

## +++ Newsletter-Aktuell +++ Examens-Tipps 2006-II

Anbei einer Übersicht über die interessantesten zivilrechtlichen Entscheidungen / Themen der letzten Monate, die man jederzeit in einer Examensklausur verwerten könnte. Beachten Sie bitte, dass dies eine subjektive Einschätzung vom Team „hemmer-aktuell“ ist. Hier wird kein Anspruch auf Vollständigkeit hinsichtlich examensrelevanter Entscheidungen gestellt. In den letzten Terminen waren jedoch mehrer Entscheidung aus unserem Newsletter Gegenstand von Examensklausuren.

### Arbeitsrecht

#### **BAG Life & Law 2006, Heft 7, 456 ff. ⇒ sehr wichtig!!!**

⇒ Der Arbeitnehmer kann die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch nach der am 01.01.2004 in Kraft getretenen Neufassung von § 4 KSchG außerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 S. 1 KSchG geltend machen.

#### **BAG Life & Law 2006, Heft 3 = NZA 2006, Heft 1, 40 ff. ⇒ sehr wichtig!!!**

⇒ Das TzBfG gilt nicht für die **Befristung einzelner Arbeitsbedingungen**, aber dennoch muss es einen Schutz vor Umgehung des Änderungskündigungsschutzes geben.

#### **a) Bislang ständige Rechtsprechung des BAG seit 1960 (BAG Life & Law 2005, Heft 5, 308 ff.):**

➤ Für Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ist ein sachlicher Grund erforderlich.

**Kontrollfrage:** Wäre die Rückgängigmachung einer (hypothetisch) unbefristeten Änderung der Arbeitsbedingungen nur mittels Änderungskündigung möglich?

**Ja** ⇒ wegen Umgehungsgefahr des Änderungskündigungsschutzes war bei einer lediglich befristeten Änderung ein sachlicher Grund **für die Befristung** (nicht für die Änderung) erforderlich.

**Nein** ⇒ die Vereinbarung einer Befristung war auf Grund der bestehenden Vertragsfreiheit ohne weiteres zulässig.

#### **b) Mit Urteil vom 27.07.2005 (BAG NZA 2006, Heft 1, 40 ff. = Life & Law 2006, Heft 3) wird diese seit 45 Jahren gefestigte Rechtsprechung nun aufgegeben:**

➤ Die Inhaltskontrolle der nach dem 31.12.2001 in Form „Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ vereinbarten Befristung einzelner Arbeitsbedingungen hat daher **nur noch am Maßstab dieser Vorschriften** und nicht mehr nach den bis zum 31.12.2001 von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen zu erfolgen.

➤ Die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung lässt sich insbesondere auch nicht auf § 310 IV S.2 stützen, wonach bei der Anwendung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind.

Hieraus lässt sich nicht das Gebot zur Beibehaltung der von der bisherigen Rechtsprechung vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes entwickelten Grundsätze zur Kontrolle der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen herleiten.

➤ Die Streichung der in § 23 I AGBG a.F. für Arbeitsverträge bestimmten Bereichsausnahme bezweckt die Einbeziehung von Arbeitsverträgen in die AGB-Kontrolle. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht demjenigen des Zivilrechts anzupassen.

➤ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte dadurch die aus einer „uneinheitlichen“ Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Inhaltskontrolle von Arbeitsbedingungen entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Mit dieser Zwecksetzung wäre die unveränderte Beibehaltung der bisherigen, vom Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen losgelösten Kontrolle der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht zu vereinbaren.

**BAG Life & Law 2005, Heft 5, 303 ff. = NZA 2004, 1275 ff.**

⇒ Die mündliche Vereinbarung eines befristeten Weiterbeschäftigungsverhältnisses während des Kündigungsschutzprozesses führt zum unbefristeten Arbeitsvertrag (Eigentor des „Arbeitgebers“ ⇒ § 14 IV i.V.m. § 16 TzBfG!)

**BAG NZA 2005, 575 ff. = Hemmer-Klausurenkurs, Klausur Nr. 1190**

⇒ Formunwirksamkeit einer mündlichen Befristung wird auch nicht durch nachträgliche schriftliche Fixierung geheilt; insbesondere § 141 BGB ist nicht anwendbar

**BAG NZA 2005, 465 ff.**

⇒ Änderungsvorbehalt im Formulararbeitsvertrag verstößt ohne konkrete Angabe von Widerrufsgründen gegen § 308 Nr.4 BGB

⇒ zur Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung bei Altverträgen zur Vermeidung einer unzulässigen Rückwirkung der Modernisierung des Schuldrechts

**BAG Life & Law 2006, Heft 1, 20 ff. = NJW 2005, 3305 ff.**

⇒ Zur Zulässigkeit einer formularvertraglichen 2-stufigen Verfallfrist

**BAG Life & Law 2004, 671 ff. = NZA 2004, 727 ff. = ZIP 2004, 1277**

⇒ Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag verstößt nicht gegen § 309 Nr. 6 BGB

***[In Bayern bereits geprüft 2005/II !!!]***

⇒ **HEMMER/WÜST Arbeitsrecht, Rn. 409b**

**BAG Life & Law 2004, Heft 8, 527 ff. = NZA 2004, 597 ff.**

⇒ Widerruf eines Aufhebungsvertrages eines Arbeitsvertrages gem. § 312 I Nr. 1 BGB ist nicht möglich; zur Anfechtung nach § 123 BGB wegen widerrechtlicher Drohung

***[In Bayern bereits geprüft 2005/II !!!]***

⇒ **HEMMER/WÜST Arbeitsrecht, Rn. 353 ff.**

## Zivilrecht

**Ganz generell gilt:** Die § 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf wurden in Bayern noch nicht auf Examensniveau geprüft. Der Verbrauchsgüterkauf mit all seinen Problemen ist daher absolut heiß für diesen Termin.

Dies gilt auch für den privilegierten Regress des vom Verbraucher in Anspruch genommenen Untrenehmers bei dessen Lieferanten, §§ 478, 479 BGB.

Die Life & Law hat diese Probleme (mit Ausnahme der §§ 478, 479 BGB) alle dargestellt.

Lesen Sie zusammenfassend und als Anregung für ein vertieftes Nacharbeiten **TYROLLER, Life & Law 2006, Heft 8, Der Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) in der Rechtsprechung!**

**Zu §§ 478, 479 BGB empfehlen wir Ihnen neben dem Skript Schuldrecht II, Rn. 473 ff. den Aufsatz von Tiedtke/Schmidt, Der Händlerregress im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs in ZIP 2005, Heft 16, 681 ff.**

**BGH NJW 2006, 1662 ff. = Life & Law 2006, Heft 7, 433 ff. (sehr wichtig!)**

⇒ hinsichtlich des geltend gemachten Verzugschadens kommt es bei der Sicherungsabtretung nicht auf die Verhältnisse beim Zessionar, sondern auf diejenigen beim Zedenten an.

- 1.)** Ansprüche auf Schadensersatz **neben** der Leistung stehen nach erfolgter Abtretung dem Zessionar zu.
- 2.)** Bei der Sicherungsabtretung vor Eintritt der Verwertungsreife muss der Anspruch auf den Verzugschaden aber nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation an den Zedenten zurückabgetreten werden.
- 3.)** Für die Höhe des Schadens insbes. der Zinshöhe kommt es in diesem Fall auf die Person des Zedenten an.

**BGH NJW 2005, 1039 ff. = OLG Stuttgart Life & Law 2004, 723 ff.**

⇒ Agenturgeschäfte im Zusammenhang mit einer „Inzahlung-Gabe“

***[In Bayern wurde die Inzahlunggabe im Termin 2005/II geprüft;  
allerdings ohne diese wichtige Problematik!!!]***

Lange Zeit traten die Kfz-Händler nur als Vermittler hinsichtlich des in Zahlung zu gebenden Kfz zwischen dem Käufer und dem Käufer dieses (alten) Kfz auf, um zu vermeiden, dass hinsichtlich des Verkaufes des Alt-Kfz der volle Kaufpreis der Umsatzsteuer nach § 3 I UStG unterliegt (sog. „**Agenturmodell**“).

Allerdings hat der Gesetzgeber am 01.07.1990 die Differenzbesteuerung gem. § 25a UStG eingeführt, wonach hinsichtlich des erworbenen und wieder veräußerten Altwagens nur noch die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis umsatzsteuerpflichtig ist. Dadurch wurde gesetzlich der Zustand eingeführt, der durch das Agentur-Modell herbeigeführt werden sollte. Das Agentur-Modell hatte damit zwischenzeitlich seinen Zweck verloren.

Schon jetzt ist aber zu erkennen, dass das Agenturmodell wegen der strengen Haftung beim Verkauf eines Unternehmers (Autohändler) an einen Verbraucher (sog. „Verbrauchsgüterkauf“, vgl. § 474 ff.) zumindest bei den von einem Verbraucher in Zahlung gegebenen Wagen eine Renaissance erfährt.

Da der Verkäufer dann der Verbraucher und nicht der Händler ist, sind die Mängelrechte bei „Gebrauchten“ in weitem Umfang abdingbar. Dies wäre wegen § 475 I S.1 BGB nicht der Fall, wenn der Händler den in Zahlung gegebenen Wagen im eigenen Namen in seiner Eigenschaft als Unternehmer verkauft.

Strittig ist in diesen Fällen, ob eine unzulässige Umgehung der Verbrauchsgüterkaufvorschriften vorliegt, (§ 475 I S.2 BGB)<sup>1</sup>.

In der Diskussion um die Neufassung des Kaufrechts im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung ist für den Gebrauchtwagenhandel auf das Agenturgeschäft und die Gefahr einer Umgehung des angestrebten verstärkten Verbraucherschutzes hingewiesen worden<sup>2</sup>. Der in diesem Zusammenhang erhobenen Forderung, die Möglichkeit einer Umgehung der strengen Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs durch ein Ausweichen auf Agenturgeschäfte von vornherein zu verhindern, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt.

Das lässt nur den Schluss zu, dass Agenturgeschäfte auch im Bereich des gewerblichen Handels mit gebrauchten Sachen Privater jedenfalls **nicht generell** als **Umgehungsge-  
schäfte** im Sinne des § 475 I S.2 BGB angesehen werden können<sup>3</sup>.

Nach einer im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung kann jedoch im Einzelfall eine Umgehung des für den Verbrauchsgüterkauf bezweckten Verbraucherschutzes anzunehmen sein, wenn das Agenturgeschäft missbräuchlich dazu eingesetzt wird, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern<sup>4</sup>.

Entscheidende Bedeutung kommt hierbei auch der Frage zu, wie bei wirtschaftlicher Betrachtung die Chancen und Risiken des Gebrauchtwagenverkaufs zwischen dem bisherigen Eigentümer des Fahrzeugs und dem Fahrzeughändler verteilt sind.

Hat der Händler den „Gebrauchten“, den er **„im Kundenauftrag“** weiterveräußert, in Zahlung genommen und dem Eigentümer des Fahrzeugs einen bestimmten Mindestverkaufspreis für das Altfahrzeug garantiert und den entsprechenden Teil des Kaufpreises für den „Neuen“ gestundet hat, so gilt folgendes:

Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist in diesen Fällen von einem Ankauf des Altfahrzeugs durch den Händler und nicht von einer Ersetzungsbefugnis auszugehen.

Das hat zur Folge, dass er beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens als dessen Verkäufer anzusehen ist und das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 475 I S.2 BGB keine Anerkennung finden kann.

Hat dagegen der Neuwagenkäufer das Risiko des Weiterverkaufs seines bisherigen Fahrzeugs zu tragen, so ist das Agenturgeschäft auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu akzeptieren; ein Umgehungstatbestand ist dann nicht anzunehmen.

---

1 HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn. 461

2 REINKING, DAR 2001, 8 [10]

3 REINKING/EGGERT, Der Autokauf, 8. Aufl., Rn. 976

4 MÜLLER, NJW 2003, 1975 [1978 f.]; BAMBERGER/ROTH/FAUST, § 474 Rn. 7; MüKo, § 474 Rn. 19 und § 475 Rn. 30; REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, Rn. 758

Der BGH hat diese Frage in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (OLG Stuttgart<sup>5</sup>) dahingehend entschieden, dass die Gebrauchtwagenagentur nicht generell verboten werden könne<sup>6</sup>.

Nur in Missbrauchsfällen läge eine unzulässige Umgehung vor. Dies sei aber erst dann der Fall, wenn der Händler dem in Zahlung gebenden Verbraucher einen Mindestpreis garantiere und so das wirtschaftliche Risiko der Inzahlungnahme übernommen habe.

Nach einer M.M. stellen Agenturverträge generell eine unzulässige Umgehung i.S.d. § 475 I S.2 BGB dar. Zulässig sollen Agenturgeschäfte nur dann sein, wenn der Agent kein unternehmerischer Verkäufer von Gebrauchtwagen sei. Als Beispiel werden die Gebrauchtwagenmärkte am Wochenende genannt, bei denen ein Geschäftsmann sein Gelände als Stellplatz für Verkäufer vermietet. Selbst wenn der Vermieter ein Unternehmer ist, ist dies unschädlich, da er kein unternehmerischer Verkäufer sei.<sup>7</sup>

Dieser nur vereinzelt vertretenen Ansicht hat der BGH nun völlig zu Recht eine Absage erteilt. Im Gegenteil. Es wäre sogar überzeugend, ein Umgehung in solchen Drei-Personen-Verhältnissen stets zu verneinen und eine Haftung des Verkäufers aus c.i.c über §§ 280 I, 311 III S.2 BGB zu begründen<sup>8</sup>.

### **Literatur-Tipps:**

- **TYROLLER, Life & Law 2006, Heft 8, Aufsatz zum Verbrauchsgüterkauf**
- **MAULTZSCH, ZGS 2005, Heft 5, 175 ff. (sehr gut !)** ⇒ er verneint (zu Recht) generell das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts i.S.d. § 475 I S.2
- **KATZENMEIER, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel, in NJW 2004, 2632 f.** ⇒ lesenswert und kurz (2 Seiten)
- **HOFMANN, JuS 2005, 8 ff. (kaum überzeugend und widersprüchlich!)** ⇒ er möchte noch großzügiger das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts i.S.d. § 475 I S.2 bejahen
- **K. SCHMIDT, JuS 2006, 1 [7 f.]** ⇒ Zusammenfassung des Streitstandes

---

5 **Life & Law 2004, 723 ff. = NJW 2004, 2169 f.**

6 BGH NJW 2005, 1039 ff.

7 Hofmann in JuS 2005, 8 [11]

8 So überzeugend Katzenmeier, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2004, 2632 ff.

**Wann ist eine „Aliud-Lieferung“ als Mangel i.S.d. § 434 III BGB anzusehen? Kann ein wertvolleres „Aliud“ kondiziert werden?**

*⇒ das wurde in Bayern noch nicht im Examen geprüft !!!*

**Fundstellen:** HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn. 132 ff.  
TIEDTKE/SCHMIDT in JZ 2004, 1092 ff. (= Heft 22)

In diesem Zusammenhang kann auch die Zuweniglieferung relevant werden.

Liefert der Verkäufer eine zu geringe Menge, wird auch dies einem Sachmangel gleichgestellt, § 434 III Alt.2 BGB. Diese Gleichstellung greift aber nur dann, wenn mit der Lieferung ersichtlich der gesamte Vertrag erfüllt werden sollte. Liefert der Verkäufer indes „offen“ zu wenig, und weist der Käufer diese Teillieferung nicht gem. § 266 BGB zurück, besteht bzgl. der Restmenge der originäre Erfüllungsanspruch aus § 433 I S.1 BGB fort.

Setzt der Käufer dann dem Verkäufer fruchtlos eine Frist zur Nacherfüllung, kann er Schadensersatz statt der ganzen (!) Leistung gem. § 281 I S.2 BGB nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Das wird etwa bei der Lieferung von zu wenig Wein einer Sorte dann bejaht, wenn der Wein für ein Bankett vorgesehen war, und der Käufer unbedingt eine einheitliche Sorte benötigt.

Handelt es sich um eine verdeckte Teillieferung, kann der Käufer gem. § 437 Nr.1, 439 Nachlieferung verlangen. Setzt er diesbezüglich wiederum eine Frist, die fruchtlos abläuft, kann er nach dem Gesetzeswortlaut gem. § 437 Nr.3, 281 I S.3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung bereits dann verlangen, wenn die Pflichtverletzung erheblich ist. Die Voraussetzungen dafür sind geringer als für den Interessenwegfall.

Da es aber unbillig wäre, im einen Fall nur unter strengeren Voraussetzungen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen zu können, als im anderen Fall, ist nach überzeugender Ansicht trotz der Gleichstellung in § 434 III die Zuweniglieferung wiederum wie eine Teilleistung zu behandeln, sobald man über die Verweisung des § 437 BGB in die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts gelangt.

Gleiches gilt für den Rücktritt, vgl. § 323 V S.1 bzw. S.2 BGB.

**Reichweite des Beschaffenheitsbegriffs gem. § 434 I S.1 BGB**

Im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverhältnis des Mängelrechts zur cic stellt sich die Frage, ob auch mittelbare Beziehungen einer Sache zu ihrer Umwelt zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden können. Dies ist deshalb relevant, weil bei Vorliegen eines Mangels eine Haftung aus cic entfällt, soweit sich die vorvertragliche Pflichtverletzung auf die Mangelhaftigkeit bezieht (nur bei Arglist bleibt cic anwendbar, str.).

Je weiter man den Mangelbegriff ausdehnt, desto häufiger wird die cic in diesem Zusammenhang verdrängt. Dies kann deshalb von Bedeutung sein, weil die cic auf das negative Interesse gerichtet ist, ohne auf das positive Interesse beschränkt zu sein. Die Anwendung kann also für den Käufer von Vorteil sein. Nach h.M. entspricht es jedoch der Systematik des § 434 I BGB sowie der Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeiten einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu beschränken und dies den Parteien zu überlassen, wie die Sache zu beschaffen sein hat.

**Zur Vertiefung:** Fälle 1 und 2 SchuldR-BT  
OLG Hamm, Life and Law 2005, 669 ff. Verhältnis c.i.c. zu §§ 434 ff. BGB

## Der Anwendungsbereich von § 284 BGB

**§ 284 BGB ist eine absolut examensrelevante Vorschrift!!! Ohne die Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung ins Examen zu gehen wäre grob fahrlässig.**

**Bsp. (Stadthallenfall):** Partei mietet Halle für Wahlwerbeveranstaltung. Zu diesem Zwecke werden im Vorfeld der Veranstaltung Werbeartikel verteilt. Kosten: 1.000 €. Die Stadt verweigert die Zurverfügungstellung der Halle zu Unrecht. Daraus resultiert für die Partei ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 283 BGB.

**Problem:** Hier wird der Gläubiger so gestellt, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte. Dann aber wären die Kosten für Werbung auch angefallen. Positives Interesse demnach (-). Frage: Anwendbarkeit der Rentabilitätsvermutung? (dazu gleich): (-), da keine erwerbswirtschaftlichen Aufwendungen. Vor Einfügung des § 284 BGB konnte in diesen Fällen kein Aufwändungsersatz verlangt werden. Jetzt kann die Partei auf diese Anspruchsgrundlage ausweichen. Ersatz damit (+).

**Zur Vertiefung: Fall 9 SchuldR-AT**

**Abwandlung:** Die Stadthalle wird für eine kommerzielle Veranstaltung angemietet. Wiederum werden im Vorfeld Aufwendungen getätigt, diesmal im Hinblick auf den kommerziellen Zweck.

⇒ **§ 283 BGB? (+)**, da die Rentabilitätsvermutung greift. Nach dieser wird vermutet, dass die Aufwendungen im Rahmen der Einnahmen zumindest derart aufgefangen worden wären, dass die Veranstaltung ohne Verlust ausgegangen wäre. Es wird also vermutet, dass die Aufwendungen rentabel gewesen wären. Kann der Schuldner nicht das Gegenteil beweisen, ist der Anspruch auf SE statt der Leistung gegeben.

⇒ **§ 284 BGB?**

Alternativ kann der Gläubiger Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Frage? Gilt die Vorschrift überhaupt für sog. erwerbswirtschaftliche Aufwendungen? Nach h.M. ja. Es entsprach zwar der Intention des Gesetzgebers, eine Regelung zu schaffen für ideelle Aufwendungen (s.o.), da die Rentabilitätsvermutung mangels Gewinnerzielungsabsicht in diesen Fällen nicht greift. Gleichwohl differenziert der Wortlaut nicht nach der Art der Aufwendungen. Es besteht in solchen Fällen Anspruchskonkurrenz. So hat das OLG Stuttgart entschieden, vgl. Life and Law 2005, Heft 1 S.1 ff. Diese Entscheidung hat der BGH im letzten Jahr bestätigt (Life and Law 2005, 719 ff.).

Geklärt wurde in diesem Rahmen auch, dass die Anwendung des § 284 BGB auf erwerbswirtschaftliche Aufwendungen nicht dazu führt, in diesen Fällen die Rentabilitätsvermutung nicht mehr anzuwenden, etwa weil es ja eine gesetzliche Regelung gebe. Es besteht insoweit Anspruchskonkurrenz, so dass beim Entstehen weiterer Schadenspositionen der Weg über die entsprechende Schadensersatzanspruchsgrundlage vorzuziehen ist.

Des Weiteren wurde in der Entscheidung die Reichweite der Rentabilitätsvermutung bei erwerbswirtschaftlichen Aufwendungen zu § 284 BGB abgegrenzt. Die Rentabilitätsvermutung ist nur anwendbar auf solche Aufwendungen, die unmittelbar mit dem Erhalt der geschuldeten Leistung im Zusammenhang stehen (z.B. Notarkosten, Maklerkosten beim Grundstückserwerb). § 284 BGB kann solche Aufwendungen bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen sehr wohl erfassen!

**Vertiefungshinweis:** Zur Reichweite der Rentabilitätsvermutung LG Bochum, NJW 2004, 74 ff. bzw. Lorenz, NJW 2004, 26 ff.

**Absolute Pflichtlektüre, egal wie eng die Zeit vorm Examen wird!!!!**

**1.**

Die Rentabilitätsvermutung ist nur anwendbar auf die Investitionen, die unmittelbar mit dem Erwerb zusammenhängen (z.B. Notarkosten, Grundbuchamt, Maklerkosten).

**2.**

Der Käufer einer mangelhaften Sache hat auch dann gemäß § 284 BGB Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen, wenn er wegen des Mangels vom Kaufvertrag zurücktritt.

**3.**

Der Anspruch aus § 284 BGB ist nicht gemäß § 347 II BGB auf den Ersatz notwendiger Verwendungen oder solcher Aufwendungen beschränkt, durch die der Verkäufer bereichert wird.

**4.**

§ 284 BGB erfasst auch Aufwendungen für kommerzielle Zwecke.

**5.**

Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft erweist, sind in der Regel vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind.

**Vertiefungshinweis: Tyroller, Kurzaufsatz zu Problemen des § 284 BGB, Life & Law 2005, 790 ff.**

**Anwendungsbereich des § 476 BGB**

Der BGH hat nun zur Frage der Anwendbarkeit erneut entschieden, **Life and Law 2006, 6 ff. (Pflichtlektüre!!!)**, und dort seine sehr stark kritisierte Rechtsprechung (**Life and Law 2004, 645 ff. und jetzt für Tiere bestätigt in Life & Law 2006, Heft 8, Seite 507 ff. ⇒ auch Pflichtlektüre**) verteidigt und bestätigt. Damit ist dies trotz des jungen Alters der Vorschrift bereits ein Klassiker des neuen Schuldrechts!!

Folgendes Problem: Ein gebraucht gekaufter PKW erleidet 4 Monate nach Gefahrübergang einen Motorschaden. Nach § 434 I BGB müsste nun der Käufer beweisen, dass der Wagen bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. § 476 BGB will dem Verbraucher bei diesen Beweisschwierigkeiten helfen. In welchem Umfang, ist heftig umstritten.

Nach Ansicht der Literatur wird generell vermutet, dass die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich irgendein Mangel nach Gefahrübergang zeige. Das wird vom Wortlaut der Vorschrift gestützt, denn die Vermutung bezieht sich nicht darauf, dass der aufgetretene Mangel bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei, sondern halt irgendein Mangel. Der BGH sieht das grundlegend anders. Er geht davon aus, dass bezogen auf den aufgetretenen Mangel vollkommen unbestreitbar nicht vermutet werden kann, dass dieser schon bei Gefahrübergang vorhanden war. Das trifft soweit zu. Der Motorschaden war bei Gefahrübergang noch nicht vorhanden.

Da die Vorschrift also bezogen auf den Motorschaden keine Vermutung aufstelle, § 476 BGB aber an der Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels keine Erleichterungen geben wolle, sei zunächst vom Käufer zu beweisen, ob es für den Motorschaden einen sog. Grundmangel gegeben habe. Erst wenn der Käufer diesen Nachweis führen kann, greift nach BGH die Vermutung ein, dass dieser Mangel bei Gefahrübergang vorhanden gewesen ist.

**Hintergrund:** in der 2004'er Entscheidung hatte ein Gutachter festgestellt, dass der Motorschaden entweder auf einem sog. Grundmangel beruhe oder aber auf einem Fahrfehler des Käufers (falscher Gang eingelegt).

Der Käufer müsse erst einmal beweisen, dass der Grundmangel vorgelegen habe, erst dann könne § 476 BGB dem Verbraucher helfen.

Beachten Sie diesbezüglich: diese Rechtsprechung gilt nur für solche Mängel, bei denen es mehrere mögliche Ursachen gibt, u.a. eben einen sog. Grundmangel. Handelt es sich bei dem Mangel um eine Beule am Kotflügel eines KfZ ist nach Ansicht des BGH von vorneherein klar, dass diese Beule nicht auf einem Grundmangel (quasi aus dem KfZ heraus) beruhen kann, sondern auf einer Einwirkung von außen. Hier greift dann – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – die Vorschrift unmittelbar, **Life and Law 2006, 6 ff.**

Eine erneute Entscheidung, die in der Märzausgabe der Life and Law 2006 besprochen werden wird, bestätigt erneut die Rechtsprechung. Machen Sie sich klar, dass die Literatur einstimmig den BGH kritisiert. Hier werden sich definitiv mehrere Klausurersteller „herausgefordert fühlen“, eine Klausur zu dem Thema zu stellen. Sie müssen dann vor allem klausurtaktisch entscheiden, wem sie folgen wollen. Die besseren Argumente (Verbraucherschutz, Wortlaut der Vorschrift) sprechen für die Literatur!

**Vertiefungshinweis:** **HEMMER/WÜST, Schuldrecht II (ab 4. Auflage), Rn. 466 ff. BGH LL 2004, 645 ff. und BGH LL 2005, 88 ff.**

**BGH LL 2006, 1 ff. mit vielen weiteren Nachweisen zur „SELBSTVORNAHME IM KAUFRECHT!“**

Hier müssen Sie topfit sein !!! Der BGH hat dies jetzt schon 3 Mal entschieden. Zuletzt am 07.12.2005 (Az.: VIII ZR 126/05). Download unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

***[In Bayern bereits geprüft im Termin 2004/II, allerdings bevor der BGH diese Frage entschieden hatte ⇒ von daher erneut ein heißer Tipp]***

**1.**

Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er nicht gemäß § 326 II S. 2, IV BGB (auch nicht analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern (Bestätigung von BGH Life & Law 2005, 351 ff. = BGH NJW 2005, 1348 ff.).

**2.**

Ein Rückgriff auf die Regeln der GoA ist aus Konkurrenzgründen nicht zulässig.

**Weitere wichtige Entscheidungen zum Mängelrecht:**

Zur Frage, ob auch bei einer Nacherfüllung im Rahmen eines beiderseitigen Handelskaufs § 377 HGB gilt. Der BGH bejaht dies: **Life and Law 2005, 726 ff.,**

Zur Frage nach der Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen **Life and Law 2005, 661 ff.** mit ausführlichem Background zu den verschiedenen Konstellationen, die es zu unterscheiden gilt.

Zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung, **Life and Law 2006, 439 ff.,**

Zur Frage, ob nach Fristablauf und Erfüllungsverlangen noch auf den Rücktritt ausgewichen werden kann: **Life and Law 2006, 367 ff.**,

**OLG Naumburg Life and Law 2005, Heft 8, 510 ff. = NJW 2005, 739 ff.**

**1.**

Erwirbt der Leasinggeber das vom Verbraucher ausgesuchte Leasinggut beim Lieferanten, so kann sich der Verkäufer gegenüber dem Leasingnehmer auf den beim Kauf zwischen den Unternehmern vereinbarten Ausschluss der Gewährleistungsansprüche berufen.

**2.**

Eine zur Umgehung des Verbrauchsgüterkaufs geeignete anderweitige Gestaltung i.S.v. § 475 I S. 2 BGB ist ein so abgewickeltes Finanzierungsleasinggeschäft nicht.

Der BGH hat diese Entscheidung des OLG Naumburg am 21.12.2005 ausdrücklich bestätigt. Az.: VIII ZR 85/05; Download unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

***Unser Geheim-Tipp (wie auch das Agentur-Modell !!!)  
Wiederholen Sie daher auch Fall 11, Schuldrecht-BT !!!***

**BGH ZIP 2006, 68 ff. = Life & Law 2006, Heft 3, 149 ff.**

**1.**

An der gefestigten Rechtsprechung des BGH zur entsprechenden Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters einer GmbH wird festgehalten.

**2.**

Der Geschäftsführer einer GmbH betreibt kein Gewerbe und ist daher weder Kaufmann noch Unternehmer, sondern Verbraucher.

**3.**

Die in der Literatur zum Teil bejahte Gleichstellung dieser Geschäftsführungsorgane mit den Kaufleuten des Handelsgesetzbuches oder kaufmannsähnlichen Personen entspricht nicht der Vorstellung des Gesetzgebers und überschreitet die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung.

**4.**

Der Schuldbeitritt eines Verbrauchers zu einem Kreditvertrag erfüllt nur dann das Schriftformerfordernis, wenn der Beitretende vor der Begründung der Mithaftung über alle Kreditkonditionen i.S.d. § 492 I S.5 BGB schriftlich informiert worden ist.

**5.**

**Eine Heilung nach § 494 II BGB setzt voraus, dass dem Beitretenden das Darlehen ausbezahlt worden ist.**

**BGH FamRZ 2006, 194 = LL 2006, 170**

Zu den mitwirkungspflichtigen Verwaltungsmaßnahmen gemäß § 2038 I S. 2 BGB zählen grundsätzlich auch Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände. Die Beurteilung, ob eine Veränderung wesentlich i.S. von §§ 745 III S. 1, 2038 II S. 1 BGB ist, richtet sich nach dem gesamten Nachlass und nicht den einzelnen davon betroffenen Nachlassgegenständen.

**BGH Life & Law 2004, 300 ff. = NJW 2004, 1243 f. sowie BGH Life and Law 2006, 451 ff.**

Mit einem der schwierigsten und daher auch examensrelevanten Problematik im Zusammenhang mit der Teilklage hat sich nun auch der BGH zu befassen gehabt. Es ging um die Zulässigkeit einer offenen Schmerzensgeldteilklage sowie um Fragen der Rechtskraft und Verjährung

**Beispiel:** *Der A nimmt den B wegen gravierender Verletzung auf Zahlung von Schmerzensgeld in Anspruch. Es besteht die Gefahr, dass es bei A zu erneuten Operationen bis hin zu einer Schulterprothese kommen könnte.*

**A klagt deshalb zunächst einen Teilbetrag des ihm zustehenden Schmerzensgeldes in Höhe von 5.000,- € ein. Es sollen nur die Verletzungsfolgen, die bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind, berücksichtigt werden. Ist die Teilklage zulässig?**

Problematisch ist hier, ob es A offen steht, seinen Anspruch auf Schmerzensgeld auch im Wege einer Teilklage geltend zu machen. Dies ist eine Frage der ausreichend bestimmten Angabe des Klagegegenstandes im Rahmen von § 253 II Nr. 2 ZPO. Will der Kläger nur einen Teil seiner angeblich höheren Gesamtforderung, geltend machen, muss er die einzelnen Teile genau bezeichnen, um den Streitgegenstand überhaupt der materiellen Rechtskraft zuführen zu können.

Der Grundsatz der **Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes** gebietet es zunächst, die Höhe des dem Geschädigten zustehenden Schmerzensgeldes aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände unter Einbeziehung der absehbaren künftigen Entwicklung des Schadensbildes zu bemessen.

Es ist ständige Rechtsprechung, dass mit einer *unbeschränkten Schmerzensgeldklage* alle unfallbedingten Verletzungsfolgen abgegolten, die:

- bereits eingetreten und objektiv erkennbar waren
- oder deren Eintritt vorhersehbar war und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte.

Nicht erfasst von der Rechtskraft werden lediglich solche Verletzungsfolgen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung *nach der Kenntnis der medizinischen Fachkreise* noch nicht objektiv vorhersehbar waren und mit denen nicht (ernstlich) zu rechnen war (vgl. dazu BGH NJW 2001, 3414).

**Anmerkung:** Das bedeutet, dass der Geschädigte eine neue Klage nur auf solche Schäden stützen kann, die vom ersten Prozess nicht erfasst wurden, und es sich damit um einen neuen Streitgegenstand handelt. Das im ersten Prozess zugesprochene Schmerzensgeld wird auch als sog. „*Teilschmerzensgeld*“ bezeichnet.

Da aber insbesondere bei schweren Verletzungen das Eintreten weiterer Schäden und Verletzungsfolgen als möglich vorhersehbar ist, steht der Geschädigte vor dem Problem, dass praktisch alle möglichen Spätfolgen von einem zuerkannten Schmerzensgeld erfasst sind.

Einer weiteren Schmerzensgeldklage stünde damit die Rechtskraft des ersten Schmerzensgeldurteils entgegen.

Dies ist deswegen „unangenehm“, weil lediglich mögliche Spätfolgen bei der Bemessung des Schmerzensgeldbetrages nur unzureichend berücksichtigt werden, weil solche Folgen eben nur möglich sind.

**Merke: Das Schmerzensgeld ist umso niedriger, je geringer die Wahrscheinlichkeit des Eintritts möglicher Spätfolgen ist.**

Treten nun die Spätfolgen aber tatsächlich ein, so kann der Geschädigte diese Beträge nicht mehr einklagen wegen entgegenstehender Rechtskraft, auch wenn diese Folgen im Urteil nur sehr unzureichend berücksichtigt wurden.

Diesem Problem kann man aber dadurch entgehen, indem man eine *offenen Teilklage* erhebt und darauf hinweist, dass ein weiterer Schmerzensgeldbetrag wegen der unsicheren weiteren Folgen nicht verlässlich beziffert werden kann.

Ein Problem der Teilschmerzensgeldklage bleibt aber bestehen: Mit einer Teilklage wird nur die Verjährung hinsichtlich des eingeklagten Teilbetrages gehemmt, sodass hinsichtlich echter *Spät*folgen dieses Vorgehen auch zum Eigentor werden kann. Die Verjährung beginnt nämlich gem. § 199 I BGB zu laufen und endet nach drei Jahren.

Das prozesstaktisch klügste Vorgehen wäre es,

- eine offene Teilschmerzensgeldklage zu erheben und
- eine Feststellungsklage, dass der Schädiger verpflichtet ist, alle künftigen immateriellen Schäden zu ersetzen.

Nur mit diesem Feststellungsurteil kommt der Geschädigte in den Genuss der 30-jährigen Verjährung des § 197 I Nr. 3 BGB.

**BGH Life & Law 2003, 765 ff. = NJW 2003, 3134 ff.**

Die Aufrechnung im Prozess führt zu einer Erledigung des Rechtsstreits nach Rechtshängigkeit. Daran ändert auch die ex-tunc-Fiktion des § 389 BGB nichts !

**Fundstellen: HEMMER/WÜST ZPO I, ab 7. Auflage, Rn. 353 (Falllösung)**

**Widerruf gem. § 355 BGB und Präklusion gem. § 767 II ZPO**

***Dies wurde im Zweiten Bayerischen Staatsexamen 2005 geprüft !!! Sehr heiß, da es eine weitere interessante BGH Entscheidung zur Präklusion gibt!! – dazu unten)***

Wird der Käufer einer Sache, z.B. in einer Überrumpelungssituation an der Haustür, nicht über sein Widerrufsrecht gem. § 312 BGB belehrt, läuft gem. § 355 III S.3 BGB die Widerrufsfrist nicht. Erlangt der Verkäufer sodann einen rechtskräftigen Zahlungstitel gegen den Käufer, stellt sich die Frage, ob sich der Käufer, der danach den Widerruf vom Vertrag erklärt, im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 I ZPO gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Titel wehren kann.

Der Widerruf müsste dafür eine neue Einwendung i.S.d. § 767 II ZPO sein. Das ist im Sinne ständiger BGH-Rechtsprechung bei Gestaltungsrechten deshalb problematisch, weil der BGH bei Gestaltungsrechten für die Neuheit einer Einwendung nicht auf die Gestaltungserklärung, sondern auf die Gestaltungslage abstellt.

Bestand die Gestaltungslage bereits bei Ende der letzten mündlichen Verhandlung, kann nach BGH eine Verteidigung gegen die Zwangsvollstreckung nicht erfolgreich auf die Ausübung des Gestaltungsrechts gestützt werden.

Fraglich ist, ob diese zum Schutze der Rechtskraft sehr strenge Rechtsprechung auch für das Widerrufsrecht aus § 355 BGB gilt. Dagegen sprechen zum einen Gründe des Verbraucherschutzes, zum anderen der Umstand, dass der Widerruf seiner Natur nach keiner Begründung bedarf. Daher gibt es gar keine „Gründe, auf denen sie beruhen“ i.S.d. § 767 II ZPO. Zum anderen wurde durch die Regelung des § 355 III S.3 BGB verdeutlicht, dass eben gerade keine nur begrenzte Widerrufsmöglichkeit bestehen soll, wenn keine ordnungsgemäße Belehrung erfolgte.

### **Zur Vertiefung: Fall 10 Kursprogramm HGB**

#### **BGH Life and Law 2005, 748 ff.**

Hier geht es um einen Fall, in dem im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung keine Aufrechnungslage bestand, so dass der Vollstreckungsschuldner auch nicht hätte aufrechnen können. Der Vollstreckungsgläubiger meinte gleichwohl, die dann später erfolgte Aufrechnung nach Eintritt der Aufrechnungslage sei präkludiert gewesen gem. § 767 II ZPO, weil der Vollstreckungsschuldner bereits im Erkenntnisverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, die Gestaltungslage herbeizuführen und somit schon früher die Aufrechnung zu erklären.

Der BGH hat dieses Argument zu Recht zurückgewiesen und die Präklusion verneint. Entscheidend sei die Existenz der Aufrechnungslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Sei sie zu dem Zeitpunkt nicht gegeben gewesen, egal aus welchem Grund, komme eine Präklusion gem. § 767 II ZPO nicht in Betracht.

Der Vollstreckungsschuldner könne nicht gezwungen werden, u.U. gegen seine Interessen zu handeln und eine Gestaltungslage durch Schaffung der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs (hier Fristsetzung) zu begründen. Wann der Vollstreckungsschuldner eine Frist zur Mängelbeseitigung setze, sei in den Grenzen der Verjährung seine Entscheidung.

#### **BGH Life and Law 2005, Heft 8, 525 ff. = NJW 2005, 2086 ff.**

§ 130 Nr. 6 ZPO ist bei bestimmenden Schriftsätzen zwingend.

Computerfax ohne eingescannte Unterschrift reicht nicht

#### **BGH Life and Law 2006, Heft 2, 95 ff. = NJW 2005, 2709 f.**

Ein mittels Blankounterschrift des Rechtsanwalts weisungsgemäß erstellter bestimmender Schriftsatz erfüllt die gesetzlichen Formerfordernisse nur dann, wenn der Rechtsanwalt den Inhalt des Schriftsatzes so genau festgelegt hat, dass er dessen eigenverantwortliche Prüfung bestätigen kann. An einer solchen Festlegung fehlt es, wenn der Entwurf einer Berufungsbegründung nach stichwortartig fixierten Vorgaben des Rechtsanwalts durch einen Referendar inhaltlich überarbeitet wird, ohne dass der Rechtsanwalt die endgültige Fassung der Berufungsbegründung kennt.