGB) versendet hätte. Denn dann hätte er einen Gegenanspruch (s.u.). Der Verkäufer wird hier zudem in einer Doppelrolle tätig: Verkäufer und Transporteur, wobei regelm. kein eigenständiger Frachtvertrag angenommen werden kann.

- m.M.: § 278 passt nicht, weil Transport gerade nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers lag.

A: bei Versendung durch Frachtführer (§ 407 ff. HGB) hat sowohl der Verkäufer als Vertragspartner, als auch der Käufer einen SE-Anspruch gem. § 425 I HGB gegen den Frachtführer (h.M.; nach m.M. hat der Empfänger nur eine Prozesstandschaft). ABER weil gerade beide fordern können besteht die Gefahr, dass befreiend an den Versender gezahlt wird. Deshalb kann der Empfänger vor Zahlung seiner nicht erloschenen Kaufpreisverpflichtung Zug-um-Zug gem. § 273 Abtretung (aus § 242, 285 oder vertraglicher Nebenpflicht) der SE-Ansprüche des Versenders verlangen.

III. bis zur Abnahme im WerkV, §§ 644, 645

1. keine Abnahme

damit trägt grds. der Unternehmer die Preisgefahr bis zur Abnahme (selbst wenn er den Erfolg schon herbeigeführt hat! Deshalb Ausnahmeregelung).

2. Ausnahmen

a. Annahmeverzug, § 644 I 2

b. *verschuldete* Verantwortlichkeit des Bestellers § 645 II i.V.m. § 326 II 1

c. *unverschuldete* Verantwortlichkeit des Bestellers § 645 I 1

i. mangelhafter Stoff / Anweisung des Bestellers

ii. kein Verschulden des Unternehmers

d. **P:** § 645 I 1 *analog* (Sphärenverantwortlichkeit)

- h.M.: nur für Umstände, die *in der Person* des Bestellers liegen oder auf eine gefahrbezügliche, bzw. –erhöhende Handlung des Bestellers zurückgehen. Sonst würde der Sphärendenke überdehnt und die gesetzliche Wertung des § 644 I 1 durch analoge Anwendung des § 645 I 1 nahezu verdrängt.

- m.M.: für sämtliche Risiken, die in der Sphäre des Bestellers liegen

Verantwortlichkeit für Dritte

I. § 31 (Vereine / jur.Pers.)

II. § 89 (KÖ des ÖR)

III. § 278 (Erfüllungsgewähr)

IV. § 540 II (Überlassen der Mietsache an Dritte)

Schadensersatzrecht

§§ 280 ff.

SE *neben* der Leistung, §§ 280 I, II

A: Schaden bei Nachbesserung (wobei Mangel behoben wird) ist Schaden *neben* der Leistung, denn hier ist nur das Integritätsinteresse verletzt! Nacherfüllung ist dann nicht fehlgeschlagen; Rücktritt etc. nicht möglich.

Abzugrenzen vom Weiterfresser: dort vergrößert sich der Sachmangel. Dann ist das Äquivalenzinteresse betroffen. Schadensersatz *statt* der Leistung.

SE *statt* der Leistung, §§ 280 I, III

P: "statt" der Leistung

Wichtig bei: entgangenem Gewinn / Betriebsausfallschaden / Deckungskauf

- h.M.: wenn der Schaden durch eine hypothetisch gedachte fristgerechte Nacherfüllung entfielen

Folge-**P:** entgangener Gewinn

- t.v.A.: entgangener Gewinn innerhalb der (hypothetischen) Nacherfüllungsfrist würde durch eine Nacherfüllung nicht entfallen (d.h. neben der Leistung), nach Ende der Nacherfüllungsfrist würde er schon entfallen (d.h. statt der Leistung).

- a.A.: immer statt der Leistung, um es einheitlich zu machen

- t.v.A.: = *statt* der (mangelhaften/nicht erbrachten) Primärleistung. D.h. nur der mangelbedingte Minderwert, bzw. maximal der Wert der nicht erbrachten Leistung. Alles andere (Nutzungsausfall, entgangener Gewinn etc.) wäre *neben* der Leistung. (Aber: nach Gesetzesbegr. das SE statt der Leistung nur den bisherigen SE wegen Nichterfüllung ersetzen soll).

- wie früher: das Äquivalenzinteresse, d.h. wenn es um das Interesse des Käufers geht eine vollwertige, zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Sache zu erhalten (auch entgangener Gewinn).

P: Rentabilitätsvermutung

widerlegbare Vermutung, dass Aufwendungen im *erwerbswirtschaftlichen* Bereich sich typischerweise zumindest selbst rentieren. Frustrierte Aufwendungen führen damit also zu einem Schaden (!) in ihrer eigenen Höhe. Str. ob das auch bei Luxusaufwendungen gilt.

- h.M.: auch nach SMG weiter anwendbar, weil die Gläubigerrechte gestärkt werden sollten. Zudem hat der GesGeb nicht geäußert, dass er diese abschaffen möchte. ABER: gilt nie neben einem SE (vgl. § 284, der auch nur statt SE gilt)!
- m.M.: die frustrierten Aufwendungen sind jetzt abschließend in § 284 geregelt; man braucht dafür nicht mehr die (von der Rspr. entwickelte) Rentabilitätsvermutung.

§ 281 wegen Leistungspflichtverletzung

P: Fristsetzung bei relativem Fixgeschäft entbehrlich?

- t.v.A.: dann nach § 323 II Nr. 2 analog auch keine Fristsetzung nötig
- a.A.: ist gerade kein absolutes Fixgeschäft, bei dem nach § 283 eine Fristsetzung entbehrlich wäre, also grds. Fristsetzung nötig

P: erneutes Leistungsverlangen nach Fristablauf

- h.M.: aus § 281 IV ergibt sich, dass nur das SE-Verlangen nach Fristablauf den Erfüllungsanspruch ausschließt. Nach abgelaufener, angemessener Frist kann der Gläubiger also – auch wenn er zwischenzeitlich weiterhin auf Erfüllung bestand – SE verlangen. Denn das Recht die Leistung zu fordern ergibt sich direkt aus dem Vertrag selbst. Es ist keine rechtsgestaltende WE.
- a.A.: durch Beharren auf der Leistung "wählt" der Gläubiger nach §§ 262 ff. *analog* (Wahlschuld) den Erfüllungsanspruch. Für ein SE-Verlangen muss er eine neue Frist setzen, um sich diesen quasi neu frei zu schalten (aber: hier geht es um eine gesetzliche, elektive Konkurrenz – gerade nicht um eine vertragliche Wahlschuld!)
- a.A.: aus § 281 IV *analog* ergibt sich, dass die Wahl des einen Anspruches den anderen ausschließt. Das gilt in umgekehrter (analoger) Anwendung auch für Leistung – SE (aber: aus § 281 IV ergibt sich gerade das Gegenteil!)

A: "Pflichtverletzung" bei Primär- und/oder Nachleistungspflicht im KaufR

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

P: *nur* Vertretenmüssen der anfänglichen Schlechtleistung

- t.v.A.: genügt nicht, weil die SE-Pflicht auslösende Handlung ist die Nichtvornahme der Nacherfüllung. Ist eine Nacherfüllung nicht möglich, unverhältnismäßig oder wird sie ernsthaft und endgültig verweigert sind das die Handlungen, die die SE-Pflicht begründen, dann ist *diesbzgl.* Verschulden nötig.
- a.A.: dass die zweite Pflichtverletzung unverschuldet begangen wird macht die erste noch nicht ungeschehen

P: Zurückweisung *nach* Fristablauf aber *vor* Geltendmachung des SE

- t.v.A.: der Gläubiger kann nur durch die Gestaltungserklärung (§§ 349/281 IV) den Schwebezustand beenden. Durch Nichtannahme der immer noch erbringbaren Leistung kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, haftet für Zufall und die Gestaltungsrechte erlöschen.
- a.A.: läuft auf ein "Recht zur 3. Andienung" hinaus. Der Schuldner erbringt zudem die Leistung nicht mehr, weil die darin bestand innerhalb der Frist zu leisten. Mit Anbieten endet aber der Schuldnerverzug, weil entweder die Sache wird angenommen (dann Erfüllung § 362), oder Zurückgewiesen (dann erneute Forderung wg. § 242 ausgeschlossen).

P: Mankolieferung = Schlechtleistung i.R.d. § 281 I?

- m.M.: um Wertungswidersprüche zu vermeiden muss eine Teilunmöglichkeit vor und nach Gefahrübergang gleich behandelt werden. Nach § 434 III *analog* gilt eine Mankolieferung danach immer als Schlechtleistung, also genügt immer die (vermutete) Erheblichkeit (§ 281 I 3).
- h.M.: Analogie ist nicht nötig, weil auch nach Gefahrübergang die Mankolieferung keine "Schlechtleistung" i.S.d. § 281 ist, d.h. beide Fälle werden eh gleich behandelt. Denn der Käufer soll grds. nur Rechte bzgl. der mangelhaften / nicht erbrachten

Sache geltend machen können. Nur ausnahmsweise beim Interessenfortfall ist das anders. Wird also eine teilbare Leistung erbracht und ist nur ein Teil davon mangelhaft (bzw. zu wenig), so kann nur bzgl. des mangelhaften (zu wenig geleisteten) Teils gem. § 281 I 3 SE verlangt werden. Für den Rest bleibt es bei § 281 I 2.

§ 282 wegen Schutzpflichtverletzung

§ 283 wegen Unmöglichkeit

A: nur bei *nachträglicher* Unmöglichkeit!

P: AGL im Schadensrecht

- BGH: § 249 II 1, ist der SE-Anspruch statt der Leistung ein Anspruch auf Naturalrestitution. Denn es darf keinen Unterschied machen, ob selber repariert wird (dann eindeutig § 249 II 1) oder eine Ersatzbeschaffung vorgenommen wird. Sonst würde der Ausschluss der MwSt nur für den ersten Fall gelten (vgl. § 249 I).
- a.A.: § 251 I wegen Unmöglichkeit der Herstellung

§ 284 Aufwendungsersatz anstelle SE *statt* der Leistung

I. Anwendbarkeit

P: Subsidiarität zum SE?

- h.M.: SE (soweit Rentabilitätsvermutung greift) und Aufwendungsersatz stehen neben einander. Gläubiger hat ein Wahlrecht.
- m.M.: wenn und soweit wegen der Rentabilitätsvermutung ein SE-Anspruch möglich wäre, ist dieser vorrangig.

II. SE *statt* der Leistung möglich

Voraussetzungen des SE *statt* der Leistung (s.o.) – natürlich bis auf den Schaden – liegen vor.

A: Aufwendungs- und Schadensersatz *statt* der Leistung sind nur alternativ!

P: SE *neben* der Leistung bei Fixaufwendungen ausreichend?

- h.M.: klarer Wortlaut, dass nur solche Aufwendungen ersetzt werden, die aufgrund einer zum SE *statt* der Leistung berechtigenden Pflichtverletzung frustriert sind
- a.A.: bei Fixaufwendungen (Frustration bevor ein Anspruch auf SE *statt* der Leistung endgültig entstanden ist) genügt auch ein Vorliegen des § 280 I oder § 286. Denn diese Aufwendungen bleiben auch bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung frustriert.

III. im Vertrauen auf Leistung

nicht Kosten vor Vertragsschluss, weil diese auf kein schutzwürdiges Vertrauen gründen

IV. Billigkeit

um unbillige Abwälzung von Fehlinvestitionen zu verhindern sind von vorneherein nach obj. Betrachtung überflüssige, überhöhte, luxuriöse etc. Aufwendungen ausgenommen. Ausnahmsweise mögl., wenn der Vertragspartner darüber in Kenntnis gesetzt wurde (str.)

V. Ausschluss: Zweckverfehlung auch bei Leistung

ist eine prozessuale Einwendung der Gegenseite, die deren Vorliegen zu beweisen hat ("es sei denn...")

A: §§ 347 II i.V.m. BerR ist dazu nicht spezieller. Dieser gilt zwar für alle Aufwendungsersatzansprüche, die durch den Rücktritt entstehen. Rücktritt und SE (und damit auch § 284) stehen aber gem. § 325 *neben* einander! Sonst stünde ein Gläubiger u.U. nur deshalb schlechter, weil er zurück getreten ist. Das kann nicht sein.

Verzug § 286

I. Schuldverhältnis

II. Fälligkeit

III. Durchsetzbarkeit

A: Einreden

gelten ex-tunc zurück ab dem Zeitpunkt, ab dem sie geltend gemacht werden

A: keine ex-tunc Wirkung bei Zurückbehaltungsrechten (§§ 273, 1000), weil diese durch den Gläubiger vielleicht gem. § 273 III, bzw. durch Aufwendungsersatz verhindert worden wären. Hier nur ex-nunc!

IV. Mahnung nach Fälligkeit

ggf. Ausnahme nach Abs. 2

V. Verschulden (vermutet), Abs. 4

AGB-Recht §§ 305 ff.

P: AN = Verbraucher

- h.M.: ja, sogar im Rahmen von Arbeitsverträgen; § 13 verlangt keinen konsumtiven Zweck; § 13 gilt als Norm des AT für alle Schuldverhältnisse; frühere Bereichsausnahme wurde nicht übernommen.

Folge-**A:** aber nach h.M. keine Anwendung des § 312, weil gerade keine überraschende Situation vorliegt; das Büro des AG ist gerade für arbeitsrechtliche Vertragsschlüsse gedacht.

Folge-**A:** bei formalmäßigem Verzicht auf Kündigungsschutzklage ist der AN gem. § 307 BGB unzulässig benachteiligt, wenn er keinerlei Gegenleistung bekommt.

- m.M.: passt nicht

A: Garantie nur bei Inspektion/Wartung etc.

solche Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht differenzieren warum der Mangel aufgetreten ist (§ 307 I, II). Hätte Inspektion/Wartung etc. den Schaden nämlich nicht kausal verhindert benachteiligt der Rechtsverlust den Käufer unangemessen. Kein § 307 III, weil nicht der Leistungsgegenstand (Umfang der Garantie) geregelt wird, sondern Art und Weise der Leistung.

A: zwischen Unternehmern

ist eine Klausel im Verhältnis zu einem Verbraucher unwirksam (§§ 308, 309) ist das ein Indiz dafür, dass es auch zwischen Unternehmern unangemessen benachteiligend ist, außer sie dient den besonderen Interessen und Bedürfnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. So entschieden für einen generellen Haftungsausschluss (d.h. auch für Vorsatz!), weil hierdurch würde die Durchführung des Vertrages massiv erschwert wird und der andere Teil auf eine Vorsatzhaftung vertraut und vertrauen darf (Kardinalpflichten-Rspr.).

Rücktritt § 346 ff.

I. Rücktrittserklärung, § 349

II. Rücktrittsgrund

1. vertragliche

z.B. "Selbstbelieferung vorbehalten", "freibleibend" etc. Aber nur für den Fall, dass man tatsächlich selber nicht beliefert wurde (§ 242)

2. gesetzliche

a. Unmöglichkeit: § 326 V

P: Teilunmöglichkeit

- h.M.: ist keine Teilleistung i.S.d. § 266, weil durch die teilweise Unmöglichkeit entfällt ja gerade diesbezüglich die Leistungspflicht! Dann greift § 326 V.
- m.M.: ist Teilleistung i.S.d. § 266, der Gläubiger kann also zurückweisen, womit vollständige Nichtleistung vorliegt.

P: Mankolieferung = Schlechtleistung i.R.d. § 323 V?

- m.M.: um Wertungswidersprüche zu vermeiden muss eine Teilunmöglichkeit vor und nach Gefahrübergang gleich behandelt werden. Nach § 434 III *analog* gilt eine Mankolieferung danach immer als Schlechtleistung, also genügt immer die (vermutete) Erheblichkeit.
- h.M.: Analogie ist nicht nötig, weil auch nach Gefahrübergang die Mankolieferung keine "mangelhafte Lieferung" i.S.d. § 323 V ist, d.h. beide Fälle gleich behandelt werden. Der Käufer soll grds. nur Rechte bzgl. der mangelhaften / nicht erbrachten Sache geltend machen können. Nur ausnahmsweise beim Interessenfortfall ist das anders. Wird also eine teilbare Leistung erbracht und ist nur ein Teil davon mangelhaft (bzw. zu wenig), so kann nur bzgl. des mangelhaften (zu wenig geleisteten) Teils nach § 323 V 2 zurück getreten werden. Für den Rest bleibt es bei § 323 V 1!

b. Nicht- / Schlechtleistung: § 323 I*

- Nichtleistung trotz Fälligkeit
- Fristsetzung
- Entbehrlichkeit

A: wohl immer bei arglistiger Täuschung

iv. Erheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V 2

- ab 10 % Wertverlust
- bei Garantie immer

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

- **P:** bei arglistiger Täuschung

- BGH: immer erheblich, weil Täuschung bezieht sich auf den Mangel und für die Erheblichkeit sind immer Umstände des Einzelfalls beachtlich
- a.A.: Pflichtverletzung = Schlechtleistung. Diese muss also erheblich sein; eine davor stattfindende Täuschung kann dafür nicht zählen.

c. Nebenpflichtverletzung, § 324*

- Nebenpflicht verletzt
- Unzumutbarkeit

***A:** nur bei gegenseitigen Verträgen. Dazu ist kein *synallagmatischer* Vertrag nötig (z.B. MaklerV); aber es genügt, wenn mit der Leistung ein Tätigwerden des anderen erreicht werden soll (auch wenn es keine *Pflicht* dazu gibt)

III. Rechtsfolge: RückgewährSV, § 346

Rückgewähr der empfangenen Leistungen Zug-um-Zug (§ 348)

A: Wertersatz

nach ganz h.M. ist Abs. 2 ein allgemeines Prinzip dahingehend, dass Wertersatz zu leisten ist, wenn der status quo nicht mehr herzustellen ist! Abs. 2 wird dann analog als AGL genommen.

P: Haftungsprivileg (III Nr. 3) bei Verbrauch der Sache / Nutzungen?

- t.v.A.: ja, wenn es sich um ein gesetzliches Rücktrittsrecht handelt
- a.A.: nein, weil die "Auflistungstechnik" der Abs. 2 Nr. 2 und 3 deutlich macht, dass die Haftungserleichterung nur für unplanmäßige Verschlechterung oder Untergang – nicht aber den planvollen Ge-/Verbrauch gelten soll.

P: Haftungsprivileg nach Kenntnis vom Rücktrittsrecht

- t.v.A.: ja, weil der Wortlaut keine Einschränkung hergibt. Anders als bei § 357 III 3, wo der GesGeb es geregelt hat

- a.A.: dann ist der Empfänger nicht mehr schutzwürdig, denn er weiß ja, dass er die Sache zurückgeben muss

A: eigenübliche Sorgfalt im Straßenverkehr

die Einschränkung, dass eigenübliche Sorgfalt im Straßenverkehr keinen Platz hat gilt nicht, wenn die zurück zu gewährende (mangelhafte) Kaufsache im Straßenverkehr beschädigt/zerstört wird. Denn die Normen von StVO/StVG schützen nicht den Verkäufer im RückgewährSV, sondern die Teilnehmer des Straßenverkehrs. ABER i.d.R. sind Menschen im Straßenverkehr sehr sorgfältig, weil sie sonst ständig Bußgelder zahlen müssten.

A: kein Wertersatz bei Zufall

nach h.M. ist der Wertersatz auch bei Zufall und höherer Gewalt gem. § 346 III 1 Nr. 2 ausgeschlossen. Es ist nicht nötig, dass der Schaden auch beim Rückgewähr-gläubiger eingetreten wäre.

Erlöschen von Schuldverhältnissen

§§ 362 ff.

P: Leistungsbewirkung

- reale Leistungsbewirkung (h.M.): für die Erfüllung ist keine Tilgungsbestimmung erforderlich. Es reicht, wenn die Leistung *real* erbracht wird.

Folge-**A:** Tilgungsbestimmung

der Schuldner kann aber eine bestimmte Tilgungsbestimmung setzen, oder die Tilgung eines bestimmten Anspruches ausschließen; vgl. § 366, nach der der Schuldner auf jeden Fall Einfluss auf die Erfüllung nehmen kann

- finale Leistungsbewirkung (m.M.): der Schuldner muss real mit Tilgungswillen (rechtsgeschäftsähnliche Handlung, Anfechtung und §§ 133, 157 *analog*) leisten

- Vertragstheorie: § 362 setzt eine Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger über die Tilgungswirkung voraus

Aufrechnung

§§ 387 ff.

I. Aufrechnungslage

1. Gegenseitigkeit

A: nach Abtretung

weiß der Schuldner von der Abtretung: § 406; weiß er davon nichts: § 407

2. Gleichartigkeit

3. Hauptforderung erfüllbar

4. Gegenforderung fällig + einredefrei

A: Verjährung

es genügt gem. § 215, wenn beide Forderungen sich einmal aufrechenbar gegenüber gestanden haben. Spätere Verjährung der Gegenforderung ist dann egal.

II. nicht ausgeschlossen

III. Aufrechnung erklärt

Abtretung / Schuldübernahme

§§ 398 ff., 414 ff.

P: Vertragsübernahme

Wird in Rechtsfortbildung zu §§ 563, 563a, 593d (Eintrittsrecht bei Tod des Mieters / Veräußerung), 613a (Betriebsübergang), 1251 (Pfandrechtsübergang) allgemein für zulässig gehalten.

- h.M.: einheitliches Rechtsgeschäft
- m.M.: Kombination aus Abtretung und Schuldübernahme

P: Abtretung von Gestaltungsrechten

- h.M.: möglich, wenn gleichzeitig die damit verbundene Forderung abgetreten wird (bei Minderung/Rücktritt also z.B. der Anspruch auf Nacherfüllung)
- a.A.: sind keine Forderungen, deshalb nicht abtretbar

Abtretungsverbot, § 399

A: Eigentum-/Besitzrechte

- Recht aus § 985 (Herausgabe) / § 862 (Besitzstörung) sind nicht abtretbar, weil sie untrennbar mit dem Eigentum / Besitz verknüpft sind (ganz h.M.)
- abtretbar ist aber § 861 (wg. Besitzentziehung), weil der erst mit Verlust des Besitzes entsteht und eine Übertragung nur zusammen mit dem Besitz gar nicht möglich ist

I. Inhalt der Schuld ändert sich, oder

A: Anspruch auf Freistellung

kann grds. nicht abgetreten werden, weil den Zessionar ja keine Verpflichtung ggü. einem Dritten trifft, von dem er freigestellt werden könnte. D.h. der Anspruch würde sich von einer Freistellung zu einem Zahlungsanspruch umwandeln. Ausnahme: Zessionar ist der Gläubiger der Ansprüche, von denen freigestellt werden muss

II. wirksamer Abtretungsausschluss

A: § 354a HGB

Abtretungsverbot unwirksam, wenn Forderung aus Handelsgeschäft herrührt

A: Bankgeheimnis

- schuldrechtliches Bankgeheimnis (§ 241 II) hat ohne ausdrückliche Vereinbarung i.S.d. § 399 keine dingliche Wirkung. Nur schuldrechtliche SE-Ansprüche. Auch aus § 402 ergibt sich nichts anderes, weil wenn abgetreten ist und Infos übermittelt wurden ist es eh zu spät und vorher ggf. Unterlassungsansprüche (nur schuldrechtlich!)
- § 134 i.V.m. BDSG auch nicht, weil das gem. § 1 III 2 BDSG nicht gilt, soweit berufliche Schweigepflichten gelten (hier also Bankgeheimnis lex specialis). Außerdem Widerspruch, dass über BDSG nur natürliche Personen geschützt würden.
- aus § 134 i.V.m. Bankgeheimnis als WohnheitsR (-), weil keine lange Übung und rechtliche Überzeugung, dass Bankgeheimnis auch Abtretungen dinglich unwirksam sein lässt

Abtretungsanzeige, § 409

Ist eine WE, d.h. Geschäftsfähigkeit, Anfechtung und Zugang sind erheblich! Bei wirksamer (!) ergibt § 409 einen Rechtsgrund für die Leistung des Schuldners an den vermeintlichen Zessionar. Eine Rückabwicklung ist nur zwischen Zedent und Scheinzessionar nach § 816 II möglich.

A: selbst wenn der Schuldner die Unwirksamkeit der Abtretung kennt gilt § 409!!

Übersicherung bei Sicherungsabtretung, §§ 307 (AGB), 138

I. Deckungsgrenze

ca. 110 % des Wertes der gesicherten Forderung. Wird gerade bei Globalzession sehr leicht erreicht

II. Freigabeanspruch

1. nachträgliche Übersicherung

schon aus der Sicherungsabrede ergibt sich zwingend, dass bei Überschreiten der Deckungsgrenze die Forderung freigegeben werden muss. Egal ob eine solche Klausel besteht oder nicht. Klauseln, die die Freigabe ins Ermessen des

SN stellen, sind unzulässig (§ 307 II). Freigabeanspruch erst ab ca. 150 % über dem Wert der gesicherten Forderung

2. anfängliche Übersicherung

hier muss ausdrücklich ein Freigabeanspruch vereinbart sein, sonst ist die ganze Abrede nichtig!

Gesamtschuldner

§§ 421 ff.

I. Verbindlichkeit auf dasselbe Leistungsinteresse

1. mehrere Schuldner
2. jeder auf das volle Interesse
3. Gläubiger kann nur 1x fordern

II. innere Verbundenheit

h.M.: bei Gleichstufigkeit der Verpflichtungen (sog. Stufentheorie), was immer anzunehmen ist, wenn *nicht* eine *cessio legis* (unabhängig von § 426 II) angeordnet ist und eine Vorteilsanrechnung nicht statt findet.

P: Vorrang des § 255 (analog)

- h.M.: nein, weil flexiblere Ergebnisse über § 254 analog. § 255 ist eine starre Alles-oder-nichts-Lösung. Zudem *cessio legis* und wechselseitige Tilgungswirkung praktikabler.
- m.M.: vorrangig, weil *lex specialis* (aber: steht im AT und wäre – wenn es nicht um SE geht – nur analog anwendbar)

A: im Innenverhältnis der Gesamtschuldner gilt § 254 *analog*

P: Eltern geschädigter Kinder

Sind keine "Schädiger", aber ihrem Kind aus elterlicher Sorge verpflichtet. Damit sind sie zusammen mit dem Schädiger zwar keine Gesamtschuldner (keine wechselseitige Tilgungswirkung). Aber sie sollen den Schaden nicht tragen.

- h.M.: können vom Kind nach § 255 *analog* Abtretung verlangen
- a.A.: Abtretungsanspruch aus § 242