

Methodik ZR

Examensklausur

Wiss. Mit. Bettina Rentsch

»Das Haus am See«

DOI 10.1515/jura-2014-0099

SACHVERHALT

Der 65-jährige Anton (A) ist frisch pensionierter Deutschlehrer. Er lebt in Berlin mit seiner Lebensgefährtin Brunhilde (B) zusammen. Anfang 2013 beschließt das Paar, der Großstadt den Rücken zu kehren. Im beschaulichen Schmöckwitz (Grenze Berlin-Brandenburg), wo C ein Seegrundstück mit Wohnhaus und Bootsanlegestelle zum Verkauf anbietet, werden sie fündig. Der »Spottpreis« von 60.000€ sowie die Aussicht auf einen ruhigen Lebensabend veranlasst das Paar zum Kauf. A überlässt aus Bequemlichkeit seiner Partnerin das Geschäftliche. B unterzeichnet daher am 15. 4. 2013 den notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag, und wird am 15. 5. 2013 als Alleineigentümerin ins Grundbuch eingetragen. Im Innenverhältnis wollen A und B den Kaufpreis hälftig tragen. Da beide aber ihr derzeitiges Vermögen langfristig angelegt haben, bittet die B ihre Schwester Dagoberta (D), ihr das Geld für das Haus kurzfristig zu »leihen«. D erklärt sich nach kurzem Überlegen zur zinsfreien Bereitstellung der Geldsumme bereit, fordert aber eine Sicherheitsleistung, »(...) wie es im Gesetz geschrieben steht«. A stellt sich daraufhin als Bürge bereit. Da er mit D eine Leidenschaft für Schiller-Balladen teilt, übergibt er ihr ein handschriftlich abgefasstes und unterschriebenes Schreiben mit dem Inhalt

»Ich sei, gewährt mir die Bitte,/In eurem Bunde der Dritte!«

Liebe Dagoberta, ich bin nicht Dionys, nicht Damon, aber verbürge mich hiermit im gesetzlich vorgesehen Umfang für das Geld, das du B geliehen hast.

Bettina Rentsch: Die Autorin ist Doktorandin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, und absolviert derzeit einen Forschungsaufenthalt an der UC Berkeley School of Law.

Teil 1

Angekommen im neuen Eigenheim möchte sich A seinen Traum von einem eigenen Hausboot erfüllen. Beim Internet-Auktionshaus eBay.de wird er schnell auf das Angebot des Z – ebenfalls Pensionär – aufmerksam. Z ist Eigentümer einer Wohnung in Berlin-Köpenick, die er seit 40 Jahren bewohnt und auch als Erstwohnsitz polizeilich gemeldet hat. Das Verkaufsobjekt hat er aber in einem Bootschuppen am Neusiedler See (Österreich) gelagert, wo er die Sommermonate verbringt. Beim Boot handelt es sich laut Angebotsbeschreibung um »ein Liebhaberobjekt mit der einen oder anderen Schramme.« Die See- und Wassertauglichkeit sichert Z aber ausdrücklich zu. Ferner findet sich der Passus: »Lieferung: Das Boot kann auf Anfrage und ohne Aufpreis innerhalb Österreichs und nach Deutschland geliefert werden. Da es sich um ein gebrauchtes Boot handelt, verkaufe ich es ohne jegliche Gewährleistung.« Da das Boot auch auf dem beigelegten Bild einen guten Eindruck macht, sieht A von einer Besichtigung ab und ersteigert es am 15. 6. 2013 für 1000€. Er macht außerdem von der Lieferoption Gebrauch, woraufhin Z das Boot ohne Aufpreis selbst nach Schmöckwitz bringt. Als A das Boot am 21. 6. 2013 erstmals in Betrieb nehmen will, stellt er jedoch starken Schimmelbefall am Bootsrumf fest, der auch Z verborgen geblieben ist. B, die sich auch dieses Mal auf Bitten des A hin um das Geschäftliche kümmert, ruft noch am selben Tag bei Z an: Angesichts der gutachterlich vorveranschlagten hohen Nachbesserungskosten (circa 15.000€) lohne sich eine Reparatur nicht mehr; im Namen des A trete sie daher vom Vertrag zurück. Z verweist auf den Gewährleistungsausschluss, weswegen weder er zur Nachbesserung verpflichtet, noch A zum Rücktritt berechtigt sei.

A und B möchten weiterhin einen Kompromiss mit Z erreichen. In einem weiteren Anruf am 25. 6. 2013 bittet B den Z daher, sich die Mängel am Boot wenigstens anzusehen. Z entgegnet, er befinde sich gerade am Neusiedler See und sei nicht gewillt, nach Berlin zurückzuffliegen. B setzt A in Kenntnis, dieser schnallt das Boot auf seinen Bootsanhänger und macht sich gemeinsam mit B auf den Weg zu Z. Dieser nimmt das Boot am 1. 7. 2013 in Augenschein. Im Ergebnis pflichtet er A und B bei: Eine Reparatur des

Bootes lohne sich angesichts seines Zustands tatsächlich nicht. A entgegnet dem, Z könne ihm bei dieser Gelegenheit auch gleich die Anfahrts-, Rückfahrts- und Hotelkosten ersetzen, die ihm und B durch die Fahrt nach Österreich entstanden seien (Benzin: 500€, Hotel: 150€ pro Person). Z erwidert, für die Urlaubsreise der Käufer müsse er wohl kaum aufkommen. Auch den Kaufpreis wolle er unter diesen Umständen nicht zurückerstatten. A klagt daraufhin vor dem AG Treptow-Köpenick (in dessen Bezirk Schmöckwitz fällt) auf Rückzahlung des Kaufpreises und Zahlung der Transport- und Reisekosten. Mit Erfolg?

Teil 2

B versäumt es angesichts dieser Turbulenzen, der D vereinbarungsgemäß am 25. 6. 2013 die ausgelegte Geldsumme zurückzuzahlen. D wendet sich daraufhin ohne weiteres Zögern an A. Der meint aber, nur nachrangig zu B für die Darlehensforderungen aufkommen zu müssen. D möchte diesen Einwand nicht gelten lassen; schließlich handle es sich bei der Bürgschaft des A um eine Sicherheitsleistung. Zu Recht?

Teil 3

Zermürbt durch die Streitigkeiten mit D und Z stirbt A am 15. 8. 2013 an einem Herzinfarkt. Ein Testament hinterlässt er nicht. Am 23. 8. 2013 erreicht die B ein Brief der Tochter (T) des A. T versteht sich als Erbin und verlangt von B Wertersatz für »ihren« Anteil am Haus. Zwar habe A »formal« kein Eigentum an Haus und Grundstück erworben; seine Investition, von der er nun durch seinen plötzlichen Tod nicht mehr habe profitieren können, gebühre aber seinen Erben. Besteht ein Anspruch der T?

LÖSUNGSVORSCHLAG

Teil 1 – Erfolgsaussichten der Klage des A vor dem AG Treptow-Köpenick

Damit die Klage des A Aussicht auf Erfolg hat, muss sie zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit der Klage des A vor dem AG Treptow-Köpenick

Das AG Treptow-Köpenick muss international, örtlich und sachlich zuständig sein.

I. Internationale Zuständigkeit (Art. 2 I EuGVVO): Wohnsitz des Z in Berlin?

Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich nach der *in casu* sachlich (Art. 1 I, II), räumlich (Art. 1 III EuGVVO) und zeitlich (Art. 76 EuGVVO) anwendbaren EuGVVO¹.

Nach dem allgemeinen Gerichtsstand, Art. 2 I EuGVVO, ist der Wohnsitz des Beklagten, hier Z, maßgeblich. Art. 59 I EuGVVO verweist zu dessen Ermittlung auf die *lex fori*, enthält also anstatt einer autonomen Definition eine Kollisionsregel. Gemäß § 7 I des hier zur Anwendung berufenen BGB erfordert die Wohnsitzbegründung eine ständige Niederlassung, getragen von einem entsprechenden Wohnsitzwillen. Der polizeiliche Erstwohnsitz des Z in Berlin hat dabei lediglich Indizwirkung². Viel bedeutsamer ist, dass Z vor Begründung seiner Sommerresidenz in Österreich dort erkennbar seinen ausschließlichen Wohnsitz hatte. Fraglich ist also nur, ob Z diesen erkennbar aufgegeben (§ 7 III BGB) und einen neuen Wohnsitz in Österreich (§ 7 I BGB) begründet hat. Eine polizeiliche Abmeldung in Berlin, die wieder lediglich als Indiz für einen Aufgabewillen berücksichtigt werden kann, ist jedenfalls nicht erfolgt. Auch die regelmäßige Rückkehr des Z nach Berlin spricht gegen eine Wohnsitzaufgabe. Denkbar ist aber ein doppelter Wohnsitz der Z in Deutschland und Österreich, § 7 II BGB. Da dieser ebenfalls zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte führt,³ kann die Frage hier offen bleiben.

II. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des AG Treptow-Köpenick folgt aus § 13 ZPO. Infolge einer Streitwertaddierung (Kaufpreis 1000€ + Benzin 500€ + Übernachtungskosten 2 x 150 = 300€), § 5 ZPO, sind die Amtsgerichte gem. §§ 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich zuständig. Auch die sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage ist zulässig.

¹ Zum Anwendungsbereich der EuGVVO *Renna*, JURA 2009, 119, 120.

² BGH NJW-RR 1990, 506; BVerwGE 28,193, 196; Beck-OK/Bamberger, 29. Ed. 2013, § 7 BGB Rn. 17.

³ MüKoZPO/Gottwald, 4. Aufl. 2013, Art. 59 EuGVVO, Rn. 6; Kropholler/von Hein, IZPR, 9. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 2; Art. 2 I EuGVO erklärt dann mehrere Gerichte im Unionsgebiet für zuständig. Auch der nach dieser Lösung nicht entscheidungsrelevante besondere Gerichtsstand des Art. 5 I lit. b) EuGVVO stützt hier die internationale Zuständigkeit des AG Treptow-Köpenick.

B. Begründetheit der Klage

I. Bezüglich der Kaufpreisrückzahlung in Höhe von 1000 €

Die Klage ist begründet, wenn A gem. §§ 346 I, 437 Nr. 2, 439, 440, 348 BGB einen Rückzahlungsanspruch gegen Z hat.

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts, Art. 4 Rom I-VO

Hierzu müssen die Art. 3f. Rom I-VO⁴ deutsches Recht zur Anwendung berufen. Für eine Rechtswahl, Art. 3 Rom I-VO, fehlt es an Indizien. Gem. Art. 4 I lit. a) Rom I-VO bestimmt daher der gewöhnliche Aufenthalt des Z das anwendbare Recht⁵. Dieser Begriff ist tatsachenorientiert zu verstehen und unionsrechtsautonom auszulegen⁶. Er stellt die soziale Integration des Einzelnen in einem Mitgliedstaat in den Vordergrund. Mit dem Wohnsitz ist der gewöhnliche Aufenthalt regelmäßig, keineswegs aber stets, identisch. Der EuGH hat sich einer einheitlichen Definition bisher enthalten, aber einen sich ständig erweiternden Indizienkatalog entwickelt⁷. Ein doppelter gewöhnlicher Aufenthalt, vergleichbar dem doppelten Wohnsitz, wird überwiegend abgelehnt⁸. Vorliegend spricht aber einiges dafür, dass die sozialen und tatsächlichen Bindungen des Z zum Recht der Bundesrepublik nach wie vor stärker sind als die zum österreichischen Recht. Deutsches Recht kommt daher zur Anwendung.

⁴ Die Rom I-VO ist räumlich und zeitlich (Art. 2, 28 Rom I-VO) anwendbar. Auch der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet, da das Verlangen des A auf Rückzahlung vertragsrechtlich zu qualifizieren ist. Dazu *Schmidt*, *JURA* 2011, 117. Allgemein zur Qualifikation und zum Umgang mit verweisungsrechtlichen Normen *Sendmeyer*, *JURA* 2011, 588, 589.

⁵ Die Rom-Verordnungen enthalten ausschließlich das IPR der berufenen Rechtsordnung aussparende Sachnormverweisungen, vgl. hier Art. 20 Rom I-VO. Zum Unterschied zwischen Gesamt- und Sachnormverweisungen *Sendmeyer*, *JURA* 2011, 588, 589.

⁶ EuGH, Slg 2009, I-2805–2856, IPRax 2011, 76–81.

⁷ EuGH, Slg 2010, I-14309–14384, IPRax 2012, 340–345, 1. Leitsatz.

⁸ Anders als das IZPR muss das IPR nämlich eindeutige Verweisungsergebnisse produzieren und darf sich nicht mit Alternativlösungen zufriedengeben, wie sie beim Wohnsitz unproblematisch möglich sind. Zum Problem *Schulze*, IPRax 2012, 526, 528; *Mankowski*, FS Helldrich 2005, 867, 872.

2. Wirksamer Kaufvertrag zwischen A und Z, §§ 433, 145, 147 BGB

Das Einstellen des Angebots bei eBay.de durch Z müsste die Voraussetzungen eines Angebots erfüllen (§ 145 BGB). Da die Gefahr einer haftungsbegründenden Mehrfachannahme bei Einzelauktionen wie der vorliegenden nicht gegeben ist, besteht kein Bedürfnis, dem Verhalten des Z den Rechtsbindungswillen abzusprechen und das Auktionsangebot lediglich als *invitatio ad offerendum* einzustufen⁹. Dass die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Angebots noch nicht feststehen, ändert an der Wirksamkeit des Angebots nichts (*offerta ad incertas personas*). Mit Abgabe des Höchstgebots (§ 147 BGB) durch A haben A und Z also einen wirksamen Kaufvertrag über das Boot geschlossen¹⁰.

3. Sachmangel, § 434 I BGB

Fraglich ist aber, ob im Schimmelbefall ein Sachmangel, also ein Abweichen der Ist- von der Sollbeschaffenheit, erkannt werden kann. Die Schimmelfreiheit selbst ist nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung. Anders steht es um die fehlende Wassertüchtigkeit des Bootes infolge des Schimmelbefalls, die Z ausdrücklich zusichert. Auch die laut Angebot möglichen »gemütlichen Hausbooturlaube« mit dem Boot erwecken bei A die – gem. § 157 BGB berechnete – Erwartung, das Boot zu Wasser benutzen zu können.

Bei der als gegeben zugesicherten Wassertüchtigkeit handelt es sich außerdem um einen zentralen Bestandteil des Vertragsangebots des Z. Insofern erscheint es angebracht, die nutzungsbezogene Parteivereinbarung nicht lediglich als Vertragszweckbestimmung (§ 434 I 2 Nr. 1), sondern konkludente Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 11 BGB) einzuordnen¹¹.

Obwohl A das Boot nicht besichtigt hat, scheidet die Geltendmachung von Mängelrechten nicht an § 442 I BGB: Zur Besichtigung ist der Käufer außerhalb des Kfz-Handels grundsätzlich nicht verpflichtet;¹² bei Fahrzeugen ist eine solche zwar üblich,¹³ im Fernabsatzhandel aber untypisch.

⁹ Zum Vertragsschluss bei Online-Auktionen *Petersen*, *JURA* 2009, 183, 185; *Gooren*, *JURA* 2012, 987, 988.

¹⁰ eBay-Auktionen sind keine Versteigerungen i.S.d. § 156 BGB, BGH NJW 2002, 363, 364.

¹¹ BGH NJW 2013, 1074, 1075, Rn. 16.

¹² BeckOK/*Faust*, 28. Ed. 2011, § 442 BGB Rn. 20, insb. 21.

¹³ BeckOK/*Faust*, § 442 BGB Rn. 20.

4. Entgegenstehender Gewährleistungsausschluss

Allerdings könnte die Geltendmachung der Mängelrechte aus § 437 BGB durch A am Gewährleistungsausschluss des Z scheitern. Fraglich ist aber, ob dieser auch wirksam vereinbart wurde.

Grundsätzlich ist dies zu bejahen: Der Ausschluss ist Teil des von Z abgegebenen Vertragsangebots und wurde von A vorbehaltlos angenommen (§§ 145, 147 BGB). Allgemeine Unwirksamkeitsgründe – § 475 I 1 BGB, § 309 Nr. 8 b) aa) BGB und § 276 BGB – führen infolge einer in solchen Fällen angezeigten, wohlwollenden Auslegung des Gewährleistungsausschlusses nicht zur Unwirksamkeit¹⁴.

Anders steht es um § 444 Alt. 2 BGB. Die Vorschrift lässt sich als Auslegungsregel auf den allgemeinen Grundsatz des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) zurückführen¹⁵. Kollidieren danach Beschaffenheitsvereinbarungen mit einem Haftungsausschluss, so erstreckt sich dieser im Zweifel nicht auf die vereinbarte Beschaffenheit¹⁶. Eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung über die Wassertauglichkeit des Bootes liegt, wie festgestellt wurde, vor. Der Haftungsausschluss ist also unwirksam. Ein Nacherfüllungsanspruch besteht.

5. Wirksame Fristsetzung §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB

A müsste außerdem eine wirksame Rücktrittserklärung abgegeben und eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben.

a. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Der Rücktritt könnte am 21. 6. 2013 oder am 1. 7. 2013 erklärt worden sein. Problematisch ist aber, dass nicht A, sondern B tätig wurde und ihr Verhalten auch nicht analog § 1357 I 1 BGB für und gegen A wirkt: eine erweiternde Anwendung der Vorschrift auf nicht-eheliche Lebensgemeinschaften verbietet sich aufgrund deren Ausnahmeharaktens¹⁷. Gegeben sind allerdings die Voraussetzungen

einer wirksamen Stellvertretung (§ 164 I, III BGB), die auch die Abgabe von Gestaltungs erklärungen umfasst.

b. Wirksame Fristsetzung, § 437 Nr. 2, 323 I BGB oder Entbehrlichkeit

Der Rücktrittserklärung muss eine Fristsetzung vorangehen. Diese könnte sowohl durch die Anrufe der B am 21. 6. 2013 und am 25. 6. 2013, als auch konkludent durch die Fahrt zu Z und das Bereitstellen des Bootes am 1. 7. 2013 erfolgt sein.

aa. Bezogen auf das Rücktrittsverlangen am 21. 6. 2013

Beim Rücktrittsverlangen vom 21. 6. 2013 fehlt es an einer Fristsetzung. Möglich ist aber, dass in diesem Fall der Rücktritt auch ohne Fristsetzung wirksam ist.

Zunächst könnte man die Weigerung des Z als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung, § 323 II Nr. 1 BGB, verstehen. An diese sind aber bereits dem Wortlaut der Vorschrift nach strenge Anforderungen zu stellen: Der Verkäufer muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, die Nacherfüllung nicht vornehmen zu wollen, obwohl er dazu verpflichtet ist. Z verweist demgegenüber lediglich auf den Gewährleistungsausschluss, und bestreitet so nicht die Nacherfüllungspflicht, sondern den Nacherfüllungsgrund¹⁸. Qualitativ steht diese Aussage dem bloßen Bestreiten eines Mangels gleich.

Weiterhin könnte die Fristsetzung angesichts der qualitativen Unmöglichkeit der Nacherfüllung entbehrlich sein, §§ 326 V, 275 II BGB. Ein grobes Missverhältnis zwischen dem Leistungsinteresse des Gläubigers und dem (wirtschaftlichen) Leistungsaufwand des Schuldners, § 275 II BGB, liegt hier vor: Das Leistungsinteresse des Z ist mit dem Kaufpreis identisch und beträgt 1000 €, während die Reparaturkosten bei 15.000 € liegen. Jedoch hat Z keine Unverhältnismäßigkeitseinrede erhoben: Im Gegenteil verweist nur B auf die fehlende Rentabilität der Reparatur. Auch die gegenüber § 275 II BGB speziellere Unverhältnismäßigkeitseinrede des § 439 III 1, 3 BGB¹⁹ kann so un-

¹⁴ Bei einschränkender Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ist davon auszugehen, dass die Haftung für Vorsatz vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasst ist, BGH NJW 2013, 1074, 1075, Rn. 16; BGH NJW 2003, 1316.

¹⁵ MüKoBGB/Westermann, 6. Aufl. 2012, § 444 Rn. 14.

¹⁶ Beck-OK BGB/Faust, § 444 Rn. 21; BGH NJW 2013, 1074, 1076, Rn. 19.

¹⁷ Jauernig/Berger/Mansel, 14. Aufl. 2011, § 1357 BGB Rn. 2. Zu § 1357 BGB Coester-Waltjen, JURA 2011, 341, 343.

¹⁸ MüKoBGB/Ernst, § 323 BGB Rn. 100.

¹⁹ Die Frage einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion des § 439 III 1 BGB auf Grundlage des Art. 4 III EUV (*effet utile*) mit dem Ergebnis, dass die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit sich in einem Verweis auf angemessene Kostenbeteiligung erschöpft, stellt sich daher nicht. Diese Frage beantwortet EuGH NJW 2011, 2269, umgesetzt durch BGH NJW 2012, 1073 zugunsten des Käufers. Dazu Sanders, JURA 2013, 608, 610f.; Lippstreu/Rachlitz, JURA 2012, 304; Klees, JURA 2010, 207. Zur EuGH-Entscheidung Stöbener/Stöbener/Wendel, JURA 2012, 762, 769. Ebenso wenig muss die bislang noch ungeklärte Frage entschieden werden, ob der *acquis communautaire*

geachtet ihres tatbestandlichen Vorliegens, nicht berücksichtigt werden. Die Fristsetzung ist also nicht entbehrlich und das Rücktrittsverlangen vom 21. 6. 2013 daher unwirksam.

bb. Bezogen auf das Rücktrittsverlangen am 1. 7. 2013

Eine wirksame Fristsetzung könnte aber bezogen auf das zweite Rücktrittsverlangen erfolgt sein. Ausschlaggebend dafür sind die Äußerungen der Vertragsparteien (A und Z), sowie der B als Stellvertreterin des A, §§ 133, 157, 166 I BGB.

Das Nacherfüllungsverlangen der B durch Anruf bei Z am 25. 6. 2013 weist den Erklärungsgehalt einer Fristsetzung auf. Fraglich ist aber, ob diese Erklärung auch wirksam ist²⁰. Der Käufer muss nämlich vorher oder gleichzeitig seine Bereitstellungsobliegenheit erfüllt haben, also dem Käufer die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt haben²¹. Hier hat A, vertreten durch B, den Z zwar telefonisch zur Besichtigung des Bootes aufgefordert, das Boot aber erst anschließend nach Österreich gebracht. Auch zum Zeitpunkt des Anrufs wurde aber ein wirksames Nacherfüllungsverlangen ausgesprochen, wenn der Erfüllungsort der Bereitstellungsobliegenheit, das heißt der Erfüllungsort der Nacherfüllung, am Wohnsitz des A in Berlin liegt.

Den Nacherfüllungsort gilt es vom ursprünglichen Leistungsort selbstständig zu ermitteln. Maßgeblich ist insoweit die allgemeine Bestimmung des § 269 I BGB²². § 269 I BGB stellt vorrangig auf die Parteivereinbarung ab. Subsidiär sind die Natur des Schuldverhältnisses und der Wohnsitz des Leistenden zu berücksichtigen²³.

Eine konkludente Erfüllungsortvereinbarung aus der Lieferoption im Auktionsangebot des Z lässt sich nur mit erhöhtem Begründungsaufwand vertreten, da der Lieferort

des genannten Judikats auf Privatkäufe zu erstrecken ist, oder, wie BGH NJW 2013, 220 nahelegt, eine gespaltete Auslegung der Vorschrift geboten ist. Hierzu ebenfalls Sanders, JURA 2013, 608, 612; allgemein Leenen, JURA 2012, 753.

²⁰ BGH NJW 2013, 1074, 1076, Rn. 23f.

²¹ BGH NJW 2013, 1074, 1076, Rn. 24.

²² Anders als in früheren Entscheidungen hat der BGH diese Frage 2011 verbindlich entschieden (BGH NJW 2011, 2278ff., Rn. 29ff.) und so Alternativlösungen – dem Erfüllungsort am Belegenheitsort der Kaufsache (OLG München, NJW 2006, 449, 450) und dem vorher geforderten Gleichlauf von Primäranspruch (§ 433 I 1, 2 BGB) und Nacherfüllungsanspruch (OLG München NJW 2007, 3214 f; *Unberath/Cziupka*, JZ 2008, 867ff.) eine Absage erteilt, vgl. auch *Stöbener/Stöbener/Wendel*, JURA 2012, 762, 769f. Zum Erfüllungsort allgemein *Coester-Waltjen*, JURA 2011, 821.

²³ BGH NJW 2011, 2278, 2. Leitsatz.

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbestimmt war und die Parteien sich erst nach der Ersteigerung über die weitere Vertragsabwicklung einigen. Auch ein Abstellen auf den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort der Kaufsache, also auf die Natur des Schuldverhältnisses, liefert kein klares Ergebnis: Unklar ist nämlich, ob der Transport des Bootes von Österreich nach Berlin den Belegenheitsort erfüllungsortrelevant verändert, oder ob die ursprüngliche Belegenheit in Österreich weiterhin relevant bleibt. Erwähnung verdient andererseits die Tatsache, dass A den Standort des Bootes nicht eigenmächtig verlegt hat²⁴. Außerdem signalisiert die kostenlose Transportoption jedenfalls die Bereitschaft des Z, Berlin, wie jeden anderen Ort in Deutschland und Österreich, als Leistungsort in das vertragliche Pflichtenprogramm einzubeziehen. Gestützt wird dieses Indiz durch den gemeinsamen Wohnsitz der Parteien in Berlin. Den Ausschlag gibt schließlich die Zweifelsregelung des § 269 I BGB, wonach der Erfüllungsort am Wohnsitz des Z im Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses liegt. Hier hat Z seinen Wohnsitz jedenfalls auch in Berlin. Die Nacherfüllungsfrist wurde daher wirksam gesetzt.

cc. Spätere Einigung über Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

Fraglich ist schließlich, ob die der Inaugenscheinnahme nachfolgende Einigung zwischen A und Z über die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung und der diesbezüglich erfolgte »Rückzieher« des Z noch praktische Wirkungen entfalten. Grundsätzlich ist solch eine Einigung über Tatbestandsvoraussetzungen möglich, zumal es sich bei den §§ 439 III, 275 II BGB um dispositives Gesetzesrecht handelt. Vor dem Hintergrund, dass bereits vorher eine wirksame Fristsetzung durch A erfolgte, deren Verstreichen ihn zum Rücktritt berechtigt, kommt es darauf aber nicht mehr an.

c. Keine Unerheblichkeit des Mangels, § 323 V BGB

Der Rücktritt scheitert schließlich auch nicht an der Unerheblichkeit des Mangels (§ 323 V 2 BGB), weil der Nacherfüllungsaufwand von 15.000€ den Kaufpreis um ein Wesentliches übersteigt.

Zwischenergebnis: Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises besteht.

²⁴ In der Ausgangsentscheidung hatten die Kläger das Hausboot auf die Insel Usedom verbracht, um es dort zwischenzulagern, BGH NJW 2013, 1074, 1076, Rn. 24.

II. Bezüglich der Erstattung der Überführungs- und Übernachtungskosten i. H. v. 800 €

1. Erstattungsanspruch gemäß § 326 II 1, IV BGB, §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB, § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Selbstvornahme)

Da A das Boot nach Österreich gebracht hat, kann Z nicht mehr nach Berlin reisen und das Boot dort in Augenschein nehmen. Dazu wäre er aber verpflichtet gewesen. Die Nacherfüllung wird so wegen Zweckerreichung teilweise unmöglich §§ 326 I Hs. 2, 275 I BGB²⁵. Hierfür ist A, der das Boot mehr oder weniger unaufgefordert nach Österreich bringt, auch weit überwiegend verantwortlich, § 326 II 1 Alt. 1 BGB.

Würde man auf Grundlage der genannten Vorschrift dem A einen Aufwendungsersatzanspruch einräumen, käme dies einem Selbstvornahmerecht des Käufers gleich²⁶. Eine solche Befugnis tritt aber nicht nur neben die insoweit als abschließend zu verstehenden kaufrechtlichen Anspruchsgrundlagen zur Kostenerstattung, sondern konterkariert so auch das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung²⁷. Da die kaufrechtliche Mängelgewährleistung abschließende Sonderregeln zu den Rechten des Käufers enthält, ist § 326 II 1, IV BGB also nicht anwendbar.

Das selbe gilt für die inhaltsgleichen Ansprüche aus berechtigter GoA, §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB und aus Aufwendungskondiktion, § 812 I 1 Alt. 2 BGB.

2. Erstattungsanspruch gemäß § 439 II BGB

a. Unanwendbarkeit der Vorschrift *in casu*

Damit die Reisekosten auf Grundlage von § 439 II BGB ersetzt werden können, muss es sich bei dieser Vorschrift nicht nur um eine bloße Kostenzuweisungsnorm,²⁸ sondern um eine Anspruchsgrundlage handeln²⁹. Dafür spricht, dass aus § 439 II BGB eine Vorschusspflicht des Verkäufers hinsichtlich der Transportkosten an den Nacherfüllungsort abgeleitet wird,³⁰ die sonst innerhalb der

kaufrechtlichen Mängelgewährleistung nicht anspruchsbewährt wäre. Tatbestandlich werden von § 439 II BGB aber unabhängig von dieser Frage nur Fälle erfasst, in denen die Transportlast beim Käufer liegt und sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung daher am Wohnsitz des Verkäufers befindet. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall, vielmehr hat A das Boot »überpflichtig« in die Sommerresidenz des Z verbracht.

b. Analoge Erstreckung auf Fälle des irrtümlichen Transports

Der Regelungszweck des § 439 II BGB legt hier aber eine analoge Anwendung *a minore ad maius* nahe: Wenn der Käufer bereits die Kosten eines vertraglich geschuldeten Transportes ersetzt verlangen kann, dann sollte dies erst recht möglich sein, wenn der Verkäufer seiner Abholpflicht gar nicht erst nachgekommen ist. Die Rechtsprechung des BGH zur flexiblen Erfüllungsortbestimmung einerseits und zur Unwirksamkeit eines Nacherfüllungsverlangens am falschen Erfüllungsort andererseits bringt den Käufer nämlich in eine Zwickmühle:³¹ Einerseits läuft er Gefahr, ein unwirksames Nacherfüllungsverlangen auszusprechen. Andererseits geht er das Risiko eines überpflichtigen Transports ein, dessen Kosten er bei strikter Gesetzesanwendung selbst tragen muss³². Insbesondere für den Verbrauchsgüterkauf, aber auch für den reinen Privatkauf, erscheint dieses Ergebnis nicht nur ungerecht, sondern dürfte auch von Gesetzgeberseite nicht beabsichtigt gewesen sein³³. Daher sind, neben dem soeben dargelegten Regelungsbedürfnis, sowohl eine planwidrige Regelungslücke als auch die Vergleichbarkeit der Interessenlagen gegeben. Die Analogievoraussetzungen liegen vor.

c. Erforderlichkeit der Aufwendungen

Fraglich ist aber, ob § 439 II BGB auch tatbestandlich erfüllt ist. Zweifelhaft ist dies bezüglich der Erforderlichkeit der Hotelkosten in Höhe von 300 €³⁴. Jedenfalls die Übernachtung der B kann nicht gemäß § 439 II BGB erstattet werden; schließlich hat A die B auf die Fahrt mitgenommen, ohne dass hierfür ein konkreter Anlass bestanden hätte. Insoweit fehlt es also an der Erforderlichkeit. Aber auch die Übernachtungskosten des A stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Mangelbeseiti-

²⁵ MüKoBGB/Ernst, § 326 BGB Rn. 19 a).

²⁶ Dazu Traut, JURA 2013, 12ff.

²⁷ BGH NJW 2005, 1348, 1349; Schollmeyer/Uth, JURA 2009, 721.

²⁸ So Klinck, JURA 2006, 481ff.; Hellwege AcP 206 (2006), 136ff.; Beck-OK BGB/Faust, § 439 Rn. 21, allerdings unter der Prämisse, dass bereits die Nacherfüllungspflicht die Kostentragung einschließt und daher stets im Voraus ersetzt verlangt werden kann.

²⁹ Dafür Cziupka, NJW 2013, 1043f.

³⁰ BGH NJW 2011, 2278.

³¹ Cziupka, NJW 2013, 1043f.

³² Cziupka, NJW 2013, 1043f.

³³ Cziupka, NJW 2013, 1043f.

³⁴ Hierzu Schollmeyer/Uth, JURA 2009, 721, 730f.

gung. Vieles spricht daher dafür, dass A nur die Benzin-kosten in Höhe von 500 € ersetzt verlangen kann.

Ergebnis Teil 1: Die Klage ist zulässig und bezüglich der Kaufpreisrückzahlungsforderung vollständig, bezüglich der Kostenerstattung teilweise, nämlich in Höhe von 500 €, begründet.

Teil 2: Anspruch der D gegen A auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gem. §§ 488 I 2, 765, 767 I 3 BGB

I. Bürgschaftsvertrag zwischen D und A, §§ 765 I 1, 767 BGB

1. Abgrenzung vom Schuldbeitritt (§§ 414, 311 I BGB)

Zwar wird der zwischen A und D geschlossene Vertrag als Bürgschaft bezeichnet; entscheidend für die Vertragsqualifikation ist aber, in Anlehnung an den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*, der erkennbar gewollte Vertragsinhalt.

Ein Schuldbeitritt erfordert ein nachweislich gesteigertes Interesse des A am besicherten Geschäft³⁵. Hierfür spricht die hälftige Kaufpreistragung durch A und B. Anstatt einer lediglich subsidiären Haftung des Bürgen erscheint seine gesamtschuldnerische Einbeziehung in den Vertrag daher grundsätzlich plausibel. Andererseits lässt sich kein eindeutiges Interesse der D identifizieren, den A stärker als lediglich zu Sicherungszwecken heranzuziehen. Ein Schuldbeitritt würde im Ergebnis das gleiche Resultat erzeugen, wie es bei einer Vertragserweiterung auf A der Fall wäre. Dadurch würde seine sicherungsweise Heranziehung aber sogar obsolet. Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, dem Vertragswortlaut entsprechend eine Bürgschaft anzunehmen, als ihn in einen Schuldbeitritt umzudeuten.

2. Gültigkeit der Willenserklärung des A, §§ 118, 766 S. 1, 126 BGB

Die Erklärung des A ist schriftlich abgefasst und daher formgültig, § 766 BGB.

Dass A die Erklärung in Reimen formuliert hat, könnte für eine unwirksame Scherzerklärung sprechen. Jedoch handelt es sich bei § 118 BGB um eine restriktiv zu verstehende Ausnahme;³⁶ ferner enthält der Sachverhalt kei-

ne Indizien dahingehend, dass A sich nicht tatsächlich für die Verbindlichkeit der B verbürgen wollte, er also tatsächlich einen Mangel an Ernstlichkeit i. S. d. § 118 BGB erkennen lässt.

II. Wirksame Hauptverbindlichkeit

1. Rechtsbindungswille der Parteien, §§ 133, 157 BGB

Zwar besteht zwischen B und D ein familiäres Verwandtschaftsverhältnis, das gegen den Rechtsbindungswillen der Parteien spricht; sowohl die hohe Geldsumme als auch die Forderung der D nach einer Sicherheitsleistung legen aber die Vermutung nahe, dass die Rückforderung des Geldes anspruchsbewährt, und somit klagbar, sein soll.

2. Darlehensvertrag zwischen D und B, §§ 488 I BGB

Das zwischen D und B bestehende Vertragsverhältnis könnte das Gepräge einer Leihe (§§ 598 ff. BGB), eines Sachdarlehens (§ 607 BGB) oder eines Darlehens (§§ 488 ff. BGB) haben. Eine Leihe, §§ 598 ff. BGB, scheidet daran, dass die Rückgabepflicht sich exakt auf die hingeebene Sache bezieht und Geldscheine regelmäßig weitergegeben werden,³⁷ zumal hier unklar ist, ob das Geld in Scheinen oder per Überweisung in das Vermögen der B gelangte. Für das Sachdarlehen erklärt § 607 II BGB die Vorschriften für die Überlassung von Geld ausdrücklich für unanwendbar³⁸. Also muss es sich um ein Darlehen, §§ 488 ff. BGB, handeln. Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit muss die Zinspflicht des Darlehensnehmers (§ 488 I 2 BGB) als dispositiven Vorschrift verstanden werden,³⁹ die hier abbedungen wurde.

3. Fälligkeit der Rückgabepflicht, § 488 I 2, III, 270 I BGB

Für die Rückgabe wurde der 25. 6. 2013 und somit, abweichend von den Zweifelsregelungen des § 488 III BGB, eine feste Leistungszeit vereinbart.

³⁵ BGH WM 1962, 550.

³⁶ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 118 BGB Rn. 2.

³⁷ Palandt/*Weidenkaff*, 73. Aufl. 2014, § 598 BGB Rn. 4.

³⁸ Palandt/*Weidenkaff*, Einf. § 607 BGB Rn. 2. Bei Banküberweisungen hat Geld sowieso keine Sachqualität, da dann lediglich ein Auszahlungsanspruch gegen das Kreditinstitut übertragen wird.

³⁹ MüKoBGB/*Berger*, § 488 BGB Rn. 55.

III. Einrede der Vorausklage, § 771 S. 1 BGB

Allerdings könnte A seiner Inanspruchnahme durch D die Einrede der Vorausklage entgegenhalten. Das Vorbringen des A, D solle sich zunächst an B halten, hat den Wert einer Einrede. Allerdings könnte deren Geltendmachung gemäß § 239 II BGB ausgeschlossen sein. Danach ist der sicherungshalber bestellte Bürge zum Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verpflichtet. Bei Sicherungsbürgschaften⁴⁰ wird die Einrede der Vorausklage aber keineswegs als abbedungen fingiert. § 239 II BGB stellt also keine gesetzliche Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 771 BGB dar, wonach die Einrede der Vorausklage erhoben werden kann, sondern statuiert lediglich eine *Pflicht zur Abbedingung*.

Möglich ist es aber, angesichts des Vertragswortlauts gem. § 773 I Nr. 1 BGB eine konkludente Abbedingung der Einrede der Vorausklage anzunehmen. Hierfür spricht der Verweis des A auf den »gesetzlich vorgesehenen Umfang« der Haftung. Dieser Passus der Bürgschaftserklärung lässt sich als Verweis auf die gesetzlichen Leitbilder verstehen. Ein solches Leitbild gibt § 239 II BGB vor. Die Abbedingung der Einrede der Vorausklage genügt außerdem dem Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB⁴¹.

Ergebnis: T hat einen durchsetzbaren Bürgschaftsanspruch gegen A auf Rückzahlung der Darlehensvaluta.

Teil 3: Herausgabeansprüche der T gegen F

A. Anspruch der T auf Herausgabe des Anteils des A an Haus und Grundstück, § 2018 BGB

T ist gesetzliche Alleinerbin nach A, §§ 1922, 1923, 1924 I BGB. Damit es in die Erbmasse fällt, muss das Grundstück aber zum Nachlass gehören. Am 15. 5. 2013 wurde gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB i. V. m. §§ 13, 19, 21 GBO jedoch B ins Grundbuch eingetragen. Das Wohnhaus ist ein wesentli-

⁴⁰ Dem BGB fehlt eine Legaldefinition der Sicherheitsleistung in § 232 BGB; sie wird umschrieben als Schutzinstrument vor wirtschaftlicher Verschlechterung der eigenen Position, vgl. Beck-OK BGB/*Dennhardt*, § 232 BGB Rn.1.

⁴¹ Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage stellt eine Nebenabrede zum Nachteil des Bürgen dar und ist daher vom Schutzzweck des Formerfordernisses nach § 766 S. 1 BGB erfasst, vgl. BGH NJW 1968, 2332; BGH WM 1997, 1045; Palandt/*Sprau*, § 766 BGB Rn. 3; MüKoBGB/*Habersack*, § 766 BGB Rn. 13.

cher Bestandteil des Grundstücks, § 94 I 1 BGB, und somit ebenfalls in das Alleineigentum der B übergegangen. Eine Miteigentümerstellung des A (§ 1008 BGB) scheitert an den Eintragungserfordernissen der §§ 873 I, 925 I 1 BGB.

B. Ansprüche der T auf Wertersatz für den Kaufpreis am Haus und spätere Investitionen

I. Gemäß §§ 662, 667 Alt. 2, 1922 I BGB

Dazu müsste der Erwerb des Wohnhauses durch B im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit A erfolgt sein. Jedoch fehlt den Parteien erkennbar der dafür erforderliche Rechtsbindungswille, da A aus reiner Bequemlichkeit den Hauserwerb nicht vorantreibt.

II. Analog §§ 705, 727 I, 732, 1922 I BGB

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft müsste den Voraussetzungen an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts genügen, § 705 BGB⁴². Sowohl im Bereich der ehelichen, als auch in Bezug auf nichteheliche Lebensgemeinschaften fehlt es insoweit aber regelmäßig am Rechtsbindungswillen. Erwogen wurde zwar die Substitution der rechtlichen durch eine sogenannte »faktische« Willensübereinstimmung; diese analoge Erweiterung des GbR-Rechts wird aber in mittlerweile ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung abgelehnt⁴³.

III. Gemäß §§ 313 I, III, 1922 I BGB

1. Familienrechtlicher Kooperationsvertrag als Vertrag im Sinne des § 313 I BGB

Offen bleibt damit die Möglichkeit einer Rückabwicklung zugunsten der T über die Vorschriften zur Störung der Geschäftsgrundlage. Auch in diesem Bereich bedürfen Vermögenstransfers einer vertraglichen Grundlage, an der es vor dem gerade aufgezeigten Hintergrund fehlt. Abhilfe

⁴² BGHZ 177, 193, 203 = BGH NJW 2008, 3277, 3282, Rn. 27: »Dass nur das Vertrauen von Ehegatten in die lebenslange Dauer ihrer Verbindung rechtlich geschützt ist, vermag mit Blick auf die hohe Scheidungsquote eine unterschiedliche Behandlung nicht überzeugend zu begründen.« Hierzu *Kindler*, JURA 2010, 131, 134.

⁴³ BGH NJW 2008, 3277; kritisch *Kindler*, JURA 2010, 131, 134.

könnte die Annahme eines familienrechtlichen Kooperationsvertrags als Schuldverhältnis *sui generis* schaffen⁴⁴. Dieser zeichnet sich durch einen gesteigerten Grad sozialer Interaktion, verbunden mit dem Transfer bedeutender Vermögenswerte, gegenüber schlichten sozialen Kontakten aus. Auch solch ein (noch) der Sozialsphäre zuzuordnendes Rechtsverhältnis genügt dem Vertragsbegriff des § 313 I BGB, und zwar auch außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft⁴⁵.

2. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Mit dem Tod des A hat die Lebensgemeinschaft zwischen ihm und B – und somit auch der familienrechtliche Kooperationsvertrag – aber kein unerwartetes, sondern ein natürliches Ende gefunden⁴⁶. Ein Anspruch auf Vertragsabwicklung scheidet somit aus.

IV. Gemäß § 812 I 2 Alt. 2, 1922 I BGB (*condictio ob rem*)

1. Leistung im Rahmen einer Zweckabrede, § 812 I 2 Alt. 2 BGB

Die Zuzahlung des A zum gemeinsamen Haus stellt eine jenseits der rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung liegende Zweckabrede im Sinne des § 812 I 2 Alt. 2 BGB dar⁴⁷. Beide Partner haben ihre Zahlungen für den Hauskauf nämlich im Hinblick auf das gemeinsame Ziel eines ruhigen Lebensabends getätigt.

2. Zweckfortfall

Durch den plötzlichen Tod des A ist die ausdrücklich zukunftsorientierte Investition des Hauskaufs sinnlos geworden. Anders als der soziale Vertrag im Rahmen der §§ 313 I, III BGB fußt die Zweckabrede des § 812 I 2 Alt. 2 BGB nicht

auf der Lebensgemeinschaft als solcher, sondern nimmt in der sozialen Grundlage des konkreten Erwerbsgeschäfts ihren Ausgang. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht widersprüchlich, den Parteien die Rückabwicklung nach § 313 I, III BGB zu versagen und die Zweckverfehlungskondition, § 812 I 2 Alt. 2 BGB, anzunehmen.

3. Zusammenfallen von Erbfall und Entstehung des Kondiktionsanspruchs

Problematisch ist aber, dass der Kondiktionsanspruch erst mit dem Tod des Zuwendenden entsteht⁴⁸. Grundsätzlich sind aber auch schwebende Rechtspositionen, insbesondere Anwartschaften, als »werdende Rechte« vererblich⁴⁹. Insofern kann auch der Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 2 BGB als durch den Zweckfortfall aufschiebend bedingt verstanden werden. Einerseits verfestigt sich die Rechtsposition nämlich erst mit Zweckfortfall; andererseits ist sie – durch die hier hypothetisch vorausgesetzte Überlebensbedingung – als Kehrseite der Vermögenszuwendung an B bereits zu Lebzeiten latent im Vermögen des A erkennbar. Dass sich diese Position erst mit der Endgültigkeit des Zweckfortfalls zu einem durchsetzungsbewährten Anspruch verfestigt, ist daher unschädlich. Der Anspruch aus *condictio ob rem* ist wirksam entstanden.

Ergebnis: T kann von B Wertersatz für den von A getragenen Anteil des Grundstückskaufpreises verlangen, §§ 812 I 2 Alt. 2, 818 II BGB.

Danksagung: Herzlich gedankt sei Frau Wiss.Mit. *Marieta Pietrek* und Frau Stud.HK. *Charlotte Veith* für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Hinweis: Die Klausur wurde im Sommer 2013 Examensklausurenkurs der Universität Freiburg gestellt; der Notendurchschnitt betrug 6,82 Punkte.

⁴⁴ BGH NJW 2008, 3277, 3282; *Kindler*, JURA 2010, 131, 133f.

⁴⁵ BGH NJW 2008, 3277, 3280, Rn. 34; *Kindler*, JURA 2010, 131, 132.

⁴⁶ BGH NJW 2013, 2025.

⁴⁷ BGH NJW 2008, 3277, 3280, Rn. 34; *Kindler*, JURA 2010, 131, 134.

⁴⁸ BGH NJW 2013, 2025, 2028, Rn. 23.

⁴⁹ BGH NJW 1991, 2558, 2259; BGH NJW 1960, 1715; BGH DNotZ 1976, 685; *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 BGB Rn. 41f.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 5 III 3 c.