

# Vorlesung Besonderes Vertragsrecht

Wintersemester 2018/19

Fallsammlung, Stand: 21. Januar 2019

Fall 1:

## **Thailändisches Spezialitätenrestaurant (nach BGHZ 136, 102)**

Die Klägerin hat von dem Beklagten gewerbliche Räume in der Innenstadt von München zum Betrieb eines thailändischen Spezialitätenrestaurants angemietet. Um die für den Betrieb erforderliche Gaststättenkonzession erteilt zu bekommen, müssen ausreichend Stellplätze zur Verfügung stehen. Bei den Vertragsverhandlungen wurde darüber gesprochen, allerdings hat der Beklagte wider besseres Wissen unrichtige Angaben über die vorhandenen Stellplätze gemacht.

Zur Vorbereitung der Eröffnung des Lokals tätigte die Klägerin Ausgaben für die Ausstattung des Lokals. Ferner fielen Reisekosten und Architektenhonorare an. Insgesamt beliefen sich die Kosten auf 20.000 Euro. Diese Investitionen hätte das Lokal jedoch nicht erwirtschaftet, sondern es wäre zu weiteren Verlusten gekommen. Die Übergabe der Gaststätte erfolgte nicht mehr. Als die Stadt München der Klägerin die Erlaubnis zum Betrieb eines Restaurants verweigerte, vermietete der Beklagte die Räume anderweitig.

Die Klägerin begehrt nunmehr Ersatz für die nutzlos getätigten Aufwendungen.

### **Lösung:**

#### **A. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 536 a I 1. Var. BGB**

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der 20.000 Euro gem. § 536 a I 1. Var. BGB haben.

#### **I. Mietvertrag**

Die Klägerin und der Beklagten haben einen wirksamen Mietvertrag geschlossen.

#### **II. Mangel i. S. d. § 536 BGB**

Ferner müsste ein Mangel i. S. d. § 536 BGB vorliegen. Dieser ist dann gegeben, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt. Bereits bei Vertragsschluss bestand wegen der fehlenden Stellplätze die Gefahr, dass die Räumlichkeiten nicht als Gaststätte genutzt werden können. Die fehlende Konzessionserteilung hebt die Tauglichkeit zum Gebrauch der Räume im Sinne des zwischen den Mietparteien vereinbarten Mietvertrags auf. Folglich stand schon bei Vertragsschluss fest, dass die Mietsache nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch tauglich war. Ein Mangel lag demnach vor.

Allerdings müsste die Mietsache auch übergeben worden sein. Dies folgt aus der Verweisung auf § 536 BGB. Es ist zu einer Übergabe der Gaststätte aber nicht mehr gekommen. § 536 a I 1. Var. BGB ist daher nicht anwendbar. Vor Überlassung der Mietsache ergeben sich Ansprüche des Mieters wegen eines Sachmangels ausschließlich nach den allgemeinen Vorschriften.

#### **III. Ergebnis**

Demnach steht der Klägerin mangels Übergabe kein Anspruch gem. § 536 a I 1. Var. BGB zu.

## **B. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 311 a II BGB**

### **I. Schuldverhältnis**

Der vorliegende Mietvertrag stellt ein Schuldverhältnis dar.

### **II. Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht gem. § 275 BGB**

Ferner müsste der Schuldner gem. § 275 I, II oder III von seiner primären Vertragspflicht befreit worden sein. Unmöglichkeit i. S. d. Abs. 1 liegt vor, wenn die geschuldete Leistung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht dauerhaft nicht erbracht werden kann. Der Beklagte hat die Überlassung einer genehmigungsfähigen Gaststätte einschließlich der erforderlichen Stellplätze geschuldet. Dazu war er von Anfang an nicht im Stande. Somit bestand bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Leistungshindernis. Folglich ist der Beklagte von seiner primären Leistungspflicht befreit worden.

### **III. Vertretenmüssen**

Der Beklagte müsste das Leistungshindernis auch zu vertreten haben. Gem. § 311 a II 2 BGB wird das Verschulden vermutet. Der Beklagte könnte es allenfalls widerlegen. Dem Beklagten war jedoch bewusst, dass die Stellplätze für die Genehmigung erforderlich waren. Demnach war ihm auch bewusst, dass er die geschuldete Leistung nicht erbringen konnte. Somit kann die Vermutung nicht widerlegt werden und der Beklagte hat das Leistungshindernis zu vertreten.

Fraglich ist aber, ob die Klägerin einen Schaden erlitten hat. Ein solcher könnte in den nutzlosen Aufwendungen liegen.

Bei dem *Schadensersatz statt der Leistung* ist die Klägerin so zu stellen, wie sie stünde, wenn der Beklagte ordnungsgemäß erfüllt hätte, d.h. es ist die Differenz zwischen der tatsächlich vorhandenen Vermögenslage und derjenigen Vermögenslage, welche ohne das schädigende Ereignis vorliegen würde, zu bilden. Vorliegend handelt es sich aber um solche Aufwendungen, die auch entstanden wären, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Unter Umständen sind derartige frustrierte Aufwendungen aber ersatzfähig. Nach der sog. Rentabilitätsvermutung wird unterstellt, dass sie durch Vorteile aus der vereinbarten Gegenleistung wieder erwirtschaftet worden wären. Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin aber die Investitionen nicht durch das geplante Lokal erwirtschaftet, sondern es wäre vielmehr zu weiteren Verlusten gekommen. Folglich greift die Rentabilitätsvermutung nicht ein. Mithin fehlt es an einem Schaden der Klägerin.

### **V. Ergebnis**

Mangels Schaden besteht kein Anspruch gem. § 311 a II BGB.

## **C. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 311 a II i. V. m. 284 BGB**

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe von 20.000 Euro gem. §§ 311 a II i. V. m. 284 BGB haben.

### **I. Anwendbarkeit des § 284 BGB**

Fraglich ist, ob § 284 BGB neben der Rentabilitätsvermutung auch auf Verträge, die zu Erwerbszwecken geschlossen werden, Anwendung findet. Eine Beschränkung des Anwendungsbereiches auf nicht kommerzielle Verträge lässt sich dem Wortlaut jedoch nicht entnehmen. Demnach ist der Anwendungsbereich des § 284 BGB eröffnet.

### **II. Tatbestandliche Voraussetzungen des Schadensersatzes**

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung liegen, wie bereits oben geprüft, vor.

### **III. Aufwendungen**

Weiterhin müsste der Gläubiger Aufwendungen getätigt haben. Aufwendungen sind vom Gläubiger im Hinblick auf den Erhalt der Leistung erbrachte freiwillige Vermögensopfer. Zur Vorbereitung der Eröffnung des Lokals fielen der Klägerin Reisekosten und Architektenhonorare an. Ferner tätigte sie Ausgaben für die Ausstattung des Lokals. Diese Investitionen stellen erbrachte Vermögensopfer im Hinblick auf den Erhalt der Leistung dar.

#### **IV. Im Vertrauen auf die Gegenleistung**

Diese Aufwendungen müssten im Vertrauen auf den Erhalt der Gegenleistung gemacht worden sein. Weil die Klägerin bei Abschluss des Vertrages nicht gewusst hat, dass die Stellplätze nicht in ausreichender Menge zur Verfügung stehen, ging sie davon aus, dass der Gaststättenkonzession und damit der Eröffnung des Lokals nichts mehr entgegenstand. Somit tätigte sie die Aufwendungen im Vertrauen auf die Gebrauchsüberlassung einer genehmigungsfähigen Gaststätte.

#### **V. Aufwendungen, die billigerweise gemacht werden durften**

Ferner sind nur solche Aufwendungen zu ersetzen, die die Klägerin billigerweise machen durfte. Hat die Klägerin Aufwendungen gemacht, obwohl sie mit dem Nichterhalt der Leistung rechnen musste, ist dieses nicht der Fall. Vorliegend ging die Klägerin jedoch davon aus, dass ihr eine genehmigungsfähige Gaststätte übergeben wird. Folglich sind die Aufwendungen auch unter diesem Gesichtspunkt zu ersetzen.

#### **VI. Zweckverfehlung der Aufwendungen auch ohne die Pflichtverletzung**

Allerdings ist der Aufwendungsersatzanspruch ausgeschlossen, wenn die Aufwendungen ihren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht hätten. Davon ist vorliegend aber nicht auszugehen, sodass der Aufwendungsersatzanspruch nicht ausgeschlossen ist.

#### **VII. Verschulden des Beklagten**

Der Beklagte hat das Leistungshindernis zu vertreten (s. o.) und kann sich daher nicht gem. § 311 a II 2 BGB entlasten.

#### **VIII. Ergebnis**

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Aufwendungsersatz in Höhe von 20.000 Euro gem. §§ 311 a II i. V. m. 284 BGB.

### **D. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB**

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 20.000 Euro gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB haben.

#### **I. Anwendbarkeit**

Fraglich ist, ob dieser Anspruch überhaupt anwendbar ist. Die Gewährleistungsansprüche des Mietrechts stellen nämlich gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht Sondervorschriften dar. Sie schließen deshalb im Regelfall Schadensersatzansprüche aus § 311 II BGB aus, wenn diese darauf gestützt werden, dass der Vermieter bei den Vertragsverhandlungen unrichtige Angaben über die Beschaffenheit der Mietsache gemacht hat. Dieser Ausschluss gilt jedoch nicht ohne Einschränkungen. Soweit die Gewährleistungsansprüche des Mietrechts nicht eingreifen, können sie nicht an die Stelle der allgemeinen Regeln des Schuldrechts treten und diese verdrängen. Der Ausschluss gilt insbesondere dann nicht, wenn es nicht zur Übergabe gekommen ist.

Problematisch ist, dass die Übergabe im Fall einer anfänglichen Unmöglichkeit zum Teil als nicht erforderlich angesehen wird und aus diesem Grund die Gewährleistungsansprüche des Mietrechts eingreifen.

Dieser Fall kann mit dem Kaufrecht verglichen werden. Im Kaufrecht ist ein Anspruch gem. § 311 II BGB nur dann ausgeschlossen, wenn die unrichtigen Angaben über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes auf einem fahrlässigen Verhalten des Verkäufers beruhen. Im Fall eines mit Arglist handelnden Verkäufers kann ein Anspruch gem. § 311 II BGB hingegen nicht ausgeschlossen werden. Diese Grundsätze sind auf das

Mietrecht zu übertragen, da die Interessenlagen zwischen Vermieter und Mieter mit der Interessenlage zwischen Verkäufer und Käufer vergleichbar sind.

Vorliegend hat der Beklagte arglistig gehandelt. Demnach ist der Anspruch gem. § 311 II BGB nicht von vornherein ausgeschlossen.

## **II. Vorvertragliches Schuldverhältnis**

Zunächst müsste zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein vorvertragliches Schuldverhältnis vorliegen. Durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ist ein solches gem. § 311 II Nr. 1 BGB begründet worden.

## **III. Pflichtverletzung**

Ferner muss eine Schutzpflicht i. S. d. § 241 II BGB aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt sein. Gem. § 241 II BGB sind die Vertragspartner zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. In der arglistigen Täuschung seitens des Beklagten liegt ein Verstoß gegen die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme.

## **IV. Verschulden**

Diese Pflicht muss gem. § 280 I BGB schuldhaft verletzt worden sein. Gem. § 276 I BGB hat der Beklagte Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Beklagte hat die Klägerin bewusst über die fehlenden Stellplätze nicht aufgeklärt. Somit handelte er vorsätzlich, und die Pflicht wurde schuldhaft verletzt.

## **V. Schaden**

Durch die Pflichtverletzung muss ein Schaden entstanden sein. Im Gegensatz zum Schadensersatz statt der Leistung geht es hier lediglich um das negative Interesse. Durch die vergeblichen Aufwendungen ist es auch zu einem Schaden in Höhe von 20.000 Euro gekommen.

## **VI. Rechtsfolge**

Die Klägerin ist so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn es nicht zu dem Vertragsschluss gekommen wäre. Zu ersetzen ist demnach der Vertrauensschaden, der auch nutzlose Aufwendungen umfasst. Wäre es nicht zu dem Mietvertrag gekommen, hätte die Klägerin die im Hinblick auf den Betrieb der Gaststätte erforderlichen Investitionen nicht getätigt. Demnach hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 20.000 Euro gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

Fall 2:

## **Apotheke in Pforzheim**

M ist Apothekerin und hat Anfang 2014 in der Stadt P von V eine Apotheke auf vier Jahre (bis 31. Dezember 2017) zum monatlichen Mietzins von 1.100 € Kaltmiete gemietet. Der Mietvertrag sollte sich jeweils um weitere vier Jahre verlängern, wenn er nicht nach drei Jahren schriftlich gekündigt worden war. Der Mietvertrag erfüllt die gesetzliche Schriftform. Da das Apothekengeschäft schlecht geht, verhandeln M und V über eine Ermäßigung der Miete. Schließlich einigen sie sich 2016 per E-Mail darauf, den Mietzins zunächst auf 700 € pro Monat zu senken und „auf bessere Zeiten zu warten“, wie V in seiner E-Mail schreibt. Das Geschäft der M erholt sich glücklicherweise, und daher vereinbaren M und V per E-Mail, dass ab 1. Januar 2018 der schriftliche Mietvertrag wieder in vollem Umfang gelten solle und dass M ab dann wieder 1.100 € Miete zahlen solle. Dennoch kündigt V im Mai 2018 den Mietvertrag zum 31. Dezember 2018 wegen Streitigkeiten um angebliche Schimmelflecken. Wie ist die Rechtslage?

## **Lösungsvorschlag**

Die Parteien sind zur Erfüllung ihrer mietvertraglichen Leistungspflichten (vgl. § 535 BGB) verpflichtet, soweit ein wirksamer Mietvertrag besteht.

Anfang 2014 hat M eine Apotheke von V gemietet. Ein wirksamer Mietvertrag bestand somit zwischen den Parteien.

Dieser könnte inzwischen aber durch eine wirksame Kündigung des V beendet worden sein.

#### **A. Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, § 543 Abs. 1 BGB**

In Betracht kommt hier zunächst eine außerordentliche Kündigung gem. § 543 Abs. 1 BGB.

Die Kündigung muss erklärt worden sein. Kündigungen gem. § 543 Abs. 1 BGB bedürfen grundsätzlich keiner Begründung. V brachte im Mai 2018 klar zum Ausdruck, dass dem Mietvertrag zum 31. Dezember 2018 ein Ende gesetzt werden sollte. Mithin setzte er eine Kündigungsfrist, er kündigte nicht fristlos.

In Betracht kommt eine Umdeutung der Erklärung des V gem. § 140 BGB. V bringt jedoch klar zum Ausdruck, dass das Mietverhältnis nicht sofort und in jedem Fall, sondern gerade zum Ablauf des Jahres beendet werden sollte. Eine Umdeutung kann im Übrigen auch deshalb nicht angenommen werden, weil bei Setzung einer Frist kein entsprechender schwerwiegender Grund für eine sofortige Unzumutbarkeit vorliegen kann.

Eine wirksame fristlose Kündigung aus wichtigem Grund scheidet somit aus.

Hilfsgutachten zur Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegen würde:

Für Wirksamkeit der fristlosen Kündigung muss ein wichtiger Grund vorliegen, so dass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann, § 543 Abs. 1 S. 2 BGB.

Als ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund kommen hier nur die Streitigkeiten über angebliche Schimmelflecken in Frage. Es erscheint weder die sachliche noch die rechtliche Bewertung dieses Sachverhalts geklärt. Die Schimmelflecken sind nicht unstrittig vorhanden. Selbst wenn die Existenz dieser Flecken unterstellt wird, ist die Verantwortlichkeit im Sinne eines Verschuldens, welches in die Abwägung hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes gem. § 543 Abs. 1 S. 2 BGB einzufließen hat, nicht einmal Gegenstand des Streites. Aus dieser unklaren Sachlage verbunden mit einer nicht vorgenommenen Bewertung durch die Parteien lässt sich sicherlich kein wichtiger Grund dartun, der eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung nach sich ziehen kann.

Eine wirksame fristlose Kündigung aus wichtigem Grund scheidet somit aus.

#### **B. Ordentliche Kündigung, § 542 Abs. 1 BGB**

V könnte den Mietvertrag gem. § 542 Abs. 1 BGB ordentlich gekündigt haben.

##### **I. Kein Ausschluss**

Eine Kündigung gem. § 542 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn es auf bestimmte Zeit eingegangen wurde. Hier war die Zeitdauer für das Mietverhältnis von den Parteien auf vier Jahre bestimmt. Es war bedungen, dass sich dieses um weitere vier Jahre verlängern sollte, es sei denn eine Partei kündigt das Mietverhältnis nach drei Jahren. Der geschlossene Vertrag sollte ursprünglich bis zum 31. Dezember 2017 laufen. Jedenfalls vor diesem Termin hat keine Partei unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass dem Mietvertrag ein Ende gesetzt sein soll. Nach dem ursprünglichen Willen der Parteien könnte der Vertrag um weitere vier Jahre, also bis 31. Dezember 2021, verlängert sein.

Dies setzt aber voraus, dass die Vorschrift des § 550 BGB beachtet wurde.

##### **1. Anwendbarkeit des § 550 BGB**

Das Mietverhältnis könnte der besonderen Formvorschrift des § 550 BGB unterliegen. § 550 BGB bezieht sich nach seiner systematischen Stellung und gem. § 549 Abs. 1 BGB auf Wohnraummietverhältnisse. Der durch den Vertrag verfolgte Zweck muss demnach auf Wohnen durch den Mieter gerichtet sein. Bei dem vorliegenden Mietgegenstand handelt es sich um eine Apotheke, die der Ausübung einer freien beruflichen Tätigkeit der M dient. Ein Wohnraummietverhältnis liegt mithin nicht vor.

Eine Anwendbarkeit des § 550 BGB könnte sich allerdings aus § 578 Abs. 2 BGB i. V. m. § 578 Abs. 1 BGB ergeben. Danach ist § 550 BGB auch bei Mietverhältnissen über Räume entsprechend anwendbar, die keine Wohnräume sind. Ein Raum ist jedes durch Wände, Boden und Decke umschlossene Gebäude oder Gebäudeteil, das sich für den Aufenthalt von Menschen oder Tieren oder für die Unterbringung von Sachen eignet, ohne Wohnraum zu sein. Hier mietet die M zumindest einen Gebäudeteil, um darin eine Apotheke zu betreiben. Dies wird üblicherweise in geschlossenen Räumen, die durch Menschen betreten werden können, ausgeführt.

Der Mietgegenstand ist somit ein Raum und § 550 BGB ist gem. § 578 Abs. 2 BGB i. V. m. § 578 Abs. 1 BGB auf den vorliegenden Mietvertrag anwendbar.

Hinweis: Die Verweisungen vom Gewerbemietrecht auf einzelne Vorschriften der Wohnraummiete sind teilweise schwer zu entdecken. Im Zweifel sollte man die §§ 578-580a BGB sehr genau lesen. Bei Zeitnot in einer Klausur kann man den Punkt der Anwendbarkeit auch deutlich knapper abhandeln.

## **2. Fiktion unbestimmter Vertragslaufzeit**

Die Kündigung durch V gem. § 542 Abs. 1 BGB ist nur möglich, wenn der Vertrag keine feste Laufzeit hat, sondern unter Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Die gesetzliche Schriftform dürfte also nicht eingehalten worden sein.

Ursprünglich haben M und V einen schriftlichen Vertrag geschlossen, der der gesetzlichen Schriftform nach § 126 BGB genüge. Möglicherweise gilt inzwischen durch die zwischengeschalteten Abreden von V und M etwas anderes.

### **a) Formbedürftigkeit der Abreden**

Auch die Abreden müssten dafür der Schriftform bedürfen. Eine bestimmte Form des Rechtsgeschäfts muss sich grundsätzlich auf den gesamten Inhalt beziehen. Auch spätere Änderungen und Ergänzungen sind grundsätzlich formbedürftig. Etwas anderes könnte im Einzelfall nur gelten, wenn die Änderung nicht wesentlich ist. In Bezug auf die Miethöhe ist umstritten, ob das Formerfordernis auch für geringfügige Änderungen zu beachten ist oder eine – wie auch immer geartete – Erheblichkeitsschwelle existiert. Der BGH hat in neuester Rechtsprechung klargestellt, dass die Änderung der Miethöhe stets wesentlich sei, „jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann“. Hier fand eine Absenkung der Miete um über ein Drittel und über ein Jahr hinaus statt, sodass die Änderungen nach allen Ansichten wesentlich sind; ein Streitentscheid ist hier hinfällig. Die Änderungen bedürften somit der Form des § 126 BGB als durch § 550 BGB gesetzlich festgelegten Schriftform, wenn die feste Laufzeit erhalten bleiben soll.

Hinweis: Anschaulich spricht man von der Infektionswirkung mündlicher Abreden. Der gesamte Mietvertrag verliert seine Schriftform, wenn später einzelne Punkte mündlich neu geregelt werden.

### **b) Einhaltung des Formerfordernisses**

Die zweimalige Abänderung der Vertragsmodalitäten durch Austausch von E-Mails müsste gegen das Schriftformerfordernis verstoßen haben. E-Mails enthalten aber notwendigerweise schon keine eigenhändige Unterzeichnung, so dass die Form des § 126 BGB nicht eingehalten

wurde. Zwar wäre auch gemäß § 126 Abs. 3 BGB die elektronische Form möglich, jedoch ist für diese bei einer E-Mail eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich (§ 126a BGB), die hier nicht genutzt wurde. Die Abänderungen verstoßen mithin gegen das Schriftformerfordernis.

Auch der Wille, an dem ursprünglichen schriftlichen Vertrag wieder festzuhalten, schadet hier insofern nicht, weil selbst diese Abrede formunwirksam und damit die Fehlerfolge des § 550 BGB auslösend getroffen worden ist. Es ist nicht möglich, die zuvor durch mündliche Zusatzabreden beseitigte gesetzliche Schriftform durch erneute mündliche (bzw. E-Mail-) Abrede wieder aufleben zu lassen.

Der Mietvertrag zwischen M und V gilt somit als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Die ordentliche Kündigung gem. § 542 Abs. 1 BGB ist nicht ausgeschlossen.

Hinweis: Anhaltspunkte dafür, dass die Ausnutzung des Formmangels und dessen Konsequenzen durch V treuwidrig (§ 242 BGB) sein könnte, liegen nicht vor.

## **II. Kündigungserklärung**

V brachte im Mai 2018 klar zum Ausdruck, dass dem Mietvertrag zum 31. Dezember 2018 ein Ende gesetzt werden sollte und erklärte damit die Kündigung zu dem erwähnten Termin. Diese ist an keine besondere Form gebunden gewesen.

## **III. Kündigungsfrist**

V muss die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 580a Abs. 2 BGB eingehalten haben. In den Räumen wurde eine Apotheke betrieben, so dass ein Mietvertrag über Geschäftsräume vorliegt (s. o.). Danach ist die Kündigung am dritten Werktag eines Kalendervierteljahrs zum Ende des nächsten Kalendervierteljahrs zu erklären, vgl. § 580a Abs. 2 BGB. Wollte V also zum 31. Dezember 2018 kündigen, musste er spätestens am dritten Werktag des Juli 2018 (Beginn des Kalendervierteljahrs) kündigen. Hier erklärte V bereits im Mai die Kündigung des Mietvertrages und wahrte somit die Kündigungsfrist aus § 580a BGB.

Hinweis: Besondere Vorschriften wie das Erfordernis eines berechtigten Interesses (§ 573 BGB) oder die Form der Kündigungserklärung (§ 568 BGB) gelten nur für Wohnraummietverhältnisse, nicht aber bei Geschäftsräumen oder Grundstücken, vgl. § 578 BGB. Sie sind hier daher nicht zu prüfen.

V hat den Mietvertrag gem. § 542 Abs. 1 BGB ordentlich gekündigt.

## **C. Ergebnis**

Zwischen den Parteien ergeben sich daher keine weiteren Vertragspflichten i. S. v. § 535 BGB mehr.

Fall 3:

### **Abbedungene Kardinalpflichten**

(BGHZ 89, 363; auch bei Looschelders, Schuldrecht BT, § 16 Rn. 22)

Fleischgroßhändler G hat größere Mengen Schweinefleisch im Kühlhaus des S eingelagert. Wegen zu hoher Temperaturen verdirbt die Ware. Arbeiter des S hatten fahrlässig die Temperatur falsch eingestellt.

G verlangt Schadensersatz von S.

S will seine Haftung auf 3000 DM begrenzen, weil seine AGB einen Höchstbetrag vorsehen (sechsfaches Auftragsentgelt).

### **Lösung:**

Anspruch des G auf Schadensersatz aus §§ 467, 475, 347 HGB

G könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 467, 475, 347 HGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

1. Vorliegen eines Lagervertrages gemäß § 467 HGB

G und S haben einen Lagervertrag gemäß § 467 HGB geschlossen. S betreibt als Kühlhausbetreiber ein Lagergewerbe und ist Kaufmann iSv § 1 HGB; die Lagerung erfüllt als spezielle Voraussetzung auch die Anforderungen von § 467 Abs. 3, wonach die Vorschriften der §§ 467 ff. nur gelten, sofern die Lagerung gerade zum Betrieb eines gewerblichen Handelsgewerbes gehört.

2. Schaden während der Lagerzeit

Da es sich bei § 474 HGB um eine vermutete Obhutshaftung handelt, ist eine Pflichtverletzung nicht geltend zu machen. Es muss lediglich ein Schaden durch Verlust oder Beschädigung des Gutes während der Obhutszeit eingetreten sein. Als ein solcher Schaden durch Verlust oder Beschädigung im Sinne von § 471 HGB wird allgemein ein Substanzverlust oder eine Substanzveränderung angesehen, wenn dies zur Minderung beziehungsweise zum Verlust des Wertes der eingelagerten Ware führt. Eine Beschädigung ist dabei anzunehmen, wenn die Sache in ihrer Substanz als solche zwar erhalten bleibt, ihr aber schädigende Eigenschaften zugefügt werden.

Das Verderben von Fleisch aufgrund unzureichender Kühlung kann damit als Schaden erfasst werden. Laut Sachverhalt ist der Schaden auch während der Obhutsphase des G (Übernahme bis Auslieferung) eingetreten. [unproblematisch, unter Zeitdruck ggf. kürzer]

Den zur Haftungsvermeidung erforderlichen Entlastungsbeweis (§ 475 S. 1 HGB) hat der G nicht versucht/geführt. Im Übrigen muss er sich das Fehlverhalten seiner Angestellten, die als Erfüllungsgehilfen handeln, gemäß § 278 BGB auch zurechnen lassen [die §§ 428, 436, 462 HGB gelten im Lagerrecht nicht].

3. Rechtsfolge

Nach den gesetzlichen Vorschriften ist der gesamte entstandene Schaden zu ersetzen – vorliegend also der Wert der gesamten Charge Fleisch.

a) Haftungsbeschränkung

Allerdings könnte vorliegend die Haftung auf 3000,- DM begrenzt sein, wenn der G eine entsprechende Haftungsbeschränkung über die AGB in den Vertrag eingeführt hat und diese wirksam ist.

i) Einbeziehung von AGB

Bei der vorliegenden Bestimmung handelt es sich um AGB. Diese sind auch Bestandteil des Vertrages geworden. Gemäß § 310 I 1 BGB finden die strengen Voraussetzungen der § 305 II und III BGB bei einem solchen Geschäft zwischen zwei Unternehmern (§ 14 BGB) keine Anwendung.

ii) Inhaltskontrolle

Die inhaltliche Wirksamkeit der Klausel bestimmt sich nach den §§ 305 c ff. BGB, wobei vorliegend die Prüfung wegen der Unternehmereigenschaft beider Parteien gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB so modifiziert wird, dass die §§ 308 Nr. 1, 2-8, 309 BGB nicht direkt gelten, aber im Rahmen der Beurteilung nach § 307 Abs. 1, 2 BGB aber zur Indizwirkung herangezogen werden.

In Betracht kommt eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der vertraglichen Regelung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Anmerkung

Das Verhältnis von § 307 Nr. 1 und Nr. 2 BGB ist dabei nicht ganz eindeutig. Jedenfalls im Fall eines gesetzlich fixierten Vertragstyps mit umfassender Normierung der jeweiligen Vertragspflichten erscheint ein Rückgriff auf Nr. 1 sachgerechter, weil Nr. 2 dann den eindeutigen Anwendungsbereich nicht-geregelter bzw. nicht umfassend geregelter Verträge hat. Jedenfalls soll im Ergebnis durch beide Regelungen die Aushöhlung von Kardinalpflichten verhindert werden. Eine Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wäre hier also ebenfalls vertretbar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann u.a. die Haftung für grobe Fahrlässigkeit bei der Verletzung von Kardinalpflichten eines Vertrages durch AGB nicht ausgeschlossen werden. Denn es dürften dem Vertragspartner durch AGB auch indirekt mittels entsprechender Haftungsfreizeichnungsklauseln nicht solche Rechtspositionen genommen werden „die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat“. Vielmehr sei in solchen Fällen eine vertragliche Individualvereinbarung das Mittel der Wahl. Auch komme es in einem solchen Fall der groben Fahrlässigkeit in Bezug auf Hauptverpflichtungen nicht auf die Versicherbarkeit des Schadensrisikos an.

Diese Ansicht der Rechtsprechung führt zur Notwendigkeit der Auslegung des Vertrages nach den §§ 133, 157 BGB hinsichtlich der jeweiligen Kardinalpflichten. Im Rahmen einer Lösung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 sind dafür auch die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen zu berücksichtigen.

Der den notwendigen Erfordernissen einer ordnungsgemäßen Kühlung genügende Umgang mit den eingelagerten Gütern müsste also zum Kern des konkreten Lagervertrages und dem Pflichtenkreis des in diesem Rahmen tätigen Kühlhausbetreibers gehören.

Dies ist unproblematisch zu bejahen. Dem Auftraggeber kommt es regelmäßig gerade auf eine entsprechend gewissenhafte Erfüllung dieser Pflichten an. Denn bei einer entsprechenden Verletzung ist mit dem wirtschaftlichen Totalverlust des Gutes zu rechnen.

Die ordnungsgemäße Kühlung stellt somit eine Kardinalpflicht des zu Grunde liegenden Vertrags dar, die durch die in Frage stehende AGB-Freizeichnungsklausel im Vertrag indirekt beschränkt wird. Eine derart begrenzte Schadensersatzhöhe kann die möglichen Verluste nicht kompensieren.

Die entsprechende Klausel ist daher als unwirksam zu beurteilen.

Anmerkung:

Auf die indizielle Beurteilung der Klausel nach § 309 Nr. 7 b BGB unter Beachtung der Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr im Rahmen des § 307 Abs. 1, 2 BGB, kommt es bei Vorliegen des Normaltatbestandes von § 307 Abs. 2 Nr. 2 nicht mehr an. Auch in dem zu Grunde liegenden Urteil hat sich der BGH mit dieser strittigen Frage nicht vertieft auseinandergesetzt und sie letztlich offen gelassen, jedoch kurz die verschiedenen Ansichten dazu dargestellt: (1) Generelle Unwirksamkeit, (2) Wirksamkeit, sofern nicht leitenden Angestellte ausgeschlossen werden, (3) Wirksamkeit nur bei höhenmäßiger Haftungsbegrenzung.

b) Zwischenergebnis

G haftet also für den gesamten entstandenen Schaden.

II/III. Der Anspruch ist auch nicht untergegangen sowie durchsetzbar.

Ergebnis: Der G hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 467, 475, 347 HGB.

Fall 4:

### **Gefährlicher Rasenmäher**

Hauseigentümer M mietet von V einen Rasenmähertraktor, um seinen großen Rasen zu mähen. Im Geschäft des V hängt direkt neben der Kasse ein Schild: „Es gelten unsere Allgemeinen Mietbedingungen. Bitte fragen Sie nach.“ M sieht das Schild nicht. In den Mietbedingungen heißt es: „Ziff. 7: Wir stellen dem Mieter gern gegen Entgelt geschultes Fachpersonal zur Verfügung. Verzichtet der Mieter darauf, können wir für Körperschäden bei der Benutzung unserer Gartengeräte leider nicht haften.“

Beim Rasenmähen fällt M vom Sitz des Mähers und erleidet durch den Mäher Schnittverletzungen im Oberschenkel. Wie sich herausstellt, hatten Mitarbeiter des V bei der Wartung vergessen, den Sitz fachmännisch zu befestigen. Bei ordnungsgemäßer Wartung wäre M nicht gestürzt.

M verlangt Behandlungskosten und Schmerzensgeld in Höhe von 1.500,- Euro. V weigert sich zu zahlen. Wie ist die Rechtslage?

### **Lösung**

A. M könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld i.H.v. 1.500 € gem. § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB haben.

#### **I. Anwendbarkeit**

§ 536 a Abs. 1 BGB müsste auch für Mangelfolgeschäden und Schmerzensgeldansprüche anwendbar sein. Dies wird wegen der verschuldensunabhängigen Haftung bei anfänglichen Mietmängeln teilweise verneint. Jedoch schließt der Wortlaut des § 536 a Abs. 1 BGB Mangelfolgeschäden nicht aus. Auch wenn diese Garantiehaftung sehr streng erscheint, handelt es sich um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung. Dies erscheint auch im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Mieters gerechtfertigt.

#### **II. Mietvertrag**

M und V haben einen wirksamen Mietvertrag i. S. d. § 535 BGB über den Rasenmähertraktor geschlossen.

#### **III. Mangel**

Weiterhin müsste ein Mangel i.S.d. § 536 BGB vorliegen. Der Begriff des Sachmangels wird im Mietrecht gesetzlich nicht näher umschrieben. Hier gilt nach allgemeiner Ansicht der subjektive Mangelbegriff. Ein Mangel ist danach jede für den Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache beeinträchtigt. Hier war der Sitz des Rasenmähers nicht fachmännisch befestigt worden, weshalb M während des Rasenmähens vom Sitz herunter fiel. Dies stellt einen Zustand dar, der den Rasenmäher für den vertragsgemäß bestimmten Gebrauch des Rasenmähens untauglich machte. Folglich handelt es sich um einen Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

#### **IV. Anfänglicher Mangel**

Der Mangel könnte auch anfänglich, also vor Vertragsschluss entstanden sein, vgl. § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB. Entscheidend ist, dass die Schadensursache sich in den Zeitraum vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Die Bejahung eines anfänglichen Mangels wird daher nicht abgelehnt, wenn die fehlerhafte Beschaffenheit der Mietsache erst zu einem späteren Zeitpunkt den Mieter schädigt. Der mangelhafte Zustand wurde dadurch hervorgerufen, dass die Mitarbeiter des V den Sitz des Mähers bereits vor Überlassung nicht fachgerecht montiert

hatten. Daher lag der Mangel auch bereits bei Überlassung an den M vor, § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB.

#### Anmerkung

Da es sich um einen anfänglichen Mangel handelt, sind weitere Voraussetzungen wie ein Verschulden nicht zu prüfen. Ferner ist auch eine sonst ggf. notwendige Zurechnung gemäß § 278 BGB nicht erforderlich.

### V. Ausschluss

#### 1. Vertragliche Ausschlussgründe

Jedoch könnte § 536 a aufgrund vertraglicher Abrede ausgeschlossen sein. Eine solche Abrede könnte in Ziff. 7 AGB zu sehen sein, in der eine Haftung für Körperschäden, die bei der Benutzung der vermieteten Geräte entstehen, ausgeschlossen wird. Fraglich ist allerdings, ob die vertragliche Freizeichnungsklausel hier eingreift. Sofern es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, ist dies nur dann der Fall, wenn sie wirksam in den Mietvertrag einbezogen wurde und einer Inhaltskontrolle standhält.

##### a) Vorliegen von AGB

Bei Ziff. 7 AGB müsste es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Inhalt des Leistungsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien M und V weicht vom dispositiven Gesetzesrecht ab. Somit handelt es sich bei Ziff. 7 AGB um eine allgemeine Vertragsbedingung. Diese lag zeitlich vor dem Vertragsschluss zwischen M und V fertig formuliert vor, um in zukünftige Verträge einbezogen zu werden. Der M war der Vertragsgestaltungsmacht des V ausgesetzt. Somit ist dieser als Verwender anzusehen. Hier greifen zudem die Vermutungen und Erleichterungen gem. § 310 Abs. 3 BGB ein. Demnach handelt es sich bei Ziff. 7 AGB um eine allgemeine Geschäftsbedingung.

##### b) Einbeziehung in den Vertrag

Die AGB müssten auch in den Vertrag einbezogen worden sein, § 305 Abs. 2 BGB. Im Fall hat der V den M zwar nicht ausdrücklich auf die AGB hingewiesen. Jedoch könnte sein Aushang neben der Kasse gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 BGB ausreichend sein. Dafür müsste ein ausdrücklicher Hinweis aufgrund der Art des Vertragsverhältnisses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich sein. Zwar wäre es V grundsätzlich möglich, jeden Kunden auf die AGB hinzuweisen, jedoch würde dies zu einer überflüssigen Erschwerung der Abfertigung im Betrieb führen. Stattdessen hat V ein Schild direkt neben die Kasse, also im Allgemeinen den Ort des Vertragsschlusses, gestellt, auf dem er ausreichend auf die AGB hinweist. Dadurch hat der V dem M die Möglichkeit verschafft, von dem Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, vgl. § 305 Abs. 2 Nr. 2. Die AGB wurden demgemäß in den Vertrag einbezogen. Dass M tatsächlich das Schild übersehen hat, spielt demgegenüber keine Rolle.

##### c) Inhaltskontrolle

Im vorliegenden Fall ist V Unternehmer und M Verbraucher, weshalb gem. § 310 Abs. 1 BGB auch § 309 zur Anwendung kommt. Ziff. 7 AGB könnte gegen das Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit aus § 309 Nr. 7. a) BGB verstoßen und deswegen gem. § 306 BGB unwirksam sein.

Gem. § 309 Nr. 7. a) BGB ist ein Ausschluss der Haftung für Schäden aus einer Körperverletzung, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder des Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht, unwirksam. V hat in Ziff. 7 AGB eben diese Haftung für Körperschäden ausgeschlossen.

Fraglich ist, ob die Klausel aufgrund des Angebots der Bereitstellung von geschultem Fachpersonal zur Bedienung des Mähers gegen Entgelt keinen absoluten Haftungsausschluss darstellt und die Ziff. 7 AGB damit doch nicht unter den Tatbestand des § 309 Nr. 7. a) fällt. Durch die Annahme des Angebots auf Unterstützung gegen Entgelt könnte der Mieter einen Haftungsausschluss des V grundsätzlich verhindern. Dies könnte jedoch eine unangemessene Benachteiligung nach Treu und Glauben darstellen. Die zwingende Inanspruchnahme von Fachpersonal, um den Haftungsausschluss abwenden zu können, würde dem wesentlichen Grundgedanken des Rechtsgeschäfts insoweit widersprechen, als dass es einem Mietvertrag gerade inhärent ist, dem Mieter den selbstständigen Umgang mit der Mietsache zu gewähren. Auch würden durch die Regelung solche Mieter benachteiligt, die selbst im Umgang mit Rasenmähertraktoren geschult sind, jedoch trotz ihrer Fachkenntnis nur durch Inanspruchnahme eines externen Helfers den Haftungsausschluss vermeiden könnten. Das Angebot hat daher keinen relevanten Einfluss auf den Haftungsausschluss.

Mithin verstößt der Haftungsausschluss in Ziff. 7 AGB gegen das Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7. a) BGB und ist unwirksam.

d) Zwischenergebnis

Ziff. 7 AGB ist somit unwirksam. Nach § 306 Abs. 2 BGB gelten statt der unwirksamen Ziff. 7 AGB also die gesetzlichen Vorschriften und somit die unbeschränkte Haftung nach § 536 a BGB.

2. Gesetzliche Ausschlussgründe

Weiterhin dürften auch keine anderen Ausschlussgründe vorliegen. Ein Ausschluss gem. § 536 b BGB liegt nicht vor, da M bei Vertragsschluss keine Kenntnis von dem Mangel hatte und diesen auch nicht hätte haben können. Weiterhin ist der Anspruch aus § 536 a Abs. 1 BGB auch nicht gem. § 536 c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB ausgeschlossen, da dem M mangels Kenntnis des Mangels auch keine Unterlassung der Anzeige vorzuwerfen ist. Folglich liegt kein Ausschluss des Anspruchs aus § 536 a Abs. 1 BGB vor.

VII. Schaden

Die Behandlungskosten sind im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB zu ersetzen. Ferner kann gemäß § 253 Abs. 2 BGB ein angemessenes Schmerzensgeld verlangt werden. Die Angemessenheit unterstellt, sind die 1.500 € somit ersatzfähig.

B. Ergebnis

M hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld i. H. v. 1.500 € gem. § 536 a Abs. 1 BGB.

Fall 5:

**Krass überfordert? (BGH NJW 2001, 2466 ff.)**

S war alleiniger Gesellschafter der E-GmbH, die Computersoftware produzierte und vertrieb. Zunächst liefen die Geschäfte gut, im Jahr 2000 jedoch brach der Absatzmarkt zunehmend ein. Bereits Mitte des Jahres beliefen sich die Kontokorrentverbindlichkeiten der E-GmbH bei der B-Bank auf 55.000 Euro.

Zur Absicherung der Verbindlichkeiten bat S seine Mutter M um Hilfe. Die Hausfrau und Rentnerin bezog zu diesem Zeitpunkt eine monatliche Rente i.H.v. 750 Euro. Sie besaß

jedoch einen Miteigentumsanteil von 75 % an einem 100.000 Euro wertvollen Hausgrundstück, das sie gleichzeitig auch bewohnte.

Auf Bitten ihres Sohnes verbürgte sich M schließlich für alle bestehenden und künftigen Ansprüche der B aus dem Geschäftsverhältnis mit der E-GmbH bis zu einem Höchstbetrag von 75.000 Euro. Das von B vorgefertigte Formular enthielt unter anderem einen Ausschluss der Rechte aus §§ 771, 776 BGB. Jedoch wurde M auch auf die schwierige Situation der Gesellschaft hingewiesen.

Tatsächlich musste die E-GmbH Ende 2000 Konkurs anmelden. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens möchte B die M nun auf Grund der Bürgschaft auf Zahlung von 75.000 Euro in Anspruch nehmen.

Steht der B-Bank der Anspruch gegen M zu?

### **Lösung:**

Die B-Bank könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 75.000 Euro gem. § 765 I BGB aus dem Bürgschaftsvertrag haben.

#### **I. Anspruch entstanden**

1. Zwischen der B-Bank und M müsste ein Bürgschaftsvertrag gem. § 765 I BGB bestehen. Die B-Bank und M haben sich im Laufe des Jahres 2002 darauf geeinigt, dass M für die Ansprüche der B-Bank aus dem Geschäftsverhältnis mit der E-GmbH bis zu einem Höchstbetrag von 75.000 Euro bürgen soll.

2. Der Vertrag zwischen M und der B-Bank müsste auch wirksam sein, d.h. ihm dürften keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstehen.

a) Der Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags könnte die Einwendung des § 138 II BGB entgegenstehen. Danach ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung einer Zwangslage, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen, nichtig. Voraussetzung ist demnach ein Leistungsaustausch unter den Parteien. Bei der Bürgschaft handelt es sich jedoch lediglich um ein einseitiges Verpflichtungsgeschäft des Bürgen, vgl. § 765 I BGB. Ein Leistungsaustausch gerade zwischen den Vertragsparteien ist somit nicht gegeben. Eine Nichtigkeit nach § 138 II BGB kommt damit nicht in Betracht.

b) Möglicherweise ist das Rechtsgeschäft aber gem. § 138 I BGB nichtig. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Regelmäßig wird dafür neben einem objektiven (Missverhältnis) auch ein subjektives (verwerfliche Gesinnung) Moment verlangt. Das Missverhältnis indiziert dabei nur in krassen Fällen schon die verwerfliche Gesinnung. Bei Bürgschaften von Angehörigen hat die Rechtsprechung zur Auslegung des unbestimmten, in höchstem Maß ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffs der Sittenwidrigkeit eigene Kriterien aufgestellt. Nach diesen soll sich die Sittenwidrigkeit im Einzelfall bestimmen lassen. Sittenwidrig sind Bürgschaften von Angehörigen vor allem dann, wenn zur finanziellen Überforderung eine emotionale Verbundenheit zwischen Schuldner und Bürge besteht und der Gläubiger, regelmäßig ein Kreditinstitut, diesen Umstand ausnutzt. Bei einer krassen Überforderung besteht eine widerlegliche Vermutung für die Ausnutzung der emotionalen Verbundenheit durch den Gläubiger. Der Inhaber der E-GmbH hat eine enge persönliche Bindung zu M als Mutter, für die die Bürgschaftsübernahme auch keinen persönlichen Vorteil mit sich brachte. Dies war der B-Bank bekannt.

aa) Zu klären ist also zuerst, ob eine krasse Überforderung der M vorliegt. M bezog zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar nur ein Renteneinkommen von 750 Euro monatlich. Ihr Miteigentumsanteil in Höhe von 75 % an einem 100.000 Euro wertvollen Hausgrundstück deckte die Bürgschaft jedoch völlig ab. Entscheidend ist vorliegend also, ob der Einsatz des letzten vorhandenen Vermögensguts zur Sicherung von Verbindlichkeiten eines nahen Angehörigen schon ohne weiteres sittlich verwerflich ist. Die Unannehmlichkeiten die aus einer Verwertung des bisherigen Eigenheims entstehen, sind sicherlich nicht unerheblich. Andererseits ist es nicht der Sinn und Zweck von § 138 I BGB, das Eigenheim eines Bürgen und demnach mietfreies Wohnen dauerhaft zu sichern. Ein Großteil der deutschen Bevölkerung wohnt schließlich zur Miete. Somit ist eine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen ausgeschlossen.

bb) Die Bürgschaft, die den Bürgen finanziell nicht krass überfordert, könnte aber auch allein wegen besonders erschwerender und dem Kreditinstitut zurechenbarer Umstände sittenwidrig sein. Hier stellt die Rechtsprechung weniger auf das Missverhältnis als auf die verwerfliche Gesinnung ab. Folgt man diesem Ansatz, könnte sich möglicherweise bereits in der Entgegennahme der Bürgschaft eine besonders verwerfliche Gesinnung zeigen. Auch für die Rechtsprechung bedarf es jedoch in diesem Zusammenhang zusätzlicher Anhaltspunkte, die die Vermutung rechtfertigen, dass eine emotionale Zwangslage des Bürgen in rechtlich und sittlich verwerflicher Weise ausgenutzt worden ist. Das Alter der M ist insoweit zweischneidig. Gegenüber einer besonders im Alter stärker hervortretenden emotionalen Bindung an die Kinder überwiegt wohl eher das Argument, dass die B-Bank schon auf Grund des Lebensalters der M davon ausgehen durfte, dass ihr das Risiko einer Bürgschaft hinreichend bekannt ist. Auch die mögliche Vermutung, dass M die Bürgschaft aus finanzieller Sorge um ihren Sohn abgegeben hat, genügt den Anforderungen allein nicht. In der Entgegennahme der Bürgschaft ist somit kein besonders erschwerender, dem Kreditinstitut zurechenbarer Umstand zu finden.

cc) Eine Sittenwidrigkeit könnte allerdings gegeben sein, wenn die B-Bank der M die schwierige finanzielle Lage der E-GmbH verschwiegen hätte oder dass die Bürgschaft von vornherein sinnlos war, weil die wirtschaftliche Lage als hoffnungslos zu beurteilen ist. Die B-Bank hat M jedoch einerseits ausdrücklich auf die schwierige finanzielle Situation der E-GmbH hingewiesen, und andererseits kann die wirtschaftliche Lage aus Sicht der B-Bank wohl auch nicht als hoffnungslos beurteilt werden. Auch hieraus ergibt sich somit keine Sittenwidrigkeit.

c) Der Bürgschaftsvertrag könnte schließlich wegen der Unwirksamkeit der vorformulierten Bürgschaftsbedingungen unwirksam sein. Das von der B-Bank vorgefertigte Formular enthielt unter anderem einen Ausschluss der Rechte aus §§ 771, 776 BGB. Die Wirksamkeit vorformulierter Vertragsbedingungen ist an den §§ 305 ff. BGB zu prüfen. Grundsätzlich bleibt der Vertrag jedoch gem. § 306 I BGB für den Fall, dass einzelne Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil werden, im Übrigen wirksam. Die Verwendung einzelner unangemessener, vorgefertigter Klauseln kann nur dann zur Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrags gem. § 138 I BGB führen, wenn er aus sittlich verwerflicher Gesinnung so abgefasst wurde, dass nur der eine Teil seine Rechte durchsetzt, während wesentliche, berechnete Belange des anderen Teils missachtet werden. Bei den in Rede stehenden formularmäßigen Vertragsinhalten handelt es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen (schon allein wegen § 310 III Nr. 1-3 BGB). Eine Unwirksamkeit der Bürgschaftsbedingungen gem. §§ 309, 308 BGB ist nicht ersichtlich. Es könnte allenfalls eine Unwirksamkeit gem. § 307 BGB gegeben sein. Danach sind Allgemeine

Geschäftsbedingungen, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, unwirksam. Gem. § 307 II Nr. 1 BGB ist eine solche Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinen ist. Unabhängig davon ob es sich schon dem Anschein nach um eine selbstschuldnerische Bürgschaft handelt und der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) damit dem Wesen der selbstschuldnerischen Bürgschaft entspricht, ist auch ein Ausschluss von § 771 per AGB möglich. Ein Verstoß gegen § 307 BGB kommt diesbezüglich nicht in Betracht. Hingegen ist aus der o.g. Perspektive ein formularmäßiger Verzicht auf die Rechte aus § 776 BGB unwirksam. Es greift für die konkrete Klausel die Rechtsfolge des § 306 II BGB, der sie durch die gesetzliche Regelung ersetzt. Die Unwirksamkeit der einen Klausel allein kann die Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrags gem. § 138 BGB nicht erfüllen. Der Bürgschaftsvertrag ist somit nicht wegen der Unwirksamkeit der vorformulierten Bürgschaftsbedingungen gem. § 138 I BGB insgesamt nichtig.

Der Bürgschaftsvertrag ist nicht gem. § 138 I, II BGB nichtig und dementsprechend wirksam.

II. Der Anspruch ist nach Anspruchsentstehung auch nicht untergegangen.

III. Möglicherweise könnte die M einer Inanspruchnahme durch die B-Bank aus dem Bürgschaftsvertrag die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB entgegenhalten. Diese Einrede ist aber vertraglich ausgeschlossen worden (s.o.).

Endergebnis:

Der B-Bank hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 75.000 Euro gem. § 765 BGB .