



JURISTISCHE FAKULTÄT
HeidelPräp!



**UNIVERSITÄT
HEIDELBERG**
ZUKUNFT
SEIT 1386

Allgemeine Lösungshinweise HK 603

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer
Besprechung am: 10.10.2022



GLIEDERUNG

Aufgabe 1

I.	§ 535 II BGB	4
1.	Vertragsschluss	4
2.	Fälligkeit der Miete für den Monat April 2020.....	5
3.	Beschränkung der Auswirkungen staatlicher Maßnahmen auf die Mietzahlungspflicht aufgrund abschließender Regelung dieser Problematik in Art. 240 § 2 EGBGB?	5
4.	Kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 240 § 1 EGBGB	5
5.	(Teilweises) Erlöschen der Mietpreiszahlungspflicht nach § 536 I BGB	6
6.	Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung der Miete nach § 326 I, § 275 BGB?	7
7.	Wegfallen des Zahlungsanspruchs aufgrund § 313 I BGB	8
a)	Anwendbarkeit	8
b)	schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind (§ 313 I BGB).....	8
c)	kein Vertragsschluss oder Vertragsschluss mit anderem Inhalt bei Kenntnis dieser Veränderung (§ 313 I BGB)	8
d)	Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag, insbesondere unter Berücksichtigung der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung (§ 313 I BGB)	9
e)	Rechtsfolge von § 313 I BGB	9
II.	Ergebnis	10

Aufgabe 2

I.	§§ 545, 535 II BGB	11
II.	§ 546a I BGB.....	11
III.	§§ 987 I, 990 I BGB.....	11
IV.	§ 812 I 1 Alt. 2 BGB.....	11
V.	§§ 989, 990 I BGB.....	12
VI.	§§ 990 II, 280 I, II, 286 I BGB	12
VII.	§ 823 I BGB.....	13
VIII.	Ergebnis zu Frage 2:.....	13

Aufgabe 3

I.	§ 765 I BGB	14
1.	Anspruch entstanden	14
a)	Angebot auf Abschluss einer Bürgschaft.....	14
b)	Wahrung der Form des § 766 II BGB	14
c)	Wahrung der Form des § 494 BGB	14
d)	Abgabe und Zugang	15



e)	Annahmeerklärung	15
f)	Ergebnis.....	15
2.	Anspruch nicht erloschen.....	15
a)	Anspruch erloschen wegen Anfechtung nach § 119 II BGB	15
b)	Widerruf der Bürgschaft	15
3.	Anspruch durchsetzbar / nicht einredebehaftet.....	16
a)	Einwendungen des Hauptschuldners, § 768 I BGB	16
b)	Einwendungen des Bürgen	16
II.	Ergebnis	17



GUTACHTEN

HINWEIS

Diese Klausur beruht auf der **Aufsichtsarbeit Nr. 1** in der **Ersten juristischen Prüfung Herbst 2021**. Die nachfolgenden Lösungshinweise entsprechen den Originallösungshinweisen des Landesjustizprüfungsamts Baden-Württemberg.

Aufgabe 1: Anspruch auf Zahlung von 4.900 Euro für den Monat April 2020

Es handelt sich bei der Frage, wie sich Schließungsanordnungen auf das Mietrecht auswirken, um eine derzeit breit diskutierte Frage, zu der unter- wie obergerichtliche Rechtsprechung ergangen ist, aber noch keine BGH-Entscheidung vorliegt. Bei Aufgabe 1 – insbesondere bei der Frage, ob ein Mangel vorliegt und ob § 313 BGB greift – ist die Qualität der Argumentation entscheidend. Das Thema selbst sollte gut vorbereitete Examenskandidaten nicht überraschen.

I. § 535 II BGB

V könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses in Höhe von 4.900 Euro aus Mietvertrag gemäß § 535 II BGB haben.

1. Vertragsschluss

Dazu müsste zwischen M und V ein Mietvertrag bestehen. V könnte dabei im Wege der Erbfolge in einen zwischen M und E geschlossenen Mietvertrag eingetreten sein (§ 1922 I BGB).

E hat zwar keine eigene auf Abschluss eines Mietvertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben, müsste sich aber möglicherweise die Willenserklärung der X nach § 164 I 1 BGB zurechnen lassen, wenn X die E wirksam vertreten hat. Im Rahmen der Gespräche zwischen X und M war der genaue Mietpreis noch auszuhandeln. X hat damit eine eigene Willenserklärung abgegeben und nicht lediglich eine Willenserklärung der E übermittelt. Auch gab X beim Termin an, dass sie heute für E die Verhandlungen führe und unterschrieb mit „in Vertretung für E:“ vor ihrem Namen. Sie handelte somit im Namen der E (vgl. § 164 I 1 BGB). Allerdings hatte E die der X gegenüber erteilte Vollmacht (vgl. § 167 I Var. 1 BGB) ausdrücklich auf den Abschluss eines Mietvertrags mit einem Mietpreis nicht unter 5.000 Euro beschränkt. Der Abschluss eines Mietvertrags, der einen Mietpreis von 4.900 Euro vorsah, war damit nicht von der Vertretungsmacht der X gedeckt (§ 164 I 1 BGB: „innerhalb“). Der Mietvertrag ist auch nicht sinnvoll in einen von der Vertretungsmacht noch gedeckten und einen die Grenzen der Vertretungsmacht sprengenden Teil teilbar. Eine etwaige teilweise Wirksamkeit (entgegen dem Grundsatz aus § 139 BGB) kommt daher nicht in Betracht. Der Mietvertrag war damit insgesamt schwebend unwirksam und wäre mit Genehmigung der E wirksam geworden (§ 177 I BGB). Die Genehmigung und auch ihre Verweigerung konnte nach § 182 I BGB in den Grenzen des § 177 II 1 Hs. 1 BGB sowohl gegenüber M als auch gegenüber X erklärt werden.¹ Hier hat E die Genehmigung mit der gegenüber X erklärten Äußerung, dass „sie auf keinen Fall derart billig vermieten möchte“, verweigert. Allerdings wurde diese Verweigerung nach § 177 II 1 Hs. 2 BGB mit der in der E-Mail vom 26. November 2018 erklärten Aufforderung der M zur Erklärung über die Genehmigung unwirksam. Die Aufforderung kann, wie hier, ergebnisoffen formuliert sein.²

Nach § 177 II 2 BGB gilt die Genehmigung jedoch nach Ablauf der Zweiwochenfrist für die Erklärung an sich als verweigert. Da der Zugang der E-Mail der M mit der Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung für den Fristbeginn maßgeblich³ und am 26. November 2018 erfolgt ist, erfolgte die

¹ Jauernig/Mansel, 18. Auflage, 2021, § 177, Rn. 6; a.A. BeckOGK/Ulrici, Stand: 01.01.2021, § 177, Rn. 143, 187: Möglichkeit der Erteilung der Genehmigung und ihrer Verweigerung einerseits dem vollmachtlosen Vertreter und andererseits dem Geschäftspartner gegenüber folgt nicht aus § 182 I BGB, sondern aus einem Umkehrschluss zu bzw. Rückschluss aus § 177 II 1 Hs. 1 BGB.

² MüKoBGB/Schubert, 8. Auflage, 2018, § 177, Rn. 24.

³ Vgl. BeckOGK/Ulrici, Stand: 01.01.2021, § 177, Rn. 219.

Antwort der V am 27. Dezember 2018 nach dem Fristende am 10. Dezember 2018 (§ 188 II Var. 1 BGB) und damit an sich zu spät. Allerdings hat M der E in der E-Mail eine Frist bis zum 31. Dezember 2018 eing eingeräumt, die im Fall die maßgebliche Frist ist und von V eingehalten wurde. Denn diese Fristverlängerung ging einseitig zulasten der M, da sich der Schwebezustand verlängerte. Für E bzw. V dagegen blieb lediglich längere Zeit, sich über die Genehmigung zu erklären und damit den Schwebezustand einseitig zu beenden. Auch dient die Frist des § 177 II 2 BGB nur dem Interesse der M.⁴ Somit konnte M die Frist hier einseitig bis zum 31.12.2018 verlängern.⁵

Die von V am 27. Dezember 2018 erklärte Genehmigung wäre aber nur dann überhaupt beachtlich, wenn V Inhaberin des Genehmigungsrechts war. Ursprünglich war E als Vertretene Inhaberin des Genehmigungsrechts. Nach ihrem Tod könnte es aber auf V übergegangen sein, wenn sie Alleinerbin der E war⁶ (§ 1922 I BGB). Eine Regelung der Erbfolge seitens der E durch vorrangige letztwillige Verfügung ist mangels Angaben im Sachverhalt nicht ersichtlich. V ist nach § 1924 I BGB als einziges Kind der E gesetzliche Erbin erster Ordnung. Daneben beerbt die E als Witwe auch kein Ehegatte nach § 1931 I (i.V.m. 1371 I) BGB. V ist somit Alleinerbin der E und war damit auch V ist somit Alleinerbin der E und war damit auch zur Genehmigung des Vertrags berechtigt. Mit der E-Mail vom 27. Dezember 2018, die mangels anderer Angaben noch am selben Tag zugeing, hat V die Genehmigung fristgerecht erteilt. Der Vertrag war damit nach § 184 I BGB von Anfang an wirksam. Der vereinbarte monatliche Mietzins betrug somit 4.900 Euro.

Es bestand somit ein wirksamer Mietvertrag zwischen M und der als Erbin an die Stelle der E getretenen V (§ 1922 I BGB).

2. Fälligkeit der Miete für den Monat April 2020

Nach §§ 579 II, 556b I BGB war die Miete für den Monat April 2020 spätestens am dritten Werktag des Aprils 2020 fällig.

3. Beschränkung der Auswirkungen staatlicher Maßnahmen auf die Mietzahlungspflicht aufgrund abschließender Regelung dieser Problematik in Art. 240 § 2 EGBGB?

In Art. 240 § 2 EGBGB findet sich keine Regelung zum Umfang der Mietpreiszahlungspflicht. Auch entfaltet die Norm keine Sperrwirkung dahingehend, dass staatliche Maßnahmen zur Eindämmung des SARS-CoV-2- Virus darüber hinaus keine sonstigen Folgen auf den Umfang der Mietpreiszahlungspflicht hätten, da es sich nicht um eine abschließende Regelung handelt. Von der Annahme einer Sperrwirkung ist schon aufgrund des später eingeführten Art. 240 § 7 EGBGB nicht auszugehen.⁷

Ausführungen zu Art. 240 § 2 EGBGB können von Studierenden nicht erwartet werden. Die Norm ist weder im Sachverhalt genannt, noch gehört sie zum Pflichtstoff. Sollten sich Prüflinge mit ihr auseinandersetzen, kann dies positiv bewertet werden.

4. Kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 240 § 1 EGBGB

Ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 240 § 1 EGBGB kommt nicht infrage, da nach Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 1 EGBGB die Abs. 1 und 2 unabhängig von der Frage, ob die Voraussetzungen vorliegen, nicht auf Mietverträge über Grundstücke oder über Räume anwendbar sind.

⁴ BeckOKBGB/Schäfer, 57. Edition, Stand: 01.05.2021, § 177, Rn. 35.

⁵ Vgl. auch MüKoBGB/Schubert, 8. Auflage, 2018, § 177, Rn. 28.

⁶ Vgl. BeckOKBGB/Schäfer, 57. Edition, Stand: 01.05.2021, § 177, Rn. 26.

⁷ OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn.. 27 bei juris m. w. Nachweisen.

Auch Ausführungen zu Art. 240 § 1 EGBGB können von Studierenden nicht erwartet werden. Die Norm ist weder im Sachverhalt genannt, noch gehört sie zum Pflichtstoff. Sollten sich Prüflinge mit ihr auseinandersetzen, kann dies positiv bewertet werden.

5. (Teilweises) Erlöschen der Mietpreiszahlungspflicht nach § 536 I BGB

Nach § 536 I BGB würde die Pflicht zur Zahlung des Mietpreises von Gesetzes wegen gemindert, wenn die Mietsache einen Sachmangel i.S.v. § 536 I BGB gehabt hätte, der die Tauglichkeit der Mietsache nicht unerheblich minderte. Ein Sachmangel i.S.v. § 536 I BGB liegt dann vor, wenn der Zustand der Mietsache für den Mieter nachteilig vom vertraglich vereinbarten Zustand abweicht.⁸ Neben physischen Eigenschaften der Sache kann ein Mangel auch auf tatsächlichen Umständen oder rechtlichen Verhältnissen in Bezug auf die Mietsache beruhen (Umwelt- oder Umfeldmangel), welche für den Mieter nach allgemeiner Verkehrsanschauung unmittelbar eine Beeinträchtigung der Sache und ihres Gebrauchswerts zur Folge haben.⁹

Dabei sind zunächst die expliziten, vertraglichen Vereinbarungen zum Soll- Zustand der Mietsache zu betrachten. Diesbezüglich kann im vorliegenden Fall festgehalten werden, dass die Mietsache „nur zum Betrieb eines Bekleidungsgeschäfts“ genutzt werden durfte und damit lediglich ein Betriebszweck vereinbart war. Eine explizite Vereinbarung des Soll-Zustands fehlt aber.

In Ermangelung einer expliziten Abrede muss der geschuldete Standard, d.h., der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand, im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der Verkehrssitte und des vereinbarten Betriebszwecks ermittelt werden.¹⁰

Im vorliegenden Fall scheint es diesbezüglich vertretbar, angesichts des vereinbarten Betriebszwecks, der der Festlegung des vertragsgemäßen Gebrauchs und damit auch des Soll-Zustands dient, beispielsweise mit der Begründung, dass sich die Mietsache hier (zeitweilig) für diesen Zweck nicht uneingeschränkt eignete, da Kunden das Geschäft nicht betreten konnten, eine unmittelbare Beeinträchtigung und einen Mangel zu bejahen.¹¹ In diesem Falle mindert sich der Anspruch auf Mietpreiszahlung für April 2020 kraft Gesetzes nach § 536 I 2 BGB auf einen angemessen herabgesetzten Teil. Die Tauglichkeit war hier allerdings nicht ganz aufgehoben. Die Lagerräume beispielsweise blieben nutzbar, weshalb es nicht zu einem vollständigen Wegfall der Mietpreiszahlungspflicht kommen dürfte. Vertretbar ist eine Reduktion auf 50 Prozent des vereinbarten Mietpreises.

Andere Minderungsquoten sind selbstverständlich vertretbar.

Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass es sehr weitgehend erscheint, dem Vermieter mangels weiterer Anhaltspunkte im Wege der (ergänzenden) Auslegung zu unterstellen, dass er für die nicht vorhersehbaren Folgen der Pandemie eintreten wollte.¹² Eine Mängelhaftung ausgehend vom vereinbarten Betriebszweck zu bejahen, würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass dem Betriebszweck eine Vereinbarung zu entnehmen ist, dass der Vermieter für sämtliche Fälle eintreten will, in denen die Nutzung nicht sinnvoll möglich ist. Geschuldet ist aber eben nur die Überlassung von

⁸ Palandt/Weidenkaff, 80. Auflage, 2021, § 536, Rn. 16.

⁹ Palandt/Weidenkaff, 80. Auflage, 2021, § 536, Rn. 16. Das Unmittelbarkeitskriterium soll dabei als Abgrenzung von den Gewährleistungsvorschriften der §§ 536ff. BGB zum Verwendungsrisiko, etwa dem unternehmerischen Risiko des Mieters, wozu auch das Risiko gehört, dass das Publikum ausbleibt, dienen (vgl. BeckOK/Wiederhold, 57. Edition, Stand: 01.05.2021, § 536, Rn. 68).

¹⁰ Vgl. Sentek/Ludley, NZM 2020, 406 (407).

Dabei wird teilweise zur Bestimmung von Treu und Glauben im Rahmen der Auslegung die gesetzliche Risikoverteilung herangezogen (OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 30 bei juris) und damit hier an dieser Stelle auf das von Vermieter zu tragende Risiko der Gebrauchstauglichkeit (§ 535 I 2 BGB) und das demgegenüber vom Mieter zu tragende Verwendungs-/Ertragsrisiko (vgl. § 537 I BGB) eingegangen

¹¹ In diese Richtung Sentek/Ludley, NZM 2020, 406 (407f.), allerdings im Rahmen einer aus dem Betriebszweck abgeleiteten ausdrücklichen Beschaffensvereinbarung.

¹² Ähnlich argumentiert auch Zehelein, NZM 2020, 390 (397) im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung.

Räumen, die für den vertragsgemäßen Gebrauch aufgrund ihrer Beschaffenheit geeignet sind. Nach dieser Auffassung liegt ein Mietmangel nicht vor.

Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus der Überlegung, die Rechtsprechung zu öffentlich-rechtlichen Gebrauchshindernissen und -beschränkungen auf diesen Fall zu übertragen. Zunächst ist festzuhalten, dass danach ein Mietmangel vorliegt, wenn die Gebrauchshindernisse und -beschränkungen auf der konkreten Beschaffenheit, Benutzbarkeit oder Lage der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters begründet sind und der Mieter durch die Beschränkung in seinem Gebrauch auch tatsächlich beeinträchtigt ist.¹³ Ausgehend von diesem Ansatz wäre demnach zu erörtern, ob die Schließungsanordnung auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache oder auf den persönlichen oder betrieblichen Verhältnissen des Mieters beruht.

Man könnte überlegen, dass die Lage der Mietsache ursächlich für die Gebrauchsbeschränkung ist, denn das Ladenlokal befand sich eben an einem Ort, an dem die Behörde Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie ergriff. Auch sollte eben die Zahl der Orte, an denen menschliche Kontakte stattfinden, minimiert werden, was für eine Ortsbezogenheit des Eingriffs sprechen könnte.¹⁴ Hier liegt aber in gewisser Weise eine „landesweite Ortsbezogenheit“¹⁵ vor, da ja das gesamte Bundesland betroffen war. Dies deutet doch eher darauf hin, dass hier ein pauschales Verbot vorlag, das nicht an den jeweiligen Ort im Einzelnen anknüpft. Auch finden sich im Sachverhalt keine Hinweise, dass nach Regionen differenziert würde. Insofern ist die Lage der Mietsache nicht entscheidend.

Die hoheitlichen Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung, die zur Schließung des Geschäfts der M führen, stellen gerade nicht auf die konkrete Beschaffenheit oder Lage der Mietsache ab, sondern auf die Nutzung als Bekleidungsgeschäft. Andere Geschäfte – wie Lebensmittelgeschäfte – blieben demgegenüber geöffnet. Es war also die konkrete Nutzung des Ladenlokals entscheidend. Dementsprechend war der Betrieb des Mieters, nicht aber die Beschaffenheit der Mietsache Grundlage der behördlichen Anordnung.¹⁶ Insofern liegt weder aufgrund der physischen Beschaffenheit der Sache noch aufgrund der Umweltbeziehung der Sache ein Mangel vor.

Selbstverständlich war es bei entsprechender Argumentation vertretbar, einen Mangel anzunehmen. In diesem Fall konnte eine Reduktion des Mietpreiszahlungsanspruchs der V über § 536 I BGB auf (etwa) die Hälfte bejaht werden. V hätte in diesem Fall gegen M aus § 535 II BGB für April 2020 nach Minderung (§ 536 I BGB) nur noch einen Mietpreiszahlungsanspruch in Höhe von 2450 Euro.

6. Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung der Miete nach § 326 I, § 275 BGB?

Der Anspruch der V auf Mietzins könnte nach § 326 I BGB erloschen sein. Dies könnte dann der Fall sein, wenn die Leistungspflicht der V nach § 275 I-III BGB ausgeschlossen ist. Ein Erlöschen des Anspruchs nach § 326 I BGB setzt voraus, dass die Norm überhaupt anwendbar ist.

Hier kann man sich zunächst auf den Standpunkt stellen, dass eine eventuelle Unmöglichkeit im vorliegenden Fall auf die Mangelhaftigkeit bzw. Gebrauchsuntauglichkeit des Mietobjekts zurückgeht. Daher werden die Normen des allgemeinen Schuldrechts nach Überlassung des Mietobjekts, die im Fall bereits im Januar 2019 stattgefunden hat, durch die §§ 536ff. BGB verdrängt.¹⁷ Ein Erlöschen des Anspruchs nach § 326 I BGB liegt damit nicht vor. Selbst wenn man im Fall davon ausgeht, dass kein Mangel der Mietsache vorliegt und § 326 I BGB von § 536 BGB nicht verdrängt wird, wird man doch keine Unmöglichkeit (§ 275 BGB) annehmen können, da M weder den unmittelbaren Besitz an der

¹³ BGH NZM 2014, 165, Rn. 20.

¹⁴ OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 32 f. bei juris.

¹⁵ Vgl. OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 33 bei juris: Die Zielsetzung sei „landesweit ortsbezogen“.

¹⁶ Vgl. BeckOKBGB/Wiederhold, Stand: 01.05.2021, § 536, Rn. 50d.

¹⁷ OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 26 bei juris



Mietsache verloren hatte noch V außer Stande war, ihr den Besitz zu verschaffen.¹⁸ Damit scheidet ein Erlöschen nach § 326 I BGB aus.

Da die Anwendung des § 326 I BGB eher fern liegt, können Ausführungen hierzu nicht erwartet werden.

7. Wegfallen des Zahlungsanspruchs aufgrund § 313 I BGB

Möglicherweise ist der Mietpreiszahlungsanspruch aber aufgrund von § 313 I BGB weggefallen.

a) Anwendbarkeit

Grundsätzlich wird § 313 I BGB von § 536 BGB verdrängt.¹⁹ Im vorliegenden Fall ist es aber gut vertretbar anzunehmen, dass kein Fall des § 536 BGB vorliegt.

Sollten Prüflinge vertretbar einen Sachmangel und damit § 536 BGB bejahen, wäre eine Prüfung von § 313 I BGB im Hilfsgutachten nicht zu erwarten. Die im Sachverhalt angelegte Problematik kann auch umfassend im Rahmen des Mängelrechts dargestellt werden.

b) schwerwiegende Veränderung von Umständen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind (§ 313 I BGB)

Im vorliegenden Fall ist die Mietsache für M aufgrund staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung des SARS-CoV-2-Virus zumindest nur noch mit erheblichen Einschränkungen verwendbar, weshalb nach dem am 31.12.2020 in Kraft getretenen Art. 240 § 7 I EGBGB an sich widerleglich vermutet wird, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 I BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, schwerwiegend verändert hat. Von den Prüflingen kann jedoch eine Kenntnis der Norm oder eine Auseinandersetzung mit ihr nicht erwartet werden. Sollten Kandidaten diese Vorschrift sehen und mit ihr argumentieren, kann dies positiv berücksichtigt werden. Bearbeitungen müssten sich dann aber auch damit auseinandersetzen, ob die Vermutung widerlegt ist. Ein bloßer Verweis auf Art. 240 § 7 I EGBGB wäre zu knapp.

Unter der Geschäftsgrundlage des Vertrags können „die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut“,²⁰ verstanden werden. Im Fall lag dem Mietvertrag die gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien zugrunde, dass es nicht zu einer derartigen Veränderung der wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen kommt, dass die Durchführung des Vertrags beeinträchtigt wird und damit auch dass es nicht zu einer weltweiten Pandemie kommt, die zur flächendeckenden Schließung von Geschäften führt.²¹ Eine schwerwiegende Änderung dieser Umstände i.S.d. § 313 I BGB trat mit der staatlichen Schließungsanordnung, die die landesweite Schließung vieler Geschäfte anordnete, ein. In der Folge konnte auch M die Mietsache nicht mehr sinnvoll für den vertraglich vorgesehenen Betrieb eines Bekleidungsgeschäfts nutzen.

c) kein Vertragsschluss oder Vertragsschluss mit anderem Inhalt bei Kenntnis dieser Veränderung (§ 313 I BGB)

Es ist naheliegend, dass die Vertragsparteien der drohenden Pandemie, hätten sie sie kommen sehen, bei der Vertragsgestaltung Rechnung getragen hätten und die für diese Zeit eine abweichende Miethöhe

¹⁸ Vgl. BeckOGK/Hörndler, Stand: 01.04.2021, § 578, Rn. 196; a.A. etwa Leo/Götz, NZM 2020, 402 (405).

¹⁹ Palandt/Grüneberg, 80. Auflage, 2021, § 313, Rn. 12.

²⁰ BGH NJW 2010, 1663 (1663).

²¹ Vgl. Zehelein, NZM 2020, 390 (398).

vereinbart hätten. Denn Gewerberaummieter hätten für die Zeit der Beschränkungen keine unverminderte Miete entrichten wollen, was von fairen Vermietern auch anerkannt worden wäre.²²

d) Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag, insbesondere unter Berücksichtigung der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung (§ 313 I BGB)

M könnte hier das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein. Dabei ist nach § 313 I BGB insbesondere auch die Risikoverteilung zu berücksichtigen. Vertragliche Vereinbarungen zur Risikoverteilung in Pandemiefällen finden sich nicht. Die gesetzliche Risikoverteilung bei Gewerberaummieten sieht auf der einen Seite vor, dass dem Mieter das Ertrags- und Verwendungsrisiko, m.a.W. das (unternehmerische) Risiko mit der Mietsache Gewinn zu erwirtschaften, obliegt (vgl. § 537 I 1 BGB). Hier ist es der Mieterin für die Zeit der Beschränkungen gar nicht möglich, sich dem Vertragszweck gemäß unternehmerisch zu betätigen. Das unternehmerische Risiko greift daher nicht.²³ Der Vermieter dagegen trägt das Risiko der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache (§ 535 I 2 BGB). Hier ist die Mietsache aber, gäbe es keine Schließungsanordnung, verwendbar. Die Mieträume sind frei zugänglich, nur die Nutzung ist untersagt. Das Risiko der von keiner zu vertretenden, unvorhersehbaren, pandemiebedingten Schließungsanordnung ist weder dem Vermieter noch dem Mieter zuzuordnen.²⁴

Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung selbstverständlich vertretbar.

Bei der Unzumutbarkeit für die M ist die Beeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebs durch die staatlichen Maßnahmen von Belang. Als Indiz für eine Unzumutbarkeit durch eine starke Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs der Mieterin M können die erheblich zurückgegangenen Umsätze im Vergleich zum Vorjahreszeitraum dienen.²⁵ Hier liefen die Geschäfte der M ohne Beeinträchtigung durch die Pandemie gut und infolge der Schließungsanordnung machte sie gar keine Umsätze mehr. Über einen längeren Zeitraum, vom März 2020 bis in den Mai, hinweg, musste sie ihr Bekleidungsgeschäft komplett geschlossen halten. Zudem erhielt sie keine staatliche Unterstützung. Auch war die Pandemie für M weder vorhersehbar noch verschuldet. Das Festhalten am unveränderten Vertrag war ihr damit unzumutbar.

e) Rechtsfolge von § 313 I BGB

Nach § 313 I BGB kann M Anpassung des Mietvertrags verlangen. Im Rahmen der Anpassung maßgeblicher Faktor ist wiederum die Zumutbarkeit. Es muss eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden.²⁶ Hier kann wieder die Risikoverteilung, die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Vorkehrungen zur Verhinderung und Abmilderung von Auswirkungen der Veränderung und die Nähe einer Partei zur Veränderung Beachtung finden.²⁷ Im Fall war sowohl die Pandemie als auch die darauffolgende Schließungsanordnung für keine der beiden Parteien vorhersehbar oder von ihnen verursacht. Mangels Vorhersehbarkeit gab es auch keine wirkliche Möglichkeit der Verhinderung. Beide Parteien haben das Risiko in gleichem Umfang zu tragen und stehen der Veränderung gleich nah bzw. fern. Hier ist daher eine Vertragsanpassung dergestalt vorzunehmen, dass die Pflicht zur Zahlung der Miete für den April 2020 auf die Hälfte vermindert wird.²⁸

Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

²² BeckOKMietrecht/M. Schultz, 23. Edition, Stand: 01.05.2021, EGBGB Art. 240 § 7, Rn. 8.

²³ OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 30 bei juris.

²⁴ Vgl. OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, 5 U 1782/20, Rn. 32 bei juris.

²⁵ Vgl. BT-Drs. 19/25322, S. 21.

²⁶ BeckOKBGB/Lorenz, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, § 313, Rn. 86.

²⁷ Vgl. Zehelein, NZM 2020, 390 (398f.).

²⁸ Für eine Halbierung auch Zehelein, NZM 2020, 390 (398f.).



Den Anspruch auf Vertragsanpassung kann M bis zur Anpassung im Wege einer dem Leistungsverlangen der V entgegengesetzten Einrede durchsetzen. Als normative Grundlagen dieser Einrede werden § 273 BGB, § 320 BGB und die dolo-agit-Einrede aus § 242 BGB diskutiert,²⁹ wobei letzteres mit der Begründung angenommen werden kann, dass das Geleistete nach Vertragsanpassung sofort wieder herauszugeben wäre.³⁰ Die Einrede hat M mit ihrem Hinweis, dass sie wegen der pandemiebedingt weggefallenen Nutzungsmöglichkeit nur den halben Mietpreis für den Monat April zahlen müsse, auch erhoben und inhaltlich damit ihren Vertragsanpassungsanspruch V gegenüber präzisiert. Ob eine inhaltliche Präzisierung erforderlich ist, braucht daher nicht erörtert zu werden.³¹

II. Ergebnis

V hat gegen M einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung eines Mietpreises in Höhe von 2.450 Euro für den Monat April 2020.

Sollten Prüflinge auf Grund entsprechender Überlegungen zu einer anderweitigen Risikoverteilung und damit zu einem höheren oder niedrigeren Anspruch der V kommen, ist dies natürlich ebenso vertretbar.

²⁹ MüKoBGB/Finkenauer, 8. Auflage, 2019, § 313, Rn. 125. Zum Thema auch BeckOGK/Martens, Stand 01.04.2021, § 313, Fn. 155f.

³⁰ MüKoBGB/Finkenauer, 8. Auflage, 2019, § 313, Rn. 126.

³¹ Für die Erforderlichkeit einer Präzisierung: BeckOGK/Martens, Stand 01.04.2021, § 313, Fn. 156. Auch sei laut Martens erforderlich, dass sich M „entsprechenden Vertragsverhandlungen gegenüber offen“ zeige, was im Fall ebenfalls zu bejahen ist.

Aufgabe 2: Anspruch der V gegen U auf Zahlung von 2.400 Euro

I. §§ 545, 535 II BGB

Ein vertraglicher Anspruch der V gegen U gerichtet auf Mietzinszahlung aus §§ 545, 535 II BGB ist ausgeschlossen, da eine stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses nur zwischen V und K (nicht aber U) in Betracht gekommen wäre.³² Da zwischen V und U kein Mietverhältnis bestand, konnte dieses auch nicht stillschweigend verlängert werden. Zudem hat V der Verlängerung ausdrücklich widersprochen.

Dieser Anspruch ist so offensichtlich nicht gegeben, dass das Fehlen seiner Prüfung nur einen geringen Mangel darstellt.

II. § 546a I BGB

Ein vertraglicher Anspruch der V gegen U auf Nutzungsentschädigung aus § 546a I BGB besteht nicht, da zwischen V und U keine vertragliche Beziehung bestand. Nur der Hauptmieter, nicht aber der Untermieter ist Schuldner des Anspruchs aus § 546a BGB.³³

III. §§ 987 I, 990 I BGB

V könnte gegen U ein Anspruch auf Wertersatz für gezogene Nutzungen gemäß §§ 987 I, 990 I BGB zustehen. V ist Eigentümerin der Wohnung, U unmittelbare Besitzerin. U besaß nie ein eigenes Besitzrecht gegenüber V (§ 986 I 1 Var. 1 BGB). Ihr könnte aber ein abgeleitetes Recht zum Besitz zustehen, § 986 I 1 Var. 2 BGB. Während der Mietvertrag zwischen V und K lief, hatte sie ein von der Hauptmieterin K abgeleitetes Besitzrecht, das aber mit dem Ende des Besitzrechts der Hauptmieterin aufgrund der Kündigung entfallen ist. Damit hat U kein Besitzrecht mehr und ist zur Herausgabe des Zimmers verpflichtet. U müsste bezüglich ihres Besitzrechts auch bösgläubig gewesen sein. Bösgläubig ist derjenige, der bei Erwerb des Besitzes in grobfahrlässiger Unkenntnis war (§ 990 I 1 BGB) bzw. bei späterer Kenntniserlangung positiv um das fehlende Besitzrecht weiß (§ 990 I 2 BGB). Hier haben sowohl K wie V die U informiert, dass sie ausziehen müsse. Damit hatte sie positive Kenntnis von ihrem fehlenden Recht. Als Rechtsfolge muss U die Nutzungen herausgeben. Zu den Nutzungen im Sinne des § 100 BGB zählen auch die Gebrauchsvorteile,³⁴ für welche Wertersatz zu leisten ist.³⁵ U hat das Zimmer bewohnt, so dass sie den Gebrauchsvorteil in Höhe von 100 Euro monatlich, insgesamt 300 Euro, herauszugeben hat. Ihr Gebrauchsvorteil ist beschränkt auf diesen Betrag, da sie an den sonstigen Zimmern der Wohnung gerade keine Nutzungen gezogen hat.

IV. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch der V gegen U auf Wertersatz für gezogene Nutzungen aus §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 kommt wegen einer vorrangigen Leistungsbeziehung zwischen V und K / K und U nicht in Betracht. Hier hat nämlich K der U den Besitz verschafft, so dass eine vorrangige Leistungsbeziehung vorliegt. Aus diesem Grunde kommt ein direkter Anspruch der V gegen U im Wege der Eingriffskondiktion nicht in Betracht.

Die hier vorgeschlagene Lösung folgt der h.M. Selbstverständlich sind andere Auffassungen gut vertretbar. Da der Sachverhalt aber nicht auf bereicherungsrechtliche Probleme zugeschnitten war, waren hierzu vertiefte Ausführungen nicht zu erwarten.

³² Hierzu auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 202.

³³ BeckOGK/Zehlelein, Stand: 01.04.2021, § 546a Rn. 22; MüKoBGB/Bieber, 8. Auflage, 2020, § 546a Rn. 3.

³⁴ BeckOGK/Mössner, Stand: 01.03.2021, § 100 Rn. 5, insbes. Rn. 5.1.

³⁵ Palandt/Herrler, 80. Auflage, 2021, § 987 Rn. 4.

V. §§ 989, 990 I BGB

V könnte einen Anspruch gegen U auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 I BGB haben. Die vorausgesetzte Vindikationslage liegt zwar vor, doch ist das Vorliegen des objektiven Haftungstatbestands, nämlich einer Sachverschlechterung, eines Sachuntergangs oder eines anderen Unvermögens der Herausgabe fraglich.³⁶ Als Verschlechterung wird die Beeinträchtigung der Sachsubstanz verstanden,³⁷ doch da das Zimmer an sich noch intakt ist, liegt keine Verschlechterung vor. Ein Untergang der Sache, verstanden als völlige Vernichtung der Sachsubstanz³⁸, liegt ebenfalls nicht vor. Und schließlich kann U das Zimmer auch noch herausgeben, so dass ein die Vindikation vereitelnder Sachverlust beim Untermieter nicht eingetreten ist.³⁹ Ein Anspruch aus §§ 989, 990 I BGB ist daher nicht gegeben.

VI. §§ 990 II, 280 I, II, 286 I BGB

V könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 I BGB haben. In Betracht käme hier der Ersatz des durch die verspätete Rückgabe der Wohnung erfolgten Verzugschaden. Vorausgesetzt ist zunächst eine Vindikationslage sowie die Bösgläubigkeit der U, die beide hier vorliegen.⁴⁰ Sodann müsste U im Verzug gewesen sein. U hatte die Pflicht zur Herausgabe des Zimmers aus § 985 BGB, die mit dem Ende des Mietverhältnisses am 31. Oktober 2020 auch fällig war. Sie ist dieser erst Ende Januar 2021 nachgekommen, so dass sie trotz Fälligkeit die geschuldete Leistung nicht erbracht hat. Eine Mahnung war entbehrlich, wenn es sich um eine kalendermäßig bestimmte Leistung gehandelt hat, § 286 II Nr. 1 BGB. Die Pflicht zur Räumung und zur Übergabe des Zimmers fiel auf den Tag des Endes des Mietverhältnisses, nämlich den 31. Oktober 2020, so dass der Leistungstag bestimmt war. Verzug lag damit ab dem 1. November 2020 vor.

Die Schuldnerin U wäre dann nicht in Verzug geraten, wenn sie die Nichtleistung nicht zu vertreten gehabt hätte, § 286 IV BGB. Anhaltspunkte für ein fehlendes Verschulden der U sind nicht ersichtlich. Allenfalls ließe sich darüber nachdenken, ob U sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befand, indem sie sich auf § 571 BGB berief, wie ihr ein Nachbar geraten habe. Ein Rechtsirrtum wäre nur dann unvermeidbar, wenn U die Rechtslage sorgfältig und unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung geprüft hätte und mit keiner anderen Beurteilung durch die Gerichte hätte rechnen müssen. Insofern bestehen sehr hohe Anforderungen.⁴¹ Da U aber gerade keinen fachkundigen Rat eingeholt und sich mit der Rechtslage nicht intensiv auseinandergesetzt hat, sondern auf die Aussage des Nachbarn vertraute, liegt kein das Vertretenmüssen ausschließender Rechtsirrtum vor.

Als Rechtsfolge hat U der V den Mietausfallschaden nach §§ 249, 252 BGB zu ersetzen, der dieser entstanden ist. Da ein Mietinteressent vorhanden war, beträgt der entgangene Gewinn an sich 2.400 Euro. Fraglich ist allein, ob V nicht ein Mitverschulden nach § 254 II BGB trifft, schließlich hätte V ja auch nur den freien Teil der Wohnung vermieten oder einen Räumungsprozess gegen U anstrengen können. Einen Mieter für eine Wohnung mit einem vermieteten Zimmer zu suchen, scheint jedoch aussichtslos. Ebenso ist es dem Vermieter nicht zumutbar, die übrigen Zimmer der Wohnung als WG zu vermieten (und nicht an eine Einzelperson). Innerhalb von drei Monaten war es V auch nicht möglich, einen rechtskräftigen Räumungstitel gegen U zu erwirken und diese ggfs. mittels eines Gerichtsvollziehers aus der Wohnung zu weisen. V hat daher gegen U im Grundsatz einen Anspruch auf Zahlung von 2.400 Euro.

Der Anspruch der V könnte jedoch gemäß § 571 BGB ausgeschlossen sein.

³⁶ Zu den Voraussetzungen MüKo/BGB-Raff, § 989, 8. Auflage, 2020, Rn. 3ff.

³⁷ BeckOGK/Spohnheimer, Stand: 01.05.2021, § 989 Rn. 10.

³⁸ BeckOGK/Spohnheimer, Stand: 01.05.2021, § 989 Rn. 11.

³⁹ BeckOGK/Spohnheimer, Stand: 01.05.2021, § 989 Rn. 12.

⁴⁰ Siehe oben in dieser Frage.

⁴¹ Vgl. BGHZ 201, 91; Palandt/Grüneberg, 80. Auflage, 2021, § 286 Rn. 34 sowie § 276 Rn. 22; BeckOGK/Geib, Stand: 01.04.2021, § 571 Rn. 17f.

§ 571 BGB erfasst Wohnraummietverhältnisse,⁴² so dass der Anwendungsbereich im Grundsatz eröffnet ist. § 571 BGB knüpft aber an § 546a BGB an, dessen Abs. 2 – nämlich den Ersatz des weiteren Schadens – er zugunsten des Mieters einschränkt.⁴³ Da jedoch § 546a BGB dem Vermieter keinen Anspruch gegen den Untermieter gibt,⁴⁴ entfällt auch der Anknüpfungspunkt für die Anwendung des § 571 BGB. Direkt ist § 571 BGB daher nicht anzuwenden. Umstritten ist, ob eine analoge Anwendung auf das Verhältnis Eigentümer – Untermieter möglich ist. Teilweise wird vertreten, dass der Schutz des Untermieters eine analoge Anwendung erfordert.⁴⁵ Jedoch unterblieb die Rückgabe hier aufgrund von Umständen, die U zu vertreten hatte, so dass sie nicht den Schutz des § 571 BGB verdient. Nach herrschender Meinung aber ist eine analoge Anwendung nicht möglich, da § 571 BGB systematisch an den – gegenüber dem Untermieter nicht geltenden – § 546a BGB anknüpft.⁴⁶ Im Ergebnis ist der Anspruch jedenfalls nicht nach § 571 BGB ausgeschlossen.

Die Diskussion um die Anwendbarkeit von § 571 BGB bei Untermietverhältnissen war von den Bearbeitern nicht im Detail zu kennen; positiv sollte honoriert werden, wenn dazu anhand des Normtextes Überlegungen entwickelt wurden.

V hat damit einen Anspruch gegen U auf Zahlung von 2.400 Euro aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 I BGB.

VII. § 823 I BGB

V könnte ein Anspruch gegen U auf Schadensersatz aus § 823 I BGB zustehen. Jedoch versperrt das EBV im Grundsatz die Anwendbarkeit des Deliktsrecht s. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat verschafft, kommt eine Anwendung des Deliktsrechts in Betracht, § 992 BGB. Im Fall ist allein eine Besitzverschaffung der U durch verbotene Eigenmacht, also durch Besitzentzug ohne den Willen des Besitzers oder eine gesetzliche Gestattung, denkbar.⁴⁷ Die Besitzverschaffung erfolgte hier mit Willen der unmittelbaren Besitzerin, nämlich K (und im Übrigen auch mit dem der Eigentümerin V), so dass keine verbotene Eigenmacht bei der Besitzerlangung vorliegt. Eine Fortsetzung des Besitzes reicht hingegen für verbotene Eigenmacht nicht aus.⁴⁸ Ein Anspruch aus § 823 I BGB kommt daher nicht in Betracht.

VIII. Ergebnis zu Frage 2:

V hat gegen U einen Anspruch auf Wertersatz für gezogene Nutzungen in Höhe von 300 Euro aus §§ 987 I, 990 I BGB sowie auf Schadensersatz in Höhe von 2.400 Euro aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 I BGB.

⁴² BeckOK/Wöstmann, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, § 571 Rn 3.

⁴³ BeckOK/Wöstmann, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, § 571 Rn 4.

⁴⁴ Siehe oben.

⁴⁵ So LG Stuttgart NJW-RR 1990, 654; BeckOK/Wöstmann, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, § 571 Rn 9a

⁴⁶ Siehe BGH NZM 2021, 135; BeckOGK/Geib, Stand: 01.04.2021, § 571 Rn. 4; Schmidt-Futterer-Streyll, 14. Auflage, 2019, § 571 Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. BeckOGK/Spohnheimer, Stand: 01.05.2021, § 992 Rn. 8.

⁴⁸ MüKoBGB/Schäfer, 8. Auflage, 2020, § 858 Rn. 3; siehe auch OLG Hamm, NJW 1986, 728.

Aufgabe 3: Anspruch des W gegen V auf Zahlung von 4.600 Euro

I. § 765 I BGB

1. Anspruch entstanden

a) Angebot auf Abschluss einer Bürgschaft

Die Erklärung der V, die sie auf den Mietvertrag geschrieben hat, ist als Willenserklärung zu verstehen. Insbesondere liegt der Rechtsbindungswille der V vor, da die Erklärung im geschäftlichen Kontext abgegeben wurde und ein hoher Geldbetrag auf dem Spiel stand. Die Erklärung der V müsste auch als Antrag auf Abschluss einer Bürgschaft zu verstehen sein. Da sie in ihrem Text den Begriff „Bürgschaft“ nicht verwendet und dieser daher nicht eindeutig ist, muss ihre Erklärung nach §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Dabei ist entscheidend, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.

Möglicherweise strebte V einen Schuldbeitritt an, jedoch würde sie dann neben H gleichrangig im Sinne von Gesamtschuldnern haften. Da V jedoch eine nachrangige Haftung anstrebt („Nur notfalls zahle ich.“), kann kein Schuldbeitritt gemeint sein. Die Formulierung „so zu unterstützen, dass...“ könnte auf eine Patronatserklärung hindeuten (Ausstattung eines anderen Unternehmens so, dass es Forderungen begleichen kann), doch liegt hier keine Konzernstruktur vor. In Betracht käme auch ein Antrag auf Abschluss eines Garantievertrags mit W, doch setzt dieser die Begründung einer selbstständigen Haftung der V im Garantiefall vor, die unabhängig / nicht-akzessorisch zur Hauptschuld ist. Durch die Formulierung wird jedoch deutlich, dass ihre Verpflichtung von der der H abhängig sein soll. Die Erklärung der V ist daher als Antrag auf Abschluss einer Bürgschaft zu verstehen, da diese den Wunsch der V auf subsidiäre Haftung am ehesten entspricht.

b) Wahrung der Form des § 766 BGB

§ 766 BGB sieht die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung vor.

Die „schriftliche Erteilung“ setzt zunächst Schriftlichkeit der Erklärung voraus. Diese ist dann gewahrt, wenn die Erklärung den wesentlichen Inhalt des Vertrags beinhaltet, nämlich Person des Gläubigers und des Schuldners und Art und Umfang der zu sichernden Forderung.⁴⁹ Dies ist hier gegeben. Unter Erteilung wird das zur Verfügung stellen an den Gläubiger verstanden, so dass dieser die Erklärung, jedenfalls vorübergehend, entgegennimmt. W hat den Mietvertrag mit der schriftlichen Erklärung der V entgegengenommen und zu den Akten gelegt, so dass die Erklärung erteilt wurde.

c) Wahrung der Form des § 494 BGB

Fraglich ist, ob auch die in § 494 I BGB vorausgesetzte Form gewahrt worden ist. Da V von W keine weiteren Informationen erhalten hat, fehlen die eigentlich gemäß § 494 I erforderlichen Angaben nach Art. 247 §§ 6, 10 – 13 EGBGB. Fraglich ist indes, ob die Formvorschrift des § 494 I BGB überhaupt Anwendung findet. Die Bürgschaft ist kein Verbraucherdarlehensvertrag iSd § 491 I BGB, so dass § 494 I BGB nicht direkt gilt.⁵⁰ Möglicherweise sind die Formerfordernisse des § 494 I BGB aber analog anzuwenden. Dies setzt jedoch eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. An letzterer scheitert es hier: Darlehensnehmer und Bürge zeichnen sich gerade nicht durch eine vergleichbare Interessenlage aus, da der Bürge nur subsidiär haftet und im Übrigen durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB wie die Möglichkeit, Einwendungen des Bürgen geltend zu

⁴⁹ Palandt/Sprau, 80. Auflage 2021, § 766 Rn. 3.

⁵⁰ Siehe BeckOGK/Knops, Stand: 01.01.2021, § 491 Rn. 128; MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Auflage, 2019, § 491 Rn. 67.



machen, geschützt ist. Auch der häufig herangezogene Vergleich mit dem Schuldbeitritt kann keinen anderen Schluss rechtfertigen, da der Schuldbeitretende eben nicht subsidiär haftet.⁵¹

Eine andere Auffassung ist bei guter Begründung vertretbar. In diesem Fall wäre von einem Formverstoß auszugehen. Weitere Überlegungen hätten dann hilfsgutachterlich erfolgen müssen.

d) Abgabe und Zugang

Das Angebot der V wurde auch abgegeben und ist zugegangen.

e) Annahmeerklärung

Eine Annahmeerklärung des W liegt in dem Sich-Bedanken, jedenfalls konkludent durch die Entgegennahme des Vertrags und dem Ablegen. Diese Annahmeerklärung ist der V auch zugegangen.

f) Ergebnis

Die Hauptforderung aus dem Mietvertrag W – H besteht in Höhe von 4.600 Euro.

Anhaltspunkte für rechtshindernde Einwendungen wie Sittenwidrigkeit, § 138 BGB, sind nicht ersichtlich noch ist eine AGB-Prüfung nach §§ 305 BGB angezeigt.

2. Anspruch nicht erloschen

a) Anspruch erloschen wegen Anfechtung nach § 119 II BGB

Der Anspruch ist nicht ex tunc gemäß § 142 I BGB erloschen, da eine Anfechtung nach § 119 II BGB nicht in Betracht kommt, denn der Irrtum über die Solvenz des Hauptschuldners berechtigt gerade nicht zur Anfechtung.⁵²

b) Widerruf der Bürgschaft

V könnte die Bürgschaft widerrufen haben, so dass sie nicht mehr an ihre Willenserklärung gebunden ist (§ 355 I 1 BGB). Dafür müsste V ein Widerrufsrecht zustehen.

aa) Ein solches Widerrufsrecht ergibt sich nicht aus § 495 BGB, da – wie oben dargelegt – die §§ 491 ff. BGB weder direkt noch analog auf die Bürgschaft anzuwenden sind.

bb) Ein solches Widerrufsrecht könnte sich aus § 312g I BGB – Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen – ergeben. Dies setzt zunächst voraus, dass V als Verbraucher und W als Unternehmer gehandelt haben. V ist eine natürliche Person, die die Bürgschaft weder zu gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit abgeschlossen hat, mithin handelte sie als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB (selbst wenn sie bei anderer Gelegenheit als Unternehmerin handeln sollte). W handelte bei dem Abschluss der Bürgschaft in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, also als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB. Der Bürgschaftsvertrag zwischen V und W ist damit auch als Verbrauchervertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer zu qualifizieren (§ 310 III BGB). Ein Widerrufsrecht setzt weiter eine „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ voraus, § 312 I BGB. Stellt man nur auf das Zweier-Verhältnis von V und W ab, so steht der Bürgschaft gerade keine entgeltliche Gegenleistung des W gegenüber, dementsprechend wäre der Anwendungsbereich des § 312g nicht eröffnet und ein Widerrufsrecht würde ausscheiden.⁵³ Stellt man hingegen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf das Dreipersonenverhältnis V – W – H ab, dann wäre die Überlassung der Mietsache an H eine entgeltliche Leistung des Unternehmers, so dass § 312g BGB

⁵¹ MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Auflage, 2019, § 491 Rn. 67.

⁵² Schulze/Staudinger, 10. Auflage, 2019, § 765 Rn. 13.

⁵³ BGH NJW 2020, 3649; BeckOGK/Busch, Stand: 01.06.2021, § 312 Rn 18.



anwendbar wäre.⁵⁴ Als Argument für das weite Verständnis wird u.a. angebracht, dass der europäischen Verbraucherrichtlinie nicht zu entnehmen ist, dass die Gegenleistung nicht an einen Dritten erfolgen darf. Zudem sei derjenige, der keine Leistung des Unternehmers erhalte sogar schutzbedürftiger als der, der eine Gegenleistung erhalte.

Die Frage, ob Bürgschaften unter die Haustürgeschäfte-Richtlinie / § 312 BGB fallen oder nicht, ist eine vieldiskutierte und behandelte Frage. Der BGH hat sich neuerdings dahingehend geäußert, dass dies nicht der Fall ist und damit seine ältere Rechtsprechung aufgegeben (BGH NJW 2020, 3649). Eine Kenntnis dieser Entscheidung ist zur Lösung des Falls nicht vorausgesetzt, da die Diskussion älter ist. Auch kann eine ins Detail gehende Darstellung der Rechtsprechung(sänderungen) und Literaturmeinungen nicht verlangt werden. Fasst man die Bürgschaft – mit der neuen BGH-Rechtsprechung – nicht als „entgeltliche Leistung“ im Sinne des § 312 BGB auf, dann hat V kein Widerrufsrecht. Insofern wäre dann hilfsgutachterlich die Einrede zu prüfen.

Folgt man hingegen der Auffassung, die eine „entgeltliche Leistung“ bejaht, dann ist weiter zu prüfen:

Bei dem Straßencafé handelt es sich um öffentlichen Raum, so dass der Bürgschaftsvertrag ein „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag“ ist, § 312b I Nr. 1 BGB. Zudem kam V zufälligerweise vorbei und hatte keine Verabredung. Hier liegt durch die Abgabe der Bürgschaftserklärung im Café eine typische „Überrumpelungssituation“ vor.

cc) V hat den Widerruf der Bürgschaftserklärung gegenüber W erklärt (§ 355 I 2 BGB).

dd) Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 II BGB in der Regel 14 Tage ab Vertragsschluss, jedoch beginnt die Widerrufsfrist erst mit Erfüllung der Informationspflicht, § 356 III BGB. Dieser Widerrufsbelehrung ist W jedoch nicht nachgekommen, so dass die Widerrufsfrist noch läuft. Die Höchstdauer von 12 Monaten und 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 356 III BGB) ist noch nicht verstrichen.

V hat daher die Bürgschaftserklärung erfolgreich widerrufen.

Andere Meinung sehr gut vertretbar.

Für den Fall, dass der erfolgreiche Widerruf angenommen wird, war dann hilfsgutachterlich weiter zu prüfen, ob der Anspruch einredebehaftet ist. Sollte das Widerrufsrecht – wie oben ausgeführt – verneint werden, gehören die folgenden Ausführungen ins Hauptgutachten.

3. Anspruch durchsetzbar / nicht einredebehaftet

a) Einwendungen des Hauptschuldners, § 768 I BGB

Einwendungen der Hauptschuldnerin H, die V geltend machen könnte, sind nicht ersichtlich.

b) Einwendungen des Bürgen

Möglicherweise kann V die Einrede der Vorausklage erheben, § 771 BGB, mit der Folge, dass V die Befriedigung des W verweigern kann, bis er die Zwangsvollstreckung gegen H ohne Erfolg versucht hat. Dies ist hier geschehen. V steht die Einrede aus § 771 BGB nicht zu. Ob diese gemäß § 773 BGB ausgeschlossen ist, muss daher nicht geklärt werden.

⁵⁴ Der EuGH hat in „Dietzinger“ 1998 (EuGH NJW 1998, 1295) noch weiter dahingehend differenziert, ob beide (Bürge und Hauptschuldner) Verbraucher sind oder nicht. Der BGH ist dem 2006 aber nicht gefolgt.



II. Ergebnis

W kann von V die Zahlung von 4.600 Euro (nicht) verlangen.

Diejenigen Prüflinge, die ein Widerrufsrecht der V annehmen, werden zu dem Ergebnis kommen, dass kein Zahlungsanspruch besteht. Wer ein Widerrufsrecht verneint, wird auch einen Zahlungsanspruch annehmen. Beides ist vertretbar.