

Prof. Dr. G. Schiemann

Examensrepetitorium Zivilrecht II SS 2010

Lösungshinweise zu Fall 14:

(RGZ 159, 296)

Gem. § 2353 BGB hat das Nachlassgericht dem Erben auf Antrag einen Erbschein zu erteilen. Fraglich ist daher, ob A im Wege der testamentarischen Erbfolge gem. § 1937 i.V.m. § 1922 BGB Erbe des E geworden ist.

P: § 2065 II BGB

Möglicherweise ist das Testament des E gem. § 2065 II BGB nichtig, weil er die N zur Bestimmung seines Erben ermächtigt hat.

„[Gem. § 2065 BGB] kann freilich der Erblasser die Bestimmung des Erben keinem anderen überlassen. Er ist aber darum doch nicht gezwungen, seinen Erben namentlich zu benennen, sondern kann sich damit begnügen, einen begrenzten Kreis von Personen zu bezeichnen, aus dem der Erbe nach bestimmten sachlichen Gesichtspunkten, z.B. seiner Eignung für eine besondere Aufgabe, durch einen Dritten bindend ausgewählt werden soll, sofern nur der Personenkreis so eng begrenzt ist und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt sind, dass für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt, sondern die Entscheidung auf sein Urteil über das Vorliegen jener Voraussetzungen abgestellt ist, mag dieses auch ein reines Werturteil darstellen oder ein solches einschließen.“ (RGZ 159, 296, 299)

Aufgrund der Begrenzung des Personenkreises auf die Großneffen des E und die Bindung der N an Kriterien, die sich jedenfalls verobjektivieren lassen, ist die Bestimmung des Erben nicht von der Willkür der N abhängig. Das Testament ist nicht gem. § 2065 II BGB nichtig. Die N hat den A auch nicht den Bestimmungen des E zuwider willkürlich ausgewählt. Folglich ist A Erbe des E.

Lösungshinweise zu Fall 15:

(Vgl. BGH NJW 1999, 2266)

A) Anspruch des A gegen B auf Zahlung des restlichen Honorars i.H.v. 3,7 Mio. € aus Architektenvertrag gem. § 631 I BGB

I) Dies setzt einen wirksamen Architektenvertrag voraus.

1) Fraglich ist, ob G die B **wirksam vertreten** hat.

a) Grundsätzlich war G als Geschäftsführer gem. § 35 I S. 1 GmbHG vertretungsbefugt.

b) **Fehlen der Vertretungsmacht wegen Missbrauchs?**

aa) **Verkehrsschutz**

Dagegen lässt sich der Gedanke des Verkehrsschutzes einwenden. Denn ein Dritter, der sich auf ein Geschäft einlässt, das mithilfe eines Vertreters abgeschlossen wird, ist grundsätzlich schutzbedürftig. Dies gilt auch, wenn er den Missbrauch der Vertretungsmacht leicht fahrlässig nicht erkennt. Eine andere Beurteilung ist jedoch gerechtfertigt, wenn der Dritte bewusst – in Kenntnis der fehlenden Vertretungsmacht – mit dem Vertreter zusammenarbeitet. In dieser Situation ist der Dritte nicht schutzbedürftig. Problematisch ist die Behandlung der Fälle, die zwischen diesen beiden Extremen liegen.

bb) **§ 173 BGB**

§ 173 BGB stellt auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen (fahrlässige Unkenntnis, § 122 II BGB) des Fehlens der Vertretungsmacht seitens des Dritten ab. Bei der Anwendung der Vorschrift ist allerdings zu bedenken, dass der Maßstab zur Bejahung von fahrlässiger Unkenntnis vorliegend relativ hoch ist. Denn aufgrund des Verkehrsschutzgedankens obliegen dem Dritten **keine besonderen Nachforschungspflichten hinsichtlich der Vertretungsmacht**. Vielmehr ist erst dann von fahrlässiger Unkenntnis des Dritten auszugehen, wenn massive Verdachtsmomente auf die Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns schließen lassen und sich der Vertragspartner diesem Verdacht verschließt, statt ihn auszuräumen (**grobe Fahrlässigkeit, Evidenz des pflichtwidrigen Handelns**).

Wer sich eines Vertreters bedient und sich die dadurch verbundenen Vorteile zu Nutze macht, ist eben andererseits auch für dessen abredewidriges Verhalten verantwortlich. Der Dritte hingegen ist aus Verkehrsschutzgründen grundsätzlich schutzbedürftig.

cc) § 37 II S. 1 GmbHG

Zudem hat eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers gem. § 37 II S. 1 GmbHG keine rechtliche Wirkung gegen Dritte.

c) Aufgrund des Verkehrsschutzgedankens und der Wertung des § 37 II S. 1 GmbHG (vgl. § 126 II HGB für die OHG) kann ein Fehlen der Vertretungsmacht wegen Missbrauchs derselben nicht angenommen werden.

2) **Nichtigkeit des Architektenvertrags gem. § 138 I BGB?**

Aufgrund des kollusiven Handelns des Vertreters G und des Vertragspartners A ist die Annahme vertretbar, das Rechtsgeschäft sei gem. § 138 I BGB nichtig.

3) **Lösung des BGH:**

Nach Auffassung des BGH ist zwar die Schmiergeldabrede gem. § 138 I BGB nichtig, diese Nichtigkeit betreffe allerdings nicht den Folgevertrag bzw. den Architektenvertrag, sofern dieser nicht ebenfalls – für sich betrachtet – sittenwidrig ist.

Stattdessen löst der BGH den Fall über die Anwendung des § 242 BGB („dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“), wonach der Dritte sich nicht auf die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes berufen könne.

Folgeproblem: Wie kommt B von dem Vertrag los?

Naturalrestitution gem. § 249 I BGB in Form von Befreiung von dem Vertrag.

Schadensersatzanspruch des B?

- § 826 BGB (-), kein Vorsatz seitens des A

- §§ 280 I BGB, 241 II, 311 II BGB (+)

- §§ 254 II S. 2, 278 BGB? Da G sich vom mit B vereinbarten Pflichtenprogramm gelöst hat und vorsätzlich handelte, war er nicht mehr Erfüllungsgehilfe der B, deswegen ist der B das Verschulden des G nicht zuzurechnen, § 254 BGB (-)

- Problem im Rahmen des § 280 I BGB: Steht der hier anwendbare Maßstab des Vertretenmüssen (leichte Fahrlässigkeit reicht, zudem gem. § 280 I S. 2 BGB Beweislastumkehr, d.h. das Vertretenmüssen des A wird vermutet) im Widerspruch zum Pflichtenprogramm im Rahmen des § 173 BGB (s.o. bb), keine besonderen Nachforschungspflichten des A, grobe Fahrlässigkeit bzw. Evidenz des pflichtwidrigen Handelns erforderlich). Wo ist der Pflichtenmaßstab anzusetzen?

II) Gesamtergebnis:

A hat keinen Honoraranspruch gegen B.

B) Anspruch des B gegen A auf Rückgewähr des bereits gezahlten Honorars i.H.v. 1,3 Mio. € gem. § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB (falls Geld nicht mehr separat vorhanden i.V.m. § 818 II BGB)

I) A hat durch Leistung der B Eigentum an dem Geld erlangt.

II) Aufgrund der Nichtigkeit des Architektenvertrags (sofern man dem Lösungsvorschlag oben unter 2) folgt) gem. § 138 I BGB erfolgte die Leistung ohne rechtlichen Grund.

III) § 814 BGB?

Fraglich ist, ob der B die Kenntnis der Nichtschuld seitens des G zuzurechnen ist. Obwohl dies grundsätzlich zu bejahen ist, erfordert das kollusive Handeln von G und A eine andere Beurteilung. Die Wissenszurechnung dient dem Schutz Dritter bzw. dem Verkehrsschutz. Bei einem bewussten Zusammenwirken von Vertreter und Leistungsempfänger ist letzterer jedoch nicht schutzbedürftig. Daher ist § 814 BGB in vorliegendem Fall **teleologisch zu reduzieren**.

IV) Gesamtergebnis:

B hat gegen A einen Anspruch auf Rückgewähr des bereits gezahlten Darlehens gem. § 812 I S. 1, 1. Alt. (ggf. i.V.m. § 818 II) BGB.

Lösungshinweise zu Fall 16:

(Vgl. BGH NJW 2000, 3496)

Anspruch des K gegen T auf Löschung der vormerkungswidrigen Eintragung der TI) Falscher Antrag.

Dieser müsste richtigerweise auf **Zustimmung der T zur Eintragung des K als Eigentümer gem. § 888 BGB** gerichtet sein. (Zusätzlich müsste K, um seine Eintragung im Grundbuch als Grundstückseigentümer zu erzielen, seinen möglichen Anspruch gegen E aus Kaufvertrag gem. §§ 433 I, 311b BGB auf Bewilligung i.S.d. § 925 BGB geltend machen.)

„Die Eintragung eines Dritten als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts macht das Grundbuch nicht unrichtig, sondern gibt dem Vormerkungsberechtigten gegen den Dritterwerber nur einen Anspruch auf Zustimmung.“ (BGH NJW 2000, 3496)

- II) § 888 BGB setzt voraus, dass der Eigentumserwerb seitens der T dem K gegenüber gem. § 883 II S. 1 BGB relativ unwirksam ist. Dies setzt wiederum eine wirksame Vormerkung zugunsten des K voraus. Fraglich ist, wie sich das zwischen E und K vereinbarte Zustimmungserfordernis auswirkt.
- 1) Bloßer Hinweis auf die Rechtslage und damit auf § 2113 I BGB? (-)
 - 2) Erteilung der Zustimmung als aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 I BGB? (+)
- a) Eintragung der Vormerkung:
Die Vormerkung erfolgte demnach zur Sicherung des Anspruchs des K gegen E gem. §§ 433 I, 311b BGB auf Auflassung, der allerdings aufschiebend bedingt war durch die Erteilung der Zustimmung seitens der T. Da gem. § 883 I S. 2 BGB die Eintragung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig ist, wurde die Vormerkung zu Recht eingetragen.
- b) Wirksamkeit der Vormerkung:
Die Wirksamkeit der Vormerkung hängt vom Eintritt der Bedingung ab. Da T jedoch die Erteilung der Zustimmung endgültig verweigert, ist die Bedingung endgültig ausgefallen. Folglich ist der gesicherte Anspruch untergegangen, die Voraussetzungen einer wirksamen Vormerkung gem. § 883 I BGB liegen nicht vor.
- III) Gesamtergebnis:
„Dem Dritterwerber [T] stehen alle Einreden und Einwendungen des Schuldners [E] gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu, namentlich auch der Einwand, dass der gesicherte Anspruch untergegangen ist.“ (BGH NJW 2000, 3496)
Folglich kann K von T nicht die Zustimmung zur Eintragung des K als Eigentümer gem. § 888 BGB verlangen.

Lösungshinweise zu Fall 16a: (ohne unmittelbare Rechtsprechungsgrundlage)

Erbenstellung der T

- I) Möglicherweise ist T im Wege der gesetzlichen Erbfolge gem. §§ 1922, 1924 I BGB Alleinerbin des E geworden. Fraglich ist, ob das Enterbungstestament gem. § 1938 BGB, in dem E den T im Rahmen einer Scheidungsklausel von der Erbfolge ausschließt, wirksam ist.
- 1) **Nichtigkeit des Testaments gem. § 138 I BGB?**
Das Testament könnte aufgrund der Scheidungsklausel gem. § 138 I BGB nichtig sein. Die Frage, ob eine derartige Scheidungsklausel sittenwidrig ist, lässt sich unter Beachtung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte beurteilen, in deren Lichte die Generalklauseln des BGB zu betrachten sind. Da eine Scheidungsklausel sowohl den Wertungen des Art. 6 I GG als auch dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG widerspricht, ist sie grundsätzlich sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB.
 - 2) **Bestätigung des Testaments gem. § 141 I BGB durch den Ausruf des E „Gott sei Dank habe ich den S enterbt!“?**
 - a) **Vorüberlegung**
Zwar verstößt die Scheidungsklausel gegen die guten Sitten, die Umstände haben sich aber nach der Errichtung des Testaments durch die vorsätzliche körperliche Misshandlung des E seitens des S verändert. Infolge der Misshandlung könnte E dem S gem. § 2333 Nr. 2 BGB sogar dessen Pflichtteil entziehen, daher ist aufgrund dieser Wertung eine Enterbung des T nicht mehr sittenwidrig.
 - b) **Form des § 2247 BGB**
Fraglich ist, ob auch für die Bestätigung gem. § 141 BGB die Form des § 2247 BGB einzuhalten ist.
Dafür spricht:
 - Wortlaut: „erneute Vornahme“ unter allen gesetzlichen Voraussetzungen
 - Systematik: die §§ 167 II, 182 II BGB beinhalten ausdrücklich, dass die Willenserklärung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, argumentum e contrario
Dagegen spricht:
 - Telos: dem Sinn und Zweck der Formvorschrift ist bereits durch die erstmalige Errichtung des Testaments in der gesetzlich vorgeschriebenen Form genüge getan (Beweisfunktion, Schutz vor Übereilung)
 - c) **Bestätigungswille**
Die Bestätigung gem. § 141 BGB setzt einen Bestätigungswillen voraus. Dessen Anforderungen genügt ein bloßer Hinweis auf das nichtige Rechtsgeschäft bzw. eine Wissenserklärung nicht, vielmehr ist eine

Willenserklärung erforderlich. Eine solche ist sinnvollerweise nur beim Auftreten von Zweifeln anzunehmen, denn ein Rechtsgeschäft, das man zweifelsfrei für gültig hält, kann man nicht bestätigen.

Vorliegend ist E sich der Veränderung des Sachverhalts bewusst (S hat E vorsätzlich körperlich misshandelt), er möchte durch den Ausruf etwas Neues anordnen und nicht bloß auf das bereits erstellte Testament hinweisen, was die Annahme eines Bestätigungswillens rechtfertigt.

d) **Grundsatz „einmal sittenwidrig, immer sittenwidrig“**

Zu bedenken ist des Weiteren, ob nicht in Anbetracht des Grundsatzes „einmal sittenwidrig, immer sittenwidrig“ das gesamte Testament erneut zu errichten ist.

Dies würde jedoch in der Praxis zu erheblichen Barrieren für den Erblasser führen, da bereits die erstmalige Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften zur Testamentserrichtung dem juristischen Laien Schwierigkeiten bereiten kann. Eine erneute handschriftliche Errichtung stellt für den Erblasser – auch im Hinblick auf sein möglicherweise fortgeschrittenes Alter – ein unnötiges Hindernis dar. Die Berücksichtigung des Willens post testamentum, ohne die Anforderungen einer erneuten Testamentserrichtung, trägt somit zur Gewährleistung der Privatautonomie bei.

Es sind jedoch beide Auffassungen vertretbar.

II) Gesamtergebnis:

Hält man eine erneute Errichtung des Testaments für entbehrlich, so hat E durch seinen Ausruf sein Testament bestätigt. Folglich ist die Enterbung des S wirksam und T ist gem. §§ 1922, 1924 I BGB Alleinerbin des E.

Lösungshinweise zu Fall 17:

(Vgl. BGH NJW 1990, 1106)

Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 812 I S. 1, 1. Alt. (ggf. i.V.m. § 818 II) BGB

I) V hat durch Leistung des K Eigentum an dem Geld erlangt. Möglicherweise ist der Rechtsgrund für die Leistung gem. § 142 I BGB mit Wirkung ex tunc entfallen. In Betracht kommt eine Anfechtung der auf Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärung gem. § 123 I BGB.

1) **Anfechtung gem. § 123 I BGB**

a) K hat die Anfechtungserklärung gem. § 143 BGB innerhalb der Frist des § 124 I BGB abgegeben.

b) **Ausschluss der Anfechtung gem. § 144 I BGB?**

Fraglich ist, ob in dem Kostenerstattungsverlangen des K in Kenntnis der Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung eine konkludente Bestätigungserklärung gem. § 144 I BGB zu sehen ist.

„[...] die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts [kann] auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Es genügt ein Verhalten, das den Willen offenbart, trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festzuhalten, d.h. das Rechtsgeschäft ungeachtet des Anfechtungsgrundes gelten zu lassen. Das Verhalten des Anfechtungsberechtigten darf nur dann als stillschweigende Kundgabe eines Bestätigungswillens gewertet werden, wenn jede andere den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung dieses Verhaltens ausscheidet.

Ein solcher eindeutiger Bestätigungswille tritt nicht dadurch hervor, dass der Käufer in Kenntnis der Anfechtbarkeit vom Verkäufer Wandlung [entspricht nach neuem Recht dem Rücktritt] oder Schadensersatz verlangt oder eine entsprechende Klage erhebt. Eine Bestätigung liegt nur dann vor, wenn die Klage eindeutig erkennen lässt, dass der Kläger trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit des Kaufes bei diesem stehen bleiben und nur vertragliche Gewährleistungsansprüche geltend machen will. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass das Anfechtungsrecht und die vertraglichen Gewährleistungsansprüche, wenn und soweit man nicht ihre Verbindung für zulässig hält, zumindest solange wahlweise nebeneinander stehen, wie die Verfolgung eines Rechts erfolglos bleibt. Erst der Erfolg eines der Rechte kann frühestens zu einer Bindung führen und das Wahlrecht sowie die Möglichkeit der Umdeutung beseitigen.“ (BGH NJW 1990, 1106)

Als K mit den Sanierungsmaßnahmen begann, war noch unklar, ob diese auch zur vollkommenen Mangelfreiheit des Hauses führen würden. Ob diese in Zukunft eintreten wird, ist aufgrund des erheblichen Schadens durch Feuchtigkeit ungewiss. Das Kostenerstattungsverlangen lässt in Anbetracht dieser unsicheren Umstände nicht eindeutig erkennen, dass K ausschließlich seine vertraglichen Gewährleistungsansprüche (hier: Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB) geltend machen wollte. Folglich kann das Kostenerstattungsverlangen mangels Bestätigungswillens nicht als Bestätigung i.S.d. § 144 I BGB gewertet werden; das Anfechtungsrecht des K war mithin nicht ausgeschlossen.

2) K hat die auf Abschluss des Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam gem. § 123 I BGB angefochten.

3)

II) Gesamtergebnis:

K steht ein Anspruch gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 812 I S. 1, 1. Alt. (ggf. i.V.m. § 818 II) BGB zu.

Fraglich ist, ob K die Kaufpreisrückzahlung nur **Zug-um-Zug** gegen Erfüllung möglicher Gegenansprüche des V verlangen kann.

- 1) Die vom BGH vertretene **Saldotheorie** wird für den Fall, dass der Bereicherungsgläubiger durch arglistige Täuschung zum Vertragsschluss bestimmt worden ist, nicht angewandt.
- 2) Auch eine Betrachtung nach der **Zweikonditionentheorie** führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB besteht aufgrund des Rechtsgedankens des § 273 II bzw. des § 393 BGB nicht. Durch die arglistige Täuschung des K seitens des V hat dieser eine Schutzgesetzverletzung nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB begangen und § 826 BGB verwirklicht und damit das Merkmal einer „vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung“ i.S.d. §§ 273 II, 393 BGB erfüllt.

Lösungshinweise zu Fall 18: (Vgl. BGH NJW 1991, 2414)

Anspruch des K gegen B auf Rückbuchung der 34.000 €

I) Mögliche Anspruchsgrundlagen?

Rückgängigmachung der Buchung als Bestandteil des Erfüllungsanspruchs aus dem Girovertrag; Schadensersatz gem. § 280 I (Naturalrestitution gem. § 249 I BGB); jedenfalls § 812 I S.1, 1. Alt. BGB (Bank hat teilweise Befreiung ihrer Verpflichtung, die in der Höhe des Saldos besteht, erlangt)

II) Wirksame Auszahlung?

Fraglich ist, ob durch die Auszahlung des Geldes an K Erfüllung gem. § 362 I BGB eingetreten ist. Da es sich bei der Erfüllung um einen Realakt handelt, kommen die §§ 104 ff. BGB nicht zur Anwendung. Um dem durch diese Vorschriften beabsichtigten Schutz des Geschäftsunfähigen gerecht zu werden, ist die Hilfskonstruktion der „**Empfangszuständigkeit**“ bzw. „**Erfüllungszuständigkeit**“ heranzuziehen. K war als Geschäftsunfähiger aufgrund seiner besonderen Schutzbedürftigkeit nicht empfangszuständig; er konnte demnach die Leistung nicht als Erfüllung annehmen; folglich ist sein Auszahlungsanspruch gegen die Bank nicht gem. § 362 I BGB erloschen.

III) Risikoüberwälzung auf K mittels der AGB?

Etwas anderes könnte sich durch die Überwälzung der Gefahr, geschäftsunfähig zu werden, in den AGB der B ergeben.

- 1) Gem. § 310 III BGB sind die von B gestellten, gem. § 305 II BGB wirksam in den Vertrag einbezogenen AGB vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB erfasst.
- 2) **Unwirksamkeit der Risikoüberwälzungsklausel gem. § 307 I i.V.m. II Nr. 1 BGB?**

Fraglich ist, ob die von der Bank verwendete Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist und demnach gem. § 307 I i.V.m. II Nr. 1 BGB unwirksam ist.

„[Eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben i.S.d. § 307 I BGB ist] im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die dispositive gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt. Dabei brauchen Grundgedanken eines Rechtsbereichs nicht in Einzelbestimmungen formuliert zu sein. Es reicht aus, dass sie in allgemeinen, am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichteten und auf das betreffende Rechtsgebiet anwendbaren Grundsätzen ihren Niederschlag gefunden haben.

*Es ist ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung i.S.d. [§ 307 II Nr. 1 BGB], dass eine **Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten** besteht. Dieser allgemeine Grundsatz des Haftungsrechts gilt als Ausdruck des Gerechtigkeitsgebots gleichermaßen für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche. [...] Die AGB-Klausel] weicht von diesem wesentlichen Grundsatz des Haftungsrechts ab. Die genannte Bestimmung erlegt dem Kunden unabhängig von dessen Verschulden – das zumindest in den Fällen, in denen es um die Folgen einer eigenen Geschäftsunfähigkeit des Kunden geht, regelmäßig zu verneinen sein wird – eine Ersatzpflicht für alle Schäden auf, die die [Bank] dadurch erleidet, dass sie von Mängeln in der Geschäftsunfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt. [...] Das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip kann allerdings abbedungen werden. Geschieht dies durch eine individualrechtliche Regelung, so ist diese – in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB – vom Grundsatz der Vertragsfreiheit gedeckt. Dagegen ist die formularmäßige Begründung einer verschuldensunabhängigen Haftung wie die von der Beklagten verwendete Schadensersatzklausel sie vorsieht, grundsätzlich nach [§ 307 I i.V.m. II Nr. 1 BGB] unwirksam. [...]*

[Es ist] zu beachten, dass die §§ 104 ff. BGB eine bewusste und unter bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen getroffene Entscheidung des Gesetzes zugunsten des uneingeschränkten Schutzes Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger enthält. Die Schadensersatzklauseln in den AGB der Kreditinstitute sind zwar nicht unmittelbar gegen diese gesetzlichen Regelungen gerichtet, weil sie die Unwirksamkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte unberührt lassen. Sie machen den mit der genannten Regelung bezweckten Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen jedoch in allen Fällen, in denen die Bank oder Sparkasse kein Verschulden trifft, praktisch wirkungslos, da der durch sie begründete Schadensersatzanspruch den nicht voll Geschäftsfähigen in der Regel nahezu so ungünstig stellt wie die rechtliche Anerkennung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte.“ (BGH NJW 1991, 2414, 2415 f.)

Nach allgemeinem Schuldrecht würde der Rückbuchungsanspruch bestehen (s.o. II), wegen fehlender Empfangszuständigkeit des K). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist eine Risikouberwälzung auf K mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren.

IV) Gesamtergebnis:

Die von B verwendete Klausel ist gem. § 307 I i.V.m. II Nr. 1 BGB unwirksam. K hat gegen B einen Anspruch auf Rückbuchung der 34.000 €.

Lösungshinweise zu Fall 19: (Vgl. BVerfG NJW 1998, 3557)

Anspruch der F gegen J auf Schadensersatz i.H.v. 240.000 € gem. § 823 I BGB

(in der Praxis: Regressanspruch des Krankenversicherungsträgers gegen J gem. § 116 I SGB X)

I) Fahrlässige Körper- und Gesundheitsverletzung, Schaden i.H.v. 240.000 € (+)

II) Deliktsfähigkeit des J gem. § 828 III BGB?

Bei einem Sechzehnjährigen, der ohne Fahrerlaubnis Motorrad fährt, ist anzunehmen, dass er die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Zudem zeigt die doppelte Verneinung des § 828 III BGB („nicht verantwortlich wenn nicht...“), dass das Gesetz grundsätzlich von der Verschuldensfähigkeit des Jugendlichen ausgeht. J ist mithin deliktsfähig.

III) Zwischenergebnis:

F hat gegen J einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 240.000 € gem. § 823 I BGB (ggf. Berücksichtigung von Mitverschulden der F, § 254 BGB).

IV) Beschränkung der Minderjährigenhaftung?

Fraglich ist, ob die Haftung des minderjährigen J nicht aufgrund von dessen Schutzbedürftigkeit einzuschränken ist. Denn die durch § 828 III BGB begründete Haftung hätte voraussichtlich eine lebenslange Verschuldung des J zur Folge.

§ 828 III BGB könnte in den Fällen, in denen Minderjährige im Alter zwischen sieben und siebzehn Jahren in langfristiger und unerträglich belastender Weise auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, obwohl ihr fahrlässiges Verhalten eine typische Jugendverfehlung darstellt und obwohl die finanzielle Entschädigung des Opfers von dritter Seite (i.d.R. durch eine Versicherung) gewährleistet ist, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 6 II S. 2 GG unvereinbar sein.

Analoge Anwendung des § 1629a BGB?

Der Wortlaut des § 1629a BGB umfasst nur eine Beschränkung der Minderjährigenhaftung bei rechtsgeschäftlichem, nicht jedoch bei deliktischem Handeln. Möglicherweise ist im vorliegenden Fall jedoch nicht auf das deliktische Handeln des J, sondern auf das unterlassene rechtsgeschäftliche Handeln der Eltern des J abzustellen, die es versäumt haben, eine Haftpflichtversicherung für J abzuschließen. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso vorliegend der unterlassene Abschluss einer Haftpflichtversicherung durch die Eltern anders zu behandeln sein sollte, als bspw. die unterlassene Ausschlagung einer unvorteilhaften Erbschaft, welche unstreitig vom Anwendungsbereich des § 1629a BGB erfasst ist. Vielmehr besteht in Anbetracht der Schutzwürdigkeit des Minderjährigen eine gleiche Interessenlage. Diese Erwägungen rechtfertigen eine analoge Anwendung des § 1629a BGB auf vorliegenden Fall.

V) Gesamtergebnis:

Der Umfang der Haftung des J beschränkt sich in analoger Anwendung des § 1629a BGB auf den Bestand des bei Eintritt seiner Volljährigkeit vorhandenen Vermögens.

Lösungshinweise zu Fall 20:**(Vgl. BGH NJW 1988, 2667)****Schadensersatzanspruch des K gegen G gem. § 823 I i.V.m. §§ 89 I, 31 BGB**

(Gemeinde haftet als Körperschaft des öffentlichen Rechts gem. §§ 89 I, 31 BGB für ihre Organe)

I) Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch G (+)

„Nach dem Grundsatz, dass jeder, der Gefahren schafft, auch die notwendigen Vorkehrungen zur Sicherheit Dritter zu treffen hat, musste [G] die Sicherungsmaßnahmen ergreifen, die der Verkehr für diesen Gefahrenkreis für erforderlich hält. [...] Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflichten für einen öffentlichen Spielplatz [ergeben sich] aus der Notwendigkeit, den Spielplatz möglichst gefahrlos zu gestalten und zu erhalten, und dabei [hat sich] das einzuhaltende Ausmaß der Sicherheit an dem Alter der jüngsten Kinder auszurichten, die für die Benutzung des betreffenden Spielgerätes in Frage kommen. [...] Wegen der bei Kindern immer vorhandenen Gefahr des Sturzes von Spielgeräten ist jedenfalls bei Spielgeräten mit einer Fallhöhe von 1,50 m die Forderung nach einem geeigneten Bodenbelag, der Absturzunfälle weniger gefährlich macht, als elementare Sicherheitsforderung zu bezeichnen.“ (BGH NJW 1988, 2667)

Folglich stellt die Ausstattung des Spielplatzes mit einem Betonfußboden eine Verletzung der aus § 823 I BGB folgenden Verkehrssicherungspflichten dar, die G aus der Verkehrseröffnung auf dem Spielplatz erwachsen sind.

II) Höhe des Schadensersatzanspruchs?

1) **Berücksichtigung eines möglichen Mitverschuldens des V gem. §§ 254 II S. 2, 278 BGB?**a) **§§ 254 II S. 2, 278 i.V.m. § 254 I BGB (Zurechnung eines Mitverschuldens des V)**

Obwohl sich die Verweisung des § 254 II S. 2 BGB ihrer systematischen Stellung nach nur auf die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II S. 1 BGB bezieht, ist allgemein anerkannt, dass § 254 II S. 2 BGB auch für das mitwirkende Verschulden nach § 254 I BGB anzuwenden ist und insoweit als Abs. 3 zu lesen ist.

Fraglich ist, ob es sich bei § 254 II S. 2 BGB um eine Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweisung handelt.

aa) **Rechtsfolgenverweisung:** (Mindermeinung)

Der Schädiger soll auch außerhalb von Sonderverbindungen nicht das Risiko von schuldhaften Obliegenheitsverletzungen in der Sphäre des Geschädigten tragen (dieser muss sich also auch ohne Sonderrechtsverbindung das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen). Der Geschädigte ist auch ohne Sonderrechtsverbindung „näher an den entsprechenden Personen dran“ als der Schädiger.

bb) **Rechtsgrundverweisung:** (herrschende Meinung)

§ 254 BGB ist als „Spiegelbild zur Haftungs begründung“ zu sehen; Gleichlauf von Verschulden und Mitverschulden. Der Geschädigte hat nach § 254 I BGB insoweit auf den Schadensersatzanspruch zu verzichten, als er selbst wegen seines Verschuldens zum Schadensersatz verpflichtet wäre. Da er für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters bzw. seines Erfüllungsgehilfen als Schädiger nur im Rahmen einer Sonderverbindung einzustehen hat, muss dies auch umgekehrt für das Mitverschulden gelten.

cc) **Sonderrechtsverhältnisses i.S.d. § 278 BGB (-)**

„Auch wenn es für die Benutzung des Spielplatzes eine Satzung gegeben haben sollte, ließe sich daraus allein nicht die Begründung eines vertragsähnlichen Benutzungsverhältnisses folgern. Insb. ist nichts für eine besondere Interessenlage ersichtlich, die Anlass zu einer derartigen gesteigerten Rechts- und Pflichtenstellung für beide Seiten hätte geben können. Vielmehr erscheinen die Interessen beider Seiten durchaus schon durch die allgemeinen deliktischen Beziehungen hinreichend gewahrt.“ (BGH NJW 1988, 2667, 2668)

b) **§§ 254 II S. 2, 278 i.V.m. § 254 II BGB (Zurechnung eines Mitverschuldens des V bzgl. Schadensminderungsobliegenheit)**

„Richtig ist, dass sich ein Geschädigter im Rahmen seiner Obliegenheit zur Abwendung oder Minderung des Schadens nach § 254 II BGB ein Verschulden dritter Personen nach § 278 BGB anrechnen lassen muss. Indes muss dazu die unerlaubte Handlung des Schädigers die Schadensentwicklung schon auf den Weg gebracht haben. Anderes würde nicht nur die Beschränkung der Einstandspflicht des Geschädigten für ein Verschulden Dritter nach § 278 BGB auf Sonderrechtsverhältnisse gegenstandslos machen, sondern der Geschädigte stünde auch schlechter da als der Schädiger, der im Bereich der Schadensentstehung für Dritte grundsätzlich nur nach § 831 BGB deliktisch einzustehen hat. Deshalb reicht es nicht [...] aus, dass die durch die Verletzung der Verkehrssicherungspflichten von [G] ausgelöste Gefahr schon bestand, als [K] die Rutsche an der Hand des Vaters bestieg. [...] Nur soweit sich ein Mitverschulden für den eingetretenen Schaden auf die Phase bezieht, in der der Verletzungstatbestand bereits verwirklicht ist, kommt demnach eine Zurechnung nach §§ 254 II, 278 BGB in Frage.“ (BGH NJW 1988, 2667, 1668)

c) **Zwischenergebnis:**

Keine Berücksichtigung eines möglichen Mitverschuldens des V gem. § 254 II S. 2, 278 BGB.

2) **Auswirkungen einer möglichen Gesamtschuldnerschaft von G und V gem. § 840 I BGB?**

Eine Gesamtschuld gem. § 840 I BGB setzt zunächst voraus, dass V – neben G – dem K ebenfalls schadensersatzpflichtig ist.

a) **Schadensersatzanspruch des K gegen V gem. §§ 280 I, 241 II BGB (-)**

Gesetzliches Schuldverhältnis aus elterlicher Sorge gem. § 1626 BGB; Verletzung einer Schutzpflicht i.S.d. § 241 II BGB (+)

Hat V die Pflichtverletzung zu vertreten?

Haftungsmaßstab des § 1664 I BGB (entgegen dem Wortlaut wurde diese Vorschrift früher als Anspruchsgrundlage bewertet): Gem. § 1664 i.V.m. § 277 BGB haftet V nur für grobe Fahrlässigkeit. Da er lediglich für einen Moment unachtsam war, liegt keine grobe Fahrlässigkeit vor; folglich haftet V dem K nicht gem. §§ 280 I, 241 II BGB.

b) Mangels eines Anspruchs des K gegen V liegt keine Gesamtschuld i.S.d. § 840 I BGB vor. Fraglich ist, wie sich die Haftungsprivilegierung gem. § 1664 I BGB auswirkt bzw. wer den Ausfall zu tragen hat.

Lösungsansätze:

aa) **K kann gegen G den Schadensersatzanspruch in voller Höhe geltend machen, G steht aber ein (fingierter) Ausgleichsanspruch gem. § 426 BGB gegen V zu.**

Das Haftungsprivileg des V gem. § 1664 BGB besteht nur gegenüber K, nicht gegenüber G. Es wäre unbillig, wenn der nicht privilegierte Schädiger G mit der Haftungsfreistellung seines Mitschädigers V belastet wäre, obwohl diese ihrem Sinn nach allein das Verhältnis zwischen V und K betreffen soll.

bb) **K steht gegen G nur ein gekürzter Schadensersatzanspruch zu.** (hier wohl ca. 75 % des Gesamtschadens)

K kann G nur auf den Anteil des Schadens in Anspruch nehmen, mit dem G im Innenverhältnis zu dem freigestellten Mitschädiger V belastet bliebe, wenn die Möglichkeit zum Innenausgleich nicht durch die Haftungsprivilegierung versperrt wäre. Diesem Lösungsansatz liegen die unter 2)aa) aufgeführten Erwägungen zugrunde. Während nach 2)aa) der V den Ausfall zu tragen hätte, ist nach diesem Lösungsansatz K belastet. Dies beruht darauf, dass sich die Haftungsprivilegierung allein aus dem familienrechtlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kind ergibt und nicht in der Person des V begründet ist.

cc) **K kann gegen G den Schadensersatzanspruch in voller Höhe geltend machen. V haftet nicht.**

„[Es liegt kein Fall des sog. „gestörten Gesamtschuldverhältnisses“ vor.] In jenen Fällen sind zunächst alle Voraussetzungen für ein Gesamtschuldverhältnis nach § 840 I BGB erfüllt; dieses wird erst dadurch „gestört“, dass das Gesetz in Abweichung von dem Grundsatz des § 840 BGB den privilegierten Mitschädiger von seiner Haftung freistellt. In den Fällen dagegen, in denen die Mithaftung an § 1664 BGB scheitert, wächst der so „privilegierte“ Mitschädiger schon gar nicht in die Regelung des § 840 I BGB hinein; es fehlt schon an den Grundlagen für ein Gesamtschuldverhältnis, das „gestört“ werden konnte. Das ist nicht nur ein formaler, äußerlicher Unterschied. Es entspricht Wesen und System der Deliktshaftung, dass der Schädiger einen Mitverursacher des Schadens nur dann an seiner Haftpflicht beteiligen kann, wenn und soweit dieser den Schaden zurechenbar mitgesetzt hat. Nur wo das Haftungsprivileg ihm den Mitschädiger trotz dessen haftungsrechtlicher Mitverantwortung als Ausgleichsschuldner nimmt, ist es gerechtfertigt, von seiner die §§ 840, 826 BGB durchbrechenden Belastung mit dem Haftungsprivileg zu sprechen. Wenn dagegen ein Ausgleich schon am Fehlen einer zurechenbaren Mitbeteiligung des Ausgleichsschuldners scheitert, so ist das eine Folge des Ausgleichssystems, die im Rahmen der Deliktshaftung grundsätzlich allen Schädigern zugemutet wird.

An der Zurechenbarkeit fehlt es jedoch beim Vorliegen der Haftungsprivilegierung nach §§ 1664 I, 277 BGB, solange die Pflichtverletzung nicht über die eigenübliche Sorgfalt hinausgeht bzw. sich als grob fahrlässig darstellt. Unterhalb dieser Schwelle besteht die Verantwortung des Elternteils für die Setzung eines Schadensbeitrags nicht.“ (BGH NJW 1988, 2667, 2669)

Dies erscheint aus folgenden Erwägungen nicht unbillig:

- Entfällt ein Regressanspruch eines Gesamtschuldners, soll dies nicht zu Lasten des Gläubigers gehen.
- Das Kind ist besonders schutzbedürftig, es soll nicht mit dem Ausfall belastet werden.

(Schutzbedürftigkeit findet Ausdruck in mangelnder bzw. beschränkter Geschäfts- und Deliktsfähigkeit des Kindes)

III) Gesamtergebnis:

Folgt man dem unter 2)cc) dargestellten Lösungsansatz, so steht K gegen G ein Schadensersatzanspruch in voller Höhe gem. § 823 I i.V.m. §§ 89 I, 31 BGB zu.