

## Überblick

### Vertragliche Schuldsicherungen

(insbesondere in Abgrenzung zur Bürgschaft)

#### Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) nach §§ 241, 311 BGB<sup>6</sup>

Vereinbarung, dass der **Beitretende neben dem Schuldner als Gesamtschuldner** haftet.

1. Im Gegensatz zum Bürgen übernimmt der Schuldbeitretende die Schuld des Hauptschuldners **neben dem Hauptschuldner als seine eigene**. Dem gegenüber verpflichtet sich der Bürge nicht die Schuld des Hauptschuldners als eigene zu übernehmen, sondern den Gläubiger wegen seiner Forderungen gegen den Hauptschuldner zu befriedigen. Zur Abgrenzung wird bei einem **eigenen wirtschaftlichen Interesse Schuldbeitritt angenommen**, während bei einem **persönlichen Interesse Bürgschaft** vorliegen soll. Bei Zweifeln bezüglich der Auslegung liegt Bürgschaft vor. Diese stellt das gesetzlich geregelte schuldrechtliche Sicherungsmittel dar und gewährleistet den Schutz des Formzwanges.
2. Bei der Entstehung ist der Schuldbeitritt von der Schuld des Schuldners abhängig (arg. § 425 BGB), **nicht aber nach der Entstehung (keine strenge Akzessorietät im Gegensatz zur Bürgschaft)**.

**Beachte:** Grundsätzlich kein Formerfordernis.

**Ausnahme:** Beitritt erfolgt zu einem Kreditvertrag und der Beitretende ist Verbraucher. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 492 BGB, allerdings wird der Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag einem solchen gleichgestellt; vgl. BGH NJW 2000, 3496; NJW 97, 3169).

#### Selbständiger Garantievertrag nach §§ 241, 311 BGB<sup>7</sup> (kein Formerfordernis)

Einseitig verpflichtender Vertrag. Bei der **selbständigen Garantie** verspricht der **Garantiegeber** für den Eintritt eines bestimmten Erfolges bzw. für das Ausbleiben eines bestimmten Nachteils gegenüber dem **Garantieempfänger** einzustehen. Im Gegensatz zur Bürgschaft, bei der der Bürge für eine fremde Schuld in deren jeweiligen Bestand eintreten will, wird bei der selbständigen Garantie eine neue vertragliche Verpflichtung begründet, die vom Bestehen einer Hauptverbindlichkeit losgelöst ist. Damit verzichtet der Garantiegeber auf den Schutz des Akzessorietätsgrundsatzes. Daher liegt eine selbständige Garantie nur dann vor, wenn die WE des Sicherungsgebers nach §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen ist, dass er unabhängig von der Hauptschuld für den Zahlungserfolg eintreten will.

(Abzugrenzen ist die selbständige Garantie von der **unselbständigen Garantie**. Durch sie wird die Beweislast und der Verjährungsbeginn modifiziert.)

<sup>6</sup> Westermann, Jura 1991, 567, 569

<sup>7</sup> Palandt-Thomas, Einf. v. § 765 Rn. 16; Medicus, SchuldR BT, Rn. 55, Rn. 30; Westermann, Jura 1991, 567, 569

**Befreiende Schuldübernahme § 414 BGB (kein Formerfordernis)**

Vertrag zwischen Übernehmendem und Gläubiger bzw. dem Schuldner (mit Zustimmung des Gläubigers § 415 BGB), durch den sich der Dritte verpflichtet, die Schuld des bisherigen Schuldners an dessen Stelle zu übernehmen. Während der ursprüngliche Schuldner frei wird, ist nur noch der Übernehmende dem Gläubiger verpflichtet.

**Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (Schriftformerfordernis beim abstrakten Schuldversprechen und abstrakten Schuldanerkennnis)**

1. **abstraktes Schuldversprechen und abstraktes Schuldanerkennnis §§ 780, 781 BGB**  
= einseitig verpflichtender Vertrag, durch den jemand eine selbständige, vom Schuldgrund losgelöste und unabhängige Verbindlichkeit eingeht.
2. **deklaratorisches Schuldanerkennnis §§ 241, 311 BGB**  
Keine vom Schuldgrund losgelöste unabhängige Verpflichtung, sondern Ausschluss aller Einreden und Einwendungen, mit denen der Schuldner bei Abgabe rechnete.
3. **Beweiserleichterung**  
Beweislastumkehr

**Kreditauftrag § 778 BGB (kein Formerfordernis)**

Der Kreditauftrag ist ein Vertrag, in dem sich der eine Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, im **eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben**. Während beim Kreditauftrag ein **eigenes Interesse** des Auftraggebers an der Kreditgewährung besteht, geht es bei der Bürgschaft primär um das **Sicherungsinteresse des Gläubigers**.

**Erfüllungsübernahme § 329 BGB (kein Formerfordernis)**

Übernehmender verpflichtet sich gegenüber dem Schuldner, dessen Verbindlichkeit zu begleichen. Der Gläubiger erhält keinen eigenen Anspruch gegenüber dem Übernehmenden.

**Bürgschaft §§ 765 ff. BGB, Schriftform § 766 BGB****(vgl. Blatt 63: Die Bürgschaft)**

= einseitig verpflichtender Vertrag, in dem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Durch die Bürgschaft wird eine eigene Verbindlichkeit begründet, die in ihrem Bestand und Umfang von der Hauptverbindlichkeit abhängig ist (Akzessorietät).

**Überblick  
Die Bürgschaft****1. Einigung im Sinne von § 765 BGB**

hier gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 104 ff BGB).

Abgrenzung zu:

1. Schuldbeitritt §§ 311, 241 BGB,
2. Garantievertrag §§ 311, 241 BGB,
3. Schuldübernahme § 414 ff BGB,
4. Schuldversprechen § 780 BGB, Schuldanerkennnis § 781 BGB,
5. Erfüllungsübernahme § 329 BGB,
6. Kreditauftrag § 778 BGB.

**2. Form § 766 BGB**

Der Bürge soll vor Übereilung gewarnt werden.

Eine formnichtige Bürgschaft kann nicht nach § 140 BGB in eine formlose wirksame Schuldübernahme umgedeutet werden.

**Ausnahme:** § 350 HGB

**3. Bestand der Hauptforderung 767 BGB  
(Akzessorietät)**

Zweifelhaft ist, ob die für ein Darlehen bestellte Bürgschaft bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages den Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers sichert.<sup>8</sup>

**4. Gegenrechte des Bürgen:****a) Gegenrechte aus dem Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger****aa) allgemeine Einwendungen und Einreden**

z.B. Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Bürgen gegen den Gläubiger

**bb) Einrede der Vorausklage § 771 BGB**

- nicht bei Verzicht auf die Einrede der Vorausklage § 773 I Nr. 1 BGB
- nicht bei den Ausschlussgründen nach § 773 I Nr. 2-4 BGB

**b) Gegenrechte des Bürgen aus dem Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger****aa) Einreden nach § 768 BGB**

z.B. Einrede der Verjährung der Hauptschuld, des nichterfüllten Vertrages

**bb) § 770 I BGB**

§ 770 BGB analog bei anderen Gestaltungsrechten als der Anfechtung, z.B. Widerruf, Rücktritt

**cc) § 770 II BGB**

<sup>8</sup> OLG Köln, MDR 1976, 398

## Prüfungsschema

### Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen

#### I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag und Bestand der gesicherten Hauptforderung

1. Einigung des Bürgen mit dem Gläubiger im Sinne des § 765 BGB, dass der Bürge für die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, die Hauptforderung eintreten will.

##### a) Auslegung der Sicherungszusage

- **Bürgschaft:** fremde Schuld, soweit die Hauptforderung im Zeitpunkt der Geltendmachung der Bürgschaft noch besteht, so dass Einwendungen und Einreden gegen die Hauptforderung vom Bürgen geltend gemacht werden können. Strenge Akzessorietät. Die Bürgschaft ist fremdnützig.
- **Schuldbeitritt:** tritt neben die Hauptschuld, Beitretender wird Gesamtschuldner. Damit wird eigene Verbindlichkeit begründet; Akzessorietät nur bezüglich des Entstehens, nicht notwendig bezüglich des Fortbestehens, § 425 BGB. Selbständige Schuldnerpflicht, in der Regel eigenes wirtschaftliches Interesse.
- **Garantie:** Zusage, künftig bestimmten Forderungsbeitrag zu leisten. Unabhängig vom Bestehen einer Hauptforderung. Eigene Verbindlichkeit, keine Akzessorietät, eigenes Interesse.

(zu den übrigen vertraglichen Schuldsicherungen vgl. Blatt 61/62)

##### b) Hinreichende Bestimmtheit der Forderung

- Gegenwärtige, bedingte oder künftige Forderungen
- Voller Forderungsbetrag nebst Nebenforderungen, Zinsen, Teilforderungen, Höchstbetrag
- Unzureichend bei Blankobürgschaft
- Forderung aus Dauerschuldverhältnis, aus laufender Geschäftsverbindung, aus hinreichend bestimmtem Lebensverhältnis

#### 2. Einhaltung der Formvorschriften § 766 BGB

Das Bürgschaftsversprechen, nicht der Vertrag, muss nach § 766 BGB schriftlich abgegeben werden, Ausnahme § 350 HGB. Aus dem Versprechen müssen sich die zu sichernde Forderung und die Parteien ergeben

#### 3. Akzessorietät § 767 BGB

- Ist die Forderung nicht entstanden, so wird die Forderung nicht gesichert, § 812 BGB (str.).
- Ist in Folge einer Leistungsstörung eine Ersatzforderung entstanden, so wird diese gesichert.
- Die Bürgschaft bleibt bestehen, wenn die Hauptforderung in Folge von Insolvenz oder Vergleich gemindert wird.

**II. Erlöschen der Bürgschaft und Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft****1. Erlöschen**

- § 776 BGB ⇒ wenn der Gläubiger eine Sicherung preisgibt, die dem Bürgen im Falle der Zahlung gehaftet hätte.
- § 418 I 1 BGB ⇒ Übernahme der Hauptschuld durch einen neuen Schuldner.
- § 777 BGB ⇒ wenn der Gl bei einer zeitlich begrenzten Bürgschaft nicht unverzüglich aus der Bürgschaft vorgeht.
- durch wirksame Kündigung für Forderungen, die nach Ablauf der Kündigungsfrist entstehen.

**2. Befreiung**

- § 775 BGB ⇒ wenn sich die Vermögenslage des Hauptschuldners verschlechtert, besteht Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner, nicht aber gegen den Gl.
- Nach den Grundsätzen des § 313 BGB, wenn der Umstand wegfällt, der den Bürgen maßgeblich zur Abgabe der Bürgschaftserklärung veranlasst hat und dieser nicht in dessen Risikobereich fällt.

**III. Durchsetzbarkeit**

Sie fehlt, wenn dem Bürgen Einreden zustehen.

**1. Eigene Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag**, z.B. Stundung, Verjährung**2. § 768 BGB: alle Einreden, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen**

- auch wenn der Hauptschuldner auf Einrede verzichtet, § 768 II BGB
- gilt nicht für Einwendungen; für diese bereits Akzessorietät, § 767 BGB

**3. Besondere Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis**

- Einrede der Anfechtbarkeit der Hauptschuld, § 770 I BGB, § 768 II BGB gilt nicht; § 770 I BGB analog für Rücktritt oder Minderung
- Einrede der Aufrechnungsmöglichkeit des Gl, § 770 II BGB
- Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB); Ausschlussgründe (§ 773 BGB), insbesondere selbstschuldnerische Bürgschaft nach Nr. 1; Insolvenz des Hauptschuldners nach Nr. 3



# Überblick

## Der Begriff des Sachmangels beim Werkvertrag, § 633 II BGB

Während im Rahmen des § 633 BGB a.F. umstritten war, ob der subjektive Fehlerbegriff (so die h.M.) oder der objektive Fehlerbegriff gelten soll, hat der Gesetzgeber nunmehr den **subjektiven Fehlerbegriff** in **§ 633 II BGB** seiner Regelung zugrunde gelegt und greift auf die Ansätze des objektiven Fehlerbegriffs nur zurück, wenn eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Wie in § 378 HGB a.F. setzt § 633 II 3 BGB nunmehr die Lieferung einer **Mindermenge** oder eines **Aliuds** dem Sachmangel gleich. Folgerichtig wurde daher auch § 378 HGB a.F. gestrichen.

### I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 633 I S. 1 BGB

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den subjektiven Fehlerbegriff in § 633 II 1 BGB ist klar, dass es vorrangig auf eine **Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien** ankommt. Hierzu gehört neben der ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigenschaften eines Werkes auch all das, was der **Unternehmer dem Besteller gegenüber als vorhandene Eigenschaften des Werkes beschreibt**, sofern der Besteller vor diesem Hintergrund seine Entscheidung getroffen hat. Die – auch nur beschreibenden – Erklärungen des Unternehmers werden damit zum Inhalt des Vertrages und damit zur Beschaffenheitsvereinbarung.

**Fraglich** ist hierbei jedoch, ob sich der Begriff der Beschaffenheit **nur** auf die **physischen Eigenschaften** des Werkes bezieht oder ob auch **außerhalb der Sache liegende Umstände** eine Rolle spielen (vgl. Blatt 5 SR BT I)

**Fehlt** es an einer **Beschaffenheitsvereinbarung**, so bestimmt § 633 II 2 BGB welche Beschaffenheit als vereinbart gilt.

### II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 633 II 2 Nr. 1 BGB

Auch wird deutlich, dass der Gesetzgeber seine Neuregelung vorrangig an dem subjektiven Fehlerbegriff ausrichtet. Nach § 633 II 2 Nr. 1 BGB ist Mängelfreiheit nämlich ansonsten dann anzunehmen, wenn die Sache sich für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwendungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages gemacht** worden sein. Die einseitige Erwartung des Bestellers reicht nicht aus (beachte aber § 633 II 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese **Erwartungshaltung** des Bestellers bei den Vertragsverhandlungen **klar zum Ausdruck gekommen** ist und der Unternehmer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann wohl von einer stillschweigenden Verwendungsvereinbarung ausgegangen werden.

### III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 633 II 2 Nr. 2 BGB

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss das Werk für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Anders als im Kaufrecht (vgl. § 434 I 3 BGB) kommt es hier jedoch nicht auf die öffentlichen Äußerungen des Unternehmers an.

## Überblick Der Rücktritt wegen Mangelhaftigkeit

Während die Rückabwicklung im Zusammenhang mit dem Sachmängelrecht nach **alter Rechtslage** über die **Wandlung** erfolgte, erklärt § 634 Nr. 3 1. Alt. BGB **nunmehr** das **allgemeine Rücktrittsrecht** für anwendbar. Grundsätzlich muss der Besteller dem Unternehmer jedoch zunächst die Möglichkeit der Nacherfüllung geben. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus den werkvertragsrechtlichen Vorschriften, sondern daraus, dass § 323 I BGB den Rücktritt an den **fruchtlosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung** knüpft.

**Fristsetzung** ist jedoch in folgenden Fällen **entbehrlich**.

1. Zunächst sieht **§ 323 II BGB** selbst vor, dass eine solche Fristsetzung unterbleiben kann bei
  - a) **ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung** (§ 323 II Nr. 1 BGB)
  - b) Terminbestimmtheit der Leistung ist anzunehmen bei Knüpfung des Leistungsinteresses an die Termingerechtigkeit durch den Gläubiger (§ 323 II Nr. 2 BGB; sog. **Fixgeschäft**).  
**Beispiel:** A bestellt bei Bäcker B eine Torte, die er Samstag um 15:00 Uhr für ein Kaffeetrinken um 16:00 Uhr abholen will. Er macht dem B deutlich, dass er die Torte dringend zu diesem Termin benötigt. Als er zum vereinbarten Termin erscheint, muss er feststellen, dass die bestellte Marzipandekoration fehlt. B erklärt sich bereit, diese zu ergänzen, die Torte sei dann aber erst um 17:00 Uhr abholbereit. Hier kann A sofort den Rücktritt erklären und sich bei einem anderen Bäcker eine Torte kaufen.
  - c) **Entbehrlichkeit aufgrund besonderer Umstände**  
**Beispiel:** Das Vertrauen in die vertragsgemäße Erfüllung ist endgültig zerstört.
2. Allerdings gelten für das **Werkvertragsrecht** darüber hinaus auch noch die in § 636 BGB normierten **besonderen Ausnahmefälle**:
  - a) **Verweigerung der Nacherfüllung wegen Berufung auf Unzumutbarkeit gem. § 635 III BGB (§ 636 1. Alt BGB)**
  - b) **Fehlschlag der Nacherfüllung** (Beachte: § 636 2. Alt. BGB)
  - c) **Unzumutbarkeit für den Besteller** (§ 636 3. Alt BGB)
3. Ist hingegen die **Mängelbeseitigung unmöglich**, so **entfällt** nach **§ 326 V BGB**, der in § 634 Nr. 3 BGB für anwendbar erklärt wird, das Erfordernis der **Fristsetzung zur Nacherfüllung**. Der Besteller kann dann unmittelbar zurücktreten.

**Prüfungsschema****Recht des Bestellers auf Rücktritt vom Vertrag  
§§ 634 Nr. 2 1. Alt, 636, 323 BGB**

1. **Werkvertrag**
2. **Sachmangel** (§ 633 II BGB)
  - a) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB)
  - b) Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB)
  - c) Eignung zur üblichen Verwendung / Aufweisen üblicher Beschaffenheit (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB)
  - d) Lieferung eines Aliuds (§ 633 II 3 BGB)
  - e) Minderlieferung (§ 633 II 3 BGB)
3. **Erheblichkeit** (§ 323 V 2 BGB)
4. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 644 BGB)
5. **Ausbleiben der Nacherfüllung** trotz Fristsetzung / Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - a) Erfordernis einer Fristsetzung, § 323 I BGB  
**Ausnahme:** §§ 634 Nr. 3, 326 V BGB = die Mängelbeseitigung ist unmöglich (§ 275 BGB)
  - b) **Entbehrlichkeit der Fristsetzung**
    - aa) **§ 323 II BGB**
      - (1) ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr. 1 BGB)
      - (2) Leistung ist terminbestimmt und Gläubiger hat Leistungsinteresse an Termingerechtigkeit geknüpft (§ 323 II Nr. 2 BGB; sog. Fixgeschäft)
      - (3) Entbehrlichkeit aufgrund besonderer Umstände
    - bb) **§ 636 BGB**
      - (1) **Verweigerung der Nacherfüllung wegen Berufung auf Unzumutbarkeit gem. § 635 III BGB (§ 636 1. Alt BGB)**
      - (2) **Fehlschlag der Nacherfüllung** (Beachte: § 636 2. Alt. BGB)
      - (3) **Unzumutbarkeit für den Besteller** (§ 636 3. Alt BGB)
6. **keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Bestellers / kein Gläubigerverzug**, § 323 VI BGB)
7. **Rücktrittserklärung**
8. richtiger **Rücktrittsgegner**
9. kein Ausschluss nach § 640 II BGB
10. **keine Unwirksamkeit**, §§ 634a IV, 218 BGB

**Beachte:** Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es nicht an!

**Prüfungsschema****Recht des Bestellers auf Minderung  
§§ 634 Nr. 2 2. Alt, 638 BGB**

1. **Werkvertrag**
  2. **Sachmangel** (§ 633 II BGB)
    - a) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB)
    - b) Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB)
    - c) Eignung zur üblichen Verwendung / Aufweisen üblicher Beschaffenheit (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB)
    - d) Lieferung eines Aliuds (§ 633 II 3 BGB)
    - e) Minderlieferung (§ 633 II 3 BGB)
  3. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 644 BGB)
  4. **Ausbleiben der Nacherfüllung** trotz Fristsetzung / Entbehrlichkeit der Fristsetzung
    - a) Erfordernis einer Fristsetzung, § 323 I BGB  
**Ausnahme:** §§ 634 Nr. 3, 326 V BGB = die Mängelbeseitigung ist unmöglich (§ 275 BGB)
    - b) **Entbehrlichkeit der Fristsetzung**
      - aa) **§ 323 II BGB**
        - (1) ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr. 1 BGB)
        - (2) Leistung ist terminbestimmt und Gläubiger hat Leistungsinteresse an Termingerechtigkeit geknüpft (§ 323 II Nr. 2 BGB; sog. Fixgeschäft)
        - (3) Entbehrlichkeit aufgrund besonderer Umstände
      - bb) **§ 636 BGB**
        - (1) **Verweigerung der Nacherfüllung wegen Berufung auf Unzumutbarkeit gem. § 635 III BGB (§ 636 1. Alt BGB)**
        - (2) **Fehlschlag der Nacherfüllung** (Beachte: § 636 2. Alt. BGB)
        - (3) **Unzumutbarkeit für den Besteller** (§ 636 3. Alt BGB)
  5. **keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Bestellers / kein Gläubigerverzug**, (§ 323 VI BGB)
  6. **Wahl** der Minderung statt des Rücktritts durch den Besteller / Minderungserklärung, (§ 349 BGB)  
**Beachte:** Minderung auch bei Unerheblichkeit des Mangels möglich (§ 638 I 2 BGB)
  7. kein Ausschluss nach § 640 II BGB
  8. **keine Unwirksamkeit**, §§ 634a V, IV, 218 BGB
- Beachte:** Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es nicht an!

## Überblick

### Gefahrübergang im Werkvertragsrecht nach § 644 BGB

#### Gefahrübergang nach § 644 I BGB

Nach wie vor muss der Mangel bei Gefahrübergang vorliegen. Dieser tritt nach § 644 S. 1 BGB nach wie vor **grundsätzlich mit der Abnahme (vgl. Blatt 48)** ein. Allerdings setzt § 644 I S. 2 BGB nunmehr den **Gläubigerverzug** des Bestellers nach §§ 293 ff. BGB der Abnahme gleich.

#### Gefahrübergang nach § 644 I BGB

Nach § 644 II BGB gilt auch im Werkvertragsrecht die Vorverlagerung des Gefahrübergangs nach § 447 BGB auf den Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson, wenn das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als an den Erfüllungsort versendet wird.

## Problemlblatt

### Abnahme eines Werkes

§§ 634a II, 640, 641, 644, 645, 646 BGB

<u>Besitzänderungstheorie</u>	<u>Billigungstheorie</u>	<u>Theorie der Annahme als Erfüllung</u>	<u>Differenzierende Theorie</u>
<p>Abnahme als <b>körperliche Entgegennahme</b> des Werkes.</p> <p>Ist der Besteller schon im Besitz der Sache oder handelt es sich um ein nichtkörperliches Werk, so tritt gemäß § 646 BGB an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.</p>	<p>Abnahme als <b>körperliche Entgegennahme</b> <b>und</b> <b>Billigung</b> des Werkes.</p> <p>(§ 646 BGB beachten)</p>	<p>Abnahme als <b>körperliche Entgegennahme</b> <b>und</b> verbunden mit der (auch schlüssigen) <b>Erklärung</b>, dass das Werk als im <b>Wesentlichen vertragsgerechte Erfüllung</b> <b>anerkannt</b> werde.</p> <p>(§ 646 BGB beachten)</p>	<p>Abnahme als <b>körperliche Entgegennahme und Billigung</b> des Werkes, wenn die Prüfung und Billigung durch den Besteller verkehrsmäßig ist</p> <p><b>oder</b></p> <p>als <b>körperliche Entgegennahme</b> des Werkes in den übrigen Fällen.</p> <p>(§ 646 BGB beachten)</p>
<p><b>für:</b> wenn Abnahme eine Billigungs- bzw. Annahmeerklärung forderte, könnte der Besteller den <b>Beginn der Verjährung der Gewährleistungsansprüche</b> gemäß § 634a II 2 BGB nach seinem Belieben <b>verzögern</b> (gegen 2/3).</p>	<p><b>für:</b> Im Gegensatz zum Kaufvertrag muss beim Werkvertrag die Sache erst hergestellt werden. Da Qualität und Beschaffenheit noch nicht übersehbar sind, ist eine Billigung erforderlich.</p>	<p><b>für:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><b>Wortlaut:</b> schon nach dem Sprachgebrauch ist Abnahme mehr als die bloße körperliche Entgegennahme.</li> <li>Billigungserklärung kann dem Besteller nicht zugemutet werden (gegen 2).</li> <li>Der Begriff der Verkehrsüblichkeit ermöglicht keine klaren Abgrenzungen (gegen 4).</li> </ol>	
Vgl. zum Meinungsstand BeckOK BGB/Voit BGB § 640 Rn. 7-10	Vgl. zum Meinungsstand BeckOK BGB/Voit BGB § 640 Rn. 7-10	<b>h.M.:</b> BGH NJW 1997, 50, 51; MüKoBGB/ Busche BGB § 640 Rn. 3 m.w.N.	Vgl. zum Meinungsstand BeckOK BGB/Voit BGB § 640 Rn. 7-10

### Folgen der Abnahme:

1. Fälligkeit der Vergütung,	§ 641 I 1 BGB
2. Gefahrübergang (Übergang der Preisgefahr),	§ 644 I 1 BGB
3. Beginn der Verjährungsfrist,	§ 634a II BGB
4. Verlust der Gewährleistung bei Abnahme trotz Mangelkenntnis,	§ 640 II BGB

## Überblick

### Die Verjährung der Sachmängelansprüche beim Werkvertrag

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ist in § 634a BGB geregelt.

#### 1. Anwendungsbereich der Verjährungsfristen des § 634a I BGB

Die Verjährungsfristen des § 438 I BGB finden nur Anwendung auf den Anspruch auf

- **Nacherfüllung** (§ 633 II Nr. 1 BGB)
- **Aufwendungsersatz für Mängelbeseitigung** (§ 633 II Nr. 2 BGB)
- **Schadensersatzanspruch** (§ 633 II Nr. 4 1. Alt. BGB)
- **Aufwendungsersatzanspruch** (§ 633 II Nr. 4 2. Alt. BGB).

Der Anspruch auf Rücktritt oder Minderung gem. § 633 II Nr. 3 BGB ist hiervon ausgenommen. Hierfür gilt gem. § 633 IV, V BGB die Vorschrift des **§ 218 BGB**, wonach der Rücktritt/die Minderung unwirksam ist, wenn der Leistungsanspruch verjährt ist. Das Mängelrecht bleibt dann aber gleichwohl als Einrede gegen den Werklohn erhalten, wie § 634a IV 2 BGB klarstellt.

#### 2. Fristenlauf

- a) **5 Jahre** gem. § 634a I Nr. 2 BGB,
  - aa) bei Bauwerken
  - bb) bei werkvertragl. Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke
- b) **2 Jahre** (§ 634a I Nr. 1 BGB) bei
  - Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache
  - werkvertraglichen Planungs- und Überwachungsleistungen für andere Sachen als Bauwerke
- c) **3 Jahre** (§§ 634a III, 195 BGB)

In den Fällen von **§ 634a I Nr. 1 und Nr. 2, II BGB** gilt die **regelmäßige Verjährungsfrist** von 3 Jahren, wobei für den **Fristbeginn** statt § 634a II BGB der **§ 199 I Nr. 1 BGB** maßgeblich ist (vgl. Wortlaut), wenn ein **Mangel arglistig verschwiegen** wurde.
- d) **2 Jahre** (§ 634a I Nr. 3 BGB)

in allen anderen Fällen, also anderer Erfolg als Herstellung oder Veränderung einer Sache (z.B. werkvertragliche Beraterverträge, Erstellung von Rechtsgutachten, Vertrag zwischen Künstler und Konzertagentur, Löschen einer Schiffsladung).

#### 3. Verjährungsbeginn

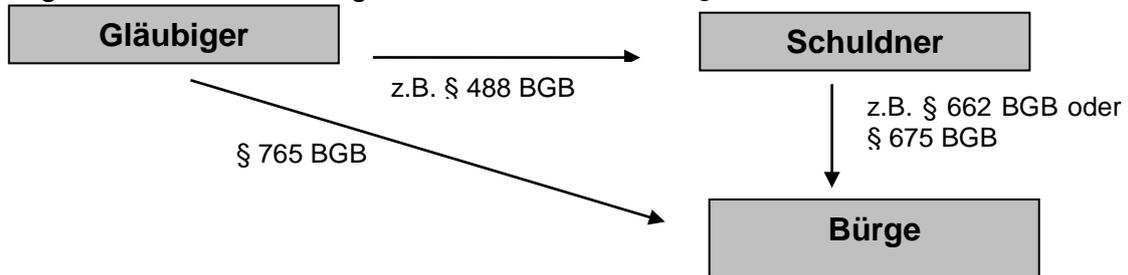
Die Verjährung beginnt nach § 634a II BGB mit der Abnahme der Sache zu laufen.

**Beachte:** Abweichender Verjährungsbeginn bei arglistigem Verschweigen des Mangels gem. § 634a III BGB

# Formen der Bürgschaft

## „Normale“ Bürgschaft

Der Bürge haftet für den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, wenn die Forderung bei diesem nicht beigetrieben werden kann, § 771 BGB.

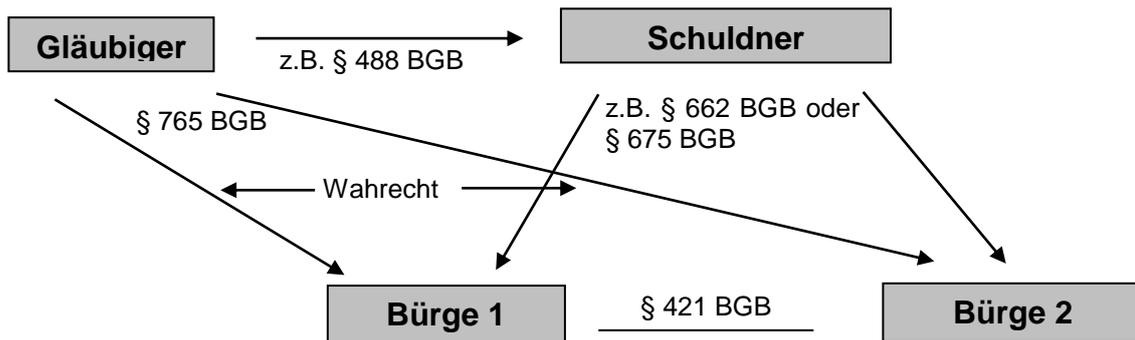


## Selbstschuldnerische Bürgschaft

Wie oben; jedoch verzichtet der Bürge nach § 773 I Nr. 1 BGB auf die Einrede der Vorausklage des § 771 BGB.

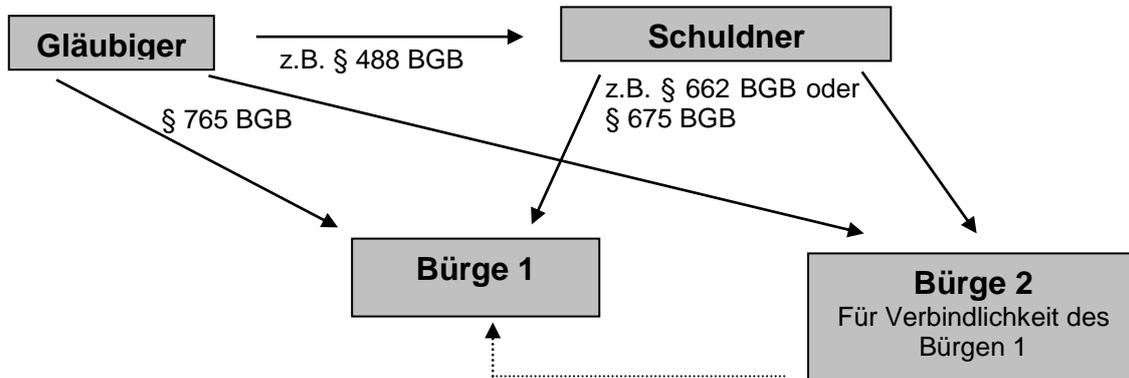
## Mitbürgschaft

Für die Verbindlichkeit des Schuldners haften 2 oder mehr **Bürgen als Gesamtschuldner**, wobei dem Gläubiger ein Wahlrecht zusteht, welchen der Bürgen er in Anspruch nimmt. Auch hier als selbstschuldnerische Bürgschaft möglich.



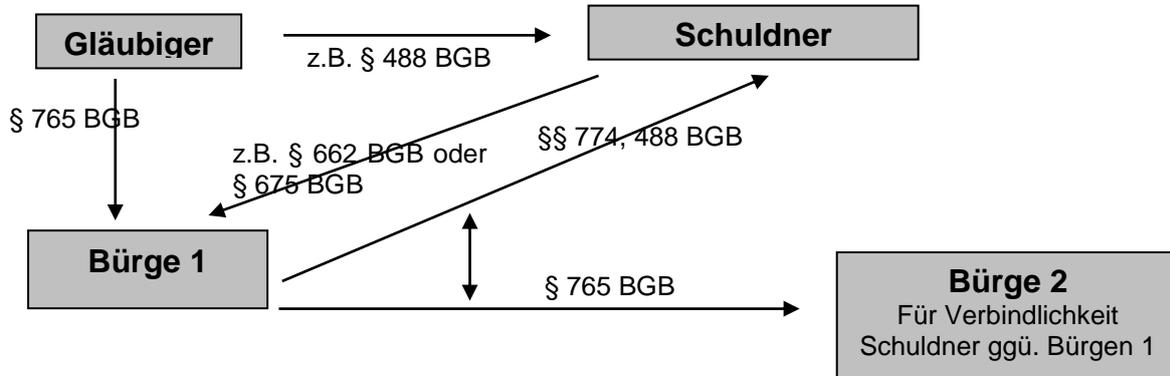
## Nachbürgschaft

Bei der Nachbürgschaft sichert Bürge 1 die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner und **Bürge 2 die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen 1** aus dem Bürgschaftsvertrag. Der Gläubiger kann also den Bürgen 2 nur in Anspruch nehmen, wenn weder der Schuldner noch der Bürge 1 zahlen.



**Rückbürgschaft**

Bei der Rückbürgschaft wird nicht für die Verbindlichkeit des Schuldner gegenüber dem Gläubiger haftet (normale Bürgschaft) und auch nicht für die Verbindlichkeit des Bürgen 1 gegenüber dem Gläubiger, sondern für den Rückforderungsanspruch des Bürgen 1 gegen den Schuldner aus § 774 BGB.

**Ausfallbürgschaft**

Wie normale Bürgschaft, allerdings haftet der Ausfallbürge dem Gläubiger erst dann, wenn die Forderung weder vom Schuldner eingezogen werden konnte noch die Verwertung anderer Sicherheiten (z.B. Sicherungseigentum, Grundpfandrecht) zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat.

**Bürgschaft auf erstes Anfordern**

Wie selbstschuldnerische Bürgschaft, allerdings verzichtet der Bürge nicht nur auf die Einrede der Vorausklage des § 771 BGB, sondern auf alle ihm zustehende Einreden des § 768 BGB.

## 7. Fall

### Der antike Roller

Der 18 jährige Schüler A hat nach dem Versterben seines Großvaters in dessen Scheune einen alten Motorroller entdeckt. Er ist von dem Gefährt sehr begeistert und möchte es restaurieren lassen. Hierzu wendet er sich an den auf solche Arbeiten spezialisierten Hobbybastler U. Dieser ist zwar durchaus bereit, die kostspieligen Arbeiten durchzuführen, um aus dem alten Roller ein Liebhaberstück zu machen.

Allerdings möchte A zuvor einen Kostenvoranschlag haben. Danach werden Kosten in Höhe von voraussichtlich 4.000 € entstehen. Dies ist dem A die Sache wert und er möchte dem U den Auftrag erteilen. Aus finanziellen Gründen bittet er um Einräumung einer Ratenzahlung. U ist zur Einräumung von monatlichen Raten in Höhe von 100,00 € auch grundsätzlich bereit, hat allerdings Zweifel, ob A finanziell in der Lage ist, die dadurch entstehenden Kosten zu tragen und verlangt eine Sicherheit. Bei Vertragsunterzeichnung wird er dann von seinem Bruder B begleitet. Dieser unterschreibt dem U ein Schriftstück, in dem er sich selbstschuldnerisch verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des A einzustehen.

U nimmt die Reparatur dann auch vor, wodurch Kosten in Höhe von insgesamt 4.000,00 € entstehen. A holt das Fahrzeug am 25.04.2002 ab und begleicht auch die 1. Rate. Sogleich fährt er mit dem Roller eine Runde, ist dann aber von dem Fahrgefühl sehr enttäuscht und stellt ihn in die Ecke. Nach einem Auslandsaufenthalt von fast 2 Jahren kehrt er im April 2004 nach Deutschland zurück erinnert er sich des Gefährts. Begeistert nutzt er es nun für jeden Weg. Bereits am 15.04.2004 weist der Motor Undichtigkeiten auf und verliert Öl. Er wendet sich daher an U und teilt ihm dies mit. U ist jedoch der Auffassung, dies ginge ihn nichts mehr an. Daraufhin stellt A Anfang Mai 2004, ohne weitere Schritte einzuleiten, die Ratenzahlung ein.

Am 05.06.2004 tritt U dann an B heran und verlangt von diesem die Zahlung der noch ausstehenden Raten. B verweist U an den A. Außerdem weigert sich B auch unter Hinweis auf die bei dem Roller aufgetretenen Defekte zu zahlen. Ein Gutachten ergibt, dass U die Restaurierung nicht fachgerecht durchgeführt hat und die Undichtigkeiten deshalb auftreten.

Kann U von B Zahlung verlangen?

#### **Abwandlung:**

Unterstellt, B hätte nach Aufforderung durch U im Rahmen der Bürgschaft die 1.500 Euro gezahlt und verlangt diese von A ersetzt. A ist verärgert, weil B nicht bei ihm nachgefragt hat und erklärt ihm den Sachverhalt. Er ist der Auffassung, dass er zur Erstattung der 1.500 Euro nicht verpflichtet ist. Hat B einen Anspruch auf Zahlung von 1.500 Euro?

**Übersicht Fall 7****Anspruch des U gegen B gem. §§ 765 I, 631 I BGB****I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag und Bestand der gesicherten Hauptforderung**

1. Wirksame Einigung zwischen U und B
  - a) Auslegung der Sicherungszusage
  - b) Hinreichende Bestimmtheit der Forderung
2. Formerfordernis nach § 766 I S.1 BGB
3. Bestehen der Hauptforderung

**II. Erlöschen des Anspruchs****III. Durchsetzbarkeit**

1. **Eigene Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis, § 771 BGB**
2. **Einreden des Hauptschuldners, § 768 I 1 BGB**
  - a) **Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB**
    - aa) gegenseitiger Vertrag
    - bb) Leistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis
      - (1) Werkvertrag
      - (2) Sachmangel
        - (a) Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 II 1 BGB
        - (b) Verwendungseignungsvereinbarung nach § 633 II 2 Nr. 1 BGB
        - (c) Abweichung von üblicherweise zu erwartenden Beschaffenheit i.S.d. § 633 II 2 Nr. 2 BGB dar.
      - (3) Vorliegen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (vgl. §§ 644 BGB)
      - (4) Wahlrecht/Zumutbarkeit der Nacherfüllung, § 635 I, III BGB
      - (5) Ausschluss nach § 640 II BGB
      - (6) Verjährung, § 634a BGB
    - b) **Minderungsrecht nach §§ 634 Nr. 3, 636, 638 BGB**
      - aa) Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung
      - bb) Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 323 BGB
      - cc) Ausschlussgründe
      - dd) Verjährung

**Abwandlung****Anspruch des B gegen A auf Zahlung von 500 Euro gem. §§ 774, 631 I BGB**

- I. Anspruch entstanden
- II. Anspruch untergegangen
- III. Anspruch durchsetzbar

**Lösung: Der antike Roller**

**Probleme:** Abgrenzung zwischen den vertraglichen Schuldsicherungen; Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages; Ratenzahlungsverträge; Sachmängelhaftung im Werkvertrag; Verjährung der Sachmängelansprüche; Einreden gegen Zahlungsanspruch; Selbstschuldnerische Haftung des Bürgen

**Blätter:**

<b>Überblick: Vertragliche Schuldsicherungen</b>	<b>61/62</b>
<b>Überblick: Die Bürgschaft</b>	<b>63</b>
<b>Prüfungsschema: Anspruchs des Gläubigers gegen den Bürgen</b>	<b>64/65</b>
<b>Überblick/Prüfungsschema: Der Nacherfüllungsanspruch des § 635 BGB</b>	37
<b>Überblick: Begriff des Sachmangels</b>	35
<b>Überblick: Rücktritt wegen Mangelhaftigkeit</b>	39
<b>Prüfungsschema: Recht des Bestellers auf Rücktritt vom Vertrag</b>	40
<b>Prüfungsschema: Recht des Bestellers auf Minderung</b>	41
<b>Überblick: Gefahrübergang im Werkvertragsrecht</b>	36
<b>Überblick: Abnahme eines Werkes</b>	48
<b>Überblick: Verjährung der Sachmängelansprüche</b>	47
<b>Sonderformen der Bürgschaft</b>	66/67

**Ein Anspruch des U gegen B könnte sich aus einem Bürgschaftsvertrag nach § 765 I BGB i.V.m. § 631 I BGB ergeben.**

(vgl. Blatt 63: Überblick: Die Bürgschaft)

**I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag und Bestand der gesicherten Hauptforderung**

(vgl. Blatt 64/65 : Prüfung eines Anspruchs des Gläubigers gegen den Bürgen)

Zwischen U und B müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein. Darüber hinaus müsste eine gesicherte Hauptforderung bestehen.

**1. Wirksame Einigung zwischen U und B**

Der Bürgschaftsvertrag setzt die Einigung des Gl mit dem Bürgen voraus, dass der Bürge für die Forderung des Gl gegen den Hauptschuldner, die Hauptforderung eintreten will.

Dies ist im Wege der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

**a) Auslegung der Sicherungszusage**

Fraglich ist, wie die selbstschuldnerische Verpflichtung des B auszulegen ist.

Der Wortlaut der Erklärung deutet auf eine **Bürgschaft** hin. Der Wortlaut ist allerdings nicht stets maßgeblich, wenn die Parteien etwas anderes gewollt haben.

(vgl. Blatt 61/62: Vertragliche Schuldsicherungen)

Hier kommt eine **kumulative Schuldübernahme** (Schuldbeitritt) in Betracht.

Die Bürgschaft und die Schuldmitübernahme nach §§ 241, 311 BGB unterscheiden sich dadurch, dass der nicht formbedürftige Schuldbeitritt das Bestehen der Hauptforderung nur zum Zeitpunkt der Begründung voraussetzt. Im Übrigen ist sie von der Hauptschuld aber unabhängig. Demgegenüber ist die Bürgschaft von der Hauptforderung abhängig (akzessorisch).

Bei der Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft ist entscheidend, ob nach dem Willen der Vertragspartner eine selbständige oder nur eine angelehnte Schuld begründet werden soll.<sup>28</sup> Für den Schuldbeitritt spricht das eigene **wirtschaftliche** Interesse. Für eine Bürgschaft spricht das **persönliche** Interesse. Bei Zweifeln ist die Bürgschaft anzunehmen, weil diese gesetzlich geregelt ist.

Vorliegend ist ein eigenes wirtschaftliches Interesse des B nicht ersichtlich. B ist der Bruder des A und wurde wohl aus Gefälligkeit tätig, so dass von einem persönlichen Interesse des B auszugehen ist. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, entgegen dem klaren Wortlaut der Verpflichtung eine kumulative Schuldübernahme anzunehmen.

**(zu weiteren Sicherheiten vgl. Blatt 61/62: Vertragliche Schuldsicherungen)**

### b) Hinreichende Bestimmtheit der Forderung

An der hinreichenden Bestimmtheit der Werklohnforderung bestehen keine Bedenken.

U und B haben damit einen Bürgschaftsvertrag abgeschlossen.

## 2. Formerfordernis nach § 766 I S.1 BGB

Die Schriftform des § 766 I BGB wurde gewahrt.

**Exkurs:** Ist der Bürge Vollkaufmann und die Bürgschaft ein Handelsgeschäft für den Bürgen, ist die Schriftform nach § 350 HGB nicht erforderlich.

## 3. Bestehen der Hauptforderung

Weiterhin müsste eine wirksame Hauptforderung nach § 767 I S.1 BGB bestehen (Akzessorietät).

Fraglich ist, ob der Werkvertrag hier wirksam geschlossen wurde. Gegen die Wirksamkeit der betreffenden Willenserklärungen bestehen grundsätzlich keine Bedenken, allerdings wurde hier eine **Ratenzahlung** vereinbart. Fraglich ist, ob diese nach § 501 BGB wirksam ist. Sollte es sich um einen Vertrag zwischen U als **Unternehmer** und B als **Verbraucher** handeln, so müssten die Anforderungen über das Verbraucherdarlehen im in § 501 BGB vorgesehenen Umfang eingehalten worden sein. Allerdings ist U hier nur Hobbybastler und handelt daher bei Abschluss des Vertrages nicht im Sinne des § 14 BGB in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit. U ist daher nicht Unternehmer, so dass die besonderen Vorschriften über Verbraucherdarlehen nicht eingehalten werden müssen.

**Beachte:** Die Erstellung des Kostenvoranschlags ist nach § 632 III BGB grundsätzlich nicht zu vergüten.

Die Hauptforderung in Höhe von 4.000 Euro ist daher **wirksam entstanden**, jedoch in Höhe der von A gezahlten Raten bereits nach § 362 BGB untergegangen. Es besteht jedoch noch eine Restschuld in Höhe von 1.500,00 Euro.

Die Abhängigkeit von dem Bestehen einer Forderung hat die Bürgschaft mit dem Pfandrecht § 1204 ff BGB gemeinsam. Im Unterschied hierzu haftet der Bürge für die Verbindlichkeit des Schuldners mit seinem ganzen Vermögen, der Besteller eines Pfandrechts dagegen nur mit dem verpfändeten Gegenstand.

Durch die Entgegennahme des Fahrzeugs, die durchgeführte Probefahrt und die Aufnahme der Ratenzahlung liegt nach der Theorie der Annahme als im wesentli-

---

<sup>28</sup> BGH NJW 1986, 580

chen vertragsgerechte Leistung auch Abnahme nach § 640 I 1 BGB vor, so dass der Vergütungsanspruch auch nach § 641 BGB fällig ist. Der Anspruch des U gegen B ist damit entstanden.

### III. Erlöschen des Anspruchs

Für ein Erlöschen oder eine Befreiung ist nichts ersichtlich.

### IV. Durchsetzbarkeit

Der Anspruch des U müsste auch durchsetzbar sein. Es könnten Einreden entgegenstehen. Gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger kann B sich dabei nicht nur mit seinen **eigenen Einreden** aus dem Bürgschaftsverhältnis verteidigen, sondern sich gem. § 768 I 1 BGB auch auf die **Einreden des Schuldners A** berufen.

#### 1. Eigene Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis

Sofern sich B darauf beruft, dass U zunächst den A in Anspruch nehmen soll, macht er die **Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB** geltend. Danach ist der Gläubiger grundsätzlich verpflichtet, zunächst einen Anspruch gegen den Schuldner titulieren zu lassen und die Zwangsvollstreckung zu versuchen. Erst wenn diese erfolglos blieb, kann er gegen den Bürgen vorgehen. Allerdings sieht **§ 773 BGB** vor, dass diese Einrede in bestimmten Fällen ausgeschlossen ist. Dies gilt vor allem, wenn der Bürge sich nach § 773 I Nr. 1 BGB selbstschuldnerisch verbürgt hat.

Eine solche **selbstschuldnerische Verpflichtung** hat B hier übernommen, so dass ihm die Berufung auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) verwehrt ist.

Andere Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis zwischen U und B kommen nicht in Betracht.

#### 2. Einreden des Hauptschuldners, § 768 I 1 BGB

Nach § 768 I 1 BGB kann sich B allerdings auch auf die Einreden des A berufen. Fraglich ist jedoch, welche Einreden dem A hier zustehen könnten. A hat die Fortführung der Ratenzahlung verweigert, weil U nicht zur Durchführung von Nacharbeiten bereit war.

##### a) Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB

In Betracht kommt daher zunächst eine **Einrede** des A nach **§ 320 BGB**. Dann müssen die Voraussetzungen vorliegen

##### aa) gegenseitiger Vertrag

Der zwischen A und U geschlossene Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

##### bb) Leistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis

Aus dem Werkvertrag ergeben sich gegenseitige Leistungspflichten dergestalt, dass U nach § 631 I BGB verpflichtet ist, das versprochene Werk zu erstellen und A den Werklohn zahlen muss. Diese Werklohnzahlung will A nun – zumindest zum Teil – verweigern. Dies kann er nur, wenn U seiner **Leistungspflicht noch nicht nachgekommen** ist.

Hier hat U die Restaurierung des Motorrollers aber vorgenommen, so dass fraglich ist, ob er seine Leistung nicht bereits erbracht und der Leistungsanspruch des A nach § 362 BGB durch **Erfüllung** untergegangen ist.

Allerdings **schuldet** U nicht nur die Herstellung des Werkes, sondern nach § 633 I BGB **auch die Mangelfreiheit**. Sollte A daher Sachmängelansprüche geltend machen können, so ist die Leistungspflicht des U noch nicht erloschen und A kann sich auf § 320 BGB berufen.

Es kommt also darauf an, ob A hier Sachmängelansprüche gegen U geltend machen kann.

A hatte hier von U die Durchführung von Nacharbeiten verlangt. Ein solcher **Anspruch auf Nacherfüllung** könnte sich aus **§§ 634 Nr. 1, 635 BGB** ergeben.

**(vgl. Blatt 37: Überblick/Prüfungsschema: Der Nacherfüllungsanspruch des § 635 BGB)**

- (1) Ein **Werkvertrag** wurde zwischen A und U geschlossen (s.o.).
- (2) Das hergestellte Werk müsste auch **mangelhaft** i.S.d. § 633 II BGB sein.

**(vgl. Blatt 35: Überblick: Begriff des Sachmangels)**

- (a) Eine **Beschaffensvereinbarung** nach § 633 II 1 BGB kommt hier nicht in Betracht.
- (b) Auch wurde keine vertragliche Vereinbarung zur **Verwendungseignung** nach § 633 II 2 Nr. 1 BGB getroffen.
- (c) Der Ölverlust am Motor stellt jedoch eine Abweichung von **üblicher Weise** nach Generalüberholung **zu erwartenden Beschaffenheit** eines Kraftfahrzeuges i.S.d. § 633 II 2 Nr. 2 BGB dar.

Ein Sachmangel i.S.d. § 633 II BGB ist daher gegeben.

- (3) Dieser Mangel muss auch im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 644 BGB) vorgelegen haben.

**(vgl. Blatt 36: Der Gefahrübergang im Werkvertragsrecht; Blatt 48: Abnahme eines Werkes)**

Der Gefahrübergang findet nach § 644 I 1 BGB grundsätzlich mit der Abnahme nach § 640 BGB statt.

Abnahme ist nach der herrschenden Theorie der Annahme als Erfüllung die **körperliche Entgegennahme des Werks** durch den Besteller verbunden mit seiner **Erklärung, das Werk im wesentlichen als vertragsgemäß anzuerkennen**<sup>29</sup>. Die Anerkennung kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen, so z.B. durch die Ingebrauchnahme des im Wesentlichen funktionstüchtigen Werkes.

Hier hat A das Fahrzeug abgeholt, hat die erste Rate gezahlt und eine Testfahrt gemacht. Hierin ist die Abnahme zu sehen.

Nach der gutachterlichen Feststellung lag die Mangelhaftigkeit zu diesem Zeitpunkt wegen der unfachmännischen Durchführung der Arbeiten bereits vor, so dass der Mangel auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.

- (4) Grundsätzlich hat zwar nach § 635 I BGB der **Unternehmer** das Recht, zwischen **Nachbesserung** und **Neulieferung** zu wählen, hier verweigert U die Nacherfüllung aber grundsätzlich, ohne dass

<sup>29</sup> BGHZ 48, 257, 262; Palandt-Thomas, § 640 Rn.2

ein Grund ersichtlich ist, der ihm die **Nacherfüllung** gem. § 635 III BGB **unzumutbar** machen würde.

- (5) Ein **Ausschluss** nach § 640 II BGB wegen Abnahme trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit ohne Vorbehalt kommt nicht in Betracht.
- (6) Der Anspruch des A dürfte auch **noch nicht verjährt** sein.

**(vgl. Blatt 47: Verjährung der Sachmängelansprüche)**

Verjährung tritt nach § 634a I Nr. 1 BGB grundsätzlich nach 2 Jahren ein, wobei die Verjährung gem. § 634a II BGB mit der Abnahme beginnt.

Die Abnahme ist am 25.04.2002 erfolgt. Am 15.04.2004 hat A erstmalig seinen Nacherfüllungsanspruch geltend gemacht, der jedoch von U zurückgewiesen wurde. Diese **Geltendmachung** erfolgte daher noch **innerhalb der Verjährungsfrist**. Nunmehr ist die Verjährungsfrist zweifellos abgelaufen. Fraglich ist daher, ob das Nacherfüllungsverlangen ausreichte, um den Ablauf der Verjährungsfrist zu **hemmen**. Da U sich nicht auf Verhandlungen über einen möglichen Nacherfüllungsanspruch eingelassen hat, kommt eine Hemmung nach § 203 BGB nicht in Betracht. Mangels Klageerhebung o.ä. ist auch eine **Hemmung durch Rechtsverfolgung** nach § 204 BGB nicht gegeben, so dass kein Hemmungstatbestand vorliegt. Die Geltendmachung des Anspruchs allein reicht nicht aus, um den Lauf der Verjährung zu hemmen.

A kann einen Nacherfüllungsanspruch daher nicht mehr geltend machen und dem U nach § 320 BGB gegenüber dessen Werklohnforderung entgegenhalten.

- b) Da A nach Ausbleiben der Nacherfüllung ab Anfang Mai 2004 die Raten nicht mehr gezahlt hat, hat er sich möglicherweise schon seinerzeit auf sein **Minderungsrecht nach §§ 634 Nr. 3, 636, 638 BGB** berufen.

**(vgl. Blatt 41: Recht des Bestellers auf Minderung)**

Ein solches Minderungsrecht setzt voraus, dass A wegen der Mangelhaftigkeit der Arbeiten **zum Rücktritt berechtigt** wäre. Dann müssen die Voraussetzungen der §§ 634 Nr. 3, 636, 323 BGB vorliegen.

- aa) Das im Rahmen des geschlossenen Werkvertrages von U hergestellte Werk weist nach § 633 II Nr. 3 BGB einen Sachmangel auf, der auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, so dass die **grundsätzlichen Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung gegeben** sind (s.o.).

- bb) Dann müssen aber auch die **Voraussetzungen für einen Rücktritt** nach § 323 BGB vorliegen.

Grundsätzlich setzt der Rücktritt vom Werkvertrag als einem Gegenseitigen Vertrag voraus, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wird. Eine solche **Fristsetzung** ist hier nicht erfolgt. Allerdings hat U die Nacherfüllung verweigert, so dass es nach § 323 II Nr. 1 BGB einer Fristsetzung auch nicht bedurfte.

**Beachte aber, falls erforderlich, Sondervorschrift des § 636 BGB.**

- cc) Der **Ausschlussgrund des § 323 V 2 BGB** im Zusammenhang mit der nicht vertragsgemäßen Leistung findet auf die Minderung nach § 638 I

2 BGB **keine Anwendung**. Ein Ausschluss nach § 323 VI BGB kommt ersichtlich nicht in Betracht.

dd) Fraglich ist jedoch, ob nicht der Zeitablauf der Geltendmachung des Minderungsrechts entgegensteht. Maßgeblich ist hier nach § 634a V, IV 2 BGB die Regelung des § 218 BGB. **§ 218 BGB** macht die Berechtigung zum Rücktritt aber von der Verjährung des Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruchs abhängig. Da die Sache am 25.04.2002 übergeben wurde konnte ein Nacherfüllungsanspruch gem. § 634a I Nr. 1 BGB bis zum 25.04.2004 geltend gemacht werden. Zwar hat A die Nacherfüllung noch zuvor vergeblich gefordert, aber hierdurch, wie schon geprüft, den Lauf der Verjährung nicht gehemmt, so dass der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. Da die Minderung aber zuvor noch nicht wirksam vorgenommen wurde, ist die Ausübung des Minderungsrechts nach § 218 BGB unwirksam.

ee) Allerdings bleibt dieses Minderungsrecht dem A nach § 634 a V, IV 2 BGB als **Abwehrrecht gegen den Vergütungsanspruch** erhalten, auch wenn die aktive Geltendmachung wegen Verjährung nicht mehr möglich ist. In diesem Zusammenhang wird das Minderungsrecht zur Einrede gegen die Restwerklohnforderung (**sog. MängelEinrede**).

Es ist davon auszugehen, dass angesichts der Gesamtkosten in Höhe von 4.000 Euro eine Minderung wegen mangelhafter Restaurierung des Motors in Höhe von 1.500 Euro auf jeden Fall angemessen ist.

A konnte daher die Zahlung des Restwerklohnes verweigern. Hierauf kann B sich nach § 768 I BGB auch berufen.

**Ergebnis:** Der Anspruch des U gegen B aus §§ 765, 631 I BGB ist daher gem. §§ 634 a V, IV 2 BGB nicht durchsetzbar. Er kann von B daher nicht die Zahlung von 1.500 Euro verlangen.

### Abwandlung

#### **Anspruch des B gegen A auf Zahlung von 1.500 Euro gem. §§ 774, 631 I BGB**

B könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 1.500 Euro gem. § 774, 631 I BGB haben.

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

Begleicht der Bürge die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner, so geht die Forderung des Gläubigers im Wege des **gesetzlichen Forderungsübergangs** gem. **§ 774 BGB** auf ihn über. Durch die Begleichung der Werklohnforderung ist diese daher auf B übergegangen, so dass ein Anspruch gegen A nach §§ 774, 631 I BGB entstanden ist.

##### **II. Anspruch untergegangen**

Ein Untergang dieses Anspruchs kommt nicht in Betracht.

##### **III. Anspruch durchsetzbar**

Fraglich ist jedoch, ob dieser Anspruch durchsetzbar ist oder ob dem A Einreden zustehen, die er dem B entgegenhalten kann.

Wie oben festgestellt, hätte B nach **§§ 634 Nr. 3, 636, 638, 634a V, IV 2, 218 BGB** dem U gegenüber die Restwerklohnzahlung verweigern können. Im

stünde daher eine Einrede gegen B zu, wenn er dem B dies entgegenhalten könnte.

Nach **§ 412 BGB** finden die **Regelungen über die rechtsgeschäftliche Abtretung** auch auf die Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs Anwendung. Nach **§ 404 BGB** kann aber der Schuldner dem neuen Gläubiger die **Einwendungen** entgegenhalten, die **zur Zeit der Abtretung gegen den alten Gläubiger** bestanden haben. Im Falle des gesetzlichen Forderungsübergangs kann er also nach §§ 412, 404 BGB solche Einwendungen erheben, die im Zeitpunkt des gesetzlichen Forderungsübergangs gegen die Forderung bestanden. Zum Zeitpunkt der Zahlung des B an U konnte A dem U gegenüber aber die Zahlung unter Berufung auf sein Minderungsrecht verweigern, so dass er diese Einrede nun auch dem B entgegenhalten kann.

**Ergebnis:** B kann seinen Anspruch gegen A auf Zahlung von 1.500 Euro nach §§ 774, 631 I BGB gem. §§ 412, 404, 634 Nr. 3, 636, 638, 634a V, IV 2, 218 BGB nicht durchsetzen.

## Kontrollfragen zu Fall 7

1. Welche Voraussetzungen muss man bei einer Bürgschaft prüfen?
2. Welche vertraglichen Schuldsicherungen neben der Bürgschaft kennen Sie?
3. Wie ist die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft abzugrenzen?
4. Wie ist der selbständige Garantievertrag von der Bürgschaft abzugrenzen?
5. Was ist der Unterschied zwischen der Bürgschaft und der befreienden Schuldübernahme?
6. Was ist der Unterschied zwischen der Bürgschaft und dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis?
7. Was ist der Unterschied zwischen der Bürgschaft und dem Kreditauftrag?
8. Was ist der Unterschied zwischen der Bürgschaft und der Erfüllungsübernahme?
9. Ist für die Bürgschaft stets Schriftform erforderlich?
10. Was versteht man unter der Akzessorietät der Bürgschaft?
11. Was ist der Unterschied zwischen Bürgschaft und Pfandrecht?
12. Welche Einreden des Bürgen gibt es?
13. Wie ist das Verhältnis des § 320 BGB zu den Gewährleistungsvorschriften?
14. Kann sich der Besteller auch nach Verjährung seiner Sachmängelansprüche in irgendeiner Weise noch auf diese berufen? Woraus ergibt sich das?
15. Kann der Bürge dem Gläubiger auch solche Einwendungen entgegen halten, auf die sich der Schuldner nicht berufen hat? Woraus ergibt sich das?
16. Welche Ansprüche hat der Bürge gegen den Schuldner, wenn er in Anspruch genommen wurde? Woraus ergibt sich das?
17. Welches Recht findet auf die Fälle der cessio legis Anwendung?
18. Kann der Schuldner ihm dabei das entgegen halten, was er auch dem Gläubiger entgegenhalten konnte? Woraus ergibt sich das?