



Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenswissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

Schuldrecht BT 2

20. Auflage 2023

Das Schuldrecht ist das prüfungs- und examensrelevanteste Gebiet des Zivilrechts. Zu den unverzichtbaren Kerninhalten des Schuldrechts zählen das Verbraucherdarlehensrecht, das Mietrecht und die Bürgschaft. Das Skript stellt diese Inhalte und weitere examensrelevante Vertragsarten so dar, wie Sie es in **Ihrer Klausur** brauchen und ordnet die besonderen Vertragsarten in das zivilrechtliche Gesamtsystem ein. So wird etwa die Bürgschaft in den Kontext des Kreditsicherungsrechts eingebettet.

Als **Lernbuch**, das auf Studierende zugeschnitten ist, enthält das Skript neben dem erforderlichen Fachwissen:

- **15 Fälle** auf Klausurniveau für die optimale Verknüpfung von Fachwissen und Falllösung
- **Übersichten**, die Sie bei der Erfassung des Stoffes unterstützen und eine schnelle Wiederholung erleichtern
- **Aufbauschemata**, die es Ihnen ermöglichen, die grundlegenden Elemente vom dargestellten Fall zu lösen und für Ihre Klausuren zu lernen
- **Strukturübersichten**, die Ihnen die Einordnung der behandelten Probleme in das Gesamtsystem erleichtern

ISBN: 978-3-86752-878-8



€ 22,90

Sie erhalten die Karteikarten Schuldrecht BT 2 zu einem vergünstigten Preis, wenn Sie sie zusammen mit diesem Skript erwerben.

Erhältlich bei jedem teilnehmenden Buchhändler.

Im Paket
günstiger!



Alpmann Schmidt

Schuldrecht BT 2

2023

S



Skripten

Langkamp/Lüdde

Schuldrecht BT 2

Miete, Leasing, Verbraucherdarlehen, Bürgschaft u.a.

20. Auflage 2023

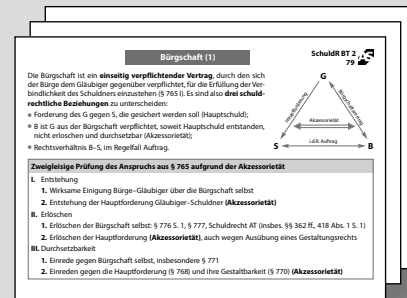
Alpmann Schmidt



KK Karteikarten

Passend zu jedem S-Skript!

Alpmann Schmidt

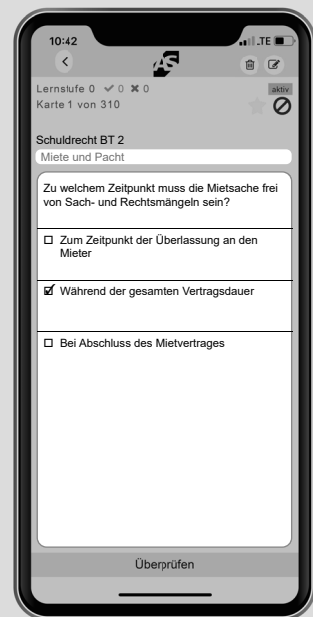


- Komprimierte Darstellung des examensrelevanten Stoffs
- **Übersichten, Schaubilder und Schemata** ermöglichen das schnelle Erfassen, Verstehen und Wiederholen des Rechtsgebiets

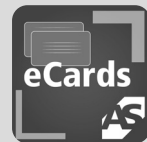
Weitere Musterkarten online: www.alpmann-schmidt.de

eCards

Passend zu jedem S-Skript!



- Überall lernen, im Browser oder in der App, auch offline
- **Frage-Antwort-Modus** (Freitext und Multiple-Choice)
- Vorhandene eCards ergänzen und eigene hinzufügen
- Wissenschaftlich erprobtes Wiedervorlagesystem



Die eCards **passend zu diesem Skript** finden Sie hier:
www.repetico.de/alpmann-schmidt

powered by
Repetico

E1 Examenkurse für das 1. Examen



Examensvorbereitung
ist Vertrauenssache

– uns vertraut man seit 1956

überzeugen Sie sich selbst

Wir heißen Sie
als Probehörer willkommen!



Weitere Informationen unter
www.alpmann-schmidt.de
oder in unseren Zweigstellen vor Ort!



www.alpmann-schmidt.de

SCHULDRECHT BT 2

**Miete, Leasing, (Verbraucher-)Darlehen,
Bürgschaft u.a.**

2023

Dr. Tobias Langkamp
Rechtsanwalt und Repetitor

Dr. Jan Stefan Lüdde
Rechtsanwalt und Repetitor

ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48143 Münster, Alter Fischmarkt 8, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-0
www.alpmann-schmidt.de

Zitiervorschlag: Langkamp/Lüdde, Schuldrecht BT 2, Rn.

Dr. Langkamp, Tobias

Dr. Lüdde, Jan Stefan

Schuldrecht BT 2

Miete, Leasing, (Verbraucher-)Darlehen, Bürgschaft u.a.

20. überarbeitete Auflage 2023

ISBN: 978-3-86752-878-8

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.

Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:

feedback@alpmann-schmidt.de

Folgen Sie uns auf unseren Social-Media-Kanälen!

Tipps, Neuigkeiten und viele weitere Informationen rund um
Ihre Prüfungs- und Examensvorbereitung erwarten Sie!

Follow us on
Instagram



Follow us on
YouTube



Follow us on
TikTok



Follow us on
Spotify



INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Darlehensvertrag	1
1. Abschnitt: Gelddarlehen	1
A. Zustandekommen	1
I. Einigung	1
II. Wirksamkeit	1
B. Vertragspflichten und Pflichtverletzungen	3
I. Pflichten des Darlehensgebers	3
II. Pflichten des Darlehensnehmers	3
III. Pflichtverletzungen	4
C. Beendigung des Darlehensvertrags durch Kündigung	4
I. Ordentliche Kündigung unbefristeter Darlehensverträge	4
II. Ordentliche Kündigung durch den Darlehensnehmer	5
III. Außerordentliche Kündigung durch den Darlehensgeber	5
IV. Außerordentliche Kündigung durch den Darlehensnehmer	5
V. Außerordentliche Kündigung und Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313	6
VI. Ordentliche und außerordentliche Kündigung bei Gesamtschuld	6
2. Abschnitt: Verbraucherdarlehen (§§ 491–505), entgeltliche Finanzierungshilfen (§§ 506–508) und Ratenlieferungsverträge (§ 510)	6
A. Überblick: Regelungsgegenstand der §§ 491–513	7
B. Persönlicher Anwendungsbereich	7
I. Unternehmer	8
II. Verbraucher	8
III. Existenzgründer	9
C. Verbraucherdarlehen	9
I. Sachlicher Anwendungsbereich	9
1. Entgeltlicher Darlehensvertrag	10
a) Schuldbeitritt	10
Fall 1: Fernmündlicher Fehltritt	10
b) Befreiende Schuldübernahme	12
c) Vertragsübernahme	13
d) Bürgschaft	13
2. Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge und Immobilier- Verbraucherdarlehensverträge	13
a) Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge	13
b) Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge	13
c) Immobilienverzehrcreditverträge	14
3. Ausnahmetatbestände	14
a) Ausnahmen gemäß § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1–6	14

b) Ausnahmen gemäß § 491 Abs. 3 S. 2–4	16
c) Ausnahmen gemäß § 491 Abs. 4	16
II. Besondere Regelungen für das Verbraucherdarlehen	16
1. Vorvertragliche Informationspflichten	16
2. Form und Inhalt des Vertrags	17
a) Schriftform	17
b) Vertragsinhalt	17
c) Rechtsfolgen von Form- oder Inhaltsmängeln	17
3. Widerrufsrecht	18
4. Bedenkzeit	19
5. Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff	20
6. Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot	20
7. Verzugszinsen und Teilleistungen	21
8. Kündigung wegen Zahlungsverzugs	22
9. Kreditwürdigkeitsprüfung	23
D. Entgeltliche Finanzierungshilfen	24
I. Sachlicher Anwendungsbereich	24
1. Entgeltlicher Zahlungsaufschub	25
2. Sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe	26
II. Besondere Regelungen für entgeltliche Finanzierungshilfen	26
1. Form und Inhalt	26
2. Widerruf und Kündigung	27
3. Rücktritt bei Teilzahlungsgeschäften	27
E. Ratenlieferungsverträge	28
3. Abschnitt: Sachdarlehen	29
2. Teil: Schenkungsvertrag	30
1. Abschnitt: Zustandekommen des Schenkungsvertrags	31
A. Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung	31
I. Zuwendungen unter Ehegatten	32
II. Zuwendungen an Schwiegerkinder	32
III. Zuwendung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft	33
B. Nichtigkeit der Einigung	34
I. Schenkung an einen Minderjährigen	34
II. Formerfordernisse	34
1. Form des Schenkungsversprechens	34
2. Heilung eines Formverstoßes	35
2. Abschnitt: Rechtsfolgen des Schenkungsvertrags	36
3. Abschnitt: Rückforderungsrecht	37

4. Abschnitt: Besondere Arten der Schenkung	38
A. Schenkung unter Auflage	38
B. Zweckschenkung	38
C. Gemischte Schenkung	38
D. Schenkung auf den Todesfall	40
■ Zusammenfassende Übersicht: Schenkungsvertrag	41
3. Teil: Mietvertrag und Pachtvertrag	42
1. Abschnitt: Einleitung	42
A. Vertragsgegenstände	42
B. Regelungsquellen	42
2. Abschnitt: Zustandekommen und Pflichten	44
A. Zustandekommen	44
I. Einigung	44
II. Form	45
III. Inhalt der Einigung	46
1. Einigung über die Hauptleistungspflichten	46
a) Mietsache	46
b) Höhe der Miete	47
c) Vertragsdauer	47
B. Pflichten der Mietvertragsparteien	47
I. Pflichten des Vermieters	48
1. Erfüllung der Hauptleistungspflichten	48
2. Weitere Leistungs- und Duldungspflichten	48
a) Leistungspflichten	48
b) Duldungspflichten	49
c) Untervermietung	51
3. Weitere Nebenpflichten des Vermieters	52
II. Vertragspflichten des Mieters	53
1. Zahlung der Miete	53
2. Weitere Leistungs- und Duldungspflichten	54
3. Nebenpflichten und Obliegenheiten des Mieters	56
3. Abschnitt: Mängelgewährleistung	57
A. Mängel der Mietsache	57
I. Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1	57
II. Fehlen zugesicherter Eigenschaften	60
III. Rechtsmängel	61
B. Rechte des Mieters wegen Mängeln	62
I. Selbstvornahme und Aufwendungsersatzanspruch	62
II. Mietminderung	63
III. Schadensersatz	64

IV. Fristlose Kündigung	66
V. Konkurrenzen	67
1. Verhältnis der Gewährleistungsrechte untereinander	67
2. Verhältnis der Gewährleistungsrechte zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht	67
a) Verhältnis zur Anfechtung	67
b) Verhältnis zur Unmöglichkeit	68
c) Verhältnis zu § 313	69
d) Verhältnis zum Verschulden bei Vertragsschluss	69
e) Verhältnis zum Deliktsrecht	69
f) Verhältnis zu § 320	69
C. Ausschluss der Gewährleistungsrechte	70
I. Ausschluss kraft Vereinbarung	70
II. Ausschluss kraft Gesetzes	70
1. Ausschluss gemäß § 536 b	70
2. Ausschluss gemäß § 326 Abs. 2	71
3. Ausschluss gemäß § 536 c Abs. 2	71
■ Zusammenfassende Übersicht: Rechte des Mieters wegen Sach- und Rechtsmängeln	72
4. Abschnitt: Aufwendungs- und Wegnahmerecht aus § 539	73
5. Abschnitt: Vertragspflichtverletzung außerhalb der Mängelgewährleistung	74
A. Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung	74
B. Verzug mit der Gebrauchsüberlassung	75
C. Nichterfüllung der Zahlungspflicht	75
D. Zahlungspflicht bei persönlicher Verhinderung des Mieters	75
Fall 2: Vorzeitiger Auszug	76
E. Nichtvornahme übernommener Schönheitsreparaturen	76
6. Abschnitt: Schutz der Parteien während des Mietverhältnisses	77
A. Schutz des Mieters im Falle der Veräußerung	77
B. Schutz des Mieters nach allgemeinen Vorschriften	78
I. Entzug oder Vorenthaltung	78
II. Besitzstörung	79
C. Schutz des Vermieters durch das Vermieterpfandrecht	79
I. Entstehen des Vermieterpfandrechts	80
II. Umfang der Sicherung	80
III. Rechte des Vermieters	81
Fall 3: Wettlauf der Rechte	81
IV. Erlöschen des Vermieterpfandrechts	82

7. Abschnitt: Verjährung	83
A. Ansprüche des Vermieters	83
B. Ansprüche des Mieters	84
8. Abschnitt: Beendigung des Mietvertrags und die Rechtsfolgen	84
A. Kündigung	85
I. Ordentliche Kündigung	86
II. Außerordentliche Kündigung	86
1. Außerordentliche Kündigung gemäß § 542	86
2. Außerordentliche Kündigung gemäß § 543	86
III. Besonderheiten bei der Kündigung von Wohnraum	87
1. Form und Inhalt der Kündigung	87
2. Berechtigtes Interesse an ordentlicher Kündigung	88
3. Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	91
B. Beendigung durch Zeitablauf	92
C. Rechtsfolgen der Beendigung	92
I. Rückgabeanspruch	92
II. Entschädigungsansprüche bei verspäteter Rückgabe	93
III. Anspruch auf Rückzahlung der Kaution	94
9. Abschnitt: Besonderheiten bei der Pacht	95
4. Teil: Leasingvertrag	97
A. Gefahrtragung	99
Fall 4: Verbrannter Volvo	99
B. Mängelansprüche des Leasingnehmers	101
Fall 5: Like a Satellite	101
5. Teil: Leihvertrag	106
A. Zustandekommen des Leihvertrags	106
I. Vertragsinhalt	106
II. Art und Weise des Zustandekommens	107
III. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen	107
B. Vertragspflichten und Pflichtverletzungen	108
I. Pflichten des Verleihers	109
1. Gebrauchsgestattung	109
2. Verwendungsersatz	109
3. Wegnahmerecht	110
4. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	110
II. Pflichten des Entleihers	111
1. Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs	111
2. Erhaltungskosten, Erhaltungs- und Obhutspflicht	111

3. Rückgabepflicht	112
4. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	112
C. Beendigung des Leihvertrags	113
6. Teil: Dienst- und Behandlungsvertrag	114
1. Abschnitt: Dienstvertrag	114
A. Zustandekommen	114
B. Vertragspflichten	115
I. Pflichten des Dienstverpflichteten	115
II. Pflichten des Dienstberechtigten	116
C. Pflichtverletzungen	116
I. Verursachung der Kündigung durch vertragswidriges Verhalten	116
1. Dienstvertrag	116
2. Vertragswidriges Verhalten	117
3. Vertretenmüssen	117
4. Kündigung veranlasst	117
5. Rechtsfolge	117
II. Sonstige Pflichtverletzungen	117
D. Beendigung des (freien) Dienstverhältnisses	118
2. Abschnitt: Behandlungsvertrag	119
A. Hauptleistungspflichten	119
B. Weitere Vertragspflichten des Behandelnden	120
I. Einwilligungseinholung	120
II. Informationspflichten	121
III. Dokumentationspflicht und Einsichtnahmerecht	121
IV. Mitwirkungsobliegenheit gemäß § 630 c Abs. 1	121
C. Haftung und Beweislast (§ 630 h)	121
7. Teil: Pauschalreisevertrag	123
1. Abschnitt: Beteiligte Personen beim Reisevertrag	123
A. Reiseveranstalter	124
B. Reisender	126
C. Leistungserbringer	126
2. Abschnitt: Zustandekommen und Pflichten aus dem Reisevertrag	127
A. Zustandekommen	127
B. Pflichten aus dem Reisevertrag	128
I. Pflichten des Reiseveranstalters	128
II. Pflichten des Reisenden	128
III. Einseitige Änderungen durch den Reiseveranstalter	129

3. Abschnitt: Rechte vor Reisebeginn	129
A. Vertragsübertragung	129
B. Rücktrittsrechte	130
C. Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht	130
4. Abschnitt: Mängelgewährleistung	131
A. Reisemangel	131
B. Gewährleistungsrechte des Reisenden	132
I. Abhilfe, Selbstabhilfe und Aufwendungsersatz	133
II. Minderung	134
Fall 6: Viva la Revolución	136
III. Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen	137
1. Schadensersatz gemäß § 651 n Abs. 1	137
a) Anspruchsvoraussetzungen	137
b) Rechtsfolgen	138
2. Schadensersatz wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit	138
a) Anspruchsvoraussetzungen	138
b) Rechtsfolgen	139
3. Ersatz vergeblicher Aufwendungen	139
4. Verhältnis zu deliktischen Schadensersatzansprüchen	140
Fall 7: All Inclusive: Ausritt mit Austritt	141
IV. Kündigung	145
1. Kündigungsgrund	145
2. Kündigungserklärung	145
3. Rechtsfolgen der Kündigung	145
V. Verhältnis der Mängelansprüche zueinander	146
C. Verjährung der Mängelansprüche	146
5. Abschnitt: Weitere Regelungsgegenstände	146
8. Teil: Maklervertrag	148
1. Abschnitt: Zustandekommen	148
2. Abschnitt: Pflichten und Pflichtverletzungen	150
A. Hauptpflicht des Auftraggebers	150
I. Wirksamer Maklervertrag	150
II. Erbringung der Maklerleistung	151
1. Vermittlungstätigkeit	151
2. Nachweistätigkeit	151
III. Abschluss des Hauptvertrags	152
Fall 8: Makeln mit Mängeln	153
IV. Kongruenz	155
V. Ursächlichkeit	155

VI. Kenntnis von der Maklertätigkeit	155
VII. Kein Ausschluss gemäß § 654	155
B. Pflichtverletzungen des Maklers	156
C. Pflichtverletzungen des Auftraggebers	156
3. Abschnitt: Beendigung des Maklervertrags	156
4. Abschnitt: Besondere Maklerverträge	157
A. Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen	157
B. Ehemaklervertrag	159
9. Teil: Die Bürgschaft und ihre Stellung im Kreditsicherungsrecht	160
1. Abschnitt: Eckpfeiler des Kreditsicherungsrechts	161
A. Sicherungsvertrag/Sicherungsabrede	162
B. Rechtsverhältnisse und Ansprüche im 3-Personen-Verhältnis	163
C. Gegenständliche und persönliche Sicherheiten	164
D. Akzessorische und abstrakte Sicherheiten	164
E. Entstehung (Ersterwerb) und Übertragung (Zweiterwerb) einer Sicherheit	166
2. Abschnitt: Anspruch gegen den Bürgen aus § 765 Abs. 1	168
A. Entstehung durch Begründung der Bürgschaft (Ersterwerb)	169
I. Einigung	169
1. Inhalt der Einigung	169
2. Abgrenzung: Bürgschaft, Schuldbeitritt oder Garantie	169
II. Wirksamkeit der Einigung	172
1. Formvorschrift des § 766	173
a) Formerfordernis des § 766 S. 1 u. 2	173
b) Heilung nach § 766 S. 3	174
Fall 9: Zahlungszusage	174
c) Blankobürgschaft	176
Fall 10: Warenbeschaffungsnot	176
2. Sittenwidrigkeit der Bürgschaft nach § 138	180
a) Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen	180
b) Zusätzlich weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände	181
c) Widerlegung des Sittenwidrigkeitsvorwurfs	183
d) Der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1	185
3. Anfechtung wegen Irrtums über die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit einer Person, §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 2 Var. 1	185
4. Anpassung oder Rücktritt nach § 313	186
5. Unwirksamkeit einer Globalbürgschaft nach §§ 305 ff.	186
Fall 11: Transparente Global- und Höchstbürgschaften	186
III. Bestehen der Hauptschuld	189

B. Erlöschen des Anspruchs aus dem Bürgschaftsvertrag	191
I. Erlöschen und Erhöhung der Bürgschaftsforderung	191
II. Bürgschaft auf Zeit	192
III. Aufgabe einer anderen Sicherheit	192
IV. Wechsel des Hauptschuldners	193
V. Kündigung des Bürgschaftsvertrags	194
VI. Widerruf zwecks Verbraucherschutzes, § 355 Abs. 1	194
1. Pflicht zur Zahlung eines Preises, §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3	194
2. Außergeschäftsraumvertrag, § 312 b	196
3. Fernabsatzvertrag, § 312 c	196
4. Verbürgung für ein (Verbraucher-)Darlehen, § 495	197
a) Kein Verbraucherdarlehen	197
b) Verbraucherdarlehen	198
VII. Herbeiführung des Bürgschaftsfalls durch den Gläubiger, § 242	198
C. Einreden des Bürgen gegen den Sicherungsnehmer	198
I. Originäre Einreden des Bürgen aus der Bürgschaft	198
II. Vom Schuldner abgeleitete Einreden des Bürgen	199
1. Einreden des Hauptschuldners, § 768	199
a) Verzicht des Bürgen	200
b) Verzicht des Hauptschuldners, § 768 Abs. 2	200
2. Einrede der Gestaltbarkeit, § 770 (analog)	201
a) Erfasste Gestaltungsrechte	201
b) Verzicht des Bürgen und des Hauptschuldners	203
III. Nicht: Einwendungen/Gegenrechte gegen den Hauptschuldner	203
3. Abschnitt: Rückgriffsansprüche des Bürgen nach seiner Zahlung	203
A. Der Bürge als alleiniger Sicherungsgeber leistet	204
Fall 12: Bürgenrückgriff	204
B. Ein Mitbürge leistet	206
C. Zusammentreffen von Bürgschaft und anderen Sicherheiten	207
I. Bürgschaft und Schuldbeitritt	207
Fall 13: Solidarität ist keine Einbahnstraße	207
II. Bürgschaft und akzessorische dingliche Sicherheit	209
4. Abschnitt: Besondere Arten der Bürgschaft	210
A. Bürgschaft „auf erstes Anfordern“	210
B. Nachbürgschaft	211
C. Rückbürgschaft	211
D. Ausfallbürgschaft	212
■ Zusammenfassende Übersicht: Bürgschaft	213

10. Teil: Materiell-rechtlicher Vergleich	214
1. Abschnitt: Voraussetzungen	214
A. Disponibles Rechtsverhältnis	214
B. Streit, Ungewissheit oder unsichere Verwirklichung des Anspruchs	215
C. Gegenseitiges Nachgeben	215
2. Abschnitt: Unwirksamkeit	216
A. Form	216
B. Beschränkte Anfechtbarkeit	216
C. Anwendbarkeit der §§ 320 ff.	216
D. Wegfall der Vergleichsgrundlage nach §§ 779 Abs. 1 Hs. 2, 313	217
3. Abschnitt: Rechtsfolgen	218
A. Schuldverhältnis und Verpflichtungen	218
B. Gegenständliche Wirkung	218
C. Erlass gegenüber Gesamtschuldnern, § 423	219
■ Zusammenfassende Übersicht: Materiell-rechtliche Vergleich	221
 11. Teil: Schuldversprechen, Schuldanerkennntnis und Tatsachen-	
anerkenntnis	222
1. Abschnitt: Abstraktes (konstitutives) Schuldanerkennntnis	
bzw. -versprechen	222
A. Zustandekommen	222
B. Rechtsfolge	223
Fall 14: Alles eine Frage der Beweislast	224
C. Negatives Schuldanerkennntnis	225
2. Abschnitt: Kausales (deklaratorisches/bestätigendes) Schuld-	
anerkenntnis	226
A. Zustandekommen	226
B. Rechtsfolge	226
3. Abschnitt: Tatsachenanerkennntnis (Wissenserklärung)	228
Fall 15: Erklärung an der Unfallstelle	228
Stichwortverzeichnis	231

LITERATURVERZEICHNIS



Verweise in den Fußnoten auf „RÜ“ und „RÜ2“ beziehen sich auf die Ausbildungszeitschriften von Alpmann Schmidt. Dort werden Urteile so dargestellt, wie sie in den Examensklausuren geprüft werden: in der Rechtsprechungsübersicht als Gutachten und in der Rechtsprechungsübersicht 2 als Urteil/Behördenbescheid/Anwaltsschriftsatz etc.

RÜ-Leser wussten mehr: Immer wieder orientieren sich Examensklausuren an Gerichtsentscheidungen, die zuvor in der RÜ klausurmäßig aufbereitet wurden. Die aktuellsten RÜ-Treffer aus ganz Deutschland finden Sie auf unserer Homepage.

Abonnenten haben Zugriff auf unser digitales RÜ-Archiv.

Blank/Börstinghaus	Miete 6. Aufl., München 2020 (zit.: Blank/Börstinghaus)
Brox/Walker	Besonderes Schuldrecht 46. Aufl., München 2022 (zit.: Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht)
Bub-Treier	Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 5. Aufl., München 2019 (zit.: Bub-Treier/Bearbeiter)
Burmann/Heß/ Hühnemann/Jahnke	Straßenverkehrsrecht 27. Aufl., München 2022 (zit.: Burmann/Heß/Hühnemann/Jahnke/Bearbeiter)
Erman	BGB, Kommentar, 16. Aufl., Münster/Köln 2020 (zit.: Erman/Bearbeiter)
Gramlich	Mietrecht 15. Aufl., München 2019 (zit.: Gramlich)
Grüneberg	Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl., München 2023 (zit.: Grüneberg/Bearbeiter)
Handkommentar BGB	Kommentar zum BGB 11. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: Hk-BGB/Bearbeiter)
Hau/Poseck	Beck'scher Online Kommentar BGB 64. Edition, München 2022 (zit.: BeckOK/Bearbeiter)

Jauernig	Bürgerliches Gesetzbuch 18. Aufl., München 2021 (zit.: Jauernig/Bearbeiter)
jurisPraxiskommentar	BGB Schuldrecht, Band 2 10. Aufl., Saarbrücken 2023 (zit.: jurisPK-BGB/Bearbeiter)
Looschelders	Schuldrecht Besonderer Teil 17. Aufl., München 2022 (zit.: Looschelders)
Medicus/Petersen	Bürgerliches Recht 28. Aufl., München 2021 (zit.: Medicus/Petersen BR)
Münchener Kommentar	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–240, AGB-Gesetz) 9. Aufl., München 2021 Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241–310) 9. Aufl., 2022 Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I (§§ 311–432) 9. Aufl., München 2022 Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II (§§ 433–534 CISG) 8. Aufl., München 2019 Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 535–630 h) 9. Aufl., München 2023 Band 6, Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 630–704) 9. Aufl., München 2023 Band 7, Schuldrecht Besonderer Teil IV (§§ 705–853) 8. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm/Bearbeiter)
Oetker/Maultzsch	Vertragliche Schuldverhältnisse 5. Aufl. 2018
Prütting/Wegen/Weinreich	BGB Kommentar 17. Aufl., Köln 2022 (zit.: Prütting/Wegen/Weinreich)
Schmidt-Futterer	Mietrecht 15. Aufl., München 2022 (zit.: Schmidt-Futterer/Bearbeiter)

- Soergel
Bürgerliches Gesetzbuch
Band 8/Schuldrecht 6: §§ 535–610
13. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln 2007
(zit.: Soergel/Bearbeiter)
- Staudinger
J.v. Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Eckpfeiler des Zivilrechts (2022)

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse
(§§ 397–432), 2017
(§§ 535–556 g), 2021
(§§ 677–704), 2021
(§§ 765–778), 2020
(zit.: Staudinger/Bearbeiter)
- Thomas/Putzo
ZPO
43. Aufl., München 2022
(zit.: Thomas/Putzo/Bearbeiter)

Examensrelevant ist insbesondere die **Rückforderung von Zuwendungen** innerhalb einer Familie oder einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Dann wird nämlich die Frage virulent, ob die Zuwendungen als Schenkung zu qualifizieren sind.

I. Zuwendungen unter Ehegatten

- 79** Die Zuwendung unter Ehegatten ist **regelmäßig keine Schenkung**. Zwar erfolgt auch hier die Übertragung eines Vermögenswertes objektiv unentgeltlich, doch liegt einer Zuwendung unter Ehegatten in der Regel die Vorstellung oder Erwartung zugrunde, dass die eheliche **Lebensgemeinschaft Bestand haben werde** und dass die Zuwendung als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird. Bei derartigen Zuwendungen handelt es sich um **ehebedingte (unbenannte) Zuwendungen** und nicht um Schenkungen.⁹⁷

***Hinweis:** Bei Scheitern der Ehe erfolgt der Ausgleich im Rahmen des Zugewinnausgleichs. Ist dies nicht möglich, so kommt eine Rückabwicklung nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 in Betracht.*

Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise dann, wenn die Ehepartner ausdrücklich eine Schenkung vereinbaren.

II. Zuwendungen an Schwiegerkinder

- 80** Die **frühere Rspr.** hat bei Leistungen, welche die Schwiegereltern an den Ehepartner des eigenen Kindes mit Rücksicht auf die Ehe und zur Begünstigung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht haben, in der Regel keinen konkludenten Schenkungsvertrag angenommen, sondern hat ein **Rechtsverhältnis eigener Art** bejaht, das mit den ehebezogenen (umbenannten) Zuwendungen unter Ehegatten vergleichbar ist.⁹⁸

Diese Rspr. hat der **BGH inzwischen** aufgegeben und geht nunmehr davon aus, dass schwiegerelterliche Zuwendungen auch dann sämtliche tatbestandlichen **Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 erfüllen**, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes willen erfolgen.⁹⁹

Bei schwiegerelterlichen Zuwendungen fehlt es nicht an einer mit der Zuwendung einhergehenden dauerhaften Vermögensminderung, wie sie § 516 voraussetzt.¹⁰⁰ Die Schwiegereltern übertragen nämlich den zugewendeten Gegenstand regelmäßig in dem Bewusstsein auf das Schwiegerkind, künftig nicht mehr selbst an dem Gegenstand zu partizipieren. Demnach kann sich ein **Rückforderungsanspruch aus den §§ 527, 528, 530** ergeben.

***Hinweis:** Die speziellen Rückforderungsregeln des Schenkungsrechts (§§ 527, 528, 530) sind zwar Sonderfälle der Störung der Geschäftsgrundlage und schließen die Regelung des § 313 in ihrem Anwendungsbereich aus, die allgemeinen Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage bleiben jedoch anwendbar, soweit die Sonderregelungen tatbestandlich oder*

⁹⁷ S. im Einzelnen AS-Skript Familienrecht, (2023), Rn. 80.

⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1995, 1889, 1890.

⁹⁹ BGH RÜ 2016, 205; RÜ 2015, 289, 290.

¹⁰⁰ BGH RÜ 2012, 157, 158.

hinsichtlich der geltend gemachten Rechtsfolgen nicht zutreffen. Das ist etwa der Fall, wenn es an einem Widerrufsgrund i.S.v. § 530 fehlt.¹⁰¹ Ein solcher Rückforderungsanspruch aus § 313 unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195, es sei denn, der Anspruch ist auf Vertragsanpassung nach einer Grundstücksschenkung gerichtet, für den die Verjährungsfrist nach § 196 gilt.¹⁰²

Ein Rückforderungsanspruch kann sich auch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 ergeben, wenn zwischen den Beteiligten eine Zweckvereinbarung getroffen worden ist und der Zweck nicht erreicht wurde.¹⁰³

III. Zuwendung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Bei Zuwendungen innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist eine güterrechtliche Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen ausgeschlossen.¹⁰⁴ Ferner liegt aber auch hier – ebenso wie bei ehelichen Gemeinschaften – **regelmäßig keine Schenkung** vor. Denn die Zuwendungen sollen im Zweifel nicht ausschließlich einem Partner, sondern der gemeinsamen Lebensführung dienen.¹⁰⁵

Gleiches kann für die Rückforderung von **Zuwendungen an die Eltern** der nichtehelichen Lebenspartnerin gelten.¹⁰⁶

Eine Erstattung kommt ausnahmsweise nach den Grundsätzen über die **Störung der Geschäftsgrundlage** in Betracht, wenn Geschäftsgrundlage der Zuwendung der Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft war.¹⁰⁷

Die vom (mit-)beschenkten Partner des eigenen Kindes geteilte oder jedenfalls erkannte Vorstellung des Schenkers, eine zugewendete Immobilie werde vom eigenen Kind und dessen Partner **dauerhaft als gemeinschaftliche Wohnung** oder Familienwohnung genutzt, kann nämlich die Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bilden. Für den Wegfall der Geschäftsgrundlage reicht es aber nicht aus, dass die Lebensgemeinschaft nicht bis zum Tod eines der Partner Bestand hat. Denn die Schenkung begründet kein Dauerschuldverhältnis. Hat jedoch die gemeinsame Nutzung der Immobilie entgegen der **mit der Schenkung verbundenen Erwartung** nur kurze Zeit ange dauert, kommt regelmäßig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. In diesem Fall ist der Schenker in der Regel berechtigt, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und gemäß **§ 346 Abs. 1** i.V.m. **§ 313 Abs. 3** das gesamte Geschenk oder dessen Wert zurückzufordern.¹⁰⁸

¹⁰¹ BGH RÜ 2016, 205, 206; RÜ 2015, 289, 290.

¹⁰² BGH RÜ 2016, 205, 207.

¹⁰³ BGH RÜ 2012, 157.

¹⁰⁴ AS-Skript Familienrecht, (2023), Rn. 218.

¹⁰⁵ AS-Skript Familienrecht, (2023), Rn. 218.

¹⁰⁶ BGH RÜ 2015, 351, 354.

¹⁰⁷ Looschelders § 18 Rn. 23.

¹⁰⁸ BGH RÜ 2019, 621.

B. Nichtigkeit der Einigung

- 82 Die Einigung über die Schenkung ist nicht wirksam, wenn Nichtigkeitsgründe eingreifen (z.B. Anfechtung, § 142; Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1). **Examensrelevant** ist vor allem die Schenkung an einen Minderjährigen und die Nichtigkeit des Schenkungsvertrags wegen Verstoßes gegen Formvorschriften.

I. Schenkung an einen Minderjährigen

- 83 Bei der Schenkung an einen Minderjährigen kann sich die Frage stellen, ob der Vertrag trotz der **beschränkten Geschäftsfähigkeit** (vgl. § 106) des Beschenkten gemäß den §§ 107 ff. wirksam ist.

Der Schenkungsvertrag ist **lediglich rechtlich vorteilhaft**, weil der Beschenkte grundsätzlich zu keiner Gegenleistung verpflichtet wird. Gemäß § 107 bedarf der Minderjährige deshalb nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Eine Schenkung kann aber dann für den beschenkten Minderjährigen **rechtlich nachteilig** sein, wenn in dem Vertrag weitere belastende Abreden enthalten sind, wie beispielsweise ein **Rücktrittsrecht**, das im Falle der Ausübung eine Verpflichtung zum Wert- oder Schadensersatz wegen einer zwischenzeitlich eingetretenen Verschlechterung des Grundstücks begründen kann.¹⁰⁹

Nach der früheren Rspr.¹¹⁰ konnte in Ausnahmefällen eine Gesamtbetrachtung von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft erforderlich sein, insbesondere bei der Schenkung eines belasteten Grundstücks oder einer Eigentumswohnung an einen Minderjährigen durch die Eltern. Der BGH¹¹¹ hat die Gesamtbetrachtungsweise mittlerweile aber aufgegeben. Eine **teleologische Reduktion des § 181** reicht bei der Prüfung des Erfüllungsgeschäfts aus, um den Minderjährigen vor den nachteiligen Folgen des Geschäfts zu schützen. Danach ist § 181, letzter Hs. „es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“ nicht anwendbar, wenn das Erfüllungsgeschäft für den Minderjährigen nachteilhaft ist. Die Schenkung ist isoliert zu betrachten und damit auch ohne Zustimmung eines Ergänzungspflegers wirksam.¹¹²

II. Formerfordernisse

1. Form des Schenkungsversprechens

- 84 Die Einigung bei einer Vertragsschenkungen ist nur wirksam, wenn das Schenkungsversprechen – also nicht der ganze Vertrag, sondern nur das Schenkungsangebot – notariell beurkundet worden ist, **§ 518 Abs. 1 S. 1**. Wie die notarielle Beurkundung im Einzelnen zu erfolgen hat, ist im Beurkundungsgesetz geregelt.

¹⁰⁹ BGH BGHZ 161, 170, 174.

¹¹⁰ BGH BGHZ 78, 28, 34.

¹¹¹ BGH BGHZ 187, 119.

¹¹² Einzelheiten AS-Skript BGB AT 2 (2023), Rn. 44 ff.

Klausurhinweis: Neben der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 S. 1 sind Formvorschriften zu beachten, die sich aus dem Gegenstand des Schenkungsvertrags ergeben. Wird beispielsweise ein **Schenkungsvertrag über ein Grundstück** geschlossen, ist – auch für die Annahme und nicht nur für das Schenkungsangebot – § 311 b Abs. 1 S. 1 zu beachten. Werden GmbH-Geschäftsanteile verschenkt, gilt § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG.

2. Heilung eines Formverstoßes

Nach § 518 Abs. 2 wird die **Formnichtigkeit** des Schenkungsversprechens durch die Bewirkung der versprochenen Leistung **geheilt**. Die Heilung tritt allein durch den Vollzug ein, unabhängig davon, ob der Schenker die Unwirksamkeit des Schenkungsvertrags kannte.¹¹³

85

- **Bewirkt** ist die **Leistung** immer dann, wenn das Schenkungsversprechen nach §§ 362 ff. **vollständig erfüllt** ist; bei teilweiser Erfüllung tritt die Heilung nur zu einem entsprechenden Teil ein.¹¹⁴

Beispiele: Eine Barzuwendung wird durch Eigentumsverschaffung gemäß den §§ 929 ff. geheilt; bei der Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag ist Vollzug anzunehmen, wenn der Versicherungsnehmer mit dem Versicherer im Versicherungsvertrag eine unwiderrufliche Bezugsberechtigung zugunsten des Beschenkten vereinbart; bei einer widerruflichen Bezugsberechtigung tritt der Vollzug indes erst mit dem Tod des Versicherungsnehmers ein.¹¹⁵

- Eine Bewirkung der Leistung liegt auch schon dann vor, wenn der Schenker die ihm obliegenden **Erfüllungshandlungen vollständig erbracht** hat, infolge eines fehlenden Bedingungseintritts aber noch keine Erfüllung vorliegt. Daher ist z.B. auch die Verschaffung eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb des Vollrechts als Vollziehung nach § 518 Abs. 2 anzusehen.¹¹⁶

Die Heilungsvorschrift des § 518 Abs. 2 gilt auch für den Fall der **Zuwendung von Forderungen**. Beim Schuldversprechen oder Schuldanerkennen tritt jedoch die Heilung nicht schon mit der Abgabe der Einigungserklärung, sondern erst mit der Erfüllung des Schuldversprechens ein, vgl. § 518 Abs. 1 S. 2.

Hinweis: Sofern andere Formvorschriften unbeachtet geblieben sind (z.B. § 311 b Abs. 1 S. 1 oder § 15 Abs. 4 GmbHG), sind die speziellen Voraussetzungen für eine Heilung zu beachten (z.B. § 311 b Abs. 1 S. 2 bzw. § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG i.V.m. § 15 Abs. 3 GmbHG). Nach § 518 Abs. 2 wird **nur ein Verstoß gegen § 518 Abs. 1 geheilt**.

So kann die formheilende Wirkung des Schenkungsvollzugs gemäß § 518 Abs. 2 nicht auf einen sich aus **§ 311 b Abs. 3** ergebenden Formmangel übertragen werden, da der Betroffene mit dem Formzwang gemäß § 311 b Abs. 3 vor einer übereilten Übertragung des gesamten Vermögens und nicht nur eines einzelnen, schenkweise zugewandten Gegenstands geschützt werden und überdies auch eine Umgehung der für Verfügungen von Todes wegen geltenden Vorschriften verhindert werden soll.¹¹⁷

¹¹³ Grüneberg/Weidenkaff § 518 Rn. 8.

¹¹⁴ Grüneberg/Weidenkaff § 518 Rn. 9.

¹¹⁵ MünchKomm/Koch § 518 Rn. 27.

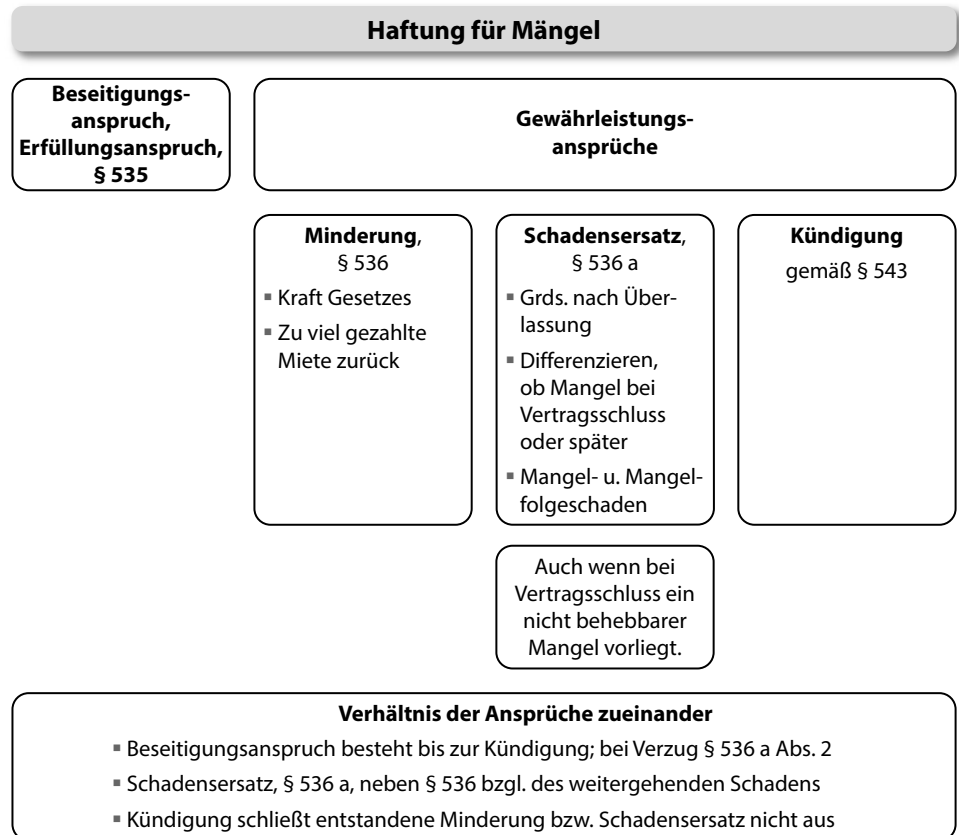
¹¹⁶ Grüneberg/Weidenkaff § 518 Rn. 13; a.A. MünchKomm/Koch § 518 Rn. 11.

¹¹⁷ BGH RÜ 2016, 749, 750.

B. Rechte des Mieters wegen Mängeln

- 128** Hat die Mietsache einen Mangel, hat der Mieter – ungeachtet der Gewährleistungsrechte gemäß den §§ 536, 536 a – einen **Erfüllungsanspruch auf Beseitigung** der Mängel nach § 535 Abs. 1 S. 2.²²⁸ Dieser Anspruch gibt dem Mieter auch das Recht, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß **§ 320** zu erheben.²²⁹

Im Rahmen des mietvertraglichen Gewährleistungsrechts ist der **maßgebliche Zeitpunkt** für das Vorliegen des Mangels grundsätzlich die **Überlassung der Mietsache**. Das ergibt sich aus § 536 Abs. 1 S. 1 („zur Zeit der Überlassung an den Mieter“).



I. Selbstvornahme und Aufwendungsersatzanspruch

- 129** Der Mieter kann gemäß **§ 536 a Abs. 2** den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn
- der Vermieter mit der Beseitigung der Mängel in **Verzug** ist (Nr. 1) oder
 - die **umgehende Beseitigung** des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache **notwendig** ist (Nr. 2).

²²⁸ Looschelders § 22 Rn. 32.

²²⁹ So die h.M., vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 536 Rn. 6 m.w.N.

Im Rahmen dieses Aufwendungsersatzanspruchs hat der Mieter auch einen Anspruch auf **Vorschusszahlung**.²³⁰ Anspruchsgrundlage dafür soll § 242 sein.²³¹

Beispiel: V hat dem M ein Einfamilienhaus vermietet. Die Aufhängevorrichtung der Eingangstür ist schadhaft, sodass sich die Tür nicht mehr richtig schließen lässt. M mahnt dies bei V an. Da V nichts unternimmt, beauftragt M den Handwerker H, der die Tür instand setzt. Kosten: 160 €.

Da V auf die Abmahnung des M nicht reagierte und daher mit der Beseitigung des Mangels im Verzug war, darf M gemäß § 536 a Abs. 2 Nr. 1 die Instandsetzung veranlassen und die Kosten als Aufwendungen ersetzt verlangen. Da die Instandsetzung der Tür ferner für den Erhalt der Mietsache notwendig war, liegen außerdem die Voraussetzungen des § 536 a Abs. 2 Nr. 2 vor. Sofern M die Vergütung an den Handwerker noch nicht gezahlt hat, kann er gemäß § 257 Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen.

Liegen die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 536 a Abs. 2 nicht vor (z.B. weil der Vermieter sich nicht im Verzug befindet), kann der Mieter Mängelbeseitigungskosten nicht unter den Voraussetzungen des § 539 Abs. 1 i.V.m. §§ 677 ff. vom Vermieter ersetzt verlangen. Denn **§ 536 a Abs. 2** trifft hinsichtlich der Aufwendungen zur Mängelbeseitigung eine **abschließende Regelung**, die durch einen Rekurs auf § 539 nicht unterlaufen werden darf.²³²

II. Mietminderung

Mit dem Auftreten eines Sachmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch **nicht unerheblich** (§ 536 Abs. 1 S. 3) beeinträchtigt, tritt **kraft Gesetzes** die Minderung der Miete ein. Es ist also keine Erklärung des Mieters – wie etwa im Kauf- oder Werkvertragsrecht – erforderlich.

130

Hintergrund: Der Vermieter trägt das Risiko des Untergangs und der Verschlechterung während der Mietzeit.

Ist die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache durch den Mangel aufgehoben, entfällt die Pflicht zur Mietzahlung vollständig (§ 536 Abs. 1 S. 1). Ist die Tauglichkeit nicht unerheblich gemindert, wird die Miete angemessen herabgesetzt, § 536 Abs. 1 S. 2.

Die **Höhe der Mietminderung** richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei sind insbesondere die Schwere des Mangels, der Grad und die Dauer der Tauglichkeitsminderung sowie das Absinken auf den Mindeststandard oder dessen Unterschreiten und die dadurch bedingte Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache maßgebend.²³³

Beispiele:

1. Der in einer behördlichen Nutzungsuntersagung bestehende Mietmangel führt noch nicht per se zum (völligen) Wegfall der Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietzinses, sofern die Behörde eine Weiternutzung der Mietsache zumindest faktisch duldet, indem sie etwa auf die zwangsweise Vollziehung der Verfügung verzichtet.²³⁴

2. Weist bei der Miete von Geschäftsräumen die Mietfläche eine Größe auf, die um weniger als 10 % unter der im Mietvertrag vereinbarten Fläche zurückbleibt, ist eine Mietminderung zwar nicht grundsätz-

²³⁰ OLG Düsseldorf, NZM 2000, 464 (Anspruchsgrundlage offen gelassen); Grüneberg/Weidenkaff § 536 a Rn. 18.

²³¹ Grüneberg/Weidenkaff § 536 a Rn. 18.

²³² Looschelders § 22 Rn. 39.

²³³ BeckOK/Wiederhold § 536 Rn. 127.

²³⁴ BGH RÜ 2017, 345, 348.

lich ausgeschlossen. Der Mieter hat in diesem Fall jedoch konkret darzulegen und ggf. zu beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt wird.²³⁵

Klausurhinweis: In Klausuren des 1. Examins wird üblicherweise nicht verlangt, angemessene Beträge genau zu beziffern. Das gilt für die Bestimmung eines angemessenen Schmerzensgeldes, aber auch etwa für die Frage, in welcher Höhe die Miete angemessen herabzusetzen ist. Gleichwohl sollten Sie – soweit vorhanden – Sachverhaltsangaben, die für die Bemessung beachtlich sind, benennen.

Ist die Tauglichkeit der Mietsache durch Maßnahmen beeinträchtigt, die einer **energetischen Modernisierung** (§ 555 b Nr. 1) **dienen**, bleibt die Minderung gemäß § 536 Abs. 1 a für drei Monate außer Betracht. Dieser Ausschluss der Minderung gilt auch, wenn eine Maßnahme neben der energetischen Sanierung der Erhaltung der Mietsache, etwa der Wärmedämmung, dient.²³⁶

Sofern der Mieter bereits die Miete gezahlt hat, kann er den zu viel entrichteten Betrag **zurückverlangen**. Anspruchsgrundlage dafür ist **§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1**.²³⁷ Dabei kann sich der Vermieter grundsätzlich auch auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 berufen.²³⁸

III. Schadensersatz

131 Im Rahmen des Schadensersatzanspruches des Mieters aus **§ 536 a Abs. 1** sind drei Fallgruppen zu unterscheiden.

- Ist bereits **bei Vertragsschluss** ein Mangel vorhanden, hat der Mieter einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch aus § 536 a Abs. 1 **Var. 1** (Garantiehaftung).
- Entsteht ein Mangel erst **nach Vertragsschluss**, hat der Mieter einen Schadensersatzanspruch aus § 536 a Abs. 1 **Var. 2**, wenn der Vermieter den Mangel zu vertreten hat.
- Kommt der Vermieter mit der **Beseitigung eines Mangels in Verzug**, hat der Mieter einen Schadensersatzanspruch aus § 536 a Abs. 1 **Var. 3**. Auch hierbei ist ein Vertretenmüssen des Vermieters erforderlich, § 286 Abs. 4.

Der **Garantiehaftung** aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 steht es nicht entgegen, wenn der Mangel bei Vertragsschluss lediglich in seiner Anlage, also als **bloße Gefahrenquelle**, vorhanden war. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass er zu diesem Zeitpunkt bereits hervorgetreten war und seine schädigenden Wirkungen zeigte.²³⁹

132 Beispiel: V vermietet dem M einen Lagerraum. Nachdem M seine Waren dort eingelagert hat, verbietet ihm die zuständige Behörde die Benutzung des Raumes, weil dieser Raum ohne die erforderliche behördliche Genehmigung errichtet worden ist und wegen seiner Lage in einem reinen Wohngebiet nicht gewerbsmäßig genutzt werden darf. M verlangt von V Schadensersatz. Zu Recht?

²³⁵ BGH RÜ 2021, 143, 145.

²³⁶ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 11 Rn. 11.

²³⁷ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 519 f.; Grüneberg/Weidenkaff § 536 Rn. 36.

²³⁸ Looschelders § 22 Rn. 33.

²³⁹ BeckOK/Wiederhold § 536 a Rn. 10.

M könnte gegen V einen Anspruch gemäß **§ 536 a Abs. 1 Var. 1** haben.

I. M und V haben sich über die Mietvertragsbestandteile geeinigt. Der Wirksamkeit des Vertrags steht gemäß § 311 a Abs. 1 nicht die anfängliche objektive Unmöglichkeit entgegen. Ein wirksamer Mietvertrag liegt mithin vor.

II. Die Mietsache ist nicht im vertragsmäßigen Zustand. Sie ist i.S.d. § 536 Abs. 1 mangelhaft.

III. Dieser Mangel muss **bei Vertragsschluss** lediglich vorhanden gewesen sein. Nicht erforderlich ist, dass er zu diesem Zeitpunkt bereits hervorgetreten war. Mithin liegen die Voraussetzungen der Garantiehaftung aus § 536 a Abs. Var. 1 vor.

M kann von V Schadensersatz verlangen.

Der **Umfang des Anspruchs** auf Schadensersatz aus § 536 a Abs. 1 erfasst nach ganz h.M. sowohl Mangelschäden als **auch Mangelfolgeschäden**, sodass eine Differenzierung nicht erforderlich ist.²⁴⁰

Zur **Begründung** lässt sich anführen: Bei der Miete verbringt der Mieter seine Rechtsgüter und Vermögensgegenstände in den Einwirkungsbereich des Vermieters, sodass er dessen Zugriff besonders ausgeliefert ist. Aufgrund der sich daraus ergebenden erhöhten **Schutzbedürftigkeit des Mieters** müssen die teilweise leichteren Haftungsvoraussetzungen im Mietrecht (z.B. keine Exkulpationsmöglichkeit bei anfänglichen Mängeln) nicht nur für Mängel an der Mietsache selbst, sondern auch für Mangelfolgeschäden gelten.

Als Mangelfolgeschäden kommen insbesondere durch den Mangel bedingte Körper- und Sachschäden in Betracht.²⁴¹ In diesen Fällen bestehen oftmals nicht nur mietvertragliche, sondern **auch deliktische Schadensersatzansprüche**.

Beispiel: V vermietet an M eine Lagerhalle. V lässt neben dieser Halle vom Unternehmer U Abbrucharbeiten durchführen. Dabei wird das Hallendach beschädigt. Es dringt Regenwasser in die Halle ein und beschädigt die eingelagerten Sachen des M. Deshalb verlangt M Schadensersatz dafür, dass er vorübergehend eine andere Lagerhalle bis zur Instandsetzung des Daches anmieten musste sowie Ersatz für die beschädigten Sachen. Zu Recht?

A. Anspruch des M auf Schadensersatz gemäß **§ 536 a Abs. 1 Var. 2**

I. Zwischen V und M bestand ein wirksamer Mietvertrag.

II. Die überlassene Mietsache – die Lagerhalle – war nach der Beschädigung des Daches **mangelhaft**.

III. Da der Mangel **nach Vertragsschluss** entstanden ist, haftet V gemäß § 536 a Abs. 1 Var. 2 nur, sofern er den Mangel zu vertreten hat.

Ein eigenes Verschulden des V ist nicht ersichtlich. Dennoch hat V den Mangel gemäß § 278 zu vertreten, wenn U als Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist und in Erfüllung der Verbindlichkeit schuldhaft die Beschädigung des Daches verursacht hat.

Den V traf die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was eine Schädigung der Sachen des M verursachen konnte. Er war zur Sorgfalt verpflichtet und hätte Vorkehrungen treffen müssen, damit das Lagerdach – die Mietsache – nicht beschädigt wird. Diese Verpflichtung zur Sorgfalt hat V konkludent auf U übertragen. Dieser hat die Sorgfaltspflicht schuldhaft missachtet, sodass V gemäß § 278 die Beschädigung des Lagerdaches – den Mangel – zu vertreten hat.

IV. M ist berechtigt, Schadensersatz zu verlangen.

1. Er kann den Mangelschaden ersetzt verlangen, d.h. den Schaden, der dadurch entstanden ist, dass das Dach beschädigt worden ist, also die Mietkosten für einen Ersatzraum.

2. Fraglich ist, ob der Mieter auch den Mangelfolgeschaden ersetzt verlangen kann, also den Schaden, den er an seinen Rechtsgütern infolge des Mangels erlitten hat.

²⁴⁰ Vgl. BeckOK/Wiederhold § 536 a Rn. 27 m.w.N.

²⁴¹ Looschelders § 22 Rn. 36.

Nach ganz h.M. ist der gesamte, infolge des Mangels eingetretene Schaden zu ersetzen; das ist der Mangel- und der Mangelfolgeschaden.

B. Des Weiteren steht dem M ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 zu.

Infolge der Beschädigung der eingelagerten Sachen ist M in seinem Eigentum verletzt. Die Beschädigung der gemieteten Halle stellt für M eine Besitzverletzung dar. Beide Rechtsgüter sind in § 823 Abs. 1 geschützt. Das zurechenbare und schuldhafte Verhalten des V ist in der Verletzung seiner Aufsichts- und Überwachungspflicht gegenüber dem U zu sehen.

Der Vermieter kann nicht nur dem Mieter, sondern auch **Dritten gegenüber** gemäß § 536 a Abs. 1 zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn der Mietvertrag Schutzwirkung zugunsten des Dritten entfaltet.²⁴²

Beispiele: Verwandte des Wohnungsmieters, Beifahrer des Mieters eines Pkw.

Zwar bestehen auch in diesen Fällen nicht selten deliktische Ansprüche der Dritten gegen den Vermieter, aber soweit eine Garantiehaftung aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 greift, ist im Gegensatz zum Deliktsrecht kein Verschulden erforderlich.²⁴³

Dem **Untermieter** stehen allerdings gegen den Hauptvermieter keine Schadensersatzansprüche aus § 536 a Abs. 1 zu, da der Untermieter eigene vertragliche Ansprüche desselben Inhalts gegen seinen Vermieter, den Hauptmieter, hat. Es fehlt deshalb an der für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erforderlichen Schutzbedürftigkeit des Dritten.²⁴⁴

IV. Fristlose Kündigung

- 133** Der Mieter kann gemäß **§ 543 Abs. 1 u. 2 Nr. 1** den Mietvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch vorenthalten wird, unabhängig davon, ob der Vermieter dies zu vertreten hat.

Da der Vermieter dem Mieter in den Fällen, in denen die Mietsache einen Sach- oder Rechtsmangel aufweist oder ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, nicht den vertragsgemäßen Gebrauch gewährt, ist § 543 Abs. 2 Nr. 1 vor allem auch dann einschlägig, wenn die **Mietsache i.S.d. § 536 mangelhaft** ist.²⁴⁵

Die Kündigung ist allerdings gemäß § 543 Abs. 3 S. 1 erst dann zulässig, wenn der Mieter dem Vermieter fruchtlos eine angemessene **Frist** zur Abhilfe gesetzt oder ihn erfolglos abgemahnt hat, es sei denn, die Fristsetzung oder Abmahnung ist ausnahmsweise gemäß § 543 Abs. 3 S. 2 **entbehrlich**.

- Es bedarf keiner Fristsetzung, wenn eine Frist oder Abmahnung **offensichtlich keinen Erfolg verspricht** (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1).

Das ist etwa der Fall, wenn der Vermieter eine **Abhilfe endgültig, ernsthaft und nachdrücklich verweigert**.²⁴⁶

²⁴² Vgl. AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2022), Rn. 484 ff.

²⁴³ Looschelders § 22 Rn. 37.

²⁴⁴ AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2022), Rn. 502.

²⁴⁵ Grüneberg/Weidenkaff § 543 Rn. 13 f.

²⁴⁶ MünchKomm/Bieber § 543 Rn. 68.

Rechte des Mieters wegen Sach- und Rechtsmängeln

Wirksamer Mietvertrag

- Einigung über den **Vertragsinhalt**
- Für das Zustandekommen der Einigung über den Vertragsinhalt gelten die Regeln über Rechtsgeschäfte, §§ 104 ff.

Grund der Mängelhaftung

- **Mangel der Mietsache**
 - Gebrauchsbeeinträchtigender, erheblicher Mangel: Ist-Beschaffenheit weicht von der Soll-Beschaffenheit ungünstig ab
 - Zugesicherte Eigenschaft fehlt

Mängelansprüche

- **Beseitigungsanspruch** = Erfüllungsanspruch gemäß § 535 bei Verzug mit Mängelbeseitigung, § 536 a Abs. 2: erforderliche **Aufwendungen** sind zu ersetzen
- Gewährleistungsrechte:
 - **Minderung** gemäß § 536 **automatisch**, wenn Mietsache überlassen ist; zu viel Gezahltes kann zurückgefordert werden – Anspruchsgrundlage: § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1
 - **Schadenersatz** gemäß § 536 a:
 - Mangel bei Vertragsschluss: Garantiehaftung ohne Verschulden
 - Mangel nach Vertragsschluss: muss zu vertreten sein
 - **Umfang** nach h.M. Mangel- und Mangelfolgeschaden
 - Bei **nicht behebbaren** Mängeln gilt nach h.M. § 536 a auch vor Überlassung
- Kündigung gemäß § 543, wenn der vertragsgemäße Gebrauch nicht gewährt wird

Ausschluss

- Vertrag: bei AGB Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 ff.
- Gesetz: § 536 b, § 326 Abs. 2, § 536 c Abs. 2

Rechtsmangel

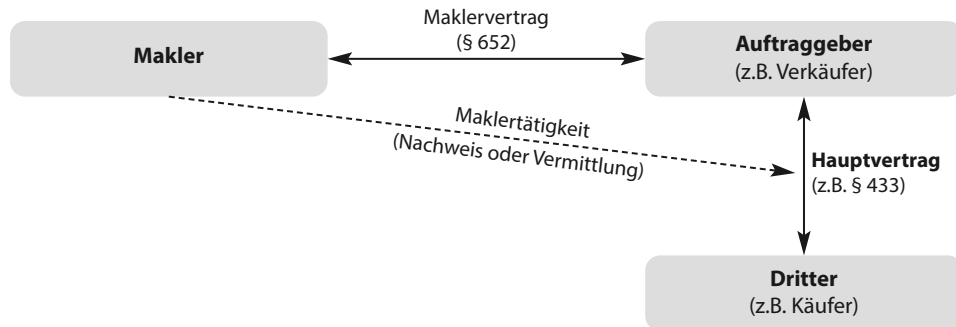
- Rechte Dritter, auch Besitzrechte eines anderen Mieters
- Entzug; dem steht die Nichtgewährung gleich

Einrede des nichterfüllten Vertrags

- Ist oder wird die überlassene Mietsache mangelhaft, so steht dem Mieter die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu, weil er einen **Anspruch auf mangelfreie Überlassung** hat.

8. Teil: Maklervertrag

- 307** Der Maklervertrag hat in Bezug auf die Vermittlung von Wohnungen, Immobilien, Versicherungen und Darlehen eine **große praktische Bedeutung**. Das BGB enthält in den **§§ 652 bis 656** Regelungen über den Maklervertrag, den es altdeutsch als „Mäklervertrag“ bezeichnet. Mit dem Maklervertrag verpflichtet sich der **Auftraggeber** gemäß § 652 Abs. 1 S. 1 für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags (**Nachweismakler**) oder für die Vermittlung eines Vertrags (**Vermittlungsmakler**) an den Makler ein Entgelt zu zahlen.



Außerhalb des BGB bestehen für die **Arbeits-⁵⁰⁷ und Wohnungsvermittlung** besondere gesetzliche Regeln. Bei der Arbeitsvermittlung sind die §§ 292, 296 ff. SGB III vorrangig zu berücksichtigen, für die Wohnungsvermittlung enthält das Wohnungsvermittlungsgesetz (WoVermittG) Sondervorschriften. Im Übrigen gelten auch für diese Bereiche die §§ 652 ff.

Neben der Mietpreisbremse (vgl. Rn. 99) ist mit dem Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur **Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung** (MietNovG)⁵⁰⁸ seit dem 01.06.2015 die Position der (potenziellen) Mieter auch in Bezug auf die Wohnungsvermittlung verbessert worden (dazu Rn. 310, 315).

Sonderbestimmungen gelten auch für den **Handelsmakler nach §§ 93–104 HGB**. Der Handelsmakler ist im Gegensatz zum Makler i.S.d. §§ 652 ff. unparteiischer Dritter; daher ist im Zweifel jede Partei des von ihm zustande gebrachten Vertrags zur Zahlung der Hälfte der Vergütung verpflichtet.

1. Abschnitt: Zustandekommen

- 308** Für das Zustandekommen des Maklervertrags gelten die allgemeinen Regeln der Rechtschäftslehre. Die Parteien müssen sich darüber einigen, dass der Auftraggeber zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist, falls der Hauptvertrag zustande kommt. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, gilt gemäß **§ 653 Abs. 1** ein Maklerlohn als stillschwei-

⁵⁰⁷ Vgl. zur Arbeitsvermittlung Dehner NJW 2002, 3747, 3749.

⁵⁰⁸ BGBl. I 2015, 610 (Nr. 16 v. 27.04.2015).

gend vereinbart, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Maklerverträge werden regelmäßig ausdrücklich geschlossen. Ein **konkludenter** Vertragsschluss kommt nur dann in Betracht, wenn das Verhalten der Parteien den **eindeutigen Willen** erkennen lässt, dass der eine Teil für den anderen zur Vermittlung von Verträgen eingeschaltet werden soll.⁵⁰⁹ Somit ist es Sache des Maklers, etwaige Unsicherheiten aufseiten des anderen Teils zu beseitigen, was in der Regel ein ausdrückliches Provisionsverlangen voraussetzen wird.⁵¹⁰

309

Wendet sich ein Interessent an einen Makler, der **mit Angeboten werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt**, ist dies noch nicht als ausreichend anzusehen, hiermit schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall zu erklären, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt. Der Interessent darf nämlich, soweit ihm nichts Gegenteiliges bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von der Gegenseite an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angebotenen Leistung (z.B. Weitergabe von Informationen) eine Leistung für diese erbringt, diese Leistung somit kein schlüssiges Angebot an den Interessenten zum Abschluss eines Maklervertrages darstellt.⁵¹¹

Demgegenüber besteht die Verpflichtung zur Zahlung der Provision gemäß § 652 Abs. 1, wenn der Interessent **in Kenntnis** eines eindeutigen und ausdrücklichen, an ihn gerichteten Provisionsverlangens des Maklers die **Maklerdienste in Anspruch nimmt**.⁵¹²

Anders verhält es sich jedoch, wenn der angesprochene Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste ausdrücklich erklärt, keine Maklerprovision zahlen zu wollen. In diesem Fall begründet der Umstand, dass er die Dienste des Maklers dennoch in Anspruch nimmt, keine Provisionspflicht, insbesondere setzt er sich mit diesem tatsächlichen Verhalten auch nicht in Widerspruch (§ 242) zu einer ablehnenden Erklärung.⁵¹³

Das Zustandekommen des Maklervertrages hängt grundsätzlich nicht von der Einhaltung einer bestimmten **Form** ab.

310

Verpflichtet sich der Auftraggeber jedoch bereits im Maklervertrag, ein bestimmtes, vom Makler zu vermittelndes Grundstück zu erwerben oder ein Grundstück an einen vom Makler zu vermittelnden Interessenten zu veräußern, erfordert der **Schutzzweck des § 311 b Abs. 1** die analoge Anwendung der Vorschrift und damit die notarielle Beurkundung des Maklervertrags.⁵¹⁴

Ferner ist zu beachten, dass der Makler – seit der Mietrechtsnovellierung zum **01.06.2015** – gemäß **§ 2 Abs. 1 S. 2 WoVermittG** für die Vermittlung einer Wohnung vom Mieter nur noch eine Provision verlangen kann, wenn der Vermittlungsvertrag der **Textform** (§ 126 b) genügt. Dazu bedarf es eines dauerhaften Datenträgers.

Beispiele: Die Erklärungen hinsichtlich des Maklervertrags können auf Papier, Computerfax oder per E-Mail abgegeben werden.⁵¹⁵

509 Grüneberg/Retzlaff § 652 Rn. 3.

510 Fischer NJW 2007, 3107.

511 BGH NJW 2005, 3779, 3780; Fischer NJW 2007, 3107, 3108.

512 BGH NJW-RR 2007, 400.

513 BGH NJW 2002, 817.

514 BeckOK/Kneller § 652 Rn. 20.

515 Vgl. zur Textform AS-Skript BGB AT 2 (2023), Rn. 182.

2. Abschnitt: Pflichten und Pflichtverletzungen

311 Mit dem wirksamen **Abschluss des Maklervertrags** entstehen grundsätzlich **noch keine Hauptleistungspflichten**.

■ Der **Makler** ist nämlich **nicht zum Tätigwerden verpflichtet**.

■ Der **Auftraggeber** muss ferner die Provision erst und nur dann zahlen, wenn er den Hauptvertrag abgeschlossen hat. Er ist zudem nicht daran gehindert, eine ihm vom Makler nachgewiesene Gelegenheit zum Vertragsschluss abzulehnen, er ist also **in seiner Entschließungs- und Abschlussfreiheit nicht beschränkt**. Der Auftraggeber darf sich grundsätzlich auch selbst um den Abschluss des Vertrags bemühen und auch andere Makler beauftragen.⁵¹⁶

312 ■ Nur wenn der Auftraggeber dem Makler einen **Alleinauftrag** erteilt, ist der Makler **verpflichtet**, für den Auftraggeber **tätig zu werden**.⁵¹⁷ Der Auftraggeber verzichtet dann für die Laufzeit des Vertrags auf sein Recht, gleichzeitig noch andere Makler zu beauftragen, sowie auf seine Berechtigung zum jederzeitigen Widerruf.⁵¹⁸

A. Hauptpflicht des Auftraggebers

Die Hauptpflicht des Auftraggebers besteht in der Zahlung der vereinbarten Provision, soweit die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 652 Abs. 1 vorliegen.

313

Anspruch aus § 652 Abs. 1

- I.** Wirksamer Maklervertrag
- II.** Makler hat Leistung erbracht (Nachweis oder Vermittlung)
- III.** Hauptvertrag wirksam abgeschlossen (bei nachträglichem Entfallen des Hauptvertrags bleibt der Provisionsanspruch regelmäßig bestehen)
- IV.** Hauptvertrag stimmt mit beabsichtigtem Vertrag im Wesentlichen überein (Kongruenz)
- V.** Maklerleistung für Hauptvertragsabschluss mitursächlich
- VI.** Auftraggeber hat von Tätigkeit des Maklers Kenntnis gehabt
- VII.** Anspruch nicht gemäß § 654 (analog) ausgeschlossen

I. Wirksamer Maklervertrag

314 Die Parteien müssen einen wirksamen Maklervertrag abgeschlossen haben. Dabei sind insbesondere die **Formvorschriften** für bestimmte Maklerverträge zu beachten (vgl. dazu Rn. 310).

⁵¹⁶ Grüneberg/Retzlaff § 652 Rn. 13 ff. und 19 ff.

⁵¹⁷ Grüneberg/Retzlaff § 652 Rn. 78.

⁵¹⁸ Grüneberg/Retzlaff § 652 Rn. 78, 84.

	Ersterwerb	Zweiterwerb
Faustpfandrecht (dinglich/akzessorisch)	§§ 1204 ff.	§§ 1250 Abs. 1 S. 1, 401
Sicherungsübereignung (dinglich/abstrakt)	— — —	§§ 929 S. 1, 930
Eigentumsvorbehalt/ Anwartschaftsrecht (dinglich/„akzessorisch“)	§§ 929 ff., 158 Abs. 1	§§ 929 ff. analog (h.M.)
Forderungspfandrecht (dinglich/akzessorisch)	§§ 1274 Abs. 1 S. 1, 398	§§ 1273 Abs. 2 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1, 401
Sicherungsabtretung (gegenständlich/abstrakt)	— — —	§ 398
Hypothek (dinglich/akzessorisch)	§§ 873 (Belastung des Eigentums), 1113 ff.	§§ 401, 1153 Abs. 1 (beachte § 1154 für Abtretung der Forderung)
Grundschild (dinglich/abstrakt)	§§ 873 (Belastung des Eigentums), 1192 Abs. 1, 1113 ff.	§§ 873 (Übertragung der Grundschild), 1154, 1192 Abs. 1
Bürgschaft (persönlich/akzessorisch)	§ 765	§ 401
Vormerkung (akzessorisch)	§§ 883, 885	§ 401 analog

Der **Ersterwerb** der gegenständlichen Sicherheiten geschieht wie ausgeführt durch eine **Verfügung**, und zwar in Form einer **Belastung des Gegenstands**. Die **Berechtigung** für diese Verfügung liegt daher prinzipiell beim **Inhaber des Gegenstands**, bei Sachen also bei ihrem **Eigentümer**.⁵⁸⁵

354

Soweit beim Ersterwerb die **Berechtigung des Verfügenden fehlt**, kann dies mittels des **Rechtsscheinträgers** und der **Normen** geschehen, die **zum besicherten Gegenstand „gehören“**.

Beispiele: Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen kann aufgrund des Rechtsscheins des Besitzes, von welchem auf das Eigentum geschlossen werden kann, vom Nichteigentümer ersterworben werden (§§ 1207, 932 ff.). Hypothek und Grundschild können aufgrund des Rechtsscheins der Eintragung einer Person als Eigentümer, von welcher auf das Eigentum geschlossen werden kann, vom Nichteigentümer ersterworben werden (§ 892).

Die Entscheidungsmacht über eine einmal entstandene Sicherheit steht hingegen prinzipiell ihrem Inhaber zu. Soweit daher der **Zweiterwerb** durch **Verfügung** in Form der **Übertragung der Sicherheit** geschieht (namentlich bei den abstrakten Sicherheiten), liegt die **Berechtigung** prinzipiell beim **Inhaber der Sicherheit**.

355

⁵⁸⁵ Vgl. allgemein zur Prüfung einer Verfügung und zur Berechtigung AS-Skript BGB AT 1 (2021) Rn. 23.

Beispiel: Der Grundschuldinhaber (nicht: der Eigentümer des Grundstücks) ist berechtigt, seine Grundschuld zu übertragen.

Fehlt beim Zweiterwerb die Berechtigung, so gilt:

- **Ohne Norm**, die eine Überwindung der fehlenden Inhaberschaft der Sicherheit anordnet, ist er der Zweiterwerb vom Nichtberechtigten (natürlich) nicht möglich.

Beispiel: Bürgschaft.

- Wenn eine solche **Norm existiert**, ist zu unterscheiden:

- Ist **ein anderer Inhaber der Sicherheit**, so kann diese nach der Norm vom Nichtinhaber erworben werden.

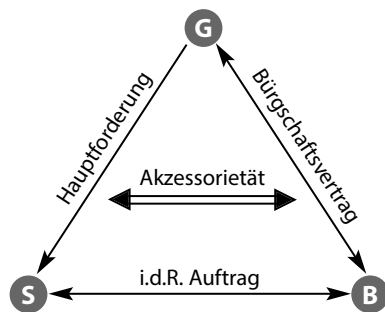
Beispiel: Grundschuld über § 892, Anwartschaftsrecht an beweglicher Sache über §§ 932 ff. analog

- **Existiert die Sicherheit überhaupt nicht**, so können nur solche Sicherheiten, für die ein **Publizitätsträger** besteht, nach der Norm erworben werden

Beispiel: Grundschuld über § 892 aufgrund ihrer Eintragung im Grundbuch, nicht aber das nicht verbriefte Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen oder an einem Grundstück

2. Abschnitt: Anspruch gegen den Bürgen aus § 765 Abs. 1

- 356 Im Examen wird das Bürgschaftsrecht sehr oft **inzident** im Rahmen des Anspruchs des Gläubigers gegen den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag (§ 765 Abs. 1) abgeprüft. Daneben bestehen in der Regel folgende weitere schuldrechtliche Beziehungen:



- zu sichernde Forderung des G gegen S (Hauptforderung), die sich oft aus einem (vertraglichen oder gesetzlichen) Schuldverhältnis ergibt;
- Rechtsverhältnis B – S, im Regelfall Auftrag;
- Bürgschaftsvertrag, aus dem B gegenüber G verpflichtet ist, soweit die Hauptforderung entstanden, nicht erloschen und durchsetzbar ist (Akzessorietät);

Klausurhinweis: Ordnen Sie Ihre Gedanken nach dem bewährten **Entstanden-Erloschen-Durchsetzbar-Denkschema**. Bei der **Formulierung ihres Gutachtens** sollten Sie es aber sparsam verwenden und stattdessen **Schwerpunkte** setzen, damit es nicht anfängerhaft wirkt.⁵⁸⁶ Als Besonderheit der Bürgschaft als **akzessorisches Sicherungsmittel** müssen Sie dabei **zweigleisig** prüfen: Der Anspruch gegen den Bürgen ist nur dann entstanden/nicht erloschen/durchsetzbar, wenn sowohl die Hauptforderung als auch der Anspruch selbst entstanden/nicht erloschen/durchsetzbar ist.

⁵⁸⁶ Näher zu den Vorteilen und Gefahren dieses Denkschemas AS-Skript BGB AT 1 (2021), Rn. 15 ff.

Zweigleisige Prüfung des Anspruchs aus § 765 aufgrund der Akzessorietät**I. Entstehung**

1. Wirksame Einigung zwischen Gläubiger und Bürge über die Bürgschaft selbst
2. Entstehung und im Zeitpunkt von I. 1. kein Erlöschen der Hauptforderung Gläubigers gegen Schuldner (**Akzessorietät**)

II. Kein Erlöschen

1. Kein Erlöschen der Bürgschaft selbst: § 776 S. 1, § 777, Schuldrecht AT (insbesondere §§ 362 ff., 418 Abs. 1 S. 1)
2. Kein Erlöschen der Hauptforderung nach dem Zeitpunkt von I. 1. (**Akzessorietät**), z.B. durch Gestaltung

III. Durchsetzbarkeit

1. Keine Einreden gegen Bürgschaft selbst, insbesondere § 771
2. Keine Einreden gegen die Hauptforderung (§ 768) und keine Gestaltbarkeit (§ 770) der Hauptforderung (**Akzessorietät**)

A. Entstehung durch Begründung der Bürgschaft (Ersterwerb)

Insbesondere folgende Entstehungsgründe und -hemmnisse kommen in Betracht: **357**

I. Einigung

Die Bürgschaft ist ein, wenn auch nur einseitig den Bürgen verpflichtender, **Verpflichtungsvertrag**. Eine einseitige Erklärung des Bürgen genügt also nicht. Vielmehr müssen sich die Parteien, also Bürge und Gläubiger, nach Maßgabe der §§ 104 ff. über den von § 765 vorgesehenen Inhalt **einigen**, um eine Bürgschaft zu begründen (**Ersterwerb**). **358**

1. Inhalt der Einigung

Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich gemäß § 765 Abs. 1 der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Schuldners (Hauptschuldner), für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners (Hauptschuld) einzustehen. Es muss – nach einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 aus Sicht des objektiven Empfängers – ein **Verbürgungswille** deutlich werden. Ferner muss die **Hauptschuld**, für die die Bürgschaft übernommen wird, nach Gläubiger, Schuldner, Schuldgrund und -höhe bestimmt werden oder wenigstens **bestimmbar** (vgl. § 765 Abs. 2 Var. 1) sein. **359**

2. Abgrenzung: Bürgschaft, Schuldbeitritt oder Garantie

Ebenfalls im Rahmen der Auslegung ist die Bürgschaft von anderen Sicherungsinstitutionen **abzugrenzen**, insbesondere dem **Schuldbeitritt** und dem **Garantievertrag**.⁵⁸⁷ **360**

⁵⁸⁷ Vgl. zur Abgrenzung Bürgschaft/Schuldbeitritt/Garantievertrag (auch von weiteren Rechtsinstituten) MünchKomm/Habersack vor § 765 Rn. 13 ff.; Grüneberg/Sprau Einf v § 765 Rn. 15 ff.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

Abstrakte Sicherheiten	352	Einrede der Aufrechen-	
Abstraktes Schuldanerkenntnis	502	barkeit	444
Rechtsfolge	503	Einrede der Gestaltbarkeit	443
Zustandekommen	502	Einrede der Vorausklage	415, 434
Akzessorietät	362, 407, 413, 436	Einreden des Bürgen	432 ff.
Akzessorische Sicherheiten	349	Einreden des Hauptschuldners	437 ff.
Andeutungstheorie	367	Einsichtnahmerecht	248
Anwartschaftsrecht	85	Einwendungsdurchgriff	46
Arbeitgeberdarlehen	36	Einwendungsverzicht	49
Arbeitsvermittlung	307	Einzelwirkende Tatsachen	363
Arten der Leihe	203	Entgeltliche Finanzierungshilfe	57 ff.
Aufbewahrungspflicht	251	Entgeltliche Leistung	425
Aufgabe einer Sicherheit	416 ff.	Entgeltlicher Darlehensvertrag	23
Aufrechnungsverbot	49	Entgeltlicher Zahlungsaufschub	60 ff.
Ausfallbürgschaft	473 f.	Erhaltungskosten	207
Austauschvertrag	381	Erlöschen der Bürgschafts-	
Außergeschäftsraumvertrag	426	forderung	413
Bedürftigkeit	90	Ersterwerb	353 ff.
Beeinträchtigung der Entscheidungs-		essentialia negotii	367
freiheit	386	Existenzgründer	22
Beendigung des Leihvertrags	218	falsa demonstratio non nocet	367
Beendigung des Maklervertrags	330	Fernabsatzvertrag	427
Beendigung des Mietvertrags	168 ff.	Fernkommunikationsmitteln	427
Befreiende Schuldübernahme	28	Feststellungsgeschäft	492
Behandelnder	243	Finanzierungshilfen	50 ff.
Behandlungsfehler	247, 252	Forderungsentkleidete Hypothek	349
Behandlungsrisiko	251	Formnichtigkeit des Schenkungs-	
Behandlungsvertrag	240 ff.	versprechens	85
Beschenkter	94	Fristlose Kündigung	133
Besondere Maklerverträge	332 ff.	Garantie	360, 364
Besonderes persönliches Näheverhältnis	387 ff.	Garantievertrag	364
Blanketterklärung	375	Gastschulaufenthalte	305
Blankobürgschaft	375	Gebrauchsgestattung	206
Bürgschaft	30, 339 ff.	Gefälligkeitsverhältnis	204
Besondere Arten	468 ff.	Gegenbeweises	512
Formbedürftigkeit	366 ff.	Gegenseitiger Vertrag	489
Wirksamkeit	365	Gegenseitiges Nachgeben	481 ff.
Bürgschaft „auf erstes Anfordern“	468	Gegenstand	347
Bürgschaft auf Zeit	415	Gegenständliche Sicherheiten	347
Bürgschaftsversprechen	367	Gesamtschuld	452, 458
Darlehensvermittlungsvertrag	332 ff.	Gesamtschuldner	496 ff.
Darlehensvertrag	1 ff.	Gesamtwirkende Tatsachen	363
Beendigung	9 ff.	Globalbürgschaft	398 ff.
Kündigung	9 ff.	Gratifikationen	78
Dienstvertrag	222 ff.	Grober Undank	77, 90
Disponibilität	478 f.	Handelsmakler	307
Dokumentationspflicht	248	Hauptschuld	407 ff.
Ehemaklervertrag	337 f.	Heilung	371 ff.
Einrede der Anfechtbarkeit	444	Höchstbürgschaften	399 ff.

Kausales Schuldanerkenntnis	510 ff.	Patientenverfügung	245
Konstitutive Wirkung	513	Persönliche Sicherheiten	348
Zustandekommen	511	Pflichtverletzungen des	
Kleindarlehen	36	Auftraggebers	329
Kosten der Gebrauchsermöglichung	208	Prognose	383
Krasse finanzielle Überforderung	383 f.	Qualifiziert signierte E-Mail	368
Kreditsicherungsrecht	339 ff.	Ratenlieferungsverträge	71
Kreditwürdigkeit, Irrtum über	398 ff.	Rechtsmangel	131 f.
Kündigung	169 ff.	Rechtssubjektswechsel	86
von Wohnraum	176 ff.	Rechtsverhältnis	477
Kündigung des Reisevertrags	299 ff.	Reisebüro	256
Kündigungsrecht des Mieters	133	Reiseleiter	284
Leasingvertrag	187 ff.	Reiseveranstalter	255 ff.
Leihvertrag	198 ff.	Reisevertrag	
Abgrenzung	204	Kündigung	299 ff.
Arten	203	Remuneratorische Schenkung	78
Beendigung	218	Restschuldbefreiung	384
Gegenstand	200	Rückbürgschaft	471 f.
Rückgabepflicht	215	Rückforderungsrecht	90
Zustandekommen	198	Rückgabepflicht	215
Maklerleistung	316 ff.	Rückgriffsansprüche	450 ff.
Maklervertrag	307 ff.	Rücktrittsrecht des Reisenden	271
Beendigung	330	Sachdarlehensvertrag	204
Besondere Maklerverträge	332 ff.	Schadensbeseitigungskosten	208
Form	310	Schadensersatzanspruch des Mieters	131 f.
Pflichtverletzungen des Maklers	328	Scheckverbot	49 f.
Provisionsanspruch	316	Schenkung	74 ff., 204
Provisionsanspruch des Maklers	313	auf den Todesfall	94
Mängel der Mietsache	121 ff.	unter Auflage	91
Mängelansprüche des		Schenkung an Minderjährigen	83
Leasingnehmers	195 ff.	Schönheitsreparaturen	154
Ausschluss	142 ff.	Schuldbeitritt	26, 360, 363, 391 f.
Medizinische Behandlung	242	Schuldumschaffung	503
Mietminderung	130	Schutz des Vermieters	160 ff.
Mietvertrag	96 ff., 204	selbstschuldnerische Bürgschaft	434
Beendigung	168 ff.	Selbstvornahme	129
Kündigung	169 ff.	Sicherungsabrede	342 ff.
Mängelansprüche des Mieters	121 ff.	Sicherungsgeber	341
Pflichten des Mieters	118 ff.	Sicherungsgrundschuld	389
Pflichten des Vermieters	112 ff.	Sicherungsnehmer	341
Zustandekommen	103 ff.	Sicherungsvertrag	342 ff., 352
Minderung	281 ff.	Sittenwidrigkeit	381 ff.
Nachbürgschaft	469 f.	Störung der Geschäfts-	
Nachweistätigkeit	318 f.	grundlage	14, 397, 490 f.
Nahbereichsperson	388	Streit	459 f.
Notarielle Beurkundung	84	Synallagma	489
Notbedarf	77	Tatsachenanerkennnis	516 ff.
Novation	494, 503	Teilleistungen	51 ff.
Pacht	184 ff.	Teilzahlungsgeschäft	62
Kündigung	186	Telefax	368
Mitverpachtung	185	Textform	368
		Transparenzgebot	405

Treu und Glauben	370	Verwendungsersatz	207
Überraschende Klausel	400	Verzicht des Bürgen	438, 448
Unentgeltlichkeit.....	78	Verzicht des Hauptschuldners	439 f., 448
Unentgeltlichkeit der Leihe	201	Verzugszinsen	51 ff.
Ungewissheit über ein Rechts- verhältnis	479 f.	Vollharmonisierung	426
Unternehmer	20	Wechselverbindlichkeit	50
Verbot der Fremddisposition	403, 439	Wechselverbot	50
Verbraucher als Darlehensnehmer	21	Wegnahmerecht	209
Verbraucherdarlehen	39 f., 430	Wettlauf der Sicherungsgeber	346, 465
Verbraucherschutzrecht	424 ff.	Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag.....	45 f.
Verbrauchervertrag	425	wirtschaftliches Eigeninteresse	383
Verbürgungswille.....	359	Wohnungsvermittlung	307
Vergleich.....	476 ff.	Wucher.....	381
Rechtsfolgen	492 ff.	Zahlungsfähigkeit, Irrtum über	395 ff.
Unwirksamkeit	485 ff.	Zahlungsverzug	54, 179
Verjährung	303, 435	Zusätzliche Zuwendung	78
Vermieterpfandrecht	160 ff.	Zuwendung unter Ehegatten.....	79
Vermittlungstätigkeit	317	Zuwendung von Forderungen	84
Verpachtung eines Grundstücks	185	Zweckschenkung.....	92
Vertragsübernahme	29	Zweiterwerb	353 ff.
Vertragsübertragung	270	Zweiterwerb der Sicherheit vom Nichtberechtigten	355
Verwahrung.....	204		