Bearbeitet von stud. jur. Lars Dittrich, Greifswald*

Der unzuverlässige Rechtsanwalt – Hausarbeit im Zivilrecht

Sachverhalt

Fall 1

Rechtsanwalt R, der eine eigene Kanzlei hat, arbeitet u. a. für den Unternehmer U. Dieser hat R im Januar 2005 mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Er will seinen Betrieb eventuell umstrukturieren und möchte wissen, ob und wie er den Betriebsrat beteiligen muss. Das von R erstellte Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass U den Betriebsrat nicht zu beteiligen braucht. U verfährt entsprechend. In dem vom Betriebsrat angestrebten Verfahren vor dem Arbeitsgericht muss U neun Monate nach Übergabe des Gutachtens erfahren, dass R neuere Gesetzesänderungen übersehen hatte und daher zu einem unzutreffenden Ergebnis gekommen war. U verweigert die Bezahlung der noch offenen Rechnung von 2.500 €, da er sich aufgrund des „unbrauchbaren" Gutachtens nicht mehr an den Vertrag gebunden fühle. Bei einem zutreffenden Gutachten hätte er den Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt, und zu dem Arbeitsgerichtsprozess wäre es nicht gekommen.

Hat R einen Anspruch auf Bezahlung der Rechnung für das Gutachten?

Fall 2

Daneben hat U den R mit der Führung eines Gerichtsprozesses beauftragt. U hatte von dem Händler V im Juni 2003 eine Motoryacht für rund 32.000 € für Urlaubs- und Wochenendausflüge mit seiner Familie gekauft, weil er so den Belastungen durch seine berufliche Tätigkeit entfliehen will. In einer nach längerer Diskussion dem Kaufvertrag handschriftlich hinzugefügten Regelung sind die Rechte des Käufers bei Mängeln auf den Nacherfüllungsanspruch beschränkt worden. Nach der Lieferung versah U die neue Yacht mit zahlreichen Zusatzausrüstungen wie z. B. einem Echolot zur Ortung von Fischschwärmen und einer TV-Anlage für rund 5.000 €. Schon auf der ersten Schifffahrt zeigten sich zahlreiche Mängel der Yacht, die dem Schiff bereits bei Übergabe anhafteten und die V auch zu vertreten hatte. U erklärte nach zweimal gescheiterter Nachbesserung den Rücktritt von dem Kaufvertrag. Die von R im Namen des U erhobene Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der nutzlosen Aufwendungen für die nunmehr wieder ausgebauten Zubehörteile gegen V Zug um Zug gegen Rückgewähr der Yacht war vor dem Landgericht erfolglos. Daher beauftragte U den R Berufung einzulegen. Durch ein Versehen versäumte R die Frist für die ansonsten zulässige Berufungseinlegung.

U meint, dass die Berufung, wäre sie fristgerecht eingelegt worden, in jedem Fall Erfolg gehabt hätte. Er verlangt nun von R 37.000 € Schadenersatz. Zu Recht?

---

* Der Bearbeiter studiert Jura im 6. Semester. Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 für die Zwischenprüfung im Zivilrecht am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht der Universität Greifswald *(Prof. Dr. Hans-Werner Eckert)* mit 16 Punkten bewertet. Die Anmerkungen *(im Text kursiv)* stammen von *wiss. Mit. Ricarda Rumpel* vom genannten Lehrstuhl.

Gutachten

Fall 1

A. Anspruch des R auf Bezahlung der Rechnung aus Vertrag[1]

[Besser: Anspruch des R gegen U auf Bezahlung der Rechnung aus § 631 I]

R könnte einen Anspruch auf Bezahlung der Rechnung aus §§ 631 I 2. HS, 675 I haben. Dieser Anspruch müsste entstanden, nicht untergegangen und durchsetzbar sein.

I. Anspruch entstanden

Ein Anspruch aus §§ 631 I 2. HS, 675 I ist entstanden, wenn ein wirksamer Werkvertrag vorliegt, der zudem die Anforderungen eines Geschäftsbesorgungsvertrages erfüllt.

[Hier spielt es für den Vergütungsanspruch keine Rolle, dass diesem eine Geschäftsbesorgung zugrunde liegt. Das wäre nur dann notwenig zu besprechen, wenn die Parteien Ansprüche auf die in § 675 genannten Auftragsvorschriften stützen wollten.]

1. Vertrag

Ein Vertrag entsteht durch zwei kongruente Willenserklärungen,[2] Angebot und Annahme[3]. U unterbreitet dem R ein Angebot, indem er ihn mit dem Gutachten beauftragt. R nimmt dieses durch die Erstellung zumindest konkludent an.[4] Sie vereinbaren also die Vertragsparteien und die Leistung. Grundsätzlich muss beim Vertragsschluss aber auch die Gegenleistung fixiert werden. Es gibt jedoch auch Ausnahmen,[5] wie z. B. unentgeltliche Verträge, Dienst-[6] und Werkverträge[7], wo keine konkrete Vergütungsvereinbarung erforderlich ist. Also besteht trotz deren Fehlen ein Vertrag zwischen U und R.

[Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt wohl eher, dass eine Vergütung in Höhe von 2.500 € vereinbart ist.]

2. Rechtliche Klassifizierung des Vertrages

Fraglich ist, wie dieser Vertrag rechtlich einzuordnen ist.

a) Auftrag, § 662 *[Eher abwegig.]*

R und U könnten sich zu einem Auftrag verpflichtet haben. Gegenstand eines solchen ist die unentgeltliche Besorgung eines Geschäftes,[8] also jede Tätigkeit für einen Anderen.[9] Das Erstellen eines Gutachtens ist eine solche Tätigkeit, fraglich ist, ob auch Unentgeltlichkeit vereinbart wurde. Dafür spricht zunächst einmal der Wortlaut des Sachverhaltes „beauftragt". Der allgemeinsprachliche und der rechtliche Gebrauch des Wortes Auftrag fallen jedoch auseinander.[10] Es ist mithin durch Auslegung der Wille der Parteien zu ermitteln,[11] also, gemäß §§ 133, 157 zu fragen, was der Empfänger R als vom Erklärenden U gewollt ansehen kann.[12] Nach § 632 I ist eine Vergütung vereinbart, wenn dies den Umständen entsprechend zu erwarten ist. R erstellt als Anwalt mit eigener Kanzlei für seinen Mandanten U ein Gutachten. Dies geschieht gewöhnlich gegen Entgelt, was U im Fall auch nicht bestreitet. Auch die Vergütungshöhe, 2.500 €, für dieses wichtige und umfangreiche Gutachten, erfüllt die an sie gestellten Anforderungen. Sie ist ortsüblich, § 662 II, und angemessen, § 2 II RVG i. V. m. Nr. 2103 VV. Folglich wurde eine Gegenleistung vereinbart, also liegt kein Auftrag vor.

b) Dienstvertrag, § 611, oder Werkvertrag, § 631

[Genau! Dies war die Abgrenzung, auf die es hier ankam.]

Es könnte sich bei dem Vertrag auch um einen Dienst- oder einen Werkvertrag handeln. Abgrenzend ist zu fragen, ob ein Dienst geschuldet sein soll oder ein Erfolg.[13] Anwälte können grundsätzlich, wie Ärzte,[14] lediglich das fachgerechte Handeln, nicht jedoch einen bestimmten Erfolg,[15] etwa den Gewinn eines Prozesses, versprechen, also Dienstverträge[16] eingehen. Sie handeln somit tätigkeitsbezogen,[17] was sich auch aus dem Verbot der erfolgsabhängigen Bezahlung, § 49 b II BRAO, ergibt. Die Situation ändert sich, wenn Gegenstand des Vertrages nicht die Prozessführung sondern ein konkretes Werk wird.[18] Betrifft also der Vertrag einen festen Leistungserfolg, keine laufende Tätigkeit,[19] liegt ein Werkvertrag vor.[20] R schuldet im Fall nicht die reine Ausarbeitung, sondern das fertige Gutachten, ein fassbares Ergebnis,[21] ein Werk.

In vielen Zweifelsfällen ist diese Abgrenzung uneindeutig.[22] Alternativ bietet sich daher die Frage an, welche

1 §§ ohne weitere Bezeichnung sind solche des BGB.

2 *Hartmut Braunschneider*, BGB AT, 9. Aufl. 2002, S. 32.

3 *Rainer Wörlen*, BGB AT, 8. Aufl. 2004, Rn. 288.

4 *Dieter Schwab*, Einführung in das Zivilrecht, 15. Aufl. 2002, Rn. 472.

5 *Bernd Rüthers/Astrid Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2001, § 19 Rn. 3.

6 *Othmar Jauernig* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 612 Rn. 1.

7 *Sprau* in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 631 Rn. 1.

8 *Rainer Wörlen*, Schuldrecht BT, 6. Aufl. 2003, Rn. 298.

9 *Seiler* in: Kurt Rebmann (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. ab 1992, § 662 Rn. 12.

10 *Jauernig*, Fn. 6, § 662 Rn. 1.

11 MüKo/*Seiler*, Fn. 9, § 662 Rn. 3.

12 *Wolfgang Brehm*, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl. 2002, Rn. 404.

13 *Hartmut Oetker/Felix Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, S. 365.

14 *Jan Kropholler*, Bürgerliches Gesetzbuch – Studienkommentar, 8. Aufl. 2005, § 631 Rn. 1.

15 *Klaus Müller*, Die Pflichten des Anwalts im Zusammenhang mit der Führung des Prozesses, JR 1969, 161 (164).

16 *Heribert Hirte*, Berufshaftung – ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen, 1996, § 2 a.

17 *Kropholler*, Fn. 14, § 631 Rn. 1.

18 BGH, Urt. v. 20.10.1964 – VI ZR 101/63.

19 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, Einf. vor § 631 Rn. 8.

20 *Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl. 2004, § 22 Rn. 4.

21 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 631 Rn. 8.

22 *Raab* in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), Anwaltskommentar BGB, Bd. 2, Teilband 2, 2005, Vor §§ 631 ff. Rn. 17.

Rechtsfolge angemessen ist, insbesondere wie die Gefahrtragungspflicht verteilt werden soll.[23] Maßgebend ist also, ob R die Haftung dafür tragen soll, dass das Gutachten nach den Regeln der Kunst erstellt wurde. U war hier alleine an einem korrekten, aktuellen Gutachten interessiert. R kann dieses so erstellen, somit die Beschaffenheit auch versprechen. Folglich müssen U auch Gewährleistungsrechte zum sachgerechten Ausgleich der Interessen zustehen. Diese liefert das Werkvertragsrecht.[24]

Nach beiden Ansätzen ist das vorliegende Schuldverhältnis kein Dienstvertrag[25] und mithin auch kein Arbeitsvertrag, sondern ein Werkvertrag.[26]

c) Anwendung von Kaufrecht, § 651

Entscheidend für die Anwendung von Werk- oder Kaufvertragsrecht ist die Frage, ob ein Vertrag gemäß § 651 vorliegt.[27] Dafür müsste die Obligation zur Lieferung einer beweglichen Sache bestehen. R muss das Gutachten an U liefern. Es ist auch in einer beweglichen Sache, dem Speichermedium, verkörpert. Der Schwerpunkt eines Gutachtens ist jedoch die geistige Leistung.[28] Ihre Verkörperung hilft nur bei der Über- und Wiedergabe. Solche überwiegend geistigen Werke sind keine Sachen i. S. v. § 651.[29] Mithin ist die Vorschrift des § 651 nicht auf das Gutachten anwendbar,[30] es liegt ein reiner Werkvertrag vor.[31]

d) Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675

[Müsste nicht so ausführlich geprüft werden, da die Frage, ob dem Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zugrunde liegt, für den Vergütungsanspruch nicht von Bedeutung ist.]

Dieser könnte auch eine Geschäftsbesorgung beinhalten. Dann müsste R bei der Erfüllung des Werkvertrages[32] einer eigenständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung eines fremden Interesses nachgehen[33].

aa) Selbständige Tätigkeit

Eine Tätigkeit ist eigenständig, wenn sie Raum für eigenverantwortliche Überlegungen und Entscheidungen lässt.[34] R hat eine eigene Kanzlei und ist nicht etwa Angestellter des U, sodass ihm dieser Raum bleibt und er folglich selbständig handelt.

bb) Wirtschaftlicher Art

Das Gutachten müsste auch Bezug zum Vermögen des U haben.[35] Es betrifft dessen Unternehmen und hat maßgeblichen Einfluss auf die weiteren unternehmerischen Dispositionen des U. Also ist die Gutachtenerstellung auch eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art.

cc) Wahrnehmung fremden Interesses

Der Anwalt hat im fremden Interesse gehandelt, wenn er dem U bestehende rechtliche Obliegenheiten abgenommen hat,[36] nicht erst extra für ihn geschaffene[37]. U will seinen Betrieb erweitern. Dabei ist er eventuell verpflichtet den Betriebsrat zu beteiligen. Die Entscheidung für oder gegen einen solchen Schritt ist seine Obliegenheit. Hilft ihm R hierbei, agiert er dementsprechend in fremdem Interesse. Folglich haben R und U einen Werkvertrag geschlossen, der eine Geschäftsbesorgung beinhaltet[38].

3. Wirksamkeit

[Überflüssig, da keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.]

Der Vertrag müsste wirksam, dürfte also nicht nichtig sein.[39]

a) Allgemeines

Die voll geschäftsfähigen Vertragspartner müssten hierfür die Formvorschriften beim Vertragsschluss beachtet haben. R und U sind mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben voll geschäftsfähig. Ein Werkvertrag bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form,[40] eine Ausnahme von dieser Regel ist nicht ersichtlich. Der Vertrag ist demnach nicht unwirksam.

b) Unwirksamkeit wegen Anfechtung, § 142

Möglicherweise hat U den Vertrag jedoch angefochten. Dann müsste er unter Berufung auf einen Anfechtungsgrund die Anfechtung erklärt haben.[41] Es ist jedoch kein Anfechtungsgrund ersichtlich. Eine Auslegung der Erklärung des U ist damit entbehrlich. Er hat den Vertrag also nicht berechtigt angefochten. Folglich ist der Vertrag wirksam.

4. Fälligkeit des Anspruches

Der Zahlungsanspruch müsste auch fällig sein, U das Gutachten also abgenommen haben, § 641. Die Abnahme ist die Inbesitznahme mit der Erklärung, das Werk sei im Großen und Ganzen vertragsgemäß.[42] Ein Gutachten ist abnahmefähig.[43] U hat es körperlich übernommen, ob er es dabei prüfte, ist irrelevant.[44] Zudem hat er in den folgenden 9 Monaten keine entgegenstehende

23 *Karl-Heinz Gursky*, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 2005, S. 129.

24 *Franzen* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 22, § 611 Rn. 4.

25 Differenzierter *Jens Poll*, Die Haftung der freien Berufe am Beispiel des Rechtsanwalts, 1992, S. 78: Gutachten = Dienstvertrag, wenn Rechtsberatung Hauptmerkmal.

26 *Seiler* in: Harm Peter Westermann (Hrsg.), Erman BGB, Band 1, 11. Aufl. 2004, Vor §§ 631–651 Rn. 24.

27 *Thomas Zerres*, Bürgerliches Recht, 4. Aufl. 2002, S. 206.

28 *Heinrich Dörner/Ansgar Staudinger*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 651 Rn. 2.

29 *Michael Beckmann*, juris PraxisKommentar BGB, Bd. 2.3, Schuldrecht Teil 3, 2. Aufl. 2004, § 651 Rn. 10.

30 MüKo/*Busche*, Fn. 9, § 651 Rn. 12.

31 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 651 Rn. 5.

32 *Dörner/Staudinger*, Fn. 28, § 675 Rn. 4.

33 BGH, Urt. v. 17.10.1991 – III ZR 352/89.

34 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 675 Rn. 3.

35 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 675 Rn. 3.

36 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 675 Rn. 3.

37 *Oetker/Maultzsch*, Fn. 13, S. 580.

38 *Schwab*, Fn. 4, Rn. 424.

39 *Haimo Schack*, BGB – Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2004, Rn. 254.

40 *Klaus Tonner*, Schuldrecht – Vertragliche Schuldverhältnisse, 2005, § 26 Rn. 4.

41 *Peter Bydlinski*, Bürgerliches Recht I, 2000, Rn. 8/24.

42 *Kurt Schellhammer*, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2003, Rn. 438.

43 MüKo/*Busche*, Fn. 9, § 640 Rn. 8.

44 BGH, Urt. v. 24.11.1969 – VII ZR 177/67.

Äußerung getätigt. Folglich hat er zumindest konkludent die erforderliche Erklärung abgegeben. Mithin hat er das Gutachten abgenommen, dies beinhaltet keinen Verzicht auf Mängelansprüche,[45] begründet aber die Fälligkeit des Vergütungsanspruches.

Zwischenergebnis: Der Anspruch des R auf Werklohnzahlung ist entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein.

1. Aufrechnung, § 398

[Abwegig, da keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.]

Der Anspruch könnte durch Aufrechnung untergegangen sein.[46] Dann müsste U einen gleichartigen Anspruch gegen R haben. Zudem müsste er dieses Gestaltungsrecht ausgeübt[47] und die Aufrechnung erklärt haben, § 388. Es fehlt jedoch bereits an der Aufrechnungserklärung, mithin kann die Prüfung eines eventuellen, gleichartigen Anspruches von U gegen V entfallen. Der Anspruch ist also nicht durch Aufrechnung untergegangen.

2. Rücktritt, § 346

Er könnte jedoch durch die Einwendung des § 346 erloschen sein.[48]

a) Ansprüche erfasst

Dann müssten durch Rücktritt die Ansprüche des Vertragspartners erlöschen können. Der Wortlaut des § 346 erwähnt diese nicht. Allerdings wäre es unökonomisch, U erst leisten zu lassen, sodass er dann das Geleistete nach § 346 zurückverlangen könnte. Also entfallen durch den Rücktritt die gegenseitigen Ansprüche.[49]

b) Rücktrittsrecht

Eine Voraussetzung für einen wirksamen Rücktritt ist das Bestehen eines Rücktrittsrechtes.

aa) Vertraglich vorbehalten *[Überflüssig.]*

U könnte sich ein Rücktrittsrecht vertraglich vorbehalten haben. Der Sachverhalt macht jedoch hierzu keine Angaben. Mithin kann U sich nicht auf ein solches Recht berufen.

bb) Gesetzliches Rücktrittsrecht

Somit müsste ihm ein gesetzliches Rücktrittsrecht zustehen. Dieses könnte sich aus §§ 634 Nr. 3, 633 II 2 Nr. 1, 636, 323 ergeben.

(1) Werk mangelhaft, § 633

Dann müsste das Werk bei Abnahme[50] mangelhaft gewesen sein, also Rechts- oder Sachmängel aufgewiesen haben.[51]

(a) Rechtsmangel, § 633 III *[Überflüssig.]*

Das Gutachten könnte Rechtsmängel, also vertraglich nicht übernommene Rechte Dritter an ihm,[52] aufweisen. Weder ein solches Recht noch ein Dritter sind ersichtlich. Das Werk ist mithin frei von Rechtsmängeln.

(b) Sachmangel, § 633 II

Das Gutachten müsste folglich Sachmängel aufweisen. Ein solcher Mangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht.[53] Letztere kann sich aus verschiedenen Grundlagen ergeben.

(aa) Sachmangel nach § 633 II 1

Deren wichtigste ist die Vereinbarung der Vertragsparteien. Über eine solche schweigt sich der Sachverhalt hier aus. Allerdings kann die Übereinkunft auch konkludent erfolgen. Eine mögliche Folgerung ergäbe sich hier höchstens aus dem beiden bekannten Verwendungszweck. Dieser Schluss ist möglich und die Grenzen zu § 633 II 2 Nr. 1 sind fließend.[54] *[Achtung: Subsumtion in dieser Weise ist etwas fraglich, da sich Quellenangaben in der Regel nicht an Sachverhaltssubsumtionen befinden sollten. In der angegebenen Quelle befindet sich gewiss keine Angabe zum bearbeiteten Fall.]* Jedoch würde dadurch § 633 II 2 Nr. 1 überflüssig werden. Also liegt kein Sachmangel nach § 633 II 1 vor.

(bb) Sachmangel nach § 633 II 2 Nr. 1

Die Soll-Beschaffenheit könnte sich auch aus der im Vertrag vorausgesetzten Verwendung ergeben. Das Gutachten sollte dem U die aktuelle Rechtslage darlegen und ihm so das rechtmäßige Vorgehen ermöglichen. Das Wissen des R als beauftragtem Anwalt um dieses Ziel ist zu unterstellen. Für R bedeutet dies, dass er „gewissenhaft", § 43 BRAO, handeln muss. Die Rechtsprechung fordert für alle Werke den aktuellen Stand der Wissenschaft[55] und Technik, wobei die Maßstäbe für Anwälte streng sind.[56] Daraus folgt, dass ihre Arbeiten den neuesten[57] Gesetzen zu entsprechen haben.[58] Die Weite der beachteten Gesetze muss umfassend[59] sein.[60] Das nötige Wissen

45 MüKo/*Busche*, Fn. 9, § 640 Rn. 3.

46 *Dieter Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2005, Rn. 16.

47 *Felix Hütte/Marlena Helbron*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, Rn. 213.

48 *Hans Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, 29. Aufl. 2005, Rn. 858.

49 *Jauernig*, Fn. 6, Vor § 346 Rn. 3.

50 Analogie zu § 434 I 1 – BT-Drs. 14/7052, S. 204.

51 *Dörner*, Fn. 28, S. 65.

52 *Volker Emmerich*, BGB – Schuldrecht besonderer Teil, 10. Aufl. 2003, § 10 Rn. 11.

53 *Raab* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 22, § 633 Rn. 8.

54 *Raab* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 22, § 633 Rn. 16.

55 OLG Köln, Urt. v. 11.05.2004 – 22 U 190/30.

56 *Daniel Meßmer/Dirk Kessler*, Rechtsanwälte und due dilligence – Zulässigkeit, Haftung und versicherungsrechtliche Betrachtung, NVersZ 2000, 110 (113).

57 *Brigitte Borgmann/Karl Haug*, Anwaltshaftung: systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit, 3. Aufl. 1995, IV Rn. 35.

58 BGH, Beschl. v. 18.04.1958 – IV ZB 44/58.

59 *Hans-Jürgen Harms*, Das rechtsschutzversicherte Mandat und die Haftung des Rechtsanwalts, VersR 1990, 818 (818).

60 *Matthias Prinz*, Der juristische Supermann als Maßstab – Eine

hat sich R, falls nicht vorhanden, zu verschaffen.[61] R arbeitet laut Sachverhalt u. a. für U, hat also des Öfteren mit ihm und seinem Betrieb zu tun, was diese Forderung unterstreicht. Die von ihm übersehenen Gesetze waren auch lediglich neuer Art. Die Ist-Beschaffenheit des Gutachtens zeigt, dass dieses veraltet und unzutreffend ist und so den Zweck, die korrekte Rechtslage darzulegen nicht erfüllt. Mithin eignet sich das Werk nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung, ist also mangelhaft. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.[62]

(c) Mangelhaft bei Abnahme

Das Werk müsste auch schon bei der Abnahme mangelhaft gewesen sein.[63] U hat das Werk abgenommen, schon zu diesem Zeitpunkt müsste der Mangel vorgelegen haben (s. o.). R hat die Gesetze übersehen, folglich existierten sie schon während des Erstellens, also erst recht danach. Mithin war das Gutachten schon bei der Abnahme mangelhaft, was U auch nicht wusste, § 640 II. Somit steht ihm das Gewährleistungsrecht des § 634 Nr. 3 1. Alt. zu.

(2) Weitere Voraussetzungen

§ 634 Nr. 3 1. Alt. verweist auf das allgemeine Rücktrittsrecht des § 323, welcher weitere Anforderungen postuliert.

(a) Fällige Leistung aus gegenseitigem Vertrag

Wie bereits gezeigt, liegt ein Werkvertrag, also ein synallagmatisches Schuldverhältnis,[64] vor. Darin hat sich R zur Erstellung eines Gutachtens verpflichtet, das er bereits übergeben hat. Es war also auch fällig. Das Gutachten ist somit eine fällige Leistung aus gegenseitigem Vertrag.

(b) Pflichtverletzung nicht unerheblich, § 323 V 2

Die Pflichtverletzung, der Sachmangel,[65] dürfte auch nicht unerheblich sein, müsste also oberhalb der Bagatellgrenze liegen.[66] Wie von U ausgeführt, ist das Gutachten durch den Mangel unbrauchbar, dieser folglich keine Bagatelle und somit erheblich.

(c) Nacherfüllungsfrist, § 323 I 2. HS

Das Rücktrittsrecht des § 323 setzt die Einräumung einer Nacherfüllungsfrist oder deren Entbehrlichkeit voraus.

(aa) Nacherfüllungsfrist gesetzt, § 323 I 2. HS

U müsste demnach R eine Nacherfüllungsfrist gesetzt haben, wofür der Sachverhalt keine Hinweise gibt. Also hat U keine Frist gesetzt.

(bb) Fristsetzung entbehrlich

Die Fristsetzung könnte aber entbehrlich gewesen sein.

α) Fristsetzung entbehrlich nach § 326 V

Die Fristsetzung ist nicht erforderlich, wenn R wegen Unmöglichkeit, § 275 I, nicht zu leisten braucht, also die Leistung für ihn unerfüllbar ist[67]. Die Leistung ist in diesem Falle die Nacherfüllung, also die Nachbesserung des alten oder die Erstellung eines neuen Gutachtens. Dies ist R sehr wohl möglich. Die Nacherfüllung ist mithin nicht unmöglich und die Fristsetzung kann hiernach nicht entfallen.

β) Fristsetzung entbehrlich nach § 323 II Nr. 2

Die Fristsetzung könnte auch nach § 323 II Nr. 2 ihre Notwendigkeit verlieren. Dann müsste es sich im Fall um ein Fixgeschäft handeln, dieses also mit der Leistungszeit stehen und fallen[68]. Vorliegend fehlt es an einer dies verdeutlichenden Formulierung[69]. *[Subsumtionsstil: Bei Schürholz steht bestimmt nichts über den vorliegenden Fall!]* Möglich ist aber auch, dass besondere Umstände des Einzelfalles dem Schuldner das zeitgebundene Leistungsinteresse vermitteln.[70] Auch dazu schweigt der Sachverhalt. Zwar ist das Interesse des U an einem neuen Gutachten nach dem Prozess erloschen, dies begründet jedoch kein Fixgeschäft. R verweigert die Leistung auch nicht, mithin hätte U auch nach § 323 II Nr. 1, 2 eine Frist setzen müssen.

γ) Fristsetzung entbehrlich nach § 323 II Nr. 3

Ein Rücktritt ohne Fristsetzung ist auch möglich, wenn besondere, den sofortigen Rücktritt nach Interessenabwägung rechtfertigende Umstände vorliegen. Deren Hauptfall ist der Interessenfortfall,[71] § 326 II a. F., welcher laut Art. 25 CISG vorliegt, wenn der Schuldner die eigentlich vorgesehenen Zwecke nicht mehr verwirklichen kann.[72] Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen.[73] Wie bereits ausgeführt, wollte U, durch das Gutachten informiert, wie R wusste, rechtmäßig handeln, was, nun, nach verlorenem Prozess, aber nicht mehr möglich ist. U kann sein Ziel also nicht mehr verwirklichen. Dem stehen nur die Honorarinteressen des R für ein unbrauchbares Gutachten gegenüber. Auch ihm ist mit einer Fristsetzung nicht gedient. Folglich kostet sie lediglich Zeit.

Ein sofortiger Rücktritt ist unter diesen besonderen Umständen gerechtfertigt. Dementsprechend kann die Fristsetzung entfallen. Zum selben Ergebnis führt überschneidend § 636 3. Var.

(d) Kein Ausschlussgrund nach § 323 VI

Der Rücktritt dürfte auch nicht nach § 323 VI ausgeschlossen sein. Der Sachverhalt enthält keine Angaben zu einem Verschulden des U oder einem Annahmeverzug, zudem ist die Fehlerhaftigkeit vom Ersteller R zu ver-

Betrachtung neuerer Entscheidungen zur Anwaltshaftung, VersR 1986, 317 (318).

61 *Franz-Josef Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl. 1998, Rn. I 99.

62 *Gisbert Ansgar Kaiser*, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 2002, S. 324.

63 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 633 Rn. 2.

64 *Barbara Grunewald*, Bürgerliches Recht, 6. Aufl. 2003, § 17 Rn. 1.

65 *Jauernig*, Fn. 6, § 323 Rn. 20.

66 *Dauner-Lieb* in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), Anwaltskommentar BGB, Bd. 2, Teilband 1, 2005, § 323 Rn. 36.

67 *Christoph Hirsch*, Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl. 2004, Rn. 463.

68 BGH, Urt. v. 17.01.1990 – VIII ZR 292/88 m. w. N.

69 *Martina Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 258.

70 *Hirsch*, Fn. 67, Rn. 394.

71 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 323 Rn. 122.

72 BGH, Urt. v. 19.11.1999 – V ZR 321/98.

73 *Gsell* in: Manfred Wolf (Hrsg.), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 3/2, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 117.

treten.[74] Mithin ist der Rücktritt hiernach nicht ausgeschlossen. *[§ 640 II]*

(e) Kein Ausschlussgrund nach § 377 HGB

[Abwegig.]

Der Rücktritt könnte auch nach § 377 HGB ausgeschlossen sein. Dann müsste der Vertrag für beide ein Handelskauf sein. Anwälte sind jedoch keine Kaufleute,[75] zudem liegt ein Werkvertrag vor. Folglich ist ein Rücktritt auch nach HGB nicht ausgeschlossen.

(f) Keine Unwirksamkeit des Rücktrittes, §§ 218 I 1, 634a IV

[Keine Anhaltspunkte im Sachverhalt]

Der Rücktritt dürfte auch nicht unwirksam sein, was der Fall ist, wenn sich R nach eingetretener Verjährung auf diese beruft, § 218. Durch die Schuldrechtsmodernisierung ist aus einem Rücktrittsanspruch ein – im Umkehrschluss aus § 194 – unverjährbares Gestaltungsrecht geworden.[76] § 218 korrigiert dies und verweist auf den Nacherfüllungsanspruch.[77] Dessen Verjährung ist für Werkverträge in § 634a geregelt. Ansprüche aus Gutachtenerstellung fallen unter § 634a I Nr. 3[78] und verjähren somit in 3 Jahren, § 195. Nach Abs. 2 beginnt die Verjährung mit der Abnahme. Seitdem sind 9 Monate vergangen, mithin sind die Ansprüche noch nicht verjährt. Zudem hat sich R nicht auf einen etwaigen Zeitablauf berufen, also ist der Rücktritt wirksam. Mithin steht dem U ein Rücktrittsrecht zu.

c) Rücktrittserklärung, § 349

Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht.[79] U müsste dieses Recht auch ausgeübt und den Rücktritt erklärt haben, § 349.[80] Ob er dies getan hat ist durch Auslegung zu ermitteln,[81] wobei seiner Äußerung der Vertragslösungswille zu entnehmen sein muss.[82] Sie muss deutlich machen, dass das Erlöschen noch nicht erfüllter Leistungspflichten und die Rückgängigmachung bereits erbrachter Leistungen gewollt ist.[83] U spricht im Sachverhalt nicht explizit von Rücktritt. Laut § 133 ist jedoch nicht auf dem wörtlichen Ausdruck zu beharren, sondern der wahre Wille zu ermitteln. Sein Ausspruch des „Nicht-Gebunden-Fühlens“ zeigt, dass U sich vom Vertrag lösen will. Er handelt auch dementsprechend, indem er die Rechnung nicht bezahlt. Mithin hat U den Rücktritt erklärt.

Zwischenergebnis: U stand also ein Rücktrittsrecht zu, welches er auch ausgeübt hat. Also ist der Anspruch des R gemäß § 346 I untergegangen.[84] *[Subsumtionsstil: Brox schreibt nichts über den Anspruch des R.]*

3. Unmöglichkeit, § 326 I 1

Der Zahlungsanspruch könnte auch wegen Unmöglichkeit der Leistung des R untergegangen sein. Die Erstellung des Gutachtens ist zwar nicht mehr sinnvoll, aber dennoch möglich (s. o.). Also ist der Zahlungsanspruch nicht wegen Unmöglichkeit untergegangen.

[§ 634 ist modifizierende Sonderregelung.]

B. Andere Anspruchsgrundlagen

Die Fallfrage bezieht sich ausschließlich auf die Lohnzahlung. Hierfür sind keine anderen Anspruchsgrundlagen ersichtlich. Eventuelle Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

Ergebnis: R hat keinen Anspruch auf Bezahlung der Rechnung *[in Höhe von 2.500 €]* gegen U.

Fall 2

A. Anspruch U gegen R auf SE aus §§ 280 I, III i. V. m. 281

U könnte einen SEA *[keine Abkürzungen im Gutachten verwenden!]* gegen R aus §§ 280 I, III i. V. m. 281 haben. Dort ist der SE *[Dito!]* statt der Leistung geregelt. Dieser erfasst alle Schadensposten, welche durch ordnungsgemäße Erfüllung noch vermieden werden könnten.[85] Die Berufungsfrist ist jedoch abgelaufen. Mithin können die eventuellen Schäden, welche durch die nicht fristgerecht eingelegte Berufung entstanden, nicht mehr vermieden werden. Infolgedessen bleibt kein Raum für SE statt der Leistung und einen dementsprechenden Anspruch aus §§ 280 I, III i. V. m. 281[86]. *[Subsumtionsstil: Was könnte bei Hirsch zu diesem Ergebnis noch zu lesen sein?]*

B. Anspruch U gegen R auf SE aus § 280 I[87]

[Vollständige Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, 611, 675.]

U könnte einen SEA gegen R aus § 280 I haben.

I. Schuldverhältnis

1. Schuldverhältnis liegt vor

Dann müsste zwischen beiden ein Schuldverhältnis bestehen. Sie haben sich in einem Vertrag über die Führung des Prozesses verpflichtet, die in Fall 1 unter A.I.1 gemachten Aussagen gelten entsprechend, ein Schuldverhältnis liegt vor.

2. Rechtliche Qualifizierung

Fraglich ist, wie dieser Vertrag rechtlich einzuordnen ist.

74 *Bormann/Haug*, Fn. 57, IV Rn. 35.

75 § 2 II BRAO, *Emmerich* in: Norbert Horn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 2. Aufl. 1995, § 1 Rn. 18.

76 *Dörner* in: Reiner Schulze (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2003, § 194 Rn. 3.

77 *Jens Petersen*, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 164.

78 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 634a Rn. 12.

79 *Hütte*, Fn. 47, Rn. 451.

80 *Dirk Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, Rn. 828.

81 *Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl. 2004, § 23 Rn. 69.

82 *Walker*, Fn. 81, § 23 Rn. 69.

83 BGH Urt. v. 24.06.1988 – V ZR 49/87.

84 *Walker*, Fn. 81, § 23 Rn. 70.

85 *Stephan Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497 (2500).

86 *Hirsch*, Fn. 67, Rn. 828.

87 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 280 Rn. 11.

[Gut erkannt, dass es hier um einen anderen Vertragsinhalt geht und sich das Problem der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag erneut stellt. Es wäre hier besser gewesen, hinsichtlich der geschuldeten Prozessführung die Einordnung als Dienst- und nicht als Werkvertrag ausführlicher vorzunehmen, statt § 662 und § 675 so ausführlich zu prüfen.]

a) Dienstvertrag, § 611

Es könnte sich um einen Dienstvertrag handeln. Dann müsste das Führen des Prozesses durch R ein Dienst sein. R kann bei einer solchen Prozessführung alleine die ordnungsgemäße Tätigkeit, also einen Dienst[88] und keinen konkreten Erfolg versprechen. Die in Fall 1 (s. o.) gemachten Aussagen gelten entsprechend. Mithin ist der vorliegende Anwaltsvertrag ein Dienstvertrag.[89]

b) Auftrag, § 662

Mit der Einschränkung, dass diesmal ein Dienst- und kein Werkvertrag vorliegt, gelten die bereits oben gemachten Ausführungen auch hier. Mithin liegt kein Auftrag vor.

c) Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675

Auch dieser Vertrag könnte eine Geschäftsbesorgung beinhalten. Dann müsste R einer eigenständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung eines fremden Interesses nachgehen.[90]

aa) Eigenständige Tätigkeit

R geht einer eigenständigen Tätigkeit nach (s. o.).

bb) Wirtschaftlicher Art

Die Prozessführung als in Rede stehende Tätigkeit müsste auch Bezug zum Vermögen des U haben.[91] Sie betrifft dessen Eigentum und hat direkten Einfluss auf die daraus geltend gemachten Rechte und die Vermögenssituation. Also ist seine Erstellung auch eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art.

cc) Wahrnehmung fremden Interesses

Der Anwalt müsste auch ein fremdes Interesse wahrgenommen haben.[92] Er besorgt eine Rechtsangelegenheit seines Mandanten, wird also in fremdem Interesse tätig.[93] Eigene Honorarinteressen des R sind dabei ohne Belang.[94] Mithin umfasst der Dienstvertrag auch eine Geschäftsbesorgung.[95] *[Subsumtionsstil s. o.]*

II. Pflichtverletzung, § 611 I

R müsste aus dem Schuldverhältnis auch eine Pflicht erwachsen sein, welche er verletzt hat. Der Anwaltsvertrag verlangt von R die Prüfung und Einleitung der rechtlichen Maßnahmen, um den Interessen des Mandanten optimal zu dienen,[96] dabei ist er weisungsgebunden,[97] Fristen sind peinlich genau zu behandeln.[98] Im Fall wird er von U mit der fristgerechten Einlegung der Berufung beauftragt. Diese ist nicht aussichtslos oder unseriös.[99] *[Subsumtionsstil s. o.]* Trotzdem handelt R nicht entsprechend und versäumt die Frist. Infolgedessen hat er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

III. Vertreten müssen, § 276 *[§ 280 I 2!]*

Diese Verletzung müsste R auch zu vertreten haben, was schuldhaftes Handeln voraussetzt.[100] Als Haftungsmaßstab bestimmt § 276 I 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.[101] Laut Sachverhalt versäumt R die Frist durch ein Versehen. Er wollte den Erfolg also nicht und handelte somit nicht vorsätzlich. Fahrlässigkeit bestimmt sich danach, welche Sorgfalt verkehrserforderlich ist, § 276 II. Bei Fristen wird besondere Sorgfalt gefordert.[102] Dabei gilt ein objektiver Maßstab,[103] es wird auf die durchschnittlichen Anforderungen des betroffenen Verkehrskreises abgestellt.[104] Von Anwälten wird größte Sorgfalt bei der Ausübung ihres Berufes gefordert,[105] besonders beim Umgang mit Fristen.[106] Ein Versehen genügt diesen Ansprüchen nicht. R handelte somit fahrlässig und hat seine Pflichtverletzung dementsprechend auch zu vertreten.

IV. Schaden, §§ 249 ff.

U müsste ein ausgleichsfähiger Schaden i. S. d. §§ 249 ff. entstanden sein.[107]

1. Schaden entstanden

Zur Feststellung eines solchen Schadens wird die Differenzhypothese,[108] der Vergleich von realer und hypothetischer Vermögensposition,[109] angewandt.

a) Hypothetische Vermögenssituation

Zu fragen ist hiernach, wie U bei pflichtgemäßem Handeln des R stünde.[110] Hätte R die Berufung rechtzeitig eingelegt, wäre es – der Antrag war laut Sachverhalt ansonsten zulässig – zum Berufungsverfahren gekommen.

88 *Kaiser*, Fn. 62, S. 338.
89 *Oliver Sieg*, Internationale Anwaltshaftung, 1996, S. 86.
90 *Jauernig*, Fn. 6, § 675 Rn. 5 ff.
91 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 675 Rn. 3.
92 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 675 Rn. 4.
93 *Schwab* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 22, § 675 Rn. 3.
94 Erman/*Ehmann*, Fn. 26, § 675 Rn. 2.
95 *Schwab* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 22, § 675 Rn. 3.
96 *Rinsche*, Fn. 61, Rn. I 97.
97 *Rinsche*, Fn. 61, Rn. I 138.
98 *Poll*, Fn. 25, S. 59 m. w. N.
99 *Rinsche*, Fn. 61, Rn. I 140.
100 *Jauernig*, Fn. 6, § 280 Rn. 20.
101 *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 279.
102 *Sieg* in: Horst Zugehör (Hrsg.), Handbuch der Anwaltshaftung, 1999, Rn. 735.
103 *Sieg*, Fn. 89, S. 87.
104 *Larenz*, Fn. 101, S. 285.
105 *Rinsche*, Fn. 61, Rn. I 72.
106 *Sieg* in: Zugehör, Fn. 102, Rn. 650.
107 MüKo/*Oetker*, Fn. 9, § 249 Rn. 17.
108 BGH, Urt. v. 28.06.1990 – IX ZR 209/89.
109 *Kaiser*, Fn. 62, S. 250.
110 *Jürgen Plate*, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 2. Aufl. 2005, S. 1350.

U ist aus dieser verloren gegangenen Möglichkeit jedoch nur dann ein Schaden entstanden, wenn er nach dem Verfahren eine günstigere Vermögensposition gehabt hätte als davor.[111] Im Prozess hätte U zwei verschiedene Ansprüche, zum einen auf Rückabwicklung des Bootskaufes und zum anderen auf Aufwendungsersatz für das Zubehör, geltend gemacht. Es ist also jeweils der hypothetische Prozessverlauf[112] zu ermitteln. Hierbei ist maßgeblich, wie das Gericht richtigerweise hätte entscheiden müssen,[113] welche Vermögensfolgen das Verfahren also für U gehabt hätte.

aa) Boot – Anspruch auf Rückabwicklung aus § 346

[§ 347]

[Inzidentprüfung: U gegen V auf 32.000 € Kaufpreis und 5.000 € Aufwendungen]

U könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Leistung aus § 346 I haben. Dann müsste er zum Rücktritt berechtigt gewesen sein und diesen erklärt haben.

(1) Rücktrittsrecht, §§ 440, 437 Nr. 2, 434, 323

U müsste also zunächst ein Rücktrittsrecht zugestanden haben. Das Recht, das er sich nicht im Vertrag vorbehalten hat, könnte sich aus der kaufvertraglichen Mängelgewährleistung ergeben.

(a) Kaufvertrag, § 433

Dann müsste zwischen U und V ein wirksamer Kaufvertrag bestehen. Laut Sachverhalt hat U das Boot gekauft, Hindernisse für die Wirksamkeit des Vertrages sind nicht ersichtlich, demnach liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

(b) Sache mangelhaft bei Gefahrübergang, §§ 434, 446

Zudem müsste die Sache auch bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein. Die Yacht müsste hierfür ein körperlicher Gegenstand, § 90, sein, dem bei Übergabe, § 464, Mängel anhafteten. Die Yacht ist ein körperlicher Gegenstand und war laut Sachverhalt bei der Übergabe mit Mängeln behaftet. Demzufolge stehen U die Gewährleistungsrechte des § 437 zu, er kann also zurücktreten, wenn die Gewährleistung nicht ausgeschlossen ist und die speziellen Anforderungen an den Rücktritt aus §§ 440, 323 erfüllt sind.

(c) Gewährleistung nicht ausgeschlossen

(aa) Gesetzlicher Ausschluss

Die Gewährleistung könnte per Gesetz ausgeschlossen worden sein.

α) § 377 HGB

Für einen Ausschluss nach § 377 HGB müsste zunächst ein Handelsgeschäft vorliegen, der Bootskauf für U und V also zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehören, § 343 HGB, und nicht privater Natur sein.[114] Zwar ist U Unternehmer, das Boot kauft er jedoch als Privatmann für rein private Ausflüge an Wochenenden und Urlaubstagen, also ohne Bezug zu seinem Unternehmen[115]. Daher liegt kein Handelsgeschäft vor. Der Rücktritt ist also nicht nach § 377 HGB ausgeschlossen.

β) §§ 442, 445 *[Abwegig.]*

Auch hiernach könnte die Gewährleistung ausgeschlossen sein. Jedoch hat U das Boot weder auf einer Versteigerung erworben, noch kannte er den Mangel bei Vertragsschluss. Mithin liegt kein Haftungsausschluss nach §§ 442, 445 und somit insgesamt kein gesetzlich normierter Haftungsausschluss vor.

(bb) Vertraglicher Ausschluss *[Gut!]*

Die Gewährleistung könnte auch vertraglich ausgeschlossen worden sein, was grundsätzlich zulässig ist[116]. V und U haben diese Möglichkeit genutzt und die Mängelrechte des U auf den Nacherfüllungsanspruch begrenzt. Fraglich ist, ob die Vereinbarung wirksam ist.

α) Unwirksamkeit nach § 444

Die Regelung ist unwirksam, wenn V die Beschaffenheit garantiert oder den Mangel arglistig verschwiegen hat, § 444. V hat weder eine solche Garantie übernommen, noch die Mängel arglistig verheimlicht. Somit ist die Begrenzung nicht nach § 444 unwirksam.

β) Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 8 b bb

[Gleich mit § 475 da § 309 Nr. 8 b leer läuft, soweit der Käufer durch die zwingenden Vorschriften der §§ 475, 651 geschützt wird! Ansonsten hätte Ablehnung mit Hinweis auf § 305 I 3 jedenfalls genügt.]

Möglicherweise ist die Klausel nach dem AGB-Recht unwirksam. Dann müsste sie zunächst eine AGB sein.

αα) AGB, § 305

AGB sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, welche der Verwender seinem Vertragspartner beim Vertragsschluss stellt, § 305 I 1. Die vorliegende Vereinbarung ist nicht alleine deshalb keine AGB, weil sie handschriftlich verfasst wurde.[117] Sie müsste aber zur mehrfachen Verwendung bestimmt sein. Der Sachverhalt erwähnt lediglich ihre Verwendung in diesem einen Fall. Über einen weiteren folgenden,[118] zumindest 2 bis 4-maligen[119] Gebrauch der Klausel wird nichts ausgesagt. Somit fehlt es an der AGB-typischen Verwendungshäufigkeit. Die Vereinbarung ist also keine AGB. *[Arbeit am Sachverhalt! Es handelt sich hier um eine „nach längerer Diskussion dem Kaufvertrag handschriftlich hinzugefügte Regelung", also wegen § 305 I 3 keine AGB.]*

111 *Poll*, Rn. 25, S. 100.

112 *Fischer* in: Zugehör, Fn. 102, Rn. 1101.

113 BGH, Urt. v. 24.03.1988 – IX ZR 114/87 –; a.A. *Baur*, Hypothetische Inzidentprozesse, in: Gotthard Paulus et al. (Hrsg.), Festschrift für Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 1068 f.: „wie das damalige Gericht entschieden hätte".

114 *Karsten Schmidt* in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, ab 1996, § 343 Rn. 14.

115 MüKo HGB/*K. Schmidt*, Fn. 114, § 343 Rn. 14.

116 *Schulze* in: Schulze, Fn. 76, § 444 Rn. 1.

117 MüKo/*Basedow*, Fn. 9, § 305 Rn. 1.

118 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 305 Rn. 9.

119 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 305 Rn. 9.

ββ) Entsprechende Anwendung der AGB-Normen, § 310 III Nr. 2

[Die Ausführungen zu § 310 III Nr. 2 sind viel zu lang, da die Vereinbarung wegen § 305 I 3 keine AGB ist und somit nicht unter § 310 III Nr. 2 fällt.]

Gemäß § 310 III Nr. 2 könnte die Regelung trotzdem der Inhaltskontrolle des § 309 unterliegen.[120]

Dann müsste ein Verbrauchervertrag vorliegen. U müsste hierfür Verbraucher sein, also eine natürliche Person, die den Vertrag zu einem privaten Zweck geschlossen hat.[121] Zur privaten Sphäre zählen Urlaub, Freizeit und Sport.[122] U ist eine natürliche Person und kauft das Boot für Urlaubs- und Wochenendausflüge. Er ist folglich Verbraucher, sein Beruf als Unternehmer ist irrelevant.[123]

V hingegen müsste Unternehmer sein, was voraussetzt, dass er als natürliche Person gewerblich agiert,[124] wobei es auf die Entgeltlichkeit der ausgeübten Tätigkeit ankommt. V ist laut Sachverhalt Händler. Er verkauft Boote, handelt also gegen Entgelt und ist somit Unternehmer.

Der Vertrag besteht mithin zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, ist also ein Verbrauchervertrag.

Die Regelung müsste auch zur einmaligen Verwendung ohne Einflussmöglichkeiten vorformuliert sein. Sie wird nur einmal verwendet (s. o.). U müsste aber auch keinen Einfluss auf die Klausel gehabt haben. V hat diese nicht schriftlich vorformuliert, es genügt jedoch auch eine geistige Vorfixierung.[125] Der einzige hierfür ersichtliche Anhaltspunkt ist die Klausel selbst. Ihr Inhalt liegt nicht im Interesse des U, folglich wird er sie nicht in die Vertragsverhandlungen eingebracht haben. V hatte dementsprechend schon vor Verhandlungsbeginn das Ziel, die Vereinbarung einzufügen. Gegen die konkrete Vorformulierung spricht die längere Diskussion, auch wenn lediglich Inhalts- und nicht Wortgleichheit gefordert wird[126] und nicht klar ist, ob die generelle Einbeziehung oder der Inhalt der Regelung diskutiert wurde. Nimmt man letzteren Fall an, hätten U und V also über den Klauselinhalt verhandelt, sie müssten ihn jedoch auch i. S. v. § 305 I 3[127] ausgehandelt haben.[128] Dazu bedarf es der ernsthaften Dispositionsmöglichkeit und Gestaltungsfreiheit des U zur Wahrung seiner eigenen Interessen.[129] Die Anforderungen daran sind bei einem Unternehmer, wie U, als Verbraucher jedoch weniger streng.[130] U und V hatten eine längere Diskussion über die Klausel, was ebenso wie die Handschriftlichkeit auf Einflussmöglichkeiten des U hindeutet. Zudem ist dieser Unternehmer, sich also der Folgen eines Haftungsausschlusses durchaus bewusst und somit weniger bereit, sich diesen diktieren zu lassen. Folglich konnte U Einfluss auf die Klausel nehmen, sie ist eine Individualvereinbarung und fällt somit nicht unter § 310 III Nr. 2. Die Inhaltskontrolle[131] des § 309 wird also auch nicht entsprechend angewandt. Mithin ist die Klausel nicht nach § 309 Nr. 8 b bb unwirksam.

γ) Unwirksamkeit nach § 475

Die Vereinbarung könnte auch nach dem Recht über Verbrauchsgüterkäufe unwirksam sein.

αα) Verbrauchsgüterkauf, § 474

Dann müsste es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handeln.

U und V sind Verbraucher und Unternehmer.

U müsste eine bewegliche Sache gekauft haben. Ein Kaufvertrag liegt vor. Fraglich ist, ob die Yacht wie alle körperlichen Gegenstände, die nicht Grundstücke sind,[132] auch eine bewegliche Sache ist. Grundsätzlich sind Schiffe bewegliche Sachen, ins Schiffsregister eingetragen, werden sie jedoch wie Grundstücke behandelt.[133] Der Sachverhalt enthält weder Angaben zu einer eventuellen Eintragung, noch zu den Maßen der Yacht, um diese als Schiff zu klassifizieren. Folglich ist die Yacht eine bewegliche Sache und das Schuldverhältnis zwischen U und V somit ein Verbrauchsgüterkauf.

ββ) Nachteilig vom Gesetz abweichende Vereinbarung, § 475

Die Vertragsparteien müssten auch vor Mitteilung des Mangels eine Vereinbarung getroffen haben, die zum Nachteil des U vom durch Mangel begründeten gesetzlichen Leistungsstörungsrecht abweicht. Davon erfasst werden alle Arten[134] von Übereinkünften. Die Regelung wurde bei Vertragsschluss getroffen, also auch bevor U den Mangel mitteilte. Sie müsste aber auch für U nachteilig von den in § 475 bezeichneten Gewährleistungsrechten abweichen, also seine Rechte ausschließen oder verkürzen.[135] Im Fall werden seine Rechte auf Nacherfüllung beschränkt. Dies schließt einen Rücktritt aus. Mithin stellt die Vereinbarung eine nachteilige Abweichung dar. Demnach sind alle Tatbestandsmerkmale des § 475 I erfüllt. Infolgedessen kann sich V nicht auf die Vereinbarung berufen,[136] der Vertrag ist im Übrigen voll wirksam,[137] § 139 unanwendbar.[138] *[Subsumtionsstil!]* Die Gewährleistungsrechte sind somit nicht ausgeschlossen.

120 *Florian Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 2005, § 15 Rn. 4.

121 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 13 Rn. 3.

122 *Pierre Frotscher*, Verbraucherschutz beim Kauf beweglicher Sachen, 2004, S. 44.

123 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 13 Rn. 3.

124 *Habermann* in: Julius von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl. ab 1993, § 14 Rn. 6.

125 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 305 Rn. 8.

126 OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.01.1998 – 6 U 283/95.

127 MüKo/*Basedow*, Fn. 9, § 310 Rn. 63.

128 BGH, Urt. v. 27.03.1991 – IV ZR 90/90.

129 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 305 Rn. 21.

130 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 305 Rn. 21.

131 *Hans-Martin Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, Rn. 72.

132 *Brox*, Fn. 48, Rn. 800.

133 *Brox*, Fn. 48, Rn. 800.

134 *Schulze* in: Schulze, Fn. 76, § 475 Rn. 1.

135 *Jauernig*, Fn. 6, § 475 Rn. 3.

136 *Martin Henssler/Friedrich Graf von Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2002, Teil 5 II 2.

137 *Henssler/Graf von Westphalen*, Fn. 136, Teil 5 II 2.

138 *Jauernig*, Fn. 6, § 475 Rn. 5.

(d) Weitere Voraussetzungen des Rücktritts, § 323

U möchte zurücktreten, dafür müssten auch die besonderen Anforderungen des § 323 erfüllt sein.

(aa) Mangel nicht unerheblich, § 323 V 2

[Im Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mangel bzw. die Mängel unerheblich sind.]

So dürfte der Mangel auch nicht unerheblich sein. Die Auffassungen zur hierfür erforderlichen Intensität differieren.[139] Dies erklärt sich mit dem Verhältnis zum früheren Recht. Während nach §§ 459 I 2 a. F. bei Unerheblichkeit des Mangels Minderung und Wandelung, versagt wurden,[140] entscheidet diese heute nur über die Rücktrittsbefugnis,[141] § 441 I 2. Auf der einen Seite wird nun, mit der Ähnlichkeit der Regelungen begründet, die Übernahme des alten, sehr niedrigen,[142] Anforderungsprofils vertreten.[143] Hiernach hätte U schon auf Grund der großen Zahl der Mängel zurücktreten können. Eine andere Meinung hält auf Grund der unterschiedlichen Funktion[144] eine Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle für erforderlich.[145] So wird eine spürbare Beeinträchtigung des Leistungsinteresses für ausreichend gehalten, welche eine Stornierung nicht unverhältnismäßig erscheinen lässt.[146] Auch dieser Meinung wäre durch die Vielzahl der unbehebbaren Mängel und ihre Erkennbarkeit auf der ersten Fahrt selbst für einen Laien genüge getan, jedenfalls legt der Kauf und das In-See-Stechen mit einer mangelhaften Yacht diesen Schluss für U nahe.

Andererseits wird eine Orientierung am sehr strengen Reisevertragsrecht, §§ 651 a ff., gefordert.[147] Die dort für eine Kündigung gesetzte Erheblichkeitsschwelle sieht die Rechtsprechung bei gerechtfertigter Minderung um 20–50 %,[148] wobei auf die Unzumutbarkeit des Verbleibens, also der Vertragserfüllung, abgestellt wird.[149] Der Sachverhalt macht keine Angaben zu derart inakzeptablen Mängeln oder schweren Vertragsverletzungen des V. U könnte hiernach nicht zurücktreten. Folglich muss eine Entscheidung zwischen den beiden letztgenannten Meinungen getroffen werden.

Deren mildere argumentiert mit der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf,[150] wogegen die strengere Meinung auf die Systematik und Art. 49 I lit. a CISG[151] gestützt wird. Dies widerspricht dem Wortlaut des § 323 V 2 und dem gesetzgeberischen Willen.[152] Zudem stimmt die Verwendungssituation des auf globalen, professionellen Warenverkauf mit hohen Rücknahmekosten ausgerichteten UN-Kaufrechts[153] nicht mit der des BGB überein. Die hohen Anforderungen des Reisevertragsrechts tragen den Besonderheiten dieses Gebietes Rechnung und sind somit nicht anwendbar.[154] Also ist der milderen Ansicht zu folgen, die Erheblichkeitsschwelle somit überschritten. Dem Rücktritt steht daher auch keine Unerheblichkeit des Mangels entgegen.

(bb) Frist, § 323 I

U müsste auch das Erfordernis der Nacherfüllungsfrist § 323 I gewahrt haben.

α) Frist gesetzt

Dafür müsste er dem V eine Nacherfüllungsfrist gesetzt haben. Der Sachverhalt enthält keine Aussagen zu einem solchen Vorgang. Mithin hat U keine Nacherfüllungsfrist gesetzt.

β) Frist entbehrlich

Die Fristsetzung könnte jedoch entbehrlich sein.

αα) Entbehrlichkeit nach § 323 II

Möglicherweise bedarf es des Festlegens einer Frist nach § 323 II nicht. Keiner der dort beschriebenen Fälle trifft hier zu, es liegen insbesondere keine einen sofortigen Rücktritt rechtfertigenden besonderen Umstände, § 323 II Nr. 3, vor. Es bleibt also beim Primat der Nacherfüllung.[155] U hätte auch hiernach eine Frist setzen müssen.

ββ) Entbehrlichkeit nach § 440 S. 1 2. Var.

Die Fristsetzung könnte auch wegen fehlgeschlagener Nacherfüllung entfallen. Dann müsste die U zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen sein. Welche Art ihm zusteht, ergibt sich aus seiner Wahl, § 439 I, oder einer Beschränkung durch § 439 III.[156] U hat, nicht unverhältnismäßig,[157] die Nachbesserung gewählt. Diese müsste fehlgeschlagen sein, was nach zwei erfolglosen Versuchen anzunehmen ist, § 440 S. 2. Dem Sachverhalt zufolge scheiterte die Nachbesserung zweimal, sie ist mithin fehlgeschlagen. Also kann die Fristsetzung entfallen, wodurch U das Fristerfordernis wahrte.

(cc) Kein Ausschlussgrund nach § 323 VI

Der Rücktritt dürfte auch nicht nach § 323 VI ausgeschlossen sein. Laut Sachverhalt hat V jedoch die Mangelhaftigkeit zu vertreten. Also ist der Rücktritt auch nach § 323 VI nicht ausgeschlossen.

(dd) Keine Unwirksamkeit des Rücktrittes, § 218 I 1

Der Rücktritt dürfte auch nicht unwirksam sein. Die in Fall 1 dazu gemachten Angaben gelten aucht hier mit der Einschränkung, dass diesmal ein Kaufvertrag vorliegt,

139 Z. B. MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 323 Rn. 43 einerseits; *Dauner-Lieb* in: Dauner-Lieb/Langen, Fn. 66, § 323 Rn. 24; BT-Drs. 14/6040, S. 222 f. andererseits.

140 *Soergel*, Fn. 73, § 323 Rn. 213.

141 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 323 Rn. 243.

142 *Regine Held*, Die Rechtsbehelfe des Käufers nach deutschem Kaufrecht und nach UN-Kaufrecht im Fall der Lieferung mangelhafter Ware, 2005, S. 96 m. w. N.

143 *Peter Huber/Florian Faust*, Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht, 2002, § 13 Rn. 75.

144 *Soergel*, Fn. 73, § 323 Rn. 213.

145 Staudinger/*Otto*, Fn. 124, § 323 C 30.

146 *Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 323 Rn. 39.

147 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 323 Rn. 243.

148 Palandt/*Sprau*, Fn. 7, § 651 e Rn. 2 m. w. N.

149 OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.11.1992 – 18 U 72/92.

150 ABl. EG L 171 v. 07.07.1999, S. 12.

151 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 323 Rn. 243.

152 BT-Drs. 14/6040, S. 187.

153 *Soergel*, Fn. 73, § 323 Rn. 215.

154 *Soergel*, Fn. 73, § 323 Rn. 215.

155 *Schürholz*, Fn. 69, S. 242.

156 *Jauernig*, Fn. 6, § 440 Rn. 3.

157 *Jauernig*, Fn. 6, § 440 Rn. 3.

bei dem die Verjährung der Nacherfüllungsansprüche für diesen Fall in § 438 I Nr. 3 geregelt ist und somit 2 Jahre nach Übergabe eintritt. Der Nacherfüllungsanspruch ist jedoch weder verjährt, noch hat sich V auf einen etwaigen Zeitablauf berufen. Also steht dem Rücktritt keine Unwirksamkeit, § 218, entgegen. Somit sind auch alle speziellen Anforderungen des Rücktritts erfüllt. U steht also ein Rücktrittsrecht zu.

(2) Rücktrittserklärung

U müsste das Rücktrittsrecht auch ausgeübt und den Rücktritt erklärt haben, § 349,[158] was er laut Sachverhalt getan hat.

Zwischenergebnis: Somit ist U wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Infolgedessen wird der Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt, bei dem beide die empfangenen Leistungen und gezogenen Nutzungen herauszugeben haben.[159]

[Rechtsfolge des Rücktritts: Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 32.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe der Yacht gem. §§ 364 I, 348 S. 1. Problem nicht gesehen: 5.000 € für Zubehörteile als notwendige Verwendungen gem. § 347 I 1 oder andere Aufwendungen im Sinne von § 347 II 2, im Ergebnis (-).]

bb) Ersatz für Zusatzausrüstung aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 2. Alt., 284

U könnte auch einen Anspruch gegen V auf Aufwendungsersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 2. Alt., 284 haben.

(1) Anwendbarkeit, § 284

(a) Allgemeines

Für die im Fall getätigten Investitionen müsste R auch Ersatz verlangen können. U zahlte die 5.000 € freiwillig, hat also keine zwangsweise Vermögenseinbuße,[160] keinen Schaden erlitten. Somit bleibt für einen Anspruch auf SE statt der Leistung aus §§ 280 I, III i. V. m. 281 kein Raum. Seine Aufwendungen können nur aus § 284 liquidiert werden. Nach heute[161] absolut herrschender Meinung[162] ist dies unabhängig von deren kommerziellen oder ideellen bzw. konsumtiven Zweck möglich. Die Investitionen bereichern V nicht, also kann auch der Streit um die Anwendung parallel zu § 347 II entfallen[163].
[Das sollte im Rahmen der Rechtsfolge des Rücktritts geprüft werden und dementsprechend sollte auch auf den Streit, ob § 284 neben § 347 II Anwendung findet, eingegangen werden. Schön jedoch, dass der Bearbeiter das Problem § 284/§ 347 II überhaupt gesehen hat.]

Somit kann U möglicherweise Ersatz seiner Anwendung aus § 284 fordern.

(b) Vereinbarkeit mit Rücktritt

Fraglich ist zunächst, ob U neben dem Rücktritt überhaupt Aufwendungsersatz verlangen kann. Nur für den SE ist dies eindeutig in §§ 346 IV, 325 bestimmt. Der Aufwendungsersatz tritt nach § 284 an die Stelle des SE statt der Leistung.[164] Folglich ist auch seine Kumulation[165] mit dem Rücktritt möglich.[166]

(2) Anspruch entstanden

Dann müsste sein Anspruch entstanden sein, ihm also ein Anspruch auf SE statt der Leistung zustehen und kein Ausschlussgrund des § 284 vorliegt.

(a) SEA aus §§ 280 I, III, 281

U müsste zunächst einen Anspruch auf SE statt der Leistung haben.

(aa) Schuldverhältnis

Zwischen U und V besteht ein Kaufvertrag.

(bb) Pflichtverletzung

V müsste auch eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt,[167] also sein Leistungsversprechen nicht eingehalten haben.[168] Er war verpflichtet die Yacht frei von Sachmängeln zu liefern, § 433 II. Wie bereits gezeigt, war sie jedoch mit Mängeln behaftet. Somit hat V eine Pflicht verletzt.

(cc) Vertreten müssen, § 280 III *[Falsch: § 280 I 2.]*

Er müsste diese Pflichtverletzung auch zu vertreten, also mindestens fahrlässig gehandelt haben. V weicht durch die Mängel der Yacht vom Vertrag ab. Diese hat er dem Sachverhalt nach zu vertreten. Also ist das Erfordernis des § 280 III erfüllt.

(dd) Angemessene Fristbestimmung, §§ 281 I, § 440

U musste V nach § 440 keine Nacherfüllungsfrist setzen.

(b) Keine Ausschlussgründe des § 284

Es dürfte auch kein Ausschlussgrund des § 284 vorliegen.

(aa) Aufwendungen

U müsste Aufwendungen, also freiwillige Vermögensopfer,[169] getätigt haben. U wollte die Zusatzausrüstung erwerben und hat dafür freiwillig einen Teil seines Vermögens aufgewandt. Dies führte auf Grund der Bootsmängel nicht zu den geplanten Nutzungen und war somit auch vergeblich.[170] *[Subsumtionsstil, Definition von vergebliche*

158 *Looschelders*, Fn. 80, Rn. 828.

159 *Hütte*, Fn. 47, Rn. 497.

160 *Peter Bähr*, Grundzüge des bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2004, S. 322.

161 Dagegen: *Jauernig*, Fn. 6, § 284 Rn. 2; Palandt/*Heinrichs*, Fn. 9, § 284 Rn. 4 (anders noch 64. Aufl.).

162 Etwa: *Bamberger/Roth*, Fn. 148, § 284 Rn. 3.

163 Dafür: *Beate Gsell*, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, 125 (125); BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04 –; a. A. MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 284 Rn. 16; Staudinger/*Löwisch*, Fn. 124, § 284 Rn. 49.

164 *Gsell*, Fn. 163, S. 125.

165 *Stephan Lorenz*, Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, 26 (26).

166 *Gerald Weigl*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Unternehmenskauf, DNotZ 2005, 246 (250).

167 *Peter Katko*, Bürgerliches Recht schnell erfasst, 4. Aufl. 2002, S. 74.

168 *Jauernig*, Fn. 6, § 280 Rn. 8.

169 BGH, Urt. v. 12.10.1972 – VII ZR 51/72.

170 BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04; a. A. *Gsell*, Fn. 163, S. 127.

Aufwendungen = freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat und billigerweise erbringen durfte]

Folglich sind seine Investitionen vergebliche Aufwendungen.

(bb) Billigerweise

Im Rahmen von § 284 werden nur Aufwendungen ersetzt, die der Schuldner billigerweise machen durfte, was seine Privatautonomie jedoch nicht beschneidet,[171] sondern nur die Ersatzpflicht des Schuldners beschränkt.[172] Die mögliche Qualifizierung der Aufwendungen als luxuriös oder überflüssig ist unerheblich.[173] Das Schadensrisiko müsste für V, umstrittener Weise,[174] auch offensichtlich[175] gewesen sein. U kauft eine Yacht, wobei er V nicht explizit über die weiteren Ausstattungspläne informierte. Deren Umfang ist jedoch mit 16 % des Kaufpreises gering, zudem ist eine derartige Ausstattung bei Yachten keine Seltenheit. Folglich konnte V von den Aufwendungen ausgehen, das Haftungsrisiko war für ihn demnach ersichtlich. U durfte die Aufwendungen also billigerweise machen.

(cc) Berechtigtes Vertrauen

Er müsste auch im berechtigten Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gehandelt haben. Er darf dabei grundsätzlich von der Vertragstreue des Gläubigers ausgehen.[176] Für U waren keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ihn an dieser Treue zweifeln lassen konnten. Also vertraute er berechtigt auf die vertragsgemäße Erfüllung durch V.

(dd) Keine Zweckverfehlung auch ohne Pflichtverletzung, § 284 a. E.

U dürfte den Zweck nicht auch ohne Pflichtverletzung verfehlt haben. Es ist also zu fragen, ob U das Equipment aus anderen Gründen nicht hätte nutzen können.[177] Solche Gründe sind nicht ersichtlich. Dementsprechend wäre der Aufwendungszweck ohne Pflichtverletzung nicht anderweitig verfehlt worden. Also liegen sowohl die Voraussetzungen des SE statt der Leistung, als auch die Spezifika des § 284 vor. Folglich könnte U Aufwendungsersatz verlangen.

(c) Kein Ausschluss des Aufwendungsersatzes

Sein Anspruch auf Aufwendungsersatz könnte jedoch ausgeschlossen sein.

(aa) Gesetzlicher Ausschluss

Wie bereits gezeigt entfällt die Gewährleistung nicht nach §§ 442, 445 BGB, 377 HGB. Sie ist somit nicht gesetzlich ausgeschlossen.

(bb) Vertraglicher Ausschluss

Der Aufwendungsersatz könnte vertraglich ausgeschlossen worden sein. Grundsätzlich sind derartige Vereinbarungen zulässig.[178] V und U haben diese Möglichkeit genutzt und im Vertrag die Mängelrechte des U auf den Nacherfüllungsanspruch begrenzt. Fraglich ist, ob diese Vereinbarung wirksam ist.

α) Unwirksamkeit nach § 444

Die Begrenzung ist nicht nach § 444 unwirksam.

β) Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 8 b bb

Die Übereinkunft ist auch nicht nach § 309 Nr. 8 b bb unwirksam.

γ) Unwirksamkeit nach § 475

Die Vereinbarung könnte jedoch nach dem Recht über Verbrauchsgüterkäufe unwirksam sein.

αα) Verbrauchsgüterkauf, § 474

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor.

ββ) Nachteilig abweichende Regelung, § 475

Die getroffene Vereinbarung müsste auch für U nachteilig vom in § 475 genannten Recht abweichen. Demnach darf die Vereinbarung u. a. nicht von § 437 abweichen. In diesem ist das Recht auf Aufwendungsersatz bei mangelhafter Leistung geregelt, § 437 Nr. 3 2. Alt. Die Vereinbarung beschränkt die Rechte des U auf Nacherfüllung, § 437 Nr. 1, und verwehrt ihm so im Umkehrschluss den Aufwendungsersatz. Mithin weicht sie für U nachteilig ab.

γγ) Ausschluss des Aufwendungsersatzes, § 475

[Gut!]

Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung ist in § 475 geregelt. Dieser ist Teil der gesetzlichen Normierung der EU-Richtlinie[179] zum Verbraucherschutz.[180] Nach deren Art. 8 I verbleibt dem nationalen Gesetzgeber in Deutschland mit Privatautonomie gefüllter Spielraum beim SE.[181] Folgerichtig ist der Ausschluss des SEA des Verbrauchers grundsätzlich möglich,[182] § 475 III, sofern dies, wie hier, nicht durch AGB geschieht.[183] Der Wortlaut des § 475 III umfasst auch den Aufwendungsersatz.[184] Dieser ist mithin dispositiv,[185] eine ihn ausschließende Klausel folglich nicht unwirksam. Also kann *[könnte]* sich V trotz § 475 I auf die Vereinbarung berufen.

δδ) Verbot geltungserhaltender Reduktion

[Sehr schön! Das haben kaum Bearbeiter gesehen, zudem ist es gut dargestellt.]

Etwas anderes könnte sich aus dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ergeben. Fraglich ist demnach,

171 *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 (517).

172 *Beate Gsell*, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, 2003, S. 344.

173 *Canaris*, Fn. 171, S. 517.

174 A. A. *Canaris*, Fn. 171, S. 517.

175 *Holger Altmeppen*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399 (1405); *Gsell*, Fn. 172, S. 344.

176 *Canaris*, Fn. 171, S. 517.

177 MüKo/*Ernst*, Fn. 9, § 284 Rn. 8.

178 *Schulze* in: Schulze, Fn. 76, § 444 Rn. 1.

179 Richtlinie 1999/44/EG.

180 *Walker*, Fn. 20, § 7 Rn. 2.

181 *Christian Deckenbrock/Wolfgang Dötsch*, Geltungserhaltende Reduktion bei § 475 Abs. 3 BGB, ZGS 2/2004, 62 (62).

182 *Jürgen Schmidt-Räntsch et al.*, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 557.

183 MüKo/*Westermann*, Fn. 9, § 475 Rn. 15.

184 MüKo/*Westermann*, Fn. 9, § 475 Rn. 14 m. w. N.

185 Erman/*Grunewald*, Fn. 26, § 475 Rn. 10.

wie es sich auswirkt, dass U und V nicht explizit den Aufwendungsersatz, sondern die Gewährleistungsrechte insgesamt bis auf die Nacherfüllung ausgeschlossen haben. Lässt man den Rücktritt des U nun zu, verweigert ihm aber den Aufwendungsersatz, so würde die Klausel bis auf das gerade noch mit dem Gesetz vereinbare Maß geltungserhaltend reduziert, was für AGB verboten ist,[186] Strittig ist, wie das Verbot im Bereich des § 475 zu handhaben ist. Zum einen wird die Anwendung auch für diesen Bereich befürwortet,[187] wodurch die gesamte Vereinbarung unwirksam wäre und dem Aufwendungsersatzanspruch nicht entgegenstünde. Die Gegenmeinung lehnt dies ab. Ihr folgend, könnte sich V auf die insofern wirksame Klausel berufen. U's Anspruch wäre demnach wirksam ausgeschlossen worden. Als Begründung wird zunächst auf den Wortlaut verwiesen. Nach § 475 könne sich V nicht auf seine Rechte und Ansprüche berufen, sie, soweit sie unter Abs. 1 fallen nicht nutzen, jene des Abs. 3 hingegen schon.[188] *[Subsumtionsstil!]* Dagegen spricht die Historie, denn der Wortlaut soll lediglich klarstellen, dass nicht die gesamte Vereinbarung nach § 139 nichtig ist.[189] Zudem argumentiert die Gegenauffassung, dass §§ 474 ff. wie §§ 305 ff. Verbraucherschutzvorschriften sind. Durch § 475 werden Individualabreden einer AGB-ähnlichen Inhaltskontrolle unterworfen, folglich müssten auch die dortigen Prinzipien gelten.[190] Jedoch ist schon die Einordnung der AGB-Regeln als Verbraucherschutzrecht umstritten.[191] Gleiches gilt für das Reduktionsverbot als Grundsatz,[192] wird es doch obsolet, weil austauschbar,[193] sobald man es von der Definition löst, immer auf die Beibehaltung des gerade noch Zulässigen gerichtet zu sein, worauf sich der Verwender nicht verlassen können soll.[194] Das zweite Ziel des Verbotes ist das Hinwirken auf die Verwendung angemessener Klauseln.[195] Dies ist bei Individualvereinbarungen wie hier unpassend, werden sie doch ausgehandelt. Es besteht kein Bedürfnis, den V für eine Formulierung abzustrafen, welche U mitgestaltet hat.[196] Dieser Rechtsgedanke ist selbst in der AGB-Rechtsprechung anerkannt.[197] Ein weiteres Argument hierfür ist noch die Analogie zu § 276 III, wo geltungserhaltend reduziert wird.[198]

Also gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht im Rahmen von § 475.[199] Die Vereinbarung ist demnach wirksam. Also haben die Vertragspartner den Aufwendungsersatzanspruch wirksam ausgeschlossen. Demnach hat U keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen V. Mithin umfasst sein hypothetisches Vermögen die Zubehörteile sowie 32.000 € abzüglich des Bootes und des Entgeltes für die einmalige Bootsnutzung.

[Ergebnis gut vertretbar! Nutzung im Sinne des § 100 gesehen.]

b) Reale Vermögenssituation

Laut Sachverhalt umfasst das Vermögen des U zum Zeitpunkt der Fristversäumung das mangelhafte Boot und die wieder ausgebauten Zubehörteile. Das Boot ist in diesem Zustand weniger wert als 32.000 €, folglich hat sich die Vermögenssituation des U durch die Pflichtverletzung des R verschlechtert, ihm ist ein Schaden entstanden.

[Schaden in Höhe von 32.000 € (+), da bei pflichtgemäßem Verhalten des R – also fristgemäße Berufungseinlegung – der U den Kaufpreis Zug um Zug erstattet bekommen hätte.]

2. Schadenshöhe

Fraglich ist in welcher Höhe R den Schaden liquidieren muss.

a) Höhe des entstandenen Schadens

Ausschlaggebend dafür ist zunächst die Höhe der entstandene Schaden. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist U so zu stellen, wie er stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, § 249 I. Auch wenn R die Frist nicht versäumt hätte, wäre die Aufwendungsersatzklage unbegründet gewesen, R hat hierfür also keinen Ersatz zu leisten. Bezüglich des Bootes war die Klage begründet, U hätte also zurücktreten können. Er hätte dann den Kaufpreis, 32.000 €, zurückerlangt, aber das mangelhafte Boot zurückgewähren müssen, § 346 I. Diesen Zustand kann R nicht wieder herstellen, dafür ist SE in Geld, § 251, zu leisten. Bei dessen Berechnung ist zu beachten, dass U einmal mit dem Boot gefahren ist, es also i. S. v. § 100 genutzt hat. Dieser Gebrauchsvorteil in Höhe des Bruttokaufpreises multipliziert mit der gefahrenen Strecke, dividiert durch die geschätzte Gesamtlaufleistung,[200] ist von der Gesamtsumme abzuziehen, § 346 I i. V. m. § 346 II 1 Nr. 1,[201] auch wenn er hier durch die nur einmalige Nutzung sehr gering ausfallen dürfte. Es ist also ein Schaden in Höhe von 32.000 € abzüglich des Restwertes für das Boot und des Nutzungsentgelts entstanden. Die genaue Schadenshöhe kann der Richter durch Schätzung ermitteln, § 287 ZPO.

186 Zuletzt: BGH, Urt. v. 01.02.2005 – X ZR 10/04.

187 *Bamberger/Roth*, Fn. 146, § 475 Rn. 15; *Harm Peter Westermann*, Das Schuldrecht 2002, 2002, S. 172, für die Fristbestimmung nach § 475 II.

188 *Erik Kraatz*, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Kaufrechtliche Probleme beim Gebrauchtwagenkauf, JuS 2003, 832 (832).

189 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/7052 S. 199.

190 *Deckenbrock/Dötsch*, Fn. 181, S. 62.

191 *Peter Ulmer*, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk. JZ 2001, 491 (495).

192 *Claus-Wilhelm Canaris*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Jürgen F. Baur et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, S. 549 ff.

193 *Canaris* in: Baur et al., Fn. 192, S. 549 ff. unter Verweis auf *Johannes Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 31 ff., 125 ff., 154 ff.

194 BGH, Urt. v. 17.05.1982 – VII ZR 316/81.

195 BGH, Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 342/81.

196 *Deckenbrock*, Fn. 181, S. 64.

197 *Deckenbrock*, Fn. 181, S. 64.

198 RG, Urt. v. 14.08.1941 – II 49/41.

199 MüKo/*Westermann*, Fn. 9, § 475 Rn. 24.

200 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.02.2004 – 13 U 92/02.

201 *Hans-Joachim Musielak*, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005, Rn. 241.

b) Mitverschulden, § 254 II 1 2. HS 1. Var. *[Abwegig.]*

Die Schadenersatzforderung ist zu mindern, wenn U sich ein Mitverschulden anrechnen lassen muss, § 254 I. Er ist verpflichtet, sich selbst vor Schaden zu bewahren,[202] was hier eventuell durch einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, § 233 ZPO, hätte geschehen können, der die Fristversäumung heilen kann.[203] U hat den Antrag weder gestellt noch stellen lassen. R versäumte die Frist jedoch schuldhaft, was U sich im Prozess anrechnen lassen muss, § 85 II ZPO. Dadurch war die Wiedereinsetzung unmöglich.[204] Mithin hat U den Schaden nicht mitverschuldet. Also muss R SE in Höhe von 32.000 € abzüglich des Bootsrestwertes und der gezogenen Nutzungen leisten.

V. Kausalität

R müsste auch kausal für den Schaden des U sein. Sein Verhalten dürfte also nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiele[205]. Hätte R die Frist eingehalten, wäre es zum Berufungsverfahren gekommen. Dort hätte das Gericht der Rechtsauffassung teilweise entsprochen. U hätte mithin zurücktreten können, somit nicht den Schaden erlitten. Ein Vermögensschaden durch einen auf Grund eines Fristversäumnisses nicht geführten Prozess ist auch adäquat kausal und liegt im Schutzzweck der Norm. Infolgedessen war R auch kausal für den Schaden des U.

Ergebnis: U hat einen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von 32.000 € abzüglich des Bootsrestwertes und dem Wertersatz für die einmalige Nutzung.

C. Anspruch des U gegen R aus Deliktsrecht

I. Anwendbarkeit, §§ 823 ff.

Zunächst müssten §§ 823 ff. überhaupt anwendbar sein, also die Möglichkeit der Kumulation deliktischer und vertraglicher Anspruchsgrundlagen bestehen.[206] Nach der so genannten Unabhängigkeitsregel[207] besteht zwischen deliktischen und vertraglichen Ansprüchen Anspruchskonkurrenz.[208] Der Schaden wird also nur einmal ersetzt, kann sich aber auf beide Anspruchsgrundlagen stützen,[209] wobei jede ihren eigenen Regeln folgt.[210] Mithin könnte U einen Anspruch auf SE gegen R aus Deliktsrecht haben.

II. § 823 II i. V. m. § 43 S. 1 BRAO

Dieser Anspruch könnte sich aus § 823 II i. V. m. § 43 S. 1 BRAO ergeben. § 43 S. 1 BRAO müsste hierfür Gesetz i. S. v. § 823 II und individualschützend[211] sein.

1. Gesetz, Art. 2 EGBGB

Der Gesetzesbegriff richtet sich nach Art. 2 EGBGB,[212] wonach jede Rechtsnorm ein Gesetz ist. § 43 S. 1 BRAO ist sogar ein formelles und materielles Gesetz,[213] also erst Recht ein Gesetz im Sinne des § 823 II.

2. Schutzgesetz

Ein Schutzgesetz liegt vor, wenn die Norm auf den Schutz besonderer Güter oder Interessen eines Einzelnen zielt.[214] § 43 BRAO gibt hingegen nur eine Tätigkeitsbeschreibung[215] und hat keine Schutzabsicht.

Mithin ist die Norm kein Schutzgesetz.[216] U hat keinen Anspruch aus § 823 II.

III. Weitere deliktsrechtliche Anspruchsnormen, §§ 823 I, 826

Der Anspruch könnte sich auch aus § 823 I oder § 826 ergeben. Es liegt jedoch ein reiner Vermögensschaden vor, der nicht auf der Verletzung eines in § 823 I benannten Rechtsgutes beruht und mithin nicht ersetzbar ist.[217] Zudem handelte U nicht vorsätzlich, folglich scheitert auch ein Anspruch aus § 826.

Ergebnis: Also hat U keine Ansprüche aus Deliktsrecht gegen R.

[In der gesamten Arbeit ist die Einhaltung des Subsumtionsstils manchmal problematisch, da der Bearbeiter sehr häufig Quellenangaben an Stellen gemacht hat, die Angaben aus dem Sachverhalt enthielten, also gerade nicht den Vierschritt (Obersatz/Fragestellung – Definition – Subsumtion – Ergebnis) eingehalten hat.]

202 Palandt/*Heinrichs*, Fn. 7, § 254 Rn. 1.

203 *Reinhold Geimer*, Kommentar zur Zivilprozessordnung begr. von Richard Zöller, 25. Aufl. 2005, § 233 Rn. 1.

204 *Rinsche*, Fn. 61, Rn. I 504.

205 *Wolfgang Kallwass*, Privatrecht – ein Basisbuch, 17. Aufl. 2004, S. 151.

206 *Karl-Nikolaus Pfeifer*, Schuldrecht – gesetzliche Schuldverhältnisse, 2005, § 1 Rn. 16.

207 *Günter Christian Schwarz*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, § 1 Rn. 9.

208 BGH, Urt. v. 24.11.1976 – VIII ZR 137/75.

209 *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, § 83 VI 1.

210 BGH, Urt. v. 04.03.1971 – VII ZR 40/70.

211 *Schwarz*, Fn. 207, § 17 Rn. 7.

212 *Hein Kötz*, Deliktsrecht, 8. Aufl. 1998, C II Rn. 173.

213 BGBl. I 1959, S. 565.

214 *Berthold Kupisch/Wolfgang Krüger*, Deliktsrecht, 1983, S. 64.

215 RG, Urt. v. 15.03.1912, Rep. III. 212/11 zur Vorgängervorschrift § 28 RAO a. F.

216 *Bamberger/Roth*, Fn. 146, § 823 Rn. 188.

217 *Maximilian Fuchs*, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2004, 2. Kapitel A I.