

<b>Lösungs- skizze</b>	<b>Minderung, Gewährleistungsausschluss, § 476 BGB, § 377 HGB; Körperschaft öffentlichen Rechts als Verbraucher und Kaufmann; Bürgschaft: Form, Vorausklage; Testament: Auslegung, Widerruf; Gesamtschuldnerausgleich, Übergang der Sicherheiten</b>	<b>A 927</b>
----------------------------	--	--------------



**A. Originäre (vor-)vertragliche Ansprüche (-)**

B. **§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB** (-) Zwar auch fremdes Geschäft, aber kein Fremdgeschäftsführungswille

C. **§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB** (-) Verleiht K nur Anspruch gegen den M, nicht aber gegen B

**D. § 765 Abs. 1 BGB; §§ 426 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB; § 398 S. 2 BGB; § 1922 BGB?**

I. Bürgschaftsanspruch aus § 765 Abs. 1 BGB des P gegen B?

1. Entstanden?

- a) Einigung (+), insbesondere § 151 S. 1 Var. 1 BGB
- b) Keine Formunwirksamkeit, § 350 HGB in Ausnahme zu § 766 BGB
- c) Gesicherte Forderung aus §§ 346 Abs. 1 Var. 1, 441 Abs. 4 S. 2, 323 Abs. 1 Var. 2, 437 Nr. 2 BGB?
  - aa) Kaufvertrag (+)
  - bb) Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (+)
  - cc) bei Gefahrübergang? non liquet, Beweislast bei P (§ 363 BGB), Beweislastumkehr nach § 476 BGB?
    - (1) anwendbar, zwar nicht kraft Gesetz, aber gemäß Nr. 2 des Kaufvertrags
    - (2) Sachmangel innerhalb von vier (!) Monaten nach Gefahrübergang gezeigt?
      - (a) vier Monate vereinbart, Nr. 2 des Kaufvertrags
      - (b) Zeigen (+)
      - (c) „ein Sachmangel“ (+), Streitfrage zur Reichweite irrelevant
      - (d) mit Art der Sache vereinbar
      - (e) mit Art des Mangels vereinbar
      - (f) **Zwischenergebnis:** Boot bei Übergabe mangelhaft
  - dd) Fristsetzung entbehrlich
  - ee) Minderung erklärt
  - ff) Ausschluss der Minderung?
    - (1) Erheblichkeit nicht erforderlich, §§ 441 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 2 BGB
    - (2) Gewährleistungsausschluss vereinbart, aber nach § 242 BGB unwirksam
    - (3) § 377 HGB? Unverzüglichkeit fraglich, jedenfalls kein beidseitiges Handelsgeschäft
    - (4) **Zwischenergebnis:** Minderung nicht ausgeschlossen
  - gg) Höhe des Anspruchs?
    - (1) 3.750 € gemäß § 441 Abs. 3 S. 1
    - (2) M haftet P als Gesamtschuldnerin in voller Höhe, §§ 427, 421 BGB
  - hh) **Zwischenergebnis:** Bürgschaft sichert Hauptforderung i.H.v. 3.750 € und ist entstanden

2. Bürgschaftsanspruch nicht untergegangen

**II. Übergang Bürgschaftsanspruch von P auf A durch Zahlung des A?**

- 1. Rückzahlungsanspruch P gegen M geht gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 BGB auf A über:
  - a) soweit Befriedigung: in voller Höhe (3.750 €)
  - b) soweit Ausgleich verlangbar: 70 %, also 2.625 €
- 2. Bürgschaftsanspruch geht gemäß §§ 412, 401 Abs. 1 BGB i.H.v. 2.625 € über
- 3. **Zwischenergebnis:** Bürgschaftsanspruch auf A übergegangen

**III. Übergang Bürgschaftsanspruch von A auf I durch Abtretung, § 398 S. 2 BGB?**

- 1. Einigung (+)
- 2. Berechtigung, Abtretungsverbot? (-) § 399 Var. 2 BGB fordert Vereinbarung mit B
- 3. **Zwischenergebnis:** Bürgschaftsanspruch auf I übergegangen

**IV. Übergang Bürgschaftsanspruch von I auf K gemäß § 1922 Abs. 1 BGB?**

- 1. S als gesetzlicher Erbe
- 2. K als vorrangiger gewillkürter Erbe?
  - a) Testament formwirksam errichtet und nicht widerrufen
  - b) Auslegung: K soll Erbe sein
- 3. **Zwischenergebnis:** Bürgschaftsanspruch auf K übergegangen

**V. Einrede der Vorausklage (-) wegen § 349 HGB**

E. **Ergebnis:** K hat Zahlungsanspruch gegen B aus § 765 Abs. 1 BGB; §§ 426 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB; § 398 S. 2 BGB; § 1922 BGB

## Bank bürgt bezüglich Boot

Dr. Jan Stefan Lüdde

Schwerpunkte: Schuldrecht (Kaufrecht, Bürgschaft, Abtretung, Gesamtschuldner), Erbrecht, Handelsrecht

### Minderung

Gewährleistungsausschluss und Beschaffenheitsvereinbarung

Verbrauchsgüterkauf und Beweislastumkehr

Körperschaft öffentlichen Rechts als Unternehmer und Kaufmann

Mängelrüge, Abtretungsverbot, formfreie Bürgschaft ohne Einrede der Vorausklage

Gesamtschuldnerausgleich und Übergang der Sicherheit durch cessio legis

Auslegung und Widerruf eines Testaments

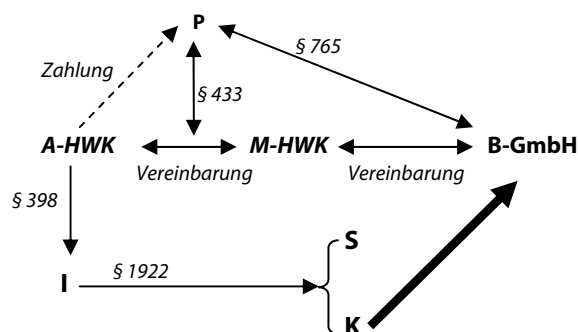
§§ 137, 323, 398, 401, 404, 412, 421, 426, 427, 434, 441, 444, 474, 476, 765, 766, 771, 1922, 2064, 2084, 2087, 2255 BGB

§§ 1 ff., 343 f., 349, 350, 354a, 377 HGB

§ 90 HwO

*Vorüberlegungen, nicht Teil der Lösung:*

1. Zur Verdeutlichung der Sachlage folgende **Skizze**:



2. Kern des Anspruches gegen die B kann nur ihre Bürgschaft gegenüber P sein. Die grobe Gliederung des Gutachtens folgt der Überlegung, wie die **Anspruchsinhaberschaft von P auf K** übergegangen sein kann. Dies kann nur über A und I geschehen sein. Relativ schwer – aber gleichwohl Pflichtwissen für das Examen – ist das Aufspüren der §§ 426 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB. Laut diesen Normen geht eine mögliche Zahlungsforderung des P gegenüber A und M auf A über, wenn diese an P zahlt und zwischen A und M eine Gesamtschuld besteht. In einem zweiten Schritt geht dann die Bürgschaft auf A über. Leicht erkennbar ist demgegenüber, dass der Zahlungsanspruch aus der Bürgschaft sodann von A auf I durch Abtretung und von I auf K durch Erbschaft übergegangen sein könnte.

3. Bei der Feingliederung müssen die einzelnen Probleme zum **Inhalt der jeweiligen Rechtsverhältnisse bzw. Ansprüche** untergebracht werden. Bei der Bürgschaft (Vertragsschluss und Einrede der Vorausklage), der Abtretung (Abtretungsverbot) und der Erbschaft (Bestimmung der Erben) sind diese gut erkennbar und überschaubar. Schwerpunkt ist die Prüfung der Hauptforderung P gegen M (§§ 346 Abs. 1 Var. 1, 441 Abs. 4), insbesondere hinsichtlich des Mangelbegriffs nebst Gewährleistungsausschluss, des § 476 BGB und der Höhe der Forderung.

## Gutachten

**A.** Originär in der Person des K entstandene **vertragliche Ansprüche** und Ansprüche aus **vorvertraglicher Pflichtverletzung** (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) gegen B bestehen nicht. K hat weder einen Vertrag i.S.d. § 311 Abs. 1 BGB mit B geschlossen noch ein Verhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB mit B begründet.

**B.** K könnte – nach Abtretung durch A und Vererbung durch I – gegen B einen Zahlungsanspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB wegen einer berechtigten **Geschäftsführung ohne Auftrag** der A haben. A könnte ein Geschäft der B mit Fremdgeschäftsführungswillen geführt haben, als sie 4.500 € an P zahlte.

**I.** Die Zahlung ist der Person objektiv zuzuordnen, die gegenüber P zur Zahlung verpflichtet war. Eine Zahlungspflicht gegenüber P bestand womöglich sowohl für B aus § 765 Abs. 1 BGB als auch für A aus §§ 346 Abs. 1 Var. 1, 441 Abs. 4, 421 BGB, sodass ein **auch fremdes Geschäft** vorliegen könnte.

**II.** Jedenfalls aber zahlte A nicht zur Tilgung der möglichen Schuld der B, sondern zur Tilgung seiner möglichen eigenen Schuld, auch um seinen Ruf zu wahren. A hatte daher keinen **Fremdgeschäftsführungswillen**.

A hatte gegen B keinen Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB, sodass dieser auch nicht über I auf K übergegangen sein kann.

**C.** Aus **§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB** kann sich nur ein (über I auf K übergegangener Anspruch) der A gegen die andere Gesamtschuldnerin M, nicht aber der A gegen B ergeben.

**D.** K könnte gegen B einen Anspruch aus **§ 765 Abs. 1 BGB; §§ 426 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB; § 398 S. 2 BGB; § 1922 BGB** haben. Es könnte ursprünglich ein Bürgschaftsanspruch P gegen B bestanden haben (hierzu I.), der zunächst auf A durch die Zahlung der A an P (hierzu II.), sodann durch Abtretung auf I (hierzu III.) und schließlich im Wege einer Erbschaft auf K (hierzu IV.) übergegangen sein könnte. Ferner müsste dieser Anspruch durch K durchsetzbar sein (hierzu V.).

**I.** P könnte gegen die als GmbH gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähige B einen **Bürgschaftsanspruch** gemäß § 765 Abs. 1 BGB haben.

**1.** Dieser Anspruch muss zunächst **entstanden** sein.

**a)** Die Bürgschaft ist ein (wenn auch nur einseitig den Bürgen verpflichtender) Vertrag, vgl. § 765 Abs. 1 BGB. P und B müssen sich daher **geeignet** haben. B gab den dem P zugewandenes **Angebot** ab, in welchem sie erklärte, für eine bereits bestehende und genau bestimmte Forderung – die Rückzahlungspflicht der M gegenüber P – als Bürgin einzustehen. P hat am 15.01.2014 konkludent die **Annahme** erklärt, indem er – wie von M erbeten – A anstatt M in Anspruch nahm. Es entspricht der Verkehrssitte, dass die Annahme bei für den Antragsempfänger vorteilhaften Geschäften (z.B. einer Bürgschaft) nicht dem Antragenden zugehen muss,<sup>2</sup> sodass der Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 S. 1 Var. 1 BGB entbehrlich war. P und B haben sich geeinigt.

**b)** Die Einigung ist gemäß § 125 S. 1 BGB **formunwirksam**, wenn mindestens eine der Erklärungen gegen ein gesetzliches Formerfordernis verstößt. Während die Erklärung des Gläubigers nie einer Form bedarf, muss die **Erklärung des Bürgen** gemäß §§ 766 S. 1, 126 BGB grundsätzlich schriftlich erfolgen, sodass mangels eigenhändiger Namensunterschrift (§ 126 Abs. 1 BGB) die Erklärung der B per Fax formunwirksam wäre. Jedoch finden auf die B als GmbH die Vorschriften für Kaufleute Anwendung (§ 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 1 HGB) und alle ihre Geschäfte sind ohne das § 344 HGB zu prüfen wäre Handelsgeschäfte<sup>3</sup>, sodass ausnahmsweise gemäß § 350 HGB die Erklärung der B formlos wirksam ist.

Auf die Wirksamkeit der Bürgschaft, der Abtretung und des Erbgangs kommt es bis hierhin nicht an. Diese Punkte sollten daher erst später geprüft werden, um eine **Kopflastigkeit des Gutachtens zu vermeiden**.

Siehe zu § 426 Abs. 1 u. 2 BGB sowie zu § 774 Abs. 1 BGB näher **Schlussbemerkung 1**.

B verpflichtet sich ausdrücklich „als Bürgin“, sodass **eine Abgrenzung zu anderen Sicherungsmitteln** wie der Garantie und dem Schuldbeitritt nicht erforderlich ist.<sup>1</sup>

Ein Fax erfüllt zwar nicht die **materiell-rechtliche Schriftform** des § 126 BGB, es erfüllt aber die Anforderungen der Textform (§ 126b BGB). Eine **Zivilklage** kann per Fax erhoben werden, dies ist seit dem Jahr 2001 ausdrücklich in §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 6 ZPO bestimmt.

<sup>1</sup> Siehe hierzu AS-Skript Schuldrecht BT 2 (2013), Rdnr. 405 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, 73. Auflage 2014, § 151 Rdnr. 4; BGH NJW 2000, 1563.

<sup>3</sup> Baumbach/Hopt/Hopt, 35 Auflage 2012, § 344 Rdnr. 1.



c) Als streng akzessorisches Sicherungsmittel kommt die Bürgschaft nur zustande, wenn und soweit die **gesicherte Hauptforderung besteht**. Fraglich ist, ob und in welcher Höhe P gegen M einen Rückzahlungsanspruch hat. Dieser könnte sich aus **§§ 346 Abs. 1 Var. 1, 441 Abs. 4 S. 2, 323 Abs. 1 Var. 2, 437 Nr. 2 BGB** ergeben.

aa) Zwischen einerseits P und andererseits A und M, die als Handwerkskammern gemäß § 90 Hs. 2 HwO Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts und daher rechtsfähig sind, besteht ein **Kaufvertrag** über das Boot.

bb) Fraglich ist, ob der Pilzbefall des Boots bzw. dessen fehlende See- und Wassertauglichkeit einen **Sachmangel** gemäß § 434 Abs. 1 BGB darstellt.

Ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn der Kaufsache eine **vereinbarte Beschaffenheit** fehlt. Die Beschaffenheit muss nicht ausdrücklich vereinbart sein. Eine konkludente Vereinbarung genügt. Um allerdings die Reichweite der Norm zu Lasten des § 434 Abs. 1 S. 2 (insb. Nr. 2) BGB nicht zu stark auszudehnen, muss die konkludente Vereinbarung sich auf konkrete Merkmale beziehen. Eine allgemeine konkludente Vereinbarung der Mangelfreiheit in der jeder Hinsicht wohnt einem Kaufvertrag nicht inne. Die konkludente Vereinbarung kann sich dabei auch bei einem schriftlichen Kaufvertrag – jedenfalls wenn er keine Klausel enthält, die alleine den schriftlichen Vertragsinhalt für maßgeblich erklärt – aus den Umständen des Vertragsschlusses ergeben.<sup>4</sup>

Weder enthält Nr. 1 der Vertragsurkunde die ausdrückliche Vereinbarung, das Boot sei pilzfrei und see- und wassertauglich, noch haben A und M dies dem P ausdrücklich bei den Vertragsverhandlungen zugesagt. Jedoch hat die Aussage, das Boot eigne sich auch für längere Fahrten, konkludent den Inhalt, dass das Boot see- und wassertauglich ist und nicht mit einem dies ausschließenden Pilz befallen ist. Es liegt mithin ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

cc) Der Sachmangel müsste auch bereits **bei Gefahrübergang**, d.h. bei **Übergabe** des Bootes am 01.09.2013 von A und M an P vorgelegen haben, §§ 434 Abs. 1 S. 1, 446 S. 1 BGB. Der Pilzbefall geschah zwischen Juli und Oktober 2013. Die See- und Wassertauglichkeit des Schiffes wurde hierdurch ca. einen Monat später, also zwischen August und November 2013 aufgehoben. Es lässt sich also sowohl hinsichtlich des Pilzbefalls als Grundmangel als auch hinsichtlich der fehlenden See- und Wassertauglichkeit als derzeitige Ausprägung des Mangels nicht feststellen, ob sie vor oder nach der Übergabe des Bootes an P vorlagen.

Im Fall der Unaufklärbarkeit einer Sachfrage (**non liquet**) ist diejenige Sachverhaltsvariante als gegeben anzunehmen, die zum Nachteil desjenigen gereicht, der die **Beweislast** trägt. Grundsätzlich trägt jeder die Beweislast für diejenigen Tatsachen, die für ihn günstig sind. Die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang verschafft dem P die Rechte aus § 437 BGB, sodass er grundsätzlich die Beweislast trägt, vgl. auch § 363 BGB. Allerdings könnten ausnahmsweise A und M die Beweislast gemäß **§ 476 BGB**<sup>5</sup> i.V.m. Nr. 2 des Kaufvertrags tragen.

(1) § 476 BGB müsste **anwendbar** sein. Aus ihrer systematischen Stellung in Untertitel 3 zum Kaufrecht ergibt sich, dass die Norm nur auf **Verbrauchsgüterkäufe** i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB zwingend anzuwenden ist, bei denen es sich nicht um öffentliche Versteigerungen mit persönlicher Teilnahmemöglichkeit handelt (§ 474 Abs. 1 S. 2 BGB). Zwar handelt es sich auch bei Booten, soweit sie nicht ausnahmsweise wie Grundstücke zu behandeln sind, um bewegliche Sachen.<sup>7</sup> Auch wurde der Kaufvertrag nicht bei einer Versteigerung abgeschlossen. Zweifelhaft ist aber, ob A und M Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB sind. Obgleich die Norm auch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst,<sup>8</sup> ist nicht bekannt, ob A und M hin-

Wird auf die **Minderung** ein Rückzahlungsanspruch gestützt, sind §§ 346 Abs. 1 Var. 1, 441 Abs. 4 BGB zu zitieren. §§ 441 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 3 BGB enthalten keine Anspruchsgrundlage des Käufers, sondern einen Erlöschensgrund für den Anspruch des Verkäufers aus § 433 Abs. 2 BGB.

Obgleich sämtliche Fälle des § 434 Abs. 1 BGB den Weg in die Rechte aus § 437 BGB eröffnen, ist es üblich, den **einschlägigen Fall exakt zu bestimmen**. In bestimmten Konstellationen ist dies sogar zwingend erforderlich, siehe näher **Schlussbemerkung 2**.

Der **Kaufmannsbegriff** des HGB deckt sich nur teilweise mit dem Unternehmerbegriff des **§ 14 BGB**. Siehe zum Kaufmannsbegriff noch näher unten.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, RÜ 2013, 145.

<sup>5</sup> Vgl. zu § 476 BGB umfassen AS-Skript Schuldrecht BT 1 (2013) Rdnr. 399 ff.

<sup>6</sup> Vgl. ferner zum Unternehmer AS-Skript Schuldrecht BT 1 (2013) Rdnr. 360 ff. und zum Kaufmann AS-Skript Handelsrecht (2013) Rdnr. 4 ff.

<sup>7</sup> Palandt/Elleberger, 73. Auflage 2014, Überbl v § 90 Rdnr. 3.

<sup>8</sup> MünchKomm/Micklitz, 6. Auflage 2012, § 14 Rdnr. 7.

sichtlich ihres objektiv erzielten Gewinns auch die teilweise geforderte<sup>9</sup> Gewinnerzielungsabsicht hatten. Jedenfalls aber ist P, der das Boot für seinen Schiffshandel gekauft hatte, kein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Ein Verbrauchsgüterlauf liegt nicht vor, § 476 BGB ist nicht zwingend anzuwenden.

Jedoch haben A, M und P gemäß **Nr. 2 des Kaufvertrags** vereinbart, dass § 476 BGB gleichwohl anwendbar sein soll. Es steht den Parteien eines Vertrags im Rahmen ihrer sich aus § 311 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Vertragsfreiheit grundsätzlich frei, den Vertragsinhalt nach Belieben zu regeln. Disponibles Recht kann abbedungen und nicht einschlägige Regelungen können für anwendbar erklärt werden. Insbesondere verstößt die Vereinbarung nicht gegen § 475 Abs. 1. BGB, welcher nur ein Abweichen von § 476 BGB zum Nachteil des Verbraucher-Käufers, nicht aber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm verbietet. § 476 BGB ist anwendbar.

**(2)** Es müsste sich ein **Sachmangel innerhalb von vier Monaten nach Gefahrübergang gezeigt** haben.

**(a)** § 476 BGB nennt als Zeitraum sechs Monate. Da die Norm aber nicht zwingend, sondern nur wegen der vertraglichen Vereinbarung anzuwenden ist, konnten die Vertragsparteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit einen kürzeren Zeitraum von **vier Monaten** vereinbaren.

**(b) Zeigen** meint weder die (oft frühere) Entstehung des Mangels, noch die (oft spätere) Geltendmachung des Mangels gegenüber dem Verkäufer, sondern das Auftreten der Erkennbarkeit des Mangels. Der Pilz und die fehlende See- und Wassertauglichkeit waren für P erkennbar, als er knapp vier Monate nach Gefahrübergang – der Übergabe am 01.09.2013, § 446 S. 1 BGB – am 30.12.2013 das Boot aus dem Wasser holte. Obgleich P sich erst im Januar 2014 bei A und M meldete, zeigte sich der Mangel folglich innerhalb von vier Monaten.

**(c)** Erforderlich ist ferner, dass sich „**ein Sachmangel**“ zeigt. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Vermutungswirkung des § 476 BGB greift, wenn (nur) **in zeitlicher Sicht** unaufklärbar ist, ob der unstreitig vorliegende **Mangel in seiner jetzigen Gestalt** vor oder nach Gefahrübergang entstanden ist. Demgegenüber ist zweifelhaft, ob § 476 BGB auch dann greift, wenn der Mangel in seiner jetzigen Gestalt unstreitig erst nach Gefahrübergang eingetreten ist und nicht aufklärbar ist, ob der den jetzigen Mangel auslösende Umstand einen bereits bei Gefahrübergang vorliegenden Mangel (sog. **Grundmangel**) darstellt oder ob es sich um eine andere nach Gefahrübergang eingetretene Ursache – insb. die unsachgemäße Handhabung durch den Käufer – handelt.<sup>10</sup> Die fehlende See- und Wassertauglichkeit des Boots (Mangel in seiner jetzigen Gestalt) ist allerdings zweifelsfrei auf den Pilzbefall (Grundmangel) zurückzuführen. Eine andere, nicht unter den Mangelbegriff fallende Ursache für den Pilzbefall – insb. eine fehlerhafte Handhabung durch P – ist nicht ersichtlich. Unklar ist alleine, ob der Pilzbefall und/oder das Entfallen der See- und Wassertauglichkeit vor oder nach Übergabe geschahen. Es besteht Einigkeit, dass diese Fallgestaltung, bei der nur in zeitlicher Hinsicht der Sachverhalt unaufgeklärt ist, unter § 476 BGB fällt.<sup>11</sup>

**(d)** Die Beweislastumkehr greift nicht, wenn die Vermutung **nicht mit der Art der Sache vereinbar** ist. Der Wortlaut verlangt auch bei gebrauchten Sachen eine am Einzelfall orientierte Prüfung,<sup>12</sup> denn auch gebrauchte Sachen werden in der Regel nur gekauft, wenn sie abgesehen vom üblichen Verschleiß komplett oder weitgehend mangelfrei sind. Es ist keine Besonderheit des Bootes ersichtlich, die den Schluss von der jetzigen Mangelhaftigkeit auf die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang ausschließt. Die Vermutung ist mit der Art der Sache vereinbar.

Die Streitfrage zur Reichweite des § 476 BGB ist nicht zu entscheiden, da alle Auslegungsansätze zum gleichen Ergebnis kommen. Siehe näher zur Rechtsprechung des BGH zur Reichweite des § 476 BGB **Schlussbemerkung 3.**

<sup>9</sup> Eine Gewinnerzielungsabsicht fordert BGH, Urt. v. 29.03.2006 – VIII ZR 173/05, RÜ 2006, 337; dagegen u.a. MünchKomm/Micklitz, 6. Auflage 2012, § 14 Rdnr. 22 m.w.N.

<sup>10</sup> Gegen die Anwendbarkeit des § 476 BGB, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/003, RÜ 2005, 21 („Zahnriemen“); für die Anwendbarkeit u.a. MünchKomm/Lorenz, 6. Auflage 2012, § 476 Rdnr. 4 m.w.N.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 18.07.2007 – VIII ZR 259/06, RÜ 2007, 513 („Zylinderkopf“).

<sup>12</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 17.11.2004 – 19 U 130/04, RÜ 2005, 21.



(e) Die Beweislastumkehr greift nicht, wenn die Vermutung **nicht mit der Art des Mangels vereinbar** ist, was insbesondere bei typischerweise bereits nach kurzer Benutzungen auftretenden Verschleißerscheinungen der Fall ist. Vereinbarkeit besteht hingegen bei solchen Mängeln, die typischerweise jederzeit auftreten können.<sup>13</sup> Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Wahrscheinlichkeit des Auftretens des Pilzes nach der Übergabe sprunghaft angestiegen wäre. Vielmehr lag das Boot die ganze Zeit über im Wasser, der Pilzbefall konnte sich jederzeit ereignen. Die Vermutung ist also auch mit der Art des Mangels vereinbar.

(f) **Zwischenergebnis:** Das Boot war bei Übergabe mit einem Sachmangel behaftet.

**dd)** Die Minderung ist grundsätzlich nur möglich, nachdem der Käufer dem Verkäufer eine **angemessene Frist zur Nacherfüllung** gesetzt hat (§§ 441 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB). P hat A und M keine solche Frist gesetzt. A und M haben allerdings erklärt, sie seien zur Reparatur des Bootes nicht bereit, sodass die Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich war.

**ee)** P hat gegenüber A und M – wie von § 441 Abs. 1 S. 1 BGB gefordert – die **Minderung erklärt**.

**ff)** Die Voraussetzungen der Minderung liegen vor, jedoch könnte ein **Ausschlussgrund** greifen.

(1) Unabhängig davon, ob Mängel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt **unerheblich** i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB sein können,<sup>14</sup> greift dieser Ausschlussgrund bei der Minderung gemäß § 441 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ein.

(2) Die Vertragsparteien haben gemäß Nr. 3 des Kaufvertrags **vereinbart**, dass die Gewährleistungsrechte – also u.a. die Minderung – ausgeschlossen sind. Fraglich ist, ob diese Vereinbarung wirksam ist.

Eine solche Vereinbarung ist wegen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig. Sie ist hier weder an den **§§ 307 ff. BGB** zu messen, da es sich um einen Individualvertrag handelt, noch ist mangels Verbrauchsgüterkaufs **§ 475 BGB** zu beachten. Schließlich ist die Grenze des für alle Kaufverträge geltenden **§ 444 BGB** gewahrt, da A und M weder den Pilzbefall arglistig verschwiegen noch eine Garantie für die Pilzfreiheit übernommen haben.

Jedoch ist A und M ein Berufen auf den Haftungsausschluss gemäß § 242 BGB verwehrt, wenn sie sich dadurch **widersprüchlich verhielten**. A und M haben mit P – wie bereits dargestellt – konkludent i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbart, dass das Boot keinen Pilzbefall hat und see- und wassertauglich ist. Hierzu setzen sie sich in Widerspruch, wenn sie sich sodann hinsichtlich dieser Beschaffenheit des Bootes auf den Haftungsausschluss berufen.<sup>15</sup> Der Haftungsausschluss ist also (hinsichtlich des hier relevanten Mangels) unwirksam.

(3) Schließlich könnte die Minderung nach § 377 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 bzw. 3 HGB ausgeschlossen sein, weil P den spätestens Ende Oktober 2013 aufgetretenen Pilzbefall und die spätestens seit Ende November 2013 fehlende See- und Wassertauglichkeit erst am 06.01.2014 **angezeigt** („gerügt“) hat.

(a) Fraglich ist, ob P den Mangel, als er am 06.01.2014 sich bei A und M meldete, **unverzüglich** angezeigt hat. Hält man die Untersuchung der Unterseite eines gebraucht gekauften Bootes auf Pilzbefall nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang für tunlich, so läge ein **offener Mangel** vor, den P gemäß § 377 Abs. 1 HGB **unverzüglich nach der Ablieferung** am 01.09.2013 hätte anzeigen müssen. Die Anzeige des P wäre dann zu spät erfolgt. War eine Untersuchung hingegen nicht tunlich, so läge ein **verdeckter Mangel** vor, den P gemäß § 377 Abs. 3 Hs. 1 HGB **unverzüglich nach der Entdeckung** am 30.12.2013 hätte anzeigen müssen. Da „unverzüglich“ je nach Branche und Art der Ware wenige Stunden bis zwei Mona-

Hinsichtlich anderer Mängel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB könnten A und M sich hingegen auf den Haftungsausschluss berufen, siehe **Schlussbemerkung 2**.

<sup>13</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, RÜ 2006, 173.

<sup>14</sup> So laut BGH, Urt. v. 06.02.2013 – VIII ZR 374/11, RÜ 2013, 357.

<sup>15</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, RÜ 2013, 145.

te bedeuten kann<sup>16</sup> und P eine Woche nach der Entdeckung den Mangel anzeigte, könnte dann die Anzeige zu spät oder rechtzeitig erfolgt sein.

Wegen der Vermutungen des § 1 Abs. 2 HGB (Gewerbe = Handelsgewerbe) und § 344 (Geschäft eines Kaufmanns = Handelsgeschäft) sind die §§ 346 ff. HGB grundsätzlich auf jeden Gewerbetreibenden anwendbar. Nur ausnahmsweise – wenn der Sachverhalt Angaben zu Art und Umfang des Gewerbes oder zum Charakter des Geschäfts enthält – ist zu prüfen, ob die Vermutungen widerlegt sind.

(b) Die Frage der Unverzüglichkeit kann aber offen bleiben, wenn § 377 Abs. 2 HGB deshalb nicht greift, weil nicht das von § 377 Abs. 1 HGB in Ausnahme zu § 345 HGB geforderte **beidseitige Handelsgeschäft** vorliegt. **Für P** handelt es sich um ein Handelsgeschäft, weil er ein Gewerbe betreibt und er nicht die Vermutungen der §§ 1 Abs. 2, 344 HGB widerlegt, laut denen er zugleich ein Handelsgewerbe betreibt und es sich beim Kauf des Bootes um ein Handelsgeschäft handelt. **A und M** sind hingegen als Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts (§ 90 Hs. 2 HwO) nach der abschließenden Aufzählung der §§ 1 ff. HGB keine Kaufleute,<sup>17</sup> sodass für sie auch kein Handelsgeschäft vorliegt. Es liegt also nur ein einseitiges Handelsgeschäft vor. Da § 377 HGB nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht auf andere, einem Kaufmann ähnliche Personen anzuwenden ist,<sup>18</sup> liegen die Voraussetzungen des § 377 HGB somit nicht vor.

(4) **Zwischenergebnis:** Die Minderung ist nicht ausgeschlossen.

gg) Die **Höhe des Rückzahlungsanspruchs** ist zu bestimmen.

(1) Sie ist zum einen abhängig davon, wie hoch der **Kaufpreis nach der Minderung** ist. Der geminderte Kaufpreis richtet sich gemäß § 441 Abs. 3 S. 1 BGB nach dem vereinbarten Kaufpreis (5.000 €), welcher in dem Verhältnis herabzusetzen ist, wie der objektive Wert im mangelhaften Zustand sich zum objektiven Wert im mangelfreien Zustand verhält (1.000 € zu 4.000 €, also 25 %). Der geminderte Kaufpreis beträgt mithin 1.250 € (25 % von 5.000 €), sodass der Rückzahlungsanspruch sich auf 3.750 € beläuft (5.000 € - 1.250 €).

(2) Zum anderen ist fraglich, ob M gegenüber P zur Zahlung der vollen 3.750 € verpflichtet war, oder M dem P nur die Hälfte schuldete und P sich im Übrigen an A halten musste. Eine Geldschuld ist teilbar, sodass nach § 420 BGB P grundsätzlich nur die Hälfte von M fordern konnte. Jedoch haftete M dem P gemäß § 427 BGB zusammen mit A als **Gesamtschuldner** – „Verpflichten“ in diesem Sinne erfasst auch die Ansprüche aus den Gewährleistungsrechten<sup>19</sup> – sodass M dem P gemäß § 421 BGB die volle Rückzahlung schuldete.

hh) **Zwischenergebnis:** Die durch die Bürgschaft der B gesicherte Hauptforderung des P gegen M bestand i.H.v. 3.750 €. B verbürgte sich „in vollständiger Höhe“, sodass die Bürgschaft ebenfalls in dieser Höhe entstanden ist.

2. Es ist nicht ersichtlich, dass der Bürgschaftsanspruch vor der Zahlung von A an P **untergegangen** ist. Insbesondere wurde bis dahin nicht auf die Hauptforderung gezahlt, was gemäß § 767 Abs. 1 S. 1, 362 Abs. 1 BGB zum Erlöschen des Bürgschaftsanspruch geführt hätte.

3. **Zwischenergebnis:** P hatte gegen B – (jedenfalls) bis zur Zahlung des A an P – einen Anspruch auf Zahlung von 3.750 € aus § 765 Abs. 1 BGB.

II. Dieser Anspruch des P gegen B könnte **auf A übergegangen** sein, als A an P 4.500 € zahlte.

1. Zunächst ging gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 BGB der **Anspruch auf Rückzahlung aufgrund der Minderung**, den P ursprünglich gegen A und M als Gesamtschuldner hatte, auf A mit zwei Einschränkungen über.

a) Zum einen erfolgte der Übergang nur, **soweit A den P befriedigte**. A befriedigte P i.H.v. 4.500 €, also sogar über den Rückzahlungsanspruch i.H.v. 3.750 € hinaus, sodass sich insofern keine Einschränkung ergibt.

Das Erlöschen der Bürgschaft durch Erlöschen der Hauptforderung ist eine **Besonderheit der akzessorischen Sicherheiten**, weshalb dieser Erlöschensgrund kurz erwähnt werden sollte, auch wenn er eindeutig nicht vorliegt.

Siehe zur **Durchsetzbarkeit** näher **Schlussbemerkung 4**.

<sup>16</sup> Baumbach/Hopt/Hopt, 35. Auflage 2012, § 377 Rdnr. 23.

<sup>17</sup> Baumbach/Hopt/Hopt, 35. Auflage 2012, § 6 Rdnr. 1.

<sup>18</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, 35. Auflage 2012, § 377 Rdnr. 3, mit Nachweisen zu abweichenden Ansichten.

<sup>19</sup> Palandt/Grüneberg, 73. Auflage 2014, § 427 Rdnr. 2; Martin NZG 1999, 583.



b) Zum anderen geht der Anspruch nur über, **soweit** A von M **Ausgleich verlangen** kann. A kann von M grundsätzlich gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB Ausgleich „zu gleichen Anteilen“ verlangen, also hälftigen Ausgleich. Jedoch haben A und M, wie von § 426 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB erlaubt, etwas anderes bestimmt, nämlich dass A einen Verlustanteil von 30 % und M einen Verlustanteil von 70 % trägt. A kann von M also 70 % von 3.750 € verlangen, d.h. 2.625 €.

2. Der Übergang des Rückzahlungsanspruchs auf A hat gemäß §§ 412, 401 Abs. 1 BGB den Übergang des **Bürgschaftsanspruchs** des P gegen B auf A – ebenfalls wegen der Verteilungsabrede von A und M – i.H.v. 2.625 € zur Folge.

3. **Zwischenergebnis:** Der Bürgschaftsanspruch ist von P auf A übergegangen.

III. Der Bürgschaftsanspruch könnte sodann gemäß § 398 S. 2 BGB von A auf I übergegangen sein.

1. A und I haben sich über den Forderungsübergang **geeignet**. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um ein echtes oder unechtes Factoring handelt, weil diese beiden möglichen Gestaltungen zwar schuldrechtlich verschieden behandelt werden, aber jeweils als Verfügungsgeschäft eine Abtretung nach § 398 S. 1 BGB beinhalten.<sup>20</sup>

2. Fraglich ist, ob A zur Abtretung der Forderung berechtigt war. **Berechtigt** zur Abtretung ist der **verfügungsbefugte Inhaber** der Forderung. A war – wie dargetan – Inhaberin der Forderung, womöglich war er aber aufgrund eines vertraglich zwischen A und M vereinbarten **Abtretungsverbots** nicht verfügungsbefugt.

A und M hatten vereinbart, dass alle Forderungen aus dem Projekt unabtretbar sein sollen. Jedoch bestimmt **§ 137 S. 1 BGB**, dass die Verfügungsbefugnis über veräußerliche Rechte grundsätzlich nicht beschränkt werden kann. Zwar enthält **§ 399 Var. 2 BGB** hierzu die Ausnahme, dass bezüglich Forderungen ein Abtretungsverbot vereinbart werden kann, allerdings nur durch Vereinbarung mit dem Schuldner. Mit B, der Schuldnerin des Bürgschaftsanspruchs, deren Schutz alleine ein Abtretungsverbot dienen würde, wurde jedoch zu keiner Zeit ein Abtretungsverbot vereinbart.

A war also in ihrer Verfügungsmacht nicht beschränkt und war somit zur Abtretung der Forderung an I berechtigt.

3. **Zwischenergebnis:** Der Bürgschaftsanspruch ist von A auf I übergegangen.

IV. Die Bürgschaftsforderung ist von I mit dessen Tod auf K gemäß § 1922 Abs. 1 BGB übergegangen, wenn K Erbe des I ist.

1. Grundsätzlich ist **S** als alleiniger Sohn des ledigen A dessen einziger **gesetzlicher Erbe erster Ordnung** (§§ 1924 Abs. 1, 1930 BGB), und daher als Alleinerbe Inhaber der Bürgschaftsforderung.

2. Jedoch könnte A den K **testamentarisch** zum Alleinerben eingesetzt haben, §§ 1937, 2064 ff. BGB.

a) A hat ein formwirksames **Testament errichtet**. Der bloße unfreiwillige Verlust des Testaments aufgrund des Wohnungsbrands ohne gleichzeitige Aufhebungsabsicht des A ist auch nicht als **Widerruf** gemäß § 2255 BGB zu bewerten.<sup>21</sup>

b) Mittels einer **Auslegung** ist zu ermitteln, ob K als Erbe eingesetzt ist. Da ein Testament eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, ist die Auslegung nicht anhand von § 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont, sondern aufgrund des wirklichen Willen des I gemäß §§ 133, 2084 BGB vorzunehmen. Überwiegend wird dabei verlangt, dass der Wille des Erblassers im Testament zumindest eine Andeutung finden muss.<sup>22</sup> Dem Wortlaut

Einen **Taschenrechner** dürfen Sie im ersten Examen in der Regel nicht benutzen. Trainieren Sie bei Bedarf Kopfrechnen, zumal im zweiten Examen in zivilrechtlichen Klausuren oft gerechnet werden muss.

Siehe zu **§ 137 BGB** und **§ 354a Abs. 1 S. 1 HGB** näher **Schlussbemerkung 5**.

Im Prozess stellt sich bei **Vernichtung einer Urkunde** zwar das Problem, wie deren Errichtung und Inhalt **bewiesen** werden können. Der vorliegende Sachverhalt gibt aber Errichtung und Inhalt des Testaments vor.

<sup>20</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, 73. Auflage 2014, § 398 Rdnr. 39 f.

<sup>21</sup> Vgl. Palandt/Weidlich, 73., Auflage 2014, § 2255 Rdnr. 8.

<sup>22</sup> Vgl. zur Auslegung eines Testaments AS-Skript Erbrecht (2013), Rdnr. 232 ff.



**Zweifelsregelungen** sind erst anzusprechen, wenn Zweifel bestehen. Ob Zweifel bestehen, ergibt sich erst nach einer vorherigen **Auslegung**.

des Testaments nach soll zwar der S erben und K soll nur ein Vermächtnis i.S.d. § 2147 BGB erhalten. Jedoch wendet I dem S nur einen einzelnen (wenn auch hochwertigen) Vermögensgegenstand zu, während K das gesamte übrige Vermögen erhalten soll. Zudem soll K die Nachlassverbindlichkeiten begleichen; eine Aufgabe, die dem Erben gemäß § 1967 Abs. 1 BGB zukommt. Schließlich stand K dem I wesentlich näher als der S, was nahelegt, dass dem K die Erbenstellung übertragen werden sollte. Soweit man gleichwohl den K nicht zweifelsfrei als eingesetzten Erben ansieht, ergibt sich die Erbenstellung des K jedenfalls aus der Zweifelsregelung des § 2087 Abs. 1 u. 2 BGB.

**3. Zwischenergebnis:** Der Bürgschaftsanspruch ist von I auf K übergegangen.

**V.** K kann seinen Anspruch (derzeit) nicht durchsetzen, wenn der B **Einreden** gegen den Anspruch zustehen und sie diese erhebt. Einreden stehen der B zwar grundsätzlich nur gegenüber ihrem Vertragspartner B zu, über §§ 412, 404, 1922 BGB kann sie sie aber auch dem K entgegenhalten.

In Betracht kommt allein die **Einrede der Vorausklage** aus § 771 S. 1 BGB, welche B erhob, indem sie den K auf eine vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners M verwies. Zwar ist die Einrede nicht nach § 773 BGB ausgeschlossen. Jedoch steht die Einrede der B, für welche die Bürgschaft wie ausgeführt ein Handelsgeschäft war, gemäß § 349 HGB nicht zu.

B hat mithin keine Einreden, der Anspruch des K ist durchsetzbar.

**E.** K hat gegen B einen Zahlungsanspruch in Höhe von 2.625 € aus § 765 Abs. 1 BGB; §§ 426 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB; § 398 S. 2 BGB; § 1922 BGB.

#### **Schlussbemerkungen**, nicht Teil der Lösung:

**1.** Wenn ein Gesamtschuldner an den Gläubiger zahlt, so greift § 426 BGB ein. Seine beiden Absätze sind getrennt zu prüfen, zumal sie verschiedene Regelungen treffen. **§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB** bestimmt, dass der zahlende Gesamtschuldner gegen die anderen Gesamtschuldner einen anteiligen Ausgleichsanspruch hat, die Norm ist also **Anspruchsgrundlage**. Demgegenüber ordnet **§ 426 Abs. 2 S. 1 BGB** einen anteiligen Übergang der Forderung des Gläubigers (für die es natürlich einer Anspruchsgrundlage bedarf) auf den zahlenden Gesamtschuldner an, die Norm enthält also eine **cessio legis**.

Während der zahlende Gesamtschuldner nach dem ersten Absatz nur einen **originären Anspruch** gegen die anderen Gesamtschuldner erlangt, erhält er nach dem zweiten Absatz einen **übergegangenen Anspruch**. Dabei besteht der Nachteil, dass die anderen Gesamtschuldner diesem übergegangenen Anspruch gemäß § 412 die **schuldnerschützenden Vorschriften** der §§ 404, 406-410 BGB entgegenhalten können. Allerdings hat der zahlende Gesamtschuldner den Vorteil, dass über §§ 412, 401 BGB die für diesen Anspruch bestellten **akzessorischen Sicherheiten** (nach h.M. zudem eventuelle Vormerkungen) auf ihn übergehen, wie im vorliegenden Fall die Bürgschaft.

**§ 774 Abs. 1 S. 1 BGB** führt zu einem ähnlichen Ergebnis wie § 426 Abs. 2 S. 1. Die Hauptforderung geht auf den Bürgen über und § 412 BGB entfaltet seine Vor- und Nachteile. Allerdings setzt die Norm eine Zahlung des Bürgen voraus. Vorliegend zahlt hingegen (einer) der (beiden) Schuldner, sodass die Norm nicht greift.

**2.** Ein allgemein formulierter **Gewährleistungsausschluss** schließt die Gewährleistung nur bezüglich Mängeln nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB, nicht jedoch bezüglich Mängeln nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB aus.<sup>23</sup> Hinsichtlich vereinbarter Beschaffenheiten ist er unwirksam, weil der Verkäufer sich widersprüchlich verhält, wenn er einerseits eine Beschaffenheit in seine Vertragserklärung aufnimmt und andererseits für diese nicht haften will. Ferner sind in der Regel Mängel nach § 434

<sup>23</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, RÜ 2013, 145, zum Kauf eines gebrauchten Bootes, und BGH, Urt. v. 09.10.2013 – VIII ZR 224/12, RÜ 2013, 757.



Abs. 1 S. 1 BGB als **erheblich** i.S.d. §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB anzusehen, weil der Käufer am Vorliegen der vereinbarten Beschaffenheit ein besonders hohes, oft auch wirtschaftliches Interesse hat.<sup>24</sup>

**3. Im Zahnriemenfall<sup>25</sup>** war der Zahnriemen zwar locker und damit mangelhaft, dies allerdings unstreitig erst nach Gefahrübergang. Ursache dafür war entweder ein Herstellungsfehler vor Gefahrübergang (Grundmangel) oder ein Bedienungsfehler des Käufers nach Gefahrübergang (kein Grundmangel). Der BGH lehnte in seinem umstrittenen Urteil die Anwendung des § 476 BGB ab. Der Verbraucher muss also nach der Lesart des BGH die Kausalkette für den Mangel in seiner jetzigen Gestalt bis zu einem Umstand eindeutig nachweisen, der zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs als Sachmangel anzusehen wäre und der nicht nachweislich erst nach Gefahrübergang eingetreten ist.<sup>26</sup> Im **Zylinderkopffall<sup>27</sup>** hingegen war der Zylinderkopf undicht, also mangelhaft, und es war zwischen den Parteien „nur“ streitig, ob das Leck bereits vor oder erst nach Gefahrübergang entstanden war. In diesem Fall ist § 476 BGB nach allen Ansichten anwendbar.

**4. Die Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 765 Abs. 1 BGB gegen B** ist nicht für jeden der Anspruchsinhaber (zuerst P, dann A, dann I, dann K) zu prüfen. P, A und I wollen den Anspruch überhaupt nicht durchsetzen und sie könnten dies auch nicht mehr, weil sie die Anspruchsinhaberschaft wieder verloren haben. Sie dienen nur als Mittelsleute für K, um seine eigene Anspruchsinhaberschaft herzuleiten. Dafür ist aber nur erforderlich, dass P, A und I den Anspruch erhalten haben (P durch Entstehung kraft Einigung mit B, A durch die *cessio legis* und I durch die Abtretung) und dass der Anspruch in dieser Zeit nicht untergegangen ist. Einreden sind also nur gegen K zu prüfen. Hier wird erkennbar, weshalb die Unterscheidung zwischen Einwendungen und Einreden von nicht zu unterschätzender Relevanz ist.

**5. Gemäß § 137 S. 1 BGB kann** ein Rechtsinhaber seine Verfügungsbefugnis nicht vertraglich einschränken, das dient dem Schutz des dinglichen Rechtsverkehrs. Möglich ist aber gemäß § 137 S. 2 BGB die Verpflichtung, über ein Recht nicht verfügen zu **dürfen**. Der Rechtsinhaber kann nach **§ 137 BGB** also seine Rechte immer an Dritte abtreten, schuldet dann aber gegebenenfalls seinem Vertragspartner aus §§ 280 ff. BGB i.V.m. dem Verpflichtungsvertrag Schadensersatz.

**§ 354a Abs. 1 S. 1 HGB** war als Ausnahme zu § 399 Var. 2 BGB nicht zu prüfen, weil die Voraussetzungen des § 399 Var. 2 BGB bereits nicht vorlagen. Die Norm gilt bei doppelter Kaufmannseigenschaft oder wenn der Schuldner nicht Kaufmann, aber juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Hätten also A oder M sich verbürgt, so wäre die Norm einschlägig, obwohl A und M keine Kauffrauen sind. Es ist umstritten, ob in diesem letztgenannten Fall gleichwohl ein Handelsgeschäft erforderlich ist, oder ob die Norm über ihren Wortlaut hinaus auch diese Voraussetzung entbehrlich macht.<sup>28</sup>

-----

<sup>24</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 06.02.2013 – VIII ZR 374/11, RÜ 2013, 357, bzgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB beim Kauf eines Neuwagens.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/003, RÜ 2005, 21.

<sup>26</sup> MünchKomm/Lorenz, 6. Auflage 2012, § 476 Rdnr. 4.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 18.07.2007 – VIII ZR 259/06, RÜ 2007, 513.

<sup>28</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, 35. Auflage 2012, § 354a Rdnr. 1.