

BÜRGERLICHES RECHT

WELSER/ZÖCHLING-JUD

BAND II – 14. AUFLAGE

Schuldrecht

Allgemeiner Teil

1. TEIL: SCHULDRECHT, ALLGEMEINER TEIL	1
1. Kapitel: Einleitung	1
I. Der Begriff	1
II. Das Schuldverhältnis	1
A. Inbegriff von Rechten und Pflichten	1
B. Hauptleistungspflichten	1
C. Selbständige und unselbständige Nebenleistungspflichten	1
D. Schutz- und Sorgfaltspflichten	1
E. Primärpflichten und Sekundärpflichten	1
F. Gestaltungsrechte und Obliegenheiten	2
G. Das Schuldverhältnis als Organismus	2
III. Ziel- und Dauerschuldverhältnisse	2
IV. Schuld und Haftung	2
A. Begriffe	2
B. Schulden mit unbeschränkter und beschränkter Haftung	2
C. Schuldbegrenzung, Selbstbehalt	2
D. Naturalobligationen	3
2. Kapitel: Begründung der Schuldverhältnisse	3
I. Die Entstehungsgründe einer Obligation	3
II. Entstehung durch Rechtsgeschäft	3
A. Entstehung durch Vertrag	3
B. Die Auslobung	3
III. Entstehung durch rechtsgeschäftlichen Kontakt	3
IV. Nebenabreden zur Bestärkung/Abschwächung rechtsgeschäftlicher Pflichten	4
A. Angeld (§ 908)	4
B. Reugeld (§§ 909-911)	4
C. Vertragsstrafe (§ 1336)	4
D. Verwirkungsabrede	4
3. Kapitel: Schuldinhalt	5
I. Art der Leistung	5
A. Tun und Unterlassen	5
B. Teilbare und unteilbare Leistungen	5
C. Bestimmtheit der Leistung	5
D. Gattungsschuld und Stückschuld	5
E. Wahlschuld und <i>facultas alternativa</i>	5
F. Sicherstellung und Rechnungslegung als Leistungsinhalt	6
II. Leistungszeit	6
III. Leistungsort (Erfüllungsort)	6
IV. Geldschuld	6
A. Das Geld	6
B. Das Buchgeld	6
C. Besonderheiten der Geldschuld	7
D. Leistungsort und Leistungszeit (§ 907a)	7
E. Geldentwertung und Wertsicherung	7
F. Zinsen	7
1. Der Begriff	7
2. Zinsen als Entgelt	7

3. Verzugszinsen	7
4. Wuchergrenze, Zinseszinsen	7
V. Leistung Zug um Zug	8
1. Grundsatz	8
2. Zurückbehaltungsrecht, Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags	8
3. Einrede und Gewährleistung	8
4. Vorausleistung, Unsicherheitseinrede	8
5. Zurückbehaltung nach § 471	8
4. Kapitel: Die Leistungsstörungen	9
I. Allgemeines	9
II. Das Unmöglichwerden der Leistung	9
A. Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit	9
B. Vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden	9
1. Fälle	9
2. Austauschanspruch – Differenzanspruch	9
C. Zufälliges Unmöglichwerden	9
1. „Zerfall“ des Vertrags	9
2. Folgen für Leistungsgefahr und Preisgefahr	9
3. Stellvertretendes commodum	10
4. Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit	10
D. Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden	10
E. Nachträgliche Teilunmöglichkeit	10
F. Die Kollision von Forderungsrechten bei beschränkten Gattungsschulden	10
III. Verzug	10
A. Schuldnerverzug (Leistungsverzug)	10
1. Objektiver Verzug	10
2. Subjektiver Verzug	11
3. Teilverzug	11
4. Verzug mit Nebenleistungspflichten	11
5. Der Verzug beim Fixgeschäft (§ 919)	11
6. Die Rechtsfolgen des Rücktritts	11
B. Gläubigerverzug (Annahmeverzug)	12
1. Begriff	12
2. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung	12
3. Gläubigerverzug als Pflichtverletzung	12
4. Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerverzug im Synallagma	12
5. Folgen des reinen Annahmeverzugs	12
6. Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung	12
IV. Leistungsstörungen bei Insolvenz	12
V. Gewährleistung	13
A. Begriff der Gewährleistung	13
B. Verhältnis der Gewährleistung zur Nichterfüllung	13
C. Arten der Mängel	13
1. Sachmängel	13
2. Rechtsmängel	13
D. Rechtsfolgen	14
1. Das System der Gewährleistungsbefehle	14

2. Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden und Austausch.....	14
3. Voraussetzungen für die Geltendmachung der sekundären Behelfe.....	14
4. Wandlung und Preisminderung.....	15
E. Maßgebender Zeitpunkt, Vermutung der Mangelhaftigkeit.....	15
F. Besonderheiten bei Tier- und Viehmängeln.....	15
G. Geltendmachung und Verjährung.....	15
H. Rüge, außergerichtliche Anzeige des Mangels.....	16
I. Ausschluss der Gewährleistung.....	16
J. Verzicht auf die Gewährleistung.....	16
K. Gewährleistung bei Verbraucherverträgen.....	16
1. Allgemeines.....	16
2. Erfüllungsort der Verbesserung, des Austauschs und des Nachtrags (§ 8 KSchG).....	16
3. Beschränkung der Gewährleistungsansprüche (§ 9 KSchG).....	17
4. Gewährleistung bei Montage (§ 9a KSchG).....	17
L. Der besondere Rückgriff in der Vertragskette.....	17
M. Konkurrenz der Gewährleistung mit anderen Rechtsbehelfen.....	17
1. Irrtum.....	17
2. Nichterfüllung.....	17
3. Wucher, laesio enormis.....	17
N. Gewährleistung und Schadenersatz.....	17
1. Positive Vertragsverletzung.....	17
2. Ersatz des Mangelschadens.....	18
VI. Rechtsgeschäftliche Garantie.....	18
A. Garantiezusage des Verkäufers („unechte Garantie“).....	18
B. Garantie des Herstellers („echte Garantie“).....	18
C. Garantie(zusage) zugunsten von Verbrauchern.....	18
VII. Verkürzung über die Hälfte (laesio enormis).....	18
5. Kapitel: Das Erlöschen der Schuld.....	19
I. Erfüllung.....	19
II. Hinterlegung.....	19
III. Leistung an Zahlungs statt und zahlungshalber.....	19
IV. Die Aufrechnung (Kompensation).....	20
1. Begriff und Zweck der Aufrechnung.....	20
2. Aufrechnungsvoraussetzungen (§§ 1438-1441).....	20
3. Aufrechnungshindernisse.....	20
4. Rückwirkung einer Aufrechnungserklärung.....	20
5. Kontokorrent.....	20
V. Vereinigung (Konfusion).....	20
VI. Verzicht (Entsagung, Erlass).....	20
VII. Zeitablauf, Kündigung.....	21
VIII. Tod.....	21
IX. Insolvenzverfahren.....	21
6. Kapitel: Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.....	21
I. Die Novation (§§ 1376-1378).....	21
II. Die Schuldänderung (§ 1379).....	21
III. Der Vergleich (§§ 1380-1391).....	21
IV. Das Anerkenntnis.....	22

V. Die Forderungsabtretung (Zession; §§ 1392-1399).....	22
A. Allgemeines	22
B. Rechtsgeschäftliche Abtretung.....	22
1. <i>Zweiaktigkeit</i>	22
2. <i>Verständigung des debitor cessus (Schuldner)</i>	22
3. <i>Verhältnis zwischen Zessionar/Neugläubiger und debitor cessus/Schuldner (Einlösungsverhältnis)</i>	22
4. <i>Verhältnis zwischen Zedenten/Altgläubiger und Zessionar/Neugläubiger (Valutaverhältnis)</i>	22
5. <i>Gutgläubiger Erwerb von Forderungen</i>	23
6. <i>Doppelzession</i>	23
7. <i>Sonderformen der Zession</i>	23
C. Gesetzliche und notwendige Zession.....	24
D. Gesetzliche Abtretungsverbote.....	24
1. <i>Allgemeines</i>	24
2. <i>Verbot der Gehaltsabtretung (§ 12 KSchG)</i>	24
3. <i>Andere Zessionsverbote</i>	24
E. Vertragliche Abtretungsverbote.....	24
1. <i>Vereinbarung zwischen Unternehmern</i>	24
2. <i>Andere Zessionsverbote</i>	24
VI. Die Schuldübernahme	24
A. <i>Schuldeintritt (privative Schuldübernahme)</i>	24
B. <i>Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)</i>	25
C. <i>Gesetzlicher Schuldbeitritt</i>	25
D. <i>Die „Hypothekenübernahme“</i>	25
E. <i>Erfüllungübernahme</i>	25
VII. Die Vertragsübernahme.....	25
7. Kapitel: Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten	25
I. Gläubiger- und Schuldnermehrheit.....	25
A. <i>Begriffe</i>	25
B. <i>Geteiltes Schuldverhältnis</i>	25
C. <i>Gesamtschuldverhältnis (Solidarschuldverhältnis)</i>	26
D. <i>Gesamthandschuldverhältnis</i>	26
II. <i>Verträge zugunsten und zulasten Dritter</i>	26
A. <i>Verträge zugunsten Dritter (§§ 881 f)</i>	26
B. <i>Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	27
C. <i>Verträge zulasten Dritter</i>	27
III. <i>Die Bürgschaft</i>	27
A. <i>Begriff</i>	27
B. <i>Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung</i>	27
C. <i>Arten der Bürgschaft</i>	27
D. <i>Rückgriff</i>	28
E. <i>Sicherstellungsansprüche gegen den Hauptschuldner</i>	28
F. <i>Mehrheit von Sicherungsrechten</i>	28
G. <i>Erlöschen der Bürgschaft</i>	28
IV. <i>Der Garantievertrag</i>	28
A. <i>Zweipersonale Garantie</i>	28
B. <i>Dreipersonale Garantie (Bankgarantie)</i>	28
V. <i>Schutz von Interzedenten</i>	29

A. Allgemeines	29
B. Sittenwidrigkeit von Interzessionen mit Familienbezug	29
C. Gesetzlicher Verbraucherschutz	29
1. Begriff des Interzedenten.....	29
2. Aufklärungspflichten (§§ 25a, 25c KSchG)	29
3. Mäßigungsrecht (§ 25d KSchG)	29
VI. Die Anweisung (Assignment; §§ 1400-1404).....	29
A. Wesen der Anweisung	29
B. Deckungsverhältnis – Valutaverhältnis – Einlösungsverhältnis	30
C. Annahme der Anweisung.....	30
D. Erlöschen der Anweisung	30
E. Akkreditiv und Kassalieferschein	30
F. Die Giroüberweisung	30

Abkürzungen:

aA/aM	andere Ansicht/Meinung	KBB ⁵	<i>Koziol, Bydlinski, Bollenberger</i> (ABGB-Kommentar)
allg	allgemein	lt	laut
Abs	Absatz	lit	<i>littera</i> (Buchstabe)
ao	außerordentlich	pa	<i>per analogiam</i>
Art	Artikel	Rsp	Rechtsprechung
bspw	beispielsweise	str	strittig
bzw	beziehungsweise	stRsp	ständige Rechtsprechung
bzgl	bezüglich	su	siehe unten
etc	et cetera	so	siehe oben
gem	gemäß	sog	sogenannte/r/s
grds	grundsätzlich	SV	Schuldverhältnis
hM/hL	herrschende Meinung/Lehre	SVTr	Sozialversicherungsträger
hpts	hauptsächlich	tlw	teilweise
idR	in der Regel	ua	unter anderem
idS	in d(ies)em Sinn(e)	uA	und Anderes
ieS	im engeren Sinne	uÄ	und Ähnliches
insb	insbesondere	udgl	und dergleichen
iRd	im Rahmen des/der	usw	und so weiter
iSd	im Sinne des/der	uU	unter Umständen
iSe	im Sinne eines/einer	uvm	und viele mehr
iVm	in Verbindung mit	uzw	und zwar
iW	im Wesentlichen	va	vor allem
iwS	im weiteren Sinne	vgl	vergleiche
iZm	im Zusammenhang mit	zB	zum Beispiel
iZw	im Zweifel		

1. Teil: Schuldrecht, Allgemeiner Teil

1. Kapitel: Einleitung

I. Der Begriff

Der **allgemeine Teil des Schuldrechts** beinhaltet die für **alle Schuldverhältnisse** geltenden Regeln. Das ABGB nennt Schuldrechte „*persönliche Sachenrechte*“ und versteht darunter **Rechte**, „*vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist.*“ (§ 859). Wer einer solchen **Verbindlichkeit** unterliegt, die in einem **Tun oder Unterlassen** bestehen kann, heißt **Schuldner**. Wer dagegen den **Anspruch auf** die Leistung bzw ein **Forderungsrecht gegen** den Schuldner hat, heißt **Gläubiger**. Anders als die absoluten Sachenrechte wirken Schuldrechte wie ein *vinculum iuris* (nur) zwischen Gläubiger und Schuldner, weshalb sie als **relative Rechte** bezeichnet werden.

Aber: Auch wenn Schuldrechte insofern *relativ* sind, als der Gläubiger *nur vom Schuldner* die Leistung verlangen kann (**relatives Innenverhältnis**), ist die Gläubigerposition nach außen hin geschützt (**absolute Außenwirkungen** gegenüber Dritten). Das gilt insb dann, wenn es um Rechtszuständigkeit geht: Es ist jedem zuzumuten, ihm bekannte Verträge zu respektieren. Manche sehen diese Außenwirkungen durch die Offenkundigkeit des Rechts durch den Besitz (einer körperlichen Sache) noch verstärkt (Wirkung von Forderungsrechten gegenüber Dritten § 372 *analog* im Fall von Rechtsbesitz).

Das **Forderungsrecht** des Gläubigers ist ein Recht **auf eine Leistung**, aber noch kein dingliches Recht *an einer Sache*. Man spricht beim Schuldrecht vom **Recht der Güterbewegung** (wohingegen das Sachenrecht die Güterzuordnung regelt).

II. Das Schuldverhältnis

A. Inbegriff von Rechten und Pflichten

Das Schuldverhältnis ist die **Gesamtheit aller wechselseitigen Rechte und Pflichten** aus einer **bestimmten Rechtsbeziehung** zwischen Gläubiger und Schuldner.

- **Schuldverhältnis im engeren Sinn:** Darunter versteht man nur die Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger zu leisten.
- **Schuldverhältnis im weiteren Sinn:** Dazu zählt nicht nur die schuldrechtliche Grundform, sondern allgemein alle **Hauptleistungspflichten**, die **selbständigen** und **unselbständigen Nebenleistungspflichten**, die **Schutz-** und **Sorgfaltspflichten**, die **Primär-** und **Sekundärpflichten**, **Gestaltungsrechte** und die **Obliegenheiten**. Man spricht in Bezug auf dieses Gesamtverhältnis vom Schuldverhältnis als „Organismus“.

B. Hauptleistungspflichten

In seltenen Fällen gibt es nur eine **einseitige Verbindlichkeit** (zB Schenkung) – dann gibt es auch nur eine Hauptleistungspflicht. Meistens sind aber beide Seiten zu Hauptleistungen verpflichtet, was auch **beide zu Gläubigern und Schuldern** macht: Es liegt ein **Synallagma** und damit ein **gegenseitiger** bzw **vollkommen zweiseitiger Vertrag** vor. Diese Verträge sind immer **entgeltlich**.

- **Beispiele:** Kauf (*Kaufsache – Kaufpreis*), Tausch (*Tauschsache – Tauschsache*), Miete, Pacht, Werkvertrag, Dienstvertrag, etc;
- Das Vorliegen eines nach dem **Prinzip „do ut des“** funktionierenden Synallagmas äußert sich insb dadurch, dass die Ungültigkeit der Verpflichtung eines Teils auch zur Ungültigkeit der anderen führt („**genetisches Synallagma**“) und Leistungsstörungen auf der einen Seite auch Einschränkungen der Leistungspflicht (Rückforderung, § 1052) der anderen Seite auslösen („**funktionelles Synallagma**“).

C. Selbständige und unselbständige Nebenleistungspflichten

Neben den Hauptleistungspflichten (zB Austausch von *Ware* und *Preis*) gibt es selbständige und unselbständige **Nebenpflichten**:

- ➔ **Selbständige (äquivalente) Nebenpflichten:** An ihrer Erfüllung besteht seitens des Gläubigers ein **besonderes Interesse** und sie sind ob ihrer Trennbarkeit von der Hauptleistung auch entgolten. **Beispiele:** Wenn sich der Mieter einer Wohnung verpflichtet, im Sommer den Garten zu pflegen oder der Gastwirt das Kfz eines Gastes in Verwahrung nimmt.
- ➔ **Unselbständige (inäquivalente) Nebenpflichten:** Diese haben nur eine **dienende Funktion** und ihre Erfüllung ist oft eine Randerscheinung der Hauptleistung, von der sie nicht trennbar sind. Im Vergleich zu selbständigen Nebenpflichten wäre ihre Vereinbarung durch einen gesonderten Vertrag ungewöhnlich. **Beispiel:** Die Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache bis zur Abholung sorgfältig zu behandeln/verwahren oder ordnungsgemäß verpackt und ge- (bzw ver-)sichert zu versenden.

D. Schutz- und Sorgfaltspflichten

Abgesehen von den Leistungspflichten bestehen auch **Verhaltenspflichten**: Der Gläubiger darf im Rahmen der Erfüllungshandlung in keiner Form geschädigt werden (weder in seiner Person noch an seinen sonstigen Rechtsgütern).

Beispiele: Der Handwerker darf dem Werkbesteller weder *im Rahmen der Erfüllung* (zB durch Beschädigungen der Wände beim Möbeltragen) noch *vor oder nach der Erfüllung* (zB durch eine auf den Fußboden geworfene, brennende Zigarette) Schäden zufügen (viele Bsp: Bd. II S. 5).

Der **Geltungsgrund der Schutz- und Sorgfaltspflichten** ist zumeist *dem Vertrag durch Auslegung zu entnehmen*, sofern sie nicht sogar *gesetzlich normiert* sind (zB §§ 1157, 1169). Ein **Verstoß** dagegen wird als **positive Vertragsverletzung** bezeichnet und zieht **Schadenersatzpflichten** nach sich (siehe S. 17 aE).

Viele Verstöße gegen diese Pflichten macht schon **ex delicto haftpflichtig**; allerdings kommen jenem, der eine positive Vertragsverletzung geltend macht, die Vorteile der **Haftung ex contractu** zugute (insb Beweislastumkehr, Ersatz bloßer Vermögensschäden, Gehilfenzurechnung nach § 1313a).

Da keine abgrenzbare Gegenleistung für sie geschuldet ist, handelt es sich dabei um **inäquivalente Pflichten**.

E. Primärpflichten und Sekundärpflichten

- ➔ **Primärpflichten** sind die Hauptleistungs- und Nebenpflichten sowie die Schutz- und Sorgfaltspflichten. Diese bestehen in einem Verhalten und können auch eingeklagt werden.
- ➔ **Sekundärpflichten** kommen dagegen erst in Betracht, wenn die Abwicklung des Vertrags nicht einwandfrei funktioniert hat: Sie sind **vertragliche Schadenersatzpflichten** (zB für den Fall des subjektiven Schuldnerverzugs, des Schadenersatzes statt Gewährleistung uvm).

F. Gestaltungsrechte und Obliegenheiten

Gestaltungsrechte verleihen **einseitige Rechtsmacht**: Jener, der darüber verfügt, hat ein **Recht zu** etwas und kann daher ein Rechtsverhältnis mit Wirkung für den/die anderen Geschäftspartner durch **einseitige Willenserklärung** gestalten.

Beispiele: Kündigung, Wandlung oder Rücktritt;

Obliegenheiten dagegen sind **Rechtspflichten milderer Art**, deren Verletzung dem Belasteten bestimmte widrige Folgen aufbürdet, ohne aber einklagbar zu sein.

Beispiele: Die Unterlassung einer **Mängelrüge** iSd § 377 UGB wird als **fingierte Willenserklärung** mit dem Erklärungswert „*Die Sache ist mangelfrei.*“ ausgelegt. Die Missachtung der **Schadensminderungsobligiertheit** iSd § 1304 führt zur anteilmäßigen **Kürzung des Schadenersatzes**.

G. Das Schuldverhältnis als Organismus

Schuldverhältnisse werden oft als „**Rahmenbeziehungen**“ aufgefasst. Sie verhalten sich ab ihrer **Entstehung** durch die **Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts** über ihre (Nicht- oder Schlecht-) **Erfüllung** bis zu ihrer etwaigen Rückabwicklung oder ihren **Nachwirkungen** durch **Treue- und Sorgfaltspflichten** wie ein Komplex mit einheitlicher Identität.

III. Ziel- und Dauerschuldverhältnisse

Zielschuldverhältnisse liegen vor, wenn (uU wechselseitig) eine **einmalige Leistung** zu erbringen ist, aber kein wiederkehrendes Verhalten geschuldet wird.

Beispiele: Kauf, Tausch, Schenkung;

Dauerschuldverhältnisse sind dagegen solche, bei denen ein **länger dauerndes Verhalten** bzw **wiederkehrende Leistungen** geschuldet werden, wobei der Leistungsumfang hier regelmäßig von der Dauer des Schuldverhältnisses abhängt.

Beispiele: Bestandverhältnisse, Dienstverträge, Gesellschaftsverträge;

Schwierig einzuordnen sind oft **Sukzessivlieferverträge**.

Sukzessivlieferverträge ieS (= Leistungsumfang ist bestimmt und wird über längeren Zeitraum erbracht) sind eher **Zielschuldverhältnisse**, oft werden aber trotzdem die Regeln über Dauerschuldverhältnisse angewandt, zu denen dagegen die **Sukzessivlieferverträge iwS** (= Leistungsumfang ist nicht vereinbart, sondern hängt von der Dauer des Rechtsverhältnisses ab) zweifellos gehören.

Das **Ende** des Rechtsverhältnisses ist bei Zielschuldverhältnissen **mit Leistungserbringung** erreicht, während Dauerschuldverhältnisse durch **Befristung, Auflösungsvereinbarung** sowie **ordentliche** oder **außerordentliche Kündigung** enden können.

Aus verschiedenen Vorschriften unterschiedlicher ABGB-Vertragstypen, die ein Dauerschuldverhältnis beinhalten, wurden

Grundsätze für alle Dauerschuldverhältnisse (dh auch für **atypische/gemischte** Verträge mit Dauerschuldcharakter) entwickelt:

- ➔ **Auflösung aus wichtigem Grund** (außerordentliche Kündigung): Es gibt bei befristeten, unbefristeten und sogar bei unkündbaren SV die termin- und fristlose Möglichkeit einer ao. Kündigung aus bestimmten Gründen (§§ 1117 f, 1162, 1210 analog).
„**Wichtige Gründe**“ liegen vor, wenn dem lösungswilligen Teil die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses (etwa aufgrund **wiederholter Vertragsverletzungen**, schwerwiegender **Leistungsstörungen** oder des unvorhersehbaren, unverschuldeten **Wegfalls der Geschäftsgrundlage**) **unzumutbar** ist.
- ➔ **Bloße Ex-nunc-Auflösbarkeit** bereits in **Vollzug befindlicher Dauerschuldverhältnisse (str)**: Hat die Abwicklung eines Dauerschuldverhältnisses bereits begonnen **und** ist die Rückabwicklung nicht einfach möglich **und** hat der Auflösungsgegner nicht arglistig agiert, kann es nach erfolgter Irrtumsanfechtung bzw nach dem Rücktritt nur **ex nunc** aufgelöst werden.

IV. Schuld und Haftung

A. Begriffe

Während die **Schuld** das **Leistensollen** umfasst, steht **Haftung** (abgesehen von der schadenersatzrechtlichen Ersatzpflicht) vor allem für das **Einstehenmüssen** des Schuldners für seine Schuld. Der Gläubiger kann daher mit gerichtlicher Hilfe die Erfüllung erzwingen (durch gerichtliche Exekution) und iRd auch auf das Vermögen des Schuldners greifen, der grds **persönlich** haftet.

B. Schulden mit unbeschränkter und beschränkter Haftung

- ➔ **Persönliche Haftung**: IdR haftet der Schuldner „persönlich“ – also **mit dem ganzen Vermögen**, das dem Gläubiger (mittels Exekution) offensteht und nur bedingt **eingeschränkt** ist (*Sicherung des Existenzminimums* gem §§ 290 ff, 291a EO).
- ➔ **Beschränkte Haftung**: Es gibt zwei Arten der beschränkten Haftung:
 - **Haftung cum viribus**: **Sachlich beschränkt** ist die Haftung, wenn dem Zugriff **nur gewisse Sachen** offenstehen.
Beispiel: Gem § 39 Abs 1 Z 3 EO haften (beschränkt geschäftsfähige) Minderjährige nur mit **jenen Vermögensstücken**, die ihrer selbständigen Verfügung unterliegen.
 - **Haftung pro viribus**: **Umfänglich beschränkt** ist sie, wenn der Zugriff durch einen **Höchstbetrag** beschränkt ist.
Beispiel: Haftung des Erwerbers bis zum Wert eines übernommenen Vermögens oder Unternehmens (neben dem bisherigen Schuldner) gem § 1409. Dasselbe gilt beim **bedingten Erbschaftsantritt**.
- ➔ **Sachhaftung**: Bei der Sachhaftung wird dem Gläubiger auch **nur mit bestimmten Sachen** gehaftet, allerdings ist der Haftende regelmäßig nicht der Schuldner. **Bsp**: Der Drittpfandbesteller ist bloß Realschuldner und haftet nur mit der Pfandsache.

C. Schuldbegrenzung, Selbstbehalt

Von Haftungsbeschränkungen müssen **Schuldbegrenzungen** unterschieden werden, die bedingen, dass Forderungen nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag entstehen können, die dann aber in das gesamte Schuldnervermögen vollstreckbar sind. Es gibt sie insb dort, wo verschuldensunabhängig für ein erhöhtes Risiko gehaftet wird (**Bsp**: § 970a, §§ 15 f EKHG, § 1 GastwirteHG).

Davon sind wiederum **Selbstbehalte** zu unterscheiden, die erst oberhalb einer bestimmten Schadenssumme (zB € 500,-) eine vollstreckbare Forderung entstehen lassen (**Bsp**: § 2 Z 2 PHG [Das PHG enthält dafür keine Schuldbegrenzung!]).

D. Naturalobligationen

Naturalobligationen sind **natürliche** oder **unvollkommene Verbindlichkeiten**, die **nicht erzwungen** (dh nicht vollstreckt) **werden können**, obwohl der Naturschuldner *wirklich* schuldet. Wird die Leistung freiwillig erbracht, ist sie **nicht rückforderbar** (iSd „bewussten Leistung einer Nichtschuld“ – auch wenn eine tatsächliche Schuld getilgt wird; vgl dazu § 1432).

Das gilt für **verjährte** und aus **Formmangel ungültige Schulden** und für alle sonstigen Schulden, „zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt“ (zB Wettschulden [§ 1271], § 214 Abs 3 IO).

- „Befestigung“ durch **Pfandbestellung oder Bürgschaft oder Anerkenntnis**: Das muss für jede Naturalobligation einzeln geprüft werden. Bei Wettschulden ist eine Befestigung durch Anerkenntnis bei Betrachtung des Normzwecks auszuschließen. Bei verjährten Schulden sind alle drei Möglichkeiten denkbar, da ja auch auf die Einrede der Verjährung verzichtet werden kann (bei sonstiger *replicatio doli*, siehe AT).
- **Gegenseitige Naturalobligationen** werden auch dann nicht zu einklagbaren Schulden, wenn einer von beiden Teilen seine Naturschuld leistet.

2. Kapitel: Begründung der Schuldverhältnisse

I. Die Entstehungsgründe einer Obligation

§ 859 zufolge gründen sich Schuldverhältnisse „unmittelbar auf ein Gesetz, auf ein Rechtsgeschäft oder auf eine erlittene Beschädigung“. Sinnvoller erscheint aber eine Zweiteilung in **rechtsgeschäftliche** und **gesetzliche Schuldverhältnisse**.

- ➔ „**Rechtsgeschäftlich**“ begründet sind alle *vertraglichen* Schuldverhältnisse, jedoch auch solche, die durch *einseitiges Rechtsgeschäft* (Auslobung, Vermächtnis) entstehen.
- ➔ „**Gesetzlich**“ begründet sind dagegen die Schuldverhältnisse aus *ungerechtfertigter Bereicherung*, *Geschäftsführung ohne Auftrag* und eben auch jene aus „*erlittener Beschädigung*“ (Schadenersatz).
- ➔ „**Vorvertragliche Schuldverhältnisse**“ nehmen eine Mittelstellung ein. Sie entstehen aufgrund des Gesetzes (bei einer Verletzung vorvertraglicher Pflichten: *culpa in contrahendo*), stehen inhaltlich aber den rechtsgeschäftlichen SV näher.

II. Entstehung durch Rechtsgeschäft

A. Entstehung durch Vertrag

Im Schuldrecht gilt das **Prinzip der Vertragsfreiheit**, das folgende Aspekte umfasst:

- ☑ **Abschlussfreiheit**: Den Parteien steht frei zu entscheiden, **ob** und **mit wem** sie kontrahieren wollen.
- ☑ **Formfreiheit**: iSd § 883 ist der Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte grds an **keine besondere Form** gebunden.
- ☑ **Endigungsfreiheit**: Die Parteien können bestehende Schuldverhältnisse **jederzeit einvernehmlich aufheben**.
- ☑ **Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit**: Es herrscht **kein Typenzwang**, weshalb die die Parteien **atypische Verträge** (solche, die keinen gesetzlichen Typen entsprechen, zB Garantievertrag) oder **gemischte Verträge** schließen können. IdR werden dann für die einzelnen Leistungspflichten die passenden Vorschriften herangezogen (**Kombinationstheorie**). Manchmal ordnet das Gesetz aber an, bspw „nach Überwiegen“ alle Vorschriften eines typisierten Geschäfts auf einen bestimmten gemischten Vertrag (§ 1055: *Kauf-Tausch*, § 1091: *Miete-Pacht*) anzuwenden (**Absorptionstheorie**).

Beispiele für gemischte Verträge: *Gemischte Schenkung* (Schenkungen, Kauf), *Leasingvertrag* (Miete, Kauf), *Tankstellenvertrag* (Dienst- und Bestandvertrag), *Pensionsvertrag* (Miete, Dienst- und Werkvertrag), *Bankspareinlagenvertrag* (Darlehen, *depositum irregulare*), *Mobilfunkvertrag* (Bestand- und freier Dienstvertrag), *Abbauvertrag* (Pacht, Kauf). Auf diese Verträge ist die Kombinationstheorie anzuwenden.

Aber: Die Vertragsfreiheit ist **durch** bestimmte **gesetzliche Schranken** anhand sozialer Schutzgedanken oder zur Sicherung der öffentlichen Ordnung **beschränkt** (bspw durch **KSchG**, **VKrG** und **HIKrG** bzw allgemein im **Miet-** und **Arbeitsrecht**).

B. Die Auslobung

§ 860: „¹Die nicht an bestimmte Personen gerichtete Zusage einer **Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg** (Auslobung) wird **durch die öffentliche Bekanntmachung verbindlich**. ²Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt ist.“

Die Auslobung ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft** und lässt bei einem Dritten einen **Anspruch auf die Belohnung** entstehen, wenn dieser (unabhängig von der Kenntnis der Auslobung) den gewünschten Erfolg hergestellt hat. Sie ist von *öffentlichen Ausschreibungen* zu unterscheiden, die *invitationes ad offerendum* darstellen.

Der **Widerruf** ist bis zur Vollendung der Leistung (grds in derselben Form wie die Bekanntmachung oder besondere Mitteilung) möglich, sofern darauf *nicht verzichtet* wurde (durch *ausdrücklichen Verzicht* oder *Frist*). Wer die Leistung in schuldloser Unkenntnis des Widerrufs erbracht hat, demgegenüber ist der **Widerruf unwirksam** (§ 860a).

Erbringen **mehrere** die Leistung, gebührt sie **dem ersten Erbringer** oder, bei Gleichzeitigkeit der Erbringungen, **allen zu gleichen Teilen** (§ 860b).

Preisausschreiben sind eine besondere (in § 860 Satz 2 angesprochene) Form der Auslobung, da der Auslobende innerhalb einer Frist mehrere Leistungen (Erfolge) abwartet und dann selbst (oder durch eine Jury) eine Bewertung bzw Auswahl herbeiführt, die aber nicht völlig willkürlich sein darf. Bei einer Auslobung (bzw speziell bei Preisausschreiben) darf der Erfolg **nicht ausschließlich vom Zufall abhängen**, da **sonst** ein (im Vergleich zur Auslobung *nicht einklagbarer*) **Glücksvertrag** vorliegt.

Auf das Verhältnis „**Auslobender** ↔ **Leistende**“ sind die Regeln des nächstverwandten Vertrags (zB Werk- oder Kaufvertrag bzw Wette) anzuwenden.

III. Entstehung durch rechtsgeschäftlichen Kontakt

Bereits mit der **Aufnahme eines Kontakts zu geschäftlichen Zwecken** treten die potentiellen Geschäftspartner (kraft Gesetzes) in ein **beiderseitiges Schuldverhältnis**. „*In contrahendo*“ bestehen für die Parteien – unabhängig vom späteren (Nicht-)Abschluss des Vertrags – **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten** (also *keine Hauptleistungspflichten*), deren schuldhafte Verletzung man „*culpa in contrahendo*“ nennt und die **ersatzpflichtig** macht (grds bzgl des **Vertrauensschadens**, außer der Vertrag wäre ohne vorvertragl. Pflichtverletzung zustande gekommen; uU kann der SE-Anspr. iSd § 1323 auch *Vertragsaufhebung* bezwecken).

Die Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* hat keine eigene gesetzliche Grundlage. Sie basiert auf einer **Rechtsanalogie** auf der Grundlage der §§ 874 und 878 (vgl auch § 16 VersVG). Allerdings wurde der Grundgedanke eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses weiterentwickelt und es wurden auch **weitere Sonderrechtsbeziehungen** (zB ständige Geschäftsbeziehung, weitere Bsp: Bd. II S. 17) anerkannt, die die Parteien bei ihren rechtsgeschäftlichen und geschäftsähnlichen Erklärungen an **besondere Schutzpflichten** binden.

Aufklärungspflichten in contrahendo bestehen insb darin, dass der potentielle Vertragspartner den anderen über die **Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes** und über **rechtliche Hindernisse** (bzgl des Vertrags) aufzuklären hat.

Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, über alle Umstände aufzuklären. Die Aufklärungspflicht richtet sich nach dem bereits bestehenden Wissen des Aufzuklärenden und ist dann anzunehmen, wenn der andere Teil eine **Aufklärung nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs erwarten** darf. Außerdem ist über die **eigene Identität** und mit der Leistungserbringung verbundene **Gefahren** aufzuklären (Bsp: Bd. II S. 18). Bei Aufklärungspflichten von Banken/Versicherern/Ärzten handelt es sich oft nicht um vorvertragliche, sondern um vertragliche Pflichten.

Es gibt auch **gesetzlich umschriebene Aufklärungspflichten** (zB: §§ 4 ff FAGG, 5a KSchG, 6 VKrG, 7 ÜbG, uvm).

Stehen einem Vertrag noch Hindernisse entgegen, hat ein Teil uU zu versuchen, diese **Hindernisse zu beseitigen**. Auch darf man bei sonstiger Ersatzpflicht **dann nicht grundlos vom Vertrag abstehen**, wenn man beim anderen die Überzeugung geweckt hat, der Vertrag werde sicher zustande kommen (ansonsten darf man grds schon davon abstehen).

Das **Stellvertreterhandeln** wird dem Vertretenen auch *in contrahendo* **nach § 1313a zugerechnet**, während der Gehilfe selbst grds nicht haftet (sofern keine besonderen Umstände oder ein konkludent geschlossener Auskunftsvertrag [§ 1300] vorliegen). Natürlich können aber auch **deliktische Haftungsvoraussetzungen** erfüllt sein, was für Geschädigte aber ungünstiger ist.

Bei **Mitverschulden** ist der **Schaden gem § 1304 zu teilen**. (Eine Kulpakompensation iSd § 878 kommt nur in dessen unmittelbarem Anwendungsbereich, also bei der subjektiven Unmöglichkeit, infrage.)

IV. Nebenabreden zur Bestärkung/Abschwächung rechtsgeschäftlicher Pflichten

A. Angeld (§ 908)

Angeld ist, „*was bei Abschließung eines Vertrags* (als Zeichen des Abschlusses und zur **Sicherstellung der Erfüllung**) **voraus gegeben wird**“, sofern das **Geschäft gültig zustande kommt** (sonst ist es als rechtsgrundlos geleistet anzusehen).

Bei **schuldhafter Nichterfüllung** des Vertrags kann der schuldlose **Angeldgeber** das **Doppelte zurückfordern** bzw der schuldlose **Angeldempfänger** das Angeld **behalten** (worin sich *Sicherstellungs-* und *Bestärkungsfunktion* des Angelds zeigen).

Verbrauchergeschäft: Im B2C-Geschäft unterliegt das Angeld gem § 7 KSchG dem **richterlichen Mäßigungsrecht** (sinngemäß nach § 1336 Abs 2).

Ob ein **Schaden** entsteht oder nicht, ist für den Angeldverfall grds irrelevant. Entsteht aber ein Schaden, ist **nur der über das Angeld hinausgehende Schaden** zu ersetzen.

Die **Qualifikation als „Angeld“** muss bei einer beim Vertragsschluss erbrachten Teilleistung individuell ermittelt werden, sofern dies nicht ausdrücklich bedungen ist. „*Anzahlungen*“ oder *hohe Beträge* (zB 30% des Kaufpreises) gelten iZw nicht als Angeld. Klappt die Vertragsabwicklung wie vereinbart, ist das gegebene Angeld als **Teilzahlung** zu betrachten.

B. Reugeld (§§ 909-911)

Reugeld ist eine vertraglich (also wiederum nur auf Basis eines gültigen Geschäfts) **versprochene Leistung für den Fall des eigenen Rücktritts** oder das **verschuldete Unterbleiben der eigenen Leistung** (§ 911). Grds hat man also (bis zur Erfüllung des Vertrags) eine **facultas alternativa** (Erfüllung der vertragl. Leistungspflichten ↔ Zahlung des Reugelds).

Verbrauchergeschäft: Auch das Reugeld kann „*wie eine Vertragsstrafe*“ gem § 7 KSchG (wie bei § 1336 Abs 2) gemäßigt werden. In bestimmten Fällen (zB § 31c Abs 2 KSchG: Änderung von Reisebedingungen; § 28 Abs 1 Z 5 WEG) kann das Reugeld auch **entfallen**.

Das Rücktrittsrecht nach § 918 bleibt von der Vereinbarung eines Reugelds unberührt.

Bei **Werkverträgen** spricht man von „**Stornogebühren**“ (worunter iZw grds jedoch Konventionalstrafen zu verstehen sind), deren Zahlung von der darüber hinausgehenden Zahlung eines Werklohns nach § 1168 Abs 1 befreit.

C. Vertragsstrafe (§ 1336)

Eine **Vertrags- oder Konventionalstrafe** ist ein **pauschalierter Schadenersatz** für den Fall, dass der **Vertrag nicht (gehörig) erfüllt** wird, der iZw den SE wegen Nicht- oder Schlechterfüllung ersetzt („Vorweg-Pauschalierung“ des Nichterfüllungs-, Verspätungs- oder Mangelschadens), der allerdings **auch ohne eingetretenen Schaden** gebührt. **IzW** ist er **verschuldensabhängig**.

- Eine Konventionalstrafe **muss vereinbart werden**, was aber nur möglich ist, wenn eine **gültige Hauptverbindlichkeit** besteht.
- **Übersteigt der Schaden** den pauschalierten SE, kann er darüber hinaus geltend gemacht werden (im **Verbrauchergeschäft** *zulasten* des Verbrauchers nur bei Aushandlung im Einzelnen, § 1336 Abs 3).
- Auch die **Nichteinhaltung von Erfüllungszeit oder -ort** (also *de facto* Verzug) kann die Konventionalstrafe (neben Leistungsanspruch!) bedingen. Dasselbe gilt für **Dauerschuldverhältnisse** (Konventionalstrafe für vergangenes Fehlverhalten + zukünftige Erfüllung).
- Eine **verschuldensunabhängige Konventionalstrafe** kann nur dann vereinbart werden, wenn sie beiden Teilen gleichermaßen droht.

Das **richterliche Mäßigungsrecht** (§ 1336 Abs 2) für übermäßig hohe Vertragsstrafen ist **auf Verlangen** (*weit* zu verstehen [ua schon die Bestreitung]) der betroffenen Partei auszuüben (und bei **Mitverschulden** ist die Strafe **analog § 1304 herabzusetzen**).

Anders als das (*nach Ausübung des Reurechts* zu bezahlende) **Reugeld**, begründen das (*im Voraus* zu bezahlende) **Angeld** und die (*nach erfolgter Vertragsverletzung* zu bezahlende) **Konventionalstrafe keine facultas alternativa**.

D. Verwirkungsabrede

Die **Vereinbarung eines Rücktrittsrechts des Gläubigers** bzw des **Verlusts vertraglicher Rechte des Schuldners** für den Fall der **nicht gehörigen Leistung** nennt man **Verwirkungsabrede**. Sie kann auch **bisher Geleistetes** verfallen lassen.

Der „**Terminsverlust**“ ist eine typische Verwirkungsabrede bei Kreditgeschäften. Der Schuldner, der mit einer Teilleistung (nicht bloß geringfügig!) oder mit der Zinszahlung im Verzug ist, verliert die gesamte Kreditbegünstigung (wodurch alle restlichen Teilleistungen sofort fällig werden).

Verbraucher(kredit)geschäft: Der Unternehmer kann den Terminsverlust **nur** geltend machen, **wenn er 1.)** seine Leistung erbracht hat, **2.)** der Verbraucher seit *min. 6 Wochen* im Verzug ist und **3.)** der Terminverlust unter Setzung einer 14-täg. Nachfrist erfolglos angedroht wurde (§ 14 VKrG).

3. Kapitel: Schuldinhalt

I. Art der Leistung

A. Tun und Unterlassen

„**Leistung ist die Erbringung des Geschuldeten.**“ Das kann in einem **Tun** oder **Unterlassen** (dh auch: Dulden) bestehen.

Unter „**Leistung**“ kann *entweder* das obligationsmäßige Verhalten *oder* die Herstellung des obligationsmäßigen Erfolgs bedeuten. Ist der Erfolg eingetreten, ist auf jeden Fall „geleistet“. Ist der Erfolg *noch nicht* eingetreten, unterscheidet man je nach Art der Verpflichtung:

- **Unterlassungspflichten:** Hier kommt kein „Erfolg“ infrage. Die „*Leistung*“ besteht im **Verhalten**.
- **Pflichten, die auf ein Tun gerichtet sind:** Hier wird je nach Vertrag unterschieden. Bei *Kauf- und Werkverträgen* wird bspw ein **Erfolg** (Eigentumsübertragung, Werk), bei *Dienstverträgen* dagegen nur ein **Verhalten** (obligationsmäßiges Arbeiten bzw Bemühen) geschuldet.

Für Tun/Unterlassen gelten die **gleichen Regeln**, beides kann Gegenstand von Hauptleistungs-, Neben- und Schutzpflichten sein.

Aber: Anders als Ansprüche auf ein Tun können **Unterlassensansprüche** schon **vorbeugend** („*vorbeugende Unterlassungsklage*“) geltend gemacht werden, wenn die **Verletzung der Unterlassungspflicht** *entweder unmittelbar droht oder Wiederholungsgefahr* besteht (bei schon erfolgtem Eingriff).

- **Achtung:** Unterlassungsansprüche aus schuldrechtlichen Unterlassungspflichten sind von Unterlassungsansprüchen aus absoluten Rechten (zB *Eigentum* ⇒ *actio negatoria* [§§ 354 oder 523]) zu unterscheiden. Auch der Unterlassungsanspruch gem § 28 KSchG ist davon zu unterscheiden.

B. Teilbare und unteilbare Leistungen

„**Die Leistung ist iZw teilbar, wenn zw. dem Ganzen und den Teilen bloß ein quantitativer Unterschied besteht, sonst unteilbar**“

Teilbar ist meist die Leistung **vertretbarer Sachen** (Mehl, Geld, Öl); **unteilbar** bspw die Leistung einer Uhr oder einer Liegenschaft;

Entscheidend ist aber der **Parteiwille**: Die Parteien können *ausdrücklich* oder *konkludent* die (Un-)Teilbarkeit der Leistung vereinbaren. Demnach kommt es insb auf das **Interesse** des Empfängers an einer Teilleistung an.

Bsp 1: Wer ein Auto als Ersatzteillager will, will dieses vmtl auch bei Fehlen der Stoßstange. **Bsp 2:** Wer 100m Zaun will, ist an 10m nicht interessiert.

Wird eine Teilleistung erbracht, erlischt auch ein **Teil der Schuld** (und es ist *kein Gesamtrücktritt mehr möglich*).

Die **teilweise Unmöglichkeit** führt bei **1.) teilbaren Leistungen:** *zum teilweisen Untergang der Schuld* und bei **2.) unteilbaren Leistungen:** *zum Untergang der gesamten Schuld* (§§ 920, 1447).

C. Bestimmtheit der Leistung

„**Die Leistung muss bestimmt oder** (mittels Vertragsauslegung bzw Dispositivrecht) **bestimmbar sein (§ 869), sonst ist das Rechtsgeschäft ungültig.**“ Die Bestimmung der Leistung kann von den Parteien einem **Dritten** übertragen werden (Kauf: § 1056).

Sogar ein **Vertragspartner** kann zur Bestimmung der Leistung bestimmt werden. Er muss dies jedoch bzgl der **Hauptpunkte nach billigem Ermessen** tun und darf nur bei **Nebenpunkten nach beliebigem Ermessen** vorgehen. Gegen missbräuchliche Ausübung kann gerichtlich vorgegangen werden.

D. Gattungsschuld und Stückschuld

„**Bei der Stückschuld (Speziesschuld) legen die Parteien den Leistungsgegenstand durch individuelle Merkmale fest, bei der Gattungsschuld (Genusschuld) durch generelle Merkmale.**“

Achtung: Ob eine Speziess- oder Gattungsschuld vorliegt, hängt von der **Parteienvereinbarung** ab, auf der die Schuld basiert. Dagegen werden vertretbare und unvertretbare Sachen von der **Verkehrsauffassung** bestimmt. **Bsp 1:** „*Jrgendein Klimt-Gemälde*“ ist eine Gattung(swahl)schuld, die aus verschiedenen unvertretbaren Sachen besteht. **Bsp 2:** „*Diese Packung Klopapier*“ ist eine Speziessschuld, die Sache aber eine vertretbare. Ist der Leistungsgegenstand vertretbar, ist *iZw* von einer Gattungsschuld auszugehen.

Die **Gattung** kann *weit* (1 Liter Wein) oder *eng* (1 Liter Schattenburg-Rotwein) gefasst sein. Ist ein bestimmter **Vorrat** dieser Gattung vorhanden, spricht man von einer **beschränkten Gattungsschuld** (nur solange der Vorrat ausreicht).

Es sind bei entgeltlichen Geschäften (unter Lebenden) *mangels anderslautender Vereinbarung Sachen mittlerer Art und Güte* zu leisten (§ 905a). Bei unentgeltlichen Geschäften gilt das nicht.

Werden **bestimmte Sachen aus einer Gattung ausgewählt** (um sie dann zu leisten), führt dies zur **Konkretisierung** (Konzentration) der Gattungsschuld. Der Zeitpunkt dafür ist *mangels anderslautender Vereinbarung* der **Zeitpunkt der bedungenen Übergabe** (§§ 1047 ff), außer der Schuldner ist im Verzug. Mit diesem Zeitpunkt findet auch der **Gefahrenübergang** statt.

Verwendungskauf: Hier gilt die Sache grds schon mit der Übergabe ans Transportinstitut als übergeben (§ 429). Für **Verbrauchergeschäfte** macht der § 7b KSchG aber eine wichtige **Ausnahme** (Übergang von Gefahr und Eigentum idR erst mit Übergabe an den Verbraucher [*lesen!*]).

Die **hA** verlangt für die Konkretisierung eine **gegenständliche Absonderung** der Quantität (dh die Sachen müssen tatsächlich *räumlich* getrennt werden). Eine **aA** begnügt sich mit einem Beweis dafür, dass gewisse Stücke für den Gläubiger bestimmt waren.

E. Wahlschuld und *facultas alternativa*

Eine **Wahlschuld** kann auf **verschiedene Arten erfüllt** werden (*duae res in obligatione, una res in solutione*). Insgesamt muss die Schuld aber **nur einmal** erfüllt werden. Das **Auswahlrecht** hat *mangels anderer Vereinbarung* der **Schuldner (§ 906)**.

„**Wählen**“ kann der Auswahlberechtigte durch Erklärung oder den Beginn der Erfüllung (nicht einseitig rückgängig zu machen!). Er darf auch wählen, welche Leistung er zurückerhalten will, wenn er **irrtümlich beide Leistungen erbracht** hat (§ 1436). Hat er in Unkenntnis seines Wahlrechts eine der Leistungen erbracht, kann er nichts zurückfordern.

Gerät er mit der Auswahl in **Schuldnerverzug**, kann der Gläubiger eine der Leistungen einklagen (die dann die *einzig geschuldete* wird). Gerät der auswahlberechtigte Gläubiger mit der Auswahl in **Annahmeverzug**, treffen ihn die *widrigen Folgen* (s.u.) und der Schuldner kann *entweder 1.) die Wahl selbst treffen* (u. dem Gläubiger eine Frist für eine andere Wahl setzen) *oder 2.) unter Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten*. Trifft den Gläubiger ein **Verschulden**, ist (in bd. Fällen) **SE** zu leisten (§ 906 Abs 2).

Der **zufällige Untergang eines Wahlstücks** löst den Wahlberechtigten von der Vertragsbindung (§ 907), er kann aber auch eine noch mögliche Leistung begehren.

Der **vom Verpflichteten verschuldete Untergang eines Wahlstücks** lässt diesen dem Berechtigten haften: Der kann *entweder* die verbliebene Sache nehmen *oder SE wegen Nichterfüllung* fordern.

Eine **Ersetzungsbefugnis** (*facultas alternativa*) bedingt, dass der Schuldner das Recht hat, die geschuldete Leistung durch eine andere zu ersetzen (*una res in obligatione, duae res in solutione*). Sie kann sich **entweder** aus einer **Vereinbarung** ergeben **oder** **direkt auf dem Gesetz beruhen** (zB *laesio enormis*, Änderung der Vertragsbedingungen iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, uvm).

Der **zufällige Untergang** befreit den Schuldner grds von der Leistungspflicht. Es kann aber auch eine Ersetzungsbefugnis vereinbart werden.

F. Sicherstellung und Rechnungslegung als Leistungsinhalt

Entweder aus einer **Vereinbarung** **oder** dem **Gesetz** (zB §§ 343, 520, 834) können sich **Sicherstellungspflichten** ergeben.

Gem § 1373 ist **iZw** ein Pfand zu bestellen und nur unter uU muss der Gläubiger einen (tauglichen) Bürgen annehmen.

Wem die Verwaltung fremden oder gemeinschaftlichen Vermögens obliegt, der ist zur **Rechnungslegung** verpflichtet.

Vgl dazu §§ 214 (*Obsorgebeauftragte*), 1012 (*Beauftragte*), 1039 (*Geschäftsführer ohne Auftrag*, analog auch auf GF ohne *animus rem alteri gerendi* angewandt), 1194 (*geschäftsführender Gesellschafter*) sowie 1366 (*Gläubiger gegenüber Bürgen/Pfandbesteller*). Diese Pflicht kann sich aber auch aus der Vereinbarung oder dem Sinn und Zweck des SV ergeben.

(Vgl auch §§ 151 PatG, 54 f MarkSchG, 87a UrhG sowie § 34 WEG.) Die Rechnungslegung ist keine Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Rechnungslegungspflichtigen, da sie nur eine „Hilfsfunktion“ hat.

II. Leistungszeit

„Leistungszeit (Fälligkeit) ist der Zeitpunkt, in dem der Schuldner die Leistung erbringen und der Gläubiger sie annehmen soll.“ Er kann sich **1.)** aus der **Vereinbarung**, **2.)** dem **Gesetz** oder **3.)** **Natur und Zweck der Leistung** ergeben.

- **Gesetzliche Fälligkeitsvorschriften** enthalten bspw die §§ 685, 1100, 1418 sowie § 15 Abs 3 MRG oder etwa § 11 VersVG.
- Au **Natur und Zweck** ergibt sich der Fälligkeitzeitpunkt zB beim **Handkauf** (beide Leistungen sind sofort fällig).

Lässt sich so kein Zeitpunkt ermitteln, kann der Gläubiger die Leistung **gem § 904 fällig stellen** („*sogleich, also ohne unnötigen Aufschub, fordern*“). Man spricht auch von der **Mahnung**.

- Der Gläubiger muss dem Schuldner also eine *nach Treu und Glauben* zu bestimmende Zeit zur Vorbereitung geben.
- *Kein Recht auf Fälligkeitstellung* hat er, wenn der Schuldner die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten oder die Leistung „nach Möglichkeit oder Tunlichkeit“ versprochen hat. Dann muss uU auf die Erben gewartet werden oder die Fälligkeit *nach Billigkeit* richterlich festgelegt werden.

Verbraucherverträge über Waren (insb Kauf-/Werklieferungsverträge): Gem § 7a KSchG (*dispositiv*) hat der Unternehmer *mangels anderer Vereinbarung* die Ware „*ohne unnötigen Aufschub*“, jedenfalls **binnen 30 Tagen ab Vertragsschluss** zu leisten.

Unterschiede zu § 904: Es **braucht keine Mahnung** zur Fälligkeit, die **Verzugsfolgen** (§§ 918 ff) treten trotzdem ein; Verstöße: Verwaltungsstrafen;

Nachträgliche Änderungen der Fälligkeit können grds (Ausnahme zB § 14 IO) nur **einvernehmlich** geschehen (§ 1413).

Verbraucher können **Kreditverbindlichkeiten** dann auch **vorzeitig erfüllen** (unter Mäßigung der laufzeitabhängigen Kosten, § 16 VKrG). Andere Geschäftspartner (B2B, C2C) haben **iZw kein Recht** auf den Abzug von „Zwischenzinsen“.

Die Fälligkeit **beginnt am Anfang des Fälligkeitstages**. Der **Schuldner-** oder **Gläubigerverzug** tritt aber **erst mit Ablauf** dieses Tages ein.

Durch **Stundung** (die *fälligkeitsändernd* wirkt, dh kein Verzug) oder „**reine Stundung**“ (die die *Fälligkeit nicht ändert*, sondern nur die Geltendmachung hinausschiebt; Verzug dauert fort) wird jedenfalls die Geltendmachung verzögert. Welches Modell davon vorliegt, ist durch **Auslegung** zu klären (nach Eintritt des Verzugs iZw „reine Stundung“, vgl Bd. II S. 34).

Verjährung: Ist das Ersuchen um Stundung *auch ein Anerkenntnis*, so wird die Verjährung **unterbrochen**, andernfalls **gehemmt**.

Diese Regeln über Leistungszeit (§ 904) und -ort (§ 905) gelten (quasi subsidiär) **auch für gesetzliche Verbindlichkeiten**.

III. Leistungsort (Erfüllungsort)

„Erfüllungsort ist der Ort, an dem die Leistung vom Schuldner erbracht und vom Gläubiger angenommen werden soll.“

Dies richtet sich **1.)** nach der **Vereinbarung** oder **2.)** nach **Natur und Zweck des Geschäfts**. Ist so kein Erfüllungsort zu ermitteln, ist **iZw am Wohnsitz/Geschäftsniederlassung des Schuldners (§ 905)** zu leisten (womit iZw eine **Holschuld** vorliegt).

Sekundäre Rechtsfolgen: Der Erfüllungsort ist auch für die **Gerichtszuständigkeit** (zB § 88 JN, Art 5 Abs 1 EuGVVO) erheblich. Außerdem richten sich „*Maß, Gewicht und Geldsorten*“ **iZw** danach (die dispositive Regel des Abs 1 Satz 2 *leg cit* ist sachen-, nicht kollisionsrechtlich zu verstehen).

Es kann (abgesehen von der Holschuld) auch eine **Bring-** oder **Schickschuld** vereinbart werden (iZw gilt außer bei Geldleistungen [§ 907a] eine Schickschuld als vereinbart). Dabei ist der **Erfüllungsort** bei der *Bringschuld* der Sitz des Gläubigers, bei der *Schickschuld* der Sitz des Schuldners (was sich auch bei Versandkostenübernahme durch ihn nicht *eo ipso* ändert, § 905 Abs 2).

Kosten und Gefahr beim Versendungskauf (§ 429): Er ist der prominenteste Fall der Schickschuld. Dabei gilt grds, dass der **Gefahrenübergang** mit der Übergabe an einen gewöhnlichen Versanddienstleister stattfindet (§ 905 Abs 3), für den der Schuldner *nicht gem § 1313a haftet*. Im **Verbrauchergeschäft** geht die Gefahr grds erst mit Übergabe an den Verbraucher über (§ 7b KSchG)! Die **Kosten der Versendung** trägt grds der **Käufer** (§ 1063a).

Aus einem SV können auch mehrere Ansprüche mit jeweils eigenen Erfüllungsorten erwachsen. Die Leistung ist bei **Fälligkeit bereitzustellen** (Holschuld), **abzuliefern** (Bringschuld) oder **abzusenden** (Schickschuld), sonst tritt (Schuldner-)Verzug ein.

IV. Geldschuld

A. Das Geld

„Geld im engeren Sinne ist das vom Staat anerkannte und mit Annahmewang ausgestattete Zahlungsmittel.“

Geld im weiteren Sinne = alles, was im Verkehr als Zahlungsmittel angenommen wird (auch ausländisches Geld oder Buchgeld);

Geld hat einen **Nennwert** (der aufgedruckte Wert), zu dem es auch anzunehmen ist; man spricht daher auch von **Nominalschulden**. Dieser muss nicht dem „**inneren Wert**“ (**Kaufkraft**) oder dem **Metallwert** (Materialwert der Münze) entsprechen.

B. Das Buchgeld

„Buchgeld sind sofort verfügbare Konten.“ Bei einer Buchgeldzahlung wird dem Gläubiger ein **Anspr. gg eine Bank** verschafft.

Eine solche „Zahlung“ ist daher als **Leistung an Zahlungs statt (§ 1414)** zu betrachten. Für eine Überweisung ist die **Zustimmung des anderen** nötig: Weder der Gläubiger noch der Schuldner können dazu gezwungen werden.

§ 15 Abs 3 MRG verpflichtet den **Vermieter**, § 6a KSchG den **Unternehmer** (außer bei Verkehrsüblichkeit der Barzahlung oder einer anderslautenden Vereinbarung), ein **verkehrsübliches Konto** anzugeben. § 7 Abs 4 **GehaltsG** sieht Buchgeldzahlung bei Beamtengehaltszahlungen vor.

C. Besonderheiten der Geldschuld

Geldschulden sind **Gattungsschulden** und kennen **keine Unmöglichkeit**.

Bei einer **einfachen Valuta- oder Fremdwährungsschuld** (in ausländischer Währung vereinbarte Leistung) hat der Schuldner, sofern die Auslandswährung nicht ausdrücklich bedungen wurde und der Zahlungsort im Inland liegt, eine *facultas alternativa*, nach Umrechnung anhand des Tageskurses (*bei Verzug*: Fälligkeitstag) des Zahlungsorts in Inlandswährung zu zahlen.

„**Geldwechseln**“ besteht im Kaufen und Verkaufen der Valuta („\$ 12,- um € 10,- kaufen“), die als Ware behandelt wird.

D. Leistungsort und Leistungszeit (§ 907a)

Die Geldschuld ist grds eine **Bringschuld**. Sie ist am **Sitz des Gläubigers** zu erfüllen (dh diesem **bar** zu übergeben oder auf sein **Bankkonto** zu überweisen). Der **Schuldner** trägt daher auch **Kosten des Transfers** und die **Gefahr** (der Verzögerung/des Unterbleibens, *sofern* die Ursache *nicht* beim Bankinstitut des Gläubigers liegt, siehe § 907a Abs 2 aE). Die Überweisung ist dabei *rechtzeitig* zu erteilen ist, dass der Betrag **bei Fälligkeit** am Konto des Gläubigers „wertgestellt“ ist (§ 907a Abs 2 Satz 1).

Tritt Fälligkeit erst später ein, ist „**ohne unnötigen Aufschub**“ der Überweisungsauftrag zu erteilen (§ 907a Abs 2).

Im **Verbrauchergeschäft** gilt die Erteilung des Überweisungsauftrags am **Fälligkeitstag** gem § 6a Abs 2 KSchG als **rechtzeitig**.

Während § 6a KSchG nicht am Charakter der Geldschuld als Bringschuld rüttelt, bestimmt § 36 **VersVG** explizit das Gegenteil, sodass Geldschulden dort „**qualifizierte Schickschulden**“ sind: Der **Erfüllungsort** der Prämienzahlung ist demnach der Wohnsitz des Versicherungsnehmers. Dieser muss die Prämienzahlung *auf eigene Kosten und Gefahr bis zum Eintritt der Fälligkeit* (= rechtzeitig) **veranlassen** und die Prämie muss auch ankommen.

E. Geldentwertung und Wertsicherung

Der Gläubiger kann bei Kaufkraftschwund Einbußen erleiden, da dieser den Charakter der Geldschuld als **Nominalschuld** nicht tangiert. Unter dem Blickwinkel der „Geschäftsgrundlage“ (siehe AT) stellt sich sodann die **Frage einer Erhöhung** des Nominalbetrags (die **Rsp** lässt dies **nur selten** zu), zum Darlehen vgl § 985 (*dispositiv*). Es gibt aber auch andere Konstruktionen:

- ➔ „**Geldwertschuld**“: Die **Unterhaltsansprüche** zielen jeweils auf die Summe, derer der Unterhaltsberechtigte „**zum Leben bedarf**“ – unabhängig von ihrem Nennwert. Im Verzugsfall gebührt der Ersatz eines etwaigen Kaufkraftschwunds nur als entgangener Gewinn (dh ersatzfähig ab grobem § 1331) oder bei jedem Verschulden im B2B-Geschäft iSd § 349 UGB).
- ➔ „**Sachwertschuld**“: Wer iSd § 1332 den Wert einer Sache ersetzen muss, muss den **Sachwert im Zeitpunkt der Beschädigung** ersetzen. Dieser Wert wird als Nominalschuld *zur Zeit des Urteils* dargestellt.
- ➔ **Wertsicherungsklauseln**: Heute sind **Indexklauseln** verbreitet, denen zufolge die geschuldete Summe durch einen **bestimmten Faktor** (zB anhand d. Lebenserhaltungskosten) aufgewertet wird. Es gibt auch „Goldklauseln“ (Bd. II S. 41).

Verbraucherverträge: § 6 Abs 2 Z 4 (keine Entgelterhöhungen innert 2 Mon. ab Vertragsschluss) und Abs 1 Z 5 KSchG (**Gebot der Beidseitigkeit**).

F. Zinsen

1. Der Begriff

Zinsen sind **Entgelt für die Nutzung eines Kapitals** und werden **in % des Kapitals pro Zeiteinheit** berechnet.

- **Verzugszinsen**: Der Anspruch auf Verzugszinsen enthält nach neuerer Ansicht schadenersatz- und bereicherungsrechtliche Elemente.
- „**Zins**“: Anders als die „Zinsen“ für Kapitalnutzung, bezeichnet „Zins“ das Entgelt des Bestandnehmers für die Überlassung des Bestandobjekts.

„**Nebengebühren**“: Das ABGB rechnet Zinsen in § 912 zu den Nebengebühren, *obwohl* sie tlw *selbst Hauptleistung* sind und auch *selbst nicht immer das Schicksal der Hauptsache teilen* (sondern unabhängig von der Hauptforderung **innen 3 Jahren** [§ 1480]). Außerdem kann der Gläubiger selbständig über sie verfügen.

Sie können sich **1.) aus Vertrag oder 2.) aus dem Gesetz** ergeben.

2. Zinsen als Entgelt

Die Parteien können die Höhe der Zinsen für die Kapitalüberlassung **selbst bestimmen** (bis zu den **Grenzen des Wuchers** [§ 879 Abs 2 Z 4] bzw § 7 **WucherG**). Wurde nichts bestimmt, gilt der **allgemeine gesetzliche Zinssatz** von **4%** (§ 1000 ABGB), bzw im Wechsel- und Scheckrecht 6% (Art 48 f WechselG, Art 45 f ScheckG).

3. Verzugszinsen

Sie gebühren als **Folge verspäteter Leistung** und richten sich nach der **Vereinbarung** (dürfen im **Verbrauchergeschäft** aber höchstens **5% p.a.** betragen [§ 6 Abs 1 Z 13 KSchG]).

Ohne Vereinbarung greifen die gesetzlichen Regeln: **1.)** Verzugszinsen gebühren bei **Geldforderungen**; **2.)** sie sind **verschuldensunabhängig** (dh auch beim obj. Verzug; § 1333) und betragen grds **4%** (§§ 1333 iVm 1000).

Bei **Unternehmergeschäften** legt § 456 spezielle **Verzugszinssätze** (9,2% über dem Basiszinssatz bei *subj. Verzug*) fest. Dies gilt auch für Geschäfte zwischen Unternehmen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Ein **weiterer** bzw **sonstiger Schaden** kann (ab leichtem Verschulden) darüber hinaus ersetzt werden, worunter insb außergerichtliche (notwendige, zweckmäßige) **Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen** fallen (§ 1333 Abs 2). Mehr dazu (insb zur Rechtsnatur der Betreibungskosten) in Bd. II S. 43.

4. Wuchergrenze, Zinseszinsen

§ 1335 statuiert das **Verbot des „ultra alterum tantum“**. Demnach dürfen Zinsen den **Betrag der Hauptschuld nicht übersteigen** – was aber **nicht im B2B-Geschäft** gilt (§ 353 UGB). Ab der gerichtlichen Geldendmachung beginnt der Zinsenlauf aber wieder. Übersteigt der Zinsenrückstand die Hauptschuld, weil diese durch Rückzahlung kleiner wird, ist § 1335 nicht anwendbar.

V. Leistung Zug um Zug

1. Grundsatz

Den **Regeln des Tausch- und Kaufvertrags (§§ 1052, 1062)** folgend sind **Leistung und Gegenleistung** in **zweiseitig verpflichtenden Verträgen** grundsätzlich **Zug um Zug** zu erbringen.

Wenn es eine **Vorleistungspflicht** (§§ 1154 [Dienstvertrag], 1170 [Werkvertrag]) gibt, gilt das Zug-um-Zug-Prinzip folglich *nicht*.

2. Zurückbehaltungsrecht, Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags

- Die **Einrede des nicht erfüllten Vertrags** kann dem Leistungsbegehren des Vertragspartners entgegengehalten werden, der seine Leistung *weder anbietet, noch bereits erbracht* hat.
- Die **Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags** steht zu, wenn der andere Teil seine Leistung in *Quantität oder Qualität* nicht vertragsmäßig angeboten hat, nun aber die Gegenleistung fordert.

Er hat daher in beiden Fällen ein **Zurückbehaltungsrecht**. Daraus kann die **Regel** abgeleitet werden, dass man nur dann die Gegenleistung verlangen kann, wenn man die eigene Leistung **real anbietet** (außer bei Holschulden oder Annahmeweigerung)

3. Einrede und Gewährleistung

Wer die (mögliche) **Verbesserung** der mangelhaften Sache oder des mangelhaften Werks fordert, kann nach **hM** das **ganze Entgelt** (Kaufpreis, Werklohn) **zurückbehalten** (dh gegen die Entgeltforderung einwenden), um Druck auszuüben. Man hat also gegen die Kaufpreis- oder Werklohnforderung des anderen die **Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags**.

Aber: Das gilt nur, wenn der Übernehmer einen **Vertragserfüllungsanspruch** (dh Verbesserung) stellt und nicht etwa den Vertrag modifizieren oder beseitigen (sekundäre Behelfe: Preisminderung, Wandlung) will.

Weitere Gründe für das Erlöschen der Einrede: Ungerechtfertigte Zurückweisung der Verbesserung, Rücktritt vom Verbesserungsbegehren, Vornahme der Verbesserung durch einen Dritten, Unmöglichkeit der Verbesserung; Mehr dazu in Bd. II S. 46.

Die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags bezieht sich nur auf **Pflichten im Austauschverhältnis** (dh auf die **Hauptleistungs- und äquivalente/selbständige Nebenpflichten**). Nur solche Leistungen dürfen daher bis zur Bewirkung der entsprechenden Gegenleistung zurückgehalten werden (**Bsp:** Eine Falschlieferung darf nicht zurückgehalten werden.).

4. Vorausleistung, Unsicherheitseinrede

Eine (**Selbst-**)**Verpflichtung zur Vorausleistung** ist aufgrund der Dispositivität des Zug-um-Zug-Prinzips **möglich**. Der zur Vorausleistung Verpflichtete hat dann **keine Einrede** des nicht erfüllten Vertrags. Allerdings bestimmt **§ 1052 Satz 2:**

§ 1052 Satz 2: „Auch ein zur Vorausleistung Verpflichteter kann seine **Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zurückhalten**, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teils gefährdet ist (Anm.: erscheint), die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mussten.“

Damit lässt sich **nur die Zurückbehaltung** (und keine Rückforderungen) erreichen. Sie ist ein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (*clausula rebus sic stantibus*) und steht einem selbst vertragswidrig handelnden Partner nicht zu.

Anders als die *Einrede des nicht erfüllten Vertrags*, kann die *Unsicherheitseinrede* **nicht nur** durch die **Bewirkung** der Gegenleistung, **sondern auch** durch **Sicherstellung abgewendet** werden.

Dafür steht sie dafür auch dann zu (**§ 1052 analog**), wenn ein leistungsverittelndes oder -gefährdendes Verhalten des Nachleistungspflichtigen droht.

Wer die Unsicherheitseinrede erhebt, kann *weder* die Gegenleistung *noch* die Sicherheitsleistung (Zug um Zug) einfordern. Das Austauschverhältnis befindet sich nach **hA** vielmehr in einem **Schwebezustand**, den der Vorleistungspflichtige beenden kann, indem er **analog zu § 918** unter **Setzung einer angemessenen Frist** vom Vertrag **zurücktritt**.

5. Zurückbehaltung nach § 471

Wer zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, kann diese Sache **gem §§ 472, 1052** so lange zurückbehalten, bis **Zug um Zug** die **Berichtigung** seines **1.) Aufwands auf die Sache** oder seines **2.) Schadens durch die Sache** erfolgt (**Retentionsrecht**).

Der Aufwands- oder Schadenersatzanspruch muss gegen den Herausgabeberechtigten gerichtet sein (**Konnexität**), ein Vertragsverhältnis ist aber nicht nötig.

Ausnahmen (§ 1440 Satz 2): „**Eigenmächtig oder listig entzogene, entlehnte, in Verwahrung oder Bestand genommene Sachen sind (...) kein Gegenstand der Zurückbehaltung (...)**.“ Dabei wird „Verwahrung“ von der jüngeren Lehre/Rsp **eingeschränkt:** Als „Verwahrung iSd § 1440 Satz 2“ wird dabei nur mehr der unentgeltliche Verwahrungvertrag verstanden.

Eine eigenmächtige Entziehung der Sache vom Retentionsberechtigten macht diesem gegenüber ersatzpflichtig.

Unternehmergeschäft: Im Vgl zum Retentionsrecht nach § 472, wird beim **unternehmerischen Zurückbehaltungsrecht** (vgl §§ 369-372) **keine Konnexität der Forderungen verlangt**. Es hat auch nicht den Zweck der Sicherung, sondern der Befriedigung.

Der Berechtigte kann den Verkauf der zurückbehaltenen Sache begehren und sich aus dem Erlös befriedigen. Vgl auch **§ 10 Abs 2 IO** und **§ 19 RAO**.

Verbrauchergeschäft: Die o.g. Zurückbehaltungsrechte, dh **1.)** die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und **2.)** die Unsicherheitseinrede (**§ 6 Abs 1 Z 6 KSchG**) sowie **3.)** das Retentionsrecht nach § 471 (**Z 7 leg cit**) **können nicht ausgeschlossen** oder **zulasten des Verbrauchers verändert werden**.

4. Kapitel: Die Leistungsstörungen

I. Allgemeines

„Leistungsstörungen sind Störungen bei der Erfüllung (Abwicklung) der Schuld.“ Man unterscheidet das **Unmöglichwerden**, den **Verzug**, die **Schlechterfüllung** und die **positive Vertragsverletzung**.

Achtung: Davon sind **Wurzelmängel** (Mängel der Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, ursprüngliche Unmöglichkeit, usw) zu unterscheiden. In manchen Fällen gibt es aber **Überschneidungen** von Wurzelmängeln und Leistungsstörungen: *Wird eine schon ursprünglich mangelhafte Spezies verkauft und übergeben, kommen sowohl die Irrtumsanfechtung (wegen Eigenschaftsirrtums) als auch Gewährleistungsansprüche in Betracht.*

Im Folgenden werden Leistungsstörungen bei **entgeltlichen Verträgen** behandelt (§§ 918 ff, 922 ff, 1447).

II. Das Unmöglichwerden der Leistung

A. Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit

Eine Leistung ist **nachträglich unmöglich**, wenn sie bei Vertragsabschluss noch möglich war, vor der Erfüllung der Schuld aber ein **dauerndes Hindernis** hinzugekommen ist (und die **Leistung** aufgrund dessen **unmöglich geworden** ist).

Vorübergehende Hindernisse bedingen idR (außer beim *absoluten Fixgeschäft*) keine nachträgliche Unmöglichkeit, sondern **Verzug**.

Anders als beim Verzug gibt es zwischen „objektiver“ und „subjektiver“ Unmöglichkeit keine rechtsfolgenseitigen Unterschiede. Die Rechtsfolgen hängen nur davon ab, ob die Unmöglichkeit *vom Schuldner* oder *vom Gläubiger* oder *von keinem der beiden* zu vertreten ist.

Nachträgliche Unmöglichkeit tritt vor allem 1.) beim Untergang einer Speziessache und 2.) beim Untergang einer konkretisierten Gattungssache ein.

- **Doppelverkauf:** Wird eine Sache zwei Mal verkauft, erwirbt derjenige Eigentum, dem sie zuerst übergeben (eingetragen) wurde (§§ 430, 440). Aber auch die Leistung an den zweiten Erwerber ist **nicht unmöglich**, solange die Sache theoretisch (egal zu welchem Preis) zurückerlangt werden kann.
- **Zweckerreichung:** Unmöglichkeit liegt aber vor, wenn **ohne Zutun des Schuldners** der geschuldete Erfolg eintritt (siehe unten II.D.).
- **Nachträgliche Unerlaubtheit:** In diesem Fall gelten die Regeln der Unmöglichkeit sinngemäß (vgl §§ 880, 1048).

Geht ein Leistungsgegenstand aus einer nicht konkretisierten Gattungsschuld unter, führt dies zu keiner Unmöglichkeit. Der Schuldner muss die Sachen dann nachbeschaffen und ganz normal leisten („*genus non perit*“).

B. Vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden

Beispiel 1: Die Kuh Emma (Wert: 300, Preis: 200) wird zwischen Vertragsschluss und Übergabe vom Verkäufer nicht beaufsichtigt, entläuft und wird überfahren.
Beispiel 2: Der Kuh Emma (Wert: 300) soll gegen den Hund Quax (Wert: 200) getauscht werden. Wiederrum entläuft die unbeaufsichtigte Kuh und stirbt.

1. Fälle

„Der Schuldner haftet, wenn er das Unmöglichwerden der Leistung verschuldet oder es sonst zu vertreten hat (§§ 920, 921).“

- ➔ „**Verschuldet**“ hat er die Unmöglichkeit, wenn er sie **1.) schuldhaft verursacht** oder **2.) keine geeigneten Maßnahmen** setzt, um die Unmöglichkeit zu verhindern.
- ➔ „**Sonst zu vertreten**“ hat er sie, wenn **1.) sein Gehilfe** sie verschuldet (§ 1313a) oder wenn die Leistung **2.) zufällig im Schuldnerverzug** untergeht.

Wenn er schon vor Vertragsschluss den Untergang vorhersieht, ohne dies mitzuteilen, haftet er auf das **Vertrauensinteresse** (mMn aus *cic*).

2. Austauschanspruch – Differenzanspruch

Dem Gläubiger kommt ein **Wahlrecht** (§§ 920, 921) zwischen Austausch- und Differenzanspruch zu:

① **Austauschanspruch:** Dabei hält der Gläubiger am Vertrag fest, leistet selbst wie vereinbart und erhält vom Schuldner das **Erfüllungsinteresse** ersetzt (also den Wert der untergegangenen Leistung, siehe unten zum stellvertretenden *commodum*).

② **Differenzanspruch:** Dabei tritt der Gläubiger (fristlos) vom Vertrag zurück, leistet nichts und erhält wiederum vom Schuldner das **Erfüllungsinteresse** ersetzt (das hier aber die Differenz zwischen dem Wert der eigenen und der Gegenleistung ist).

- **Gleiches Ergebnis (Bsp 1):** Ob der Gläubiger 200 übergibt und dafür 300 erhält oder nach dem Rücktritt Schadenersatz iHv 100 fordert, ist egal.
- **Anderes Ergebnis (Bsp 2):** Hier machen Austausch- (Hund gegen 300) und Differenzanspruch (Schadenersatz iHv 100) einen Unterschied.

C. Zufälliges Unmöglichwerden

Beispiel 3: Die Kuh Emma (Wert: 300, Preis: 200) fällt zwischen Kaufvertragsschluss und Übergabe grundlos tot um, ohne dass der Schuldner etwas tun könnte.

1. „Zerfall“ des Vertrags

„Der zufällige Untergang der Leistung hebt die Verbindlichkeit des Schuldners auf (§ 1447, vgl auch §§ 880, 1048).“

Der Vertrag fällt also weg – ohne Rücktrittserklärung. Bereits erbrachte Leistungen sind **zurückzuerstatten** oder zu **vergüten** (§ 1447 letzter Satz).

2. Folgen für Leistungsgefahr und Preisgefahr

Leistungs- gefahr
Preis- gefahr

- ➔ **Gattungsschuld:** Sofern nicht bereits die Leistungsgefahr auf den Gläubiger übergegangen ist (1. bei Konkretisierung durch Gläubigerverzug, 2. beim Versandkauf [außer im Verbrauchergeschäft]), ist die Leistung weiterhin möglich, der **Schuldner** muss regulär leisten und er trägt daher die Leistungsgefahr.
- ➔ **Speziesschuld:** Hier zerfällt der Vertrag grds mit dem zufälligen Unmöglichwerden, womit der Schuldner auch nicht leisten muss und daher der **Gläubiger** die Leistungsgefahr trägt.

Sofern die Leistungsgefahr beim Gläubiger liegt, stellt sich die Frage, wer die Preisgefahr trägt:

- ➔ **Vor bedungener Übergabe:** Vertrag zerfällt, niemand muss leisten – dh der **Schuldner** trägt die Preisgefahr.
- ➔ **Nach bedungener Übergabe:** Preisgefahr geht auf **Gläubiger** über: Er muss zahlen, erhält aber nichts dafür.

Zugunsten der Verbraucher sind die ABGB-Gefahrtragungsregeln zwingend (**relativ zwingend**), eine Ausnahme macht dabei der **Verwendungskauf** (§§ 429, 905 Abs 3), bei dem im **Verbrauchergeschäft** entgegen dem ABGB die Gefahr und das Eigentum erst mit Übergabe an den Verbraucher übergehen, sofern der Verbraucher den Beförderungsvertrag (für die Ware) nicht selbst geschlossen hat, ohne eine der Auswahlmöglichkeiten des Unternehmers zu nutzen (§ 7b KSchG).

3. Stellvertretendes *commodum*

Aus den §§ 1447 und 1041 sowie **natürlichen Rechtsgrundsätzen** (§ 7) wird abgeleitet, dass dann, wenn an die Stelle der untergegangenen Leistung ein **anderer Wert** tritt, dieser – **ähnlich dem Austauschanspruch** – unter Aufrechterhaltung des Vertrags anstelle der ursprünglichen Leistung gefordert werden kann (bei gleichzeitiger Erbringung der **eigenen Leistung**).

IdR ist dies eine **Versicherungssumme, Schadenersatz** (Bsp 3: der Ersatz desjenigen, der die Kuh überfahren hat), oÄ.

4. Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit

Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit werden **der Unmöglichkeit in der Regel gleichgehalten**:

① **Unzumutbarkeit**: Diese ist gegeben, wenn sie das Leben des Schuldners gefährden oder für ihn (insb im Dienstverhältnis) einen schweren Gewissenskonflikt bedeuten würde (*Grassl-Palten*).

② **Unerschwinglichkeit**: Sie liegt vor, wenn die Leistung aufgrund einer Änderung der Umstände (beachte: Geschäftsgrundlage!) ganz außergewöhnlich hohe Kosten verursachen würde (Achtung: Beim Doppelverkauf gilt etwas anderes, siehe oben A.)

D. Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden

Dieser Fall ist gesetzlich nicht wirklich geregelt (vgl aber die §§ 1155, 1168 und 1419). Man unterscheidet **drei Fälle**:

- 1.) **Annahmeverzug**: Nach der bedungenen Übergabe treffen den Gläubiger die **widrigen Folgen** (vgl § 1419): Er trägt bei einem zufälligen/leicht fahrlässigen Unmöglichwerden **Leistungs-** (= *er erhält nix*) **und Preisgefahr** (= *er muss trotzdem bezahlen*).
- 2.) **Zweckerreichung**: Hat er die Zweckerreichung selbst herbeigeführt, hat er die Unmöglichkeit selbst zu vertreten und trägt daher ebenfalls **Leistungsgefahr** (= *der Schuldner leistet nichts*) **und die Preisgefahr** (= *er muss trotzdem bezahlen*).
- 3.) **Selbstverursachte Unmöglichkeit**: Hat er selbst die Unmöglichkeit verursacht (zB die Kuh Emma überfahren), trägt auch er **Leistungsgefahr** (= der Schuldner leistet nichts, da er es verunmöglicht hat) **und Preisgefahr** (= *er muss trotzdem bezahlen*).

Im Fall einer **beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit** wird der Schaden zwischen Schuldner und Gläubiger geteilt.

E. Nachträgliche Teilunmöglichkeit

Teilunmöglichkeit liegt vor, wenn bei einer **teilbaren Leistung** nur eine **geringere Menge** (der bedungenen Güte) als die vereinbarte erbracht werden kann.

Besteht an der Teilleistung ein **Interesse**, bleibt der Erfüllungsanspruch aufrecht (§ 920). Besteht allerdings **kein Interesse** an der Restleistung, ist die Teil- als Gesamtunmöglichkeit zu betrachten. Es gelten grds die Regeln über die Unmöglichkeit.

F. Die Kollision von Forderungsrechten bei beschränkten Gattungsschulden

Bsp: Wurden A 100, B 200 und C 300 Liter der nächsten Weinernte (insg 600) verkauft, aber nur insgesamt 300 produziert, sind alle Ansprüche **quotenmäßig** (hier: 50%) zu befriedigen. A erhält also 50, B 100 und C 150 Liter (siehe auch E.).

III. Verzug

§ 918 Abs 1: „Wenn ein **entgeltlicher Vertrag** von einem Teil **entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung vom Vertrag zurücktreten.**“

A. Schuldnerverzug (Leistungsverzug)

Entsprechend § 918 Abs 1 ist **Schuldnerverzug** gegeben, wenn **nach Ablauf des Fälligkeitstages** (§ 903) nur **1.) das Unterbleiben der Leistung oder 2.) eine nicht vertragsgemäß angebotene** (und deshalb abgelehnte) **Leistung** beim Gläubiger vorliegen.

Bei Fälligkeit am 01.10.: Verzug ab dem 02.10.; bei Fälligkeitstellung durch Mahnung beginnt der Verzug am Tag nach Zugang der Mahnung (§ 1334).

Der **objektive Verzug** ist die Verzögerung an sich. Ist diese **vom Schuldner verschuldet**, spricht man vom **subjektiven Verzug**. Die Rechtsfolgen des objektiven Verzugs werden beim subjektiven Verzug durch Schadenersatzpflichten ergänzt.

Rsp und ein Teil der **Lehre** gewähren dem Gläubiger ein **Rücktrittsrecht analog § 918**, falls das **gegenseitige Vertrauensverhältnis tief erschüttert** und eine weitere Bindung **unzumutbar** ist (aufgrund der **Weigerung des Schuldners, wesentliche Vertragsbestimmungen einzuhalten**).

1. Objektiver Verzug

a) Allgemeines

Der **Gläubiger** hat im Fall des objektiven Schuldnerverzugs gem § 918 ein **Wahlrecht** zwischen folgenden zwei Möglichkeiten:

Der Gläubiger kann **entweder**

...am Vertrag weiter **festhalten und auf Erfüllung bestehen...**

oder

...unter Setzung einer **angemessenen Nachfrist** vom Vertrag **zurücktreten**.

Im Fall von Geldschulden sind zusätzlich **Verzugszinsen** zu zahlen.

Ende des Verzugs: Der Verzug **endet** mit dem **gehörigen Angebot der Leistung** oder allenfalls mit einer **fälligkeitsändernden Stundung** (durch die die Fälligkeit verschoben wird).

b) Der Rücktritt im Einzelnen

Die Nachfrist hat den Sinn, dem Schuldner „*noch eine Chance*“ zu geben. Zum **Entfall der Nachfrist** kommt es aber **1.)** beim **Fixgeschäft (§ 919)**, **2.)** wenn der Schuldner die Leistung **von vornherein ernstlich verweigert** sowie **3.)** wenn er zur Erfüllung innerhalb der Nachfrist **offensichtlich außerstande** ist.

Die **Rücktrittserklärung** muss den **Willen zur Vertragslösung** bei fehlschlagender Nachholung **zum Ausdruck bringen** und eine **Einheit** mit der **Nachfristsetzung** bilden.

Dazu muss das Wort „*Rücktritt*“ nicht vorkommen, allerdings reicht die Aussage, „*man verlange Erfüllung, behalte sich aber den Rücktritt vor*“ dazu nicht. Den Lösungswillen sehr wohl ausreichend zum Ausdruck gebracht hat dem OGH zufolge dagegen das Begehren von SE wegen Nichterfüllung.

☑ „**Angemessen**“ ist die Nachfrist, wenn sie zumindest dazu reicht, eine bereits begonnene Vorbereitung der Leistung zu Ende zu führen. Ist sie **zu kurz**, kann der Schuldner Verlängerung begehren bzw ist der Rücktritt sodann wirkungslos.

☑ **Setzung** ist zwar vom Gesetz explizit verlangt, der OGH begnügt sich allerdings mit einer **tatsächlichen Gewährung**.

Tlw meint der OGH damit die Zeit *zwischen* Verzug und Rücktrittserklärung; die jüngere Rsp meint damit auch das Zuwarten *nach* der Rücktrittserklärung (problematisch!). Allerdings darf der Rsp zufolge in diesen Fällen **kein Zweifel an der Annahmehbereitschaft** des Gläubigers bestehen.

Hat der Gläubiger nach Beginn des Schuldnerverzugs am Vertrag festgehalten und weiterhin Erfüllung begehrt, kann er **trotzdem zurücktreten**, *sofern* der Schuldner **erneut in Verzug** gerät.

Nach Wirksamwerden des Rücktritts besteht **kein Erfüllungsanspruch mehr**.

2. Subjektiver Verzug

Der subjektive, dh verschuldete, Verzug löst **dieselben Rechtsfolgen** wie der objektive aus. **Zusätzlich** entstehen **SE-Ansprüche** des Gläubigers gegen den Schuldner. Der Gläubiger hat dabei ein **Wahlrecht** zwischen **zwei Varianten**:

① **Festhalten am Vertrag** und Verlangung von **SE wegen der Verspätung** (§ 918 Abs 1 *Var 1*; *Verspätungsschaden*)

② **Rücktritt vom Vertrag** und Verlangung von **SE wegen der Nichterfüllung** (§§ 918 Abs 1 *Var 2*, 921; *Erfüllungsinteresse*)

3. Teilverzug

Die Rechtsfolgen des Teilverzugs hängen davon ab, ob die Leistung **für beide Partner teilbar** ist oder nicht:

✓ **Wahlrecht** zwischen **Teil- und Gesamtrücktritt** (bzgl der verspäteten oder auch zukünftiger Leistungen; § 918 Abs 2 *et al*)

✗ **Gesamtrücktritt** (und *kein Teilrücktritt*; §§ 918 Abs 1 iVm 918 Abs 2 und §§ 920 f)

- **Sukzessivlieferungsvertrag**: Dieser unterfällt der ersten Kategorie (Wahlrecht), da die einzelnen Leistungen und Gegenleistungen grds teilbar sind.
- **Analoge Anwendung von § 918 Abs 2**: Die Möglichkeit, den Gesamtrücktritt auszuwählen, besteht auch bzgl zweiter getrennter Verträge, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (Bsp: Kauf von Hardware [= Geschäftsgrundlage] und Kauf von Software).

4. Verzug mit Nebenleistungspflichten

1.) **Selbständige** (dh trennbare) **Nebenpflichten**: Werden diese durch Verzug verletzt, treten die **Rechtsfolgen des Verzugs** ein.

2.) **Unselbständige** (dh untrennbare) **Nebenpflichten**: Die Verletzung inäquivalenter Pflichten (wie bspw Schutzpflichten) rechtfertigt grds **keinen** (Gesamt- oder Teil-)**Rücktritt**, außer es fällt durch sie das ganze Interesse an der Vertragserfüllung weg.

Bsp: Verweigert der Verkäufer einer Maschine die *Einschulung des Personals* (unselbständige Nebenpflicht), ist der Gesamtrücktritt möglich.

5. Der Verzug beim Fixgeschäft (§ 919)

Beim Fixgeschäft wird die **Erfüllung** zu einem **fixen Termin** oder binnen einer **fixen Frist** bei **sonstigem (Eo-ipso-)Rücktritt** vereinbart. Das kann **ausdrücklich** geschehen *oder* sich aus der **Geschäftsnatur** (bzw Leistungszweck) ergeben. Es werden **relative** (spätere Erfüllung theoretisch möglich) **von absoluten Fixgeschäften** (spätere Leistung unmöglich) **unterschieden (§ 919)**.

Beispiele: Bestellung eines Taxis zum Flughafen für 15 Uhr, Christbaumbestellung für den 24. Dezember, Auftrag zum Fotografieren bei der Hochzeit; auch **verfrühte Leistungen** (die die zeitlich korrekte Leistung verunmöglichen) können diese Rechtsfolge, also den Zerfall, auslösen.

Beim **relativen Fixgeschäft** kann der Gläubiger unter **sofortiger Anzeige des weiterhin bestehenden Interesses** am Vertrag festhalten (§ 919 Satz 1).

War der Verzug **verschuldet** (= subjektiv, siehe oben), steht freilich auch beim Fixgeschäft **SE wegen der Nichterfüllung**, also der Ersatz des Erfüllungsinteresses, zu. Dasselbe gilt für den möglichen Verspätungsschaden beim relativen Fixgeschäft.

Insolvenz: Wurde bei Fälligkeit bereits ein Insolvenzverfahren über den Schuldner eröffnet, kann *nur der Nichterfüllungs-SE* begehrt werden (§ 22 IO).

6. Die Rechtsfolgen des Rücktritts

a) Rückabwicklung

Der Vertragsrücktritt wirkt (allgemein bei Leistungsstörungen) **schuldrechtlich ex tunc**, aber **sachenrechtlich ex nunc**.

(Frühere) Eigentumsübergänge *bleiben* daher *gerechtfertigt*, während die Grundlage für zukünftige Verfügungen wegfällt. Es besteht daneben ein verschuldensunabhängiger **Bereicherungsanspruch auf Rückübertragung gem § 921** (bei einem Synallagma *Zug um Zug* iSd § 1052) – dh primär ist ein *contrarius actus* zu setzen. § 921 ist ein Fall der *condictio causa finita* (§ 1435).

Bei **Unmöglichkeit der Herausgabe in natura** (nach Weiterveräußerung, bei Handlungen) ist nach bereicherungsrechtl. Grundsätzen **Wertersatz** zu leisten. Bei *Sachen* kann auch ein **Benutzungsentgelt (+ Herausgabe der Früchte)** verlangt werden.

b) Ersatz des Nichterfüllungsschadens

§ 921 Satz 1: „Der Rücktritt vom Vertrag lässt den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt.“ Es muss also bei Verschulden das **Erfüllungsinteresse** (mittels **Differenzanspruch**) geleistet werden.

- **Konkurrenz mit dem Vertrauensschaden**: Fraglich – aber **eher zu verneinen**, da der Nichterfüllungs-SE bereits umfassenden Ersatz ermöglicht.
- **Berechnung**: Es sind die **objektive/abstrakte Methode** (bei *leichtem Verschulden*, sofern es einen Marktwert gibt; § 1332, § 376 Abs 1 UGB) und die **subjektive/konkrete Methode** (wählbar bei *grobem Verschulden* bzw bei Abschluss eines Deckungsgeschäfts; Ersatz iHd Vorteils, der über das Deckungsgeschäft hinausgeht, sofern und soweit die Schadensminderungsobliegenheit [§ 1304] eingehalten wurde) anwendbar.
- **Entgangener Gewinn**: Dieser ist iSd §§ 1323 f, 1331 f nur bei **grobem Verschulden** zu ersetzen, im B2B-Geschäft aber schon bei **leichtem** (§ 349).

B. Gläubigerverzug (Annahmeverzug)

1. Begriff

Gläubigerverzug tritt ein, wenn dieser die vom Schuldner ① **ordnungsgemäß angebotene** + ② **fällige Leistung nicht annimmt**.

- „**Ordnungsgemäß**“ ist das Leistungsangebot, wenn es **1.) zur richtigen Zeit, 2.) am richtigen Ort und 3.) auf die bedungene Weise** erfolgt.
- **Außerdem**: Die Weigerung, die nötige **Mitwirkung** zu erbringen (zB Nichterscheinen zu einem Termin), ist der Annahmeweigerung gleichzuhalten. Sie kann nur klageweise erzwungen werden.

Gläubigerverzug ist **verschuldensunabhängig** (dh es gibt *keinen* „subjektiven Gläubigerverzug“).

Neben dem ordnungsgemäßen Leistungsangebot und der Fälligkeit ist ③ **ein reales Angebot** des Schuldners eine Voraussetzung für den Eintritt des Gläubigerverzugs.

- **Verbale Angebote** reichen, falls der Gläubiger **1.) die Abnahme ernstlich verweigert, 2.) die nötige Mitwirkung** unterlässt oder **3.) b. Holschulden**.
- **Gar kein Angebot** ist nötig, wenn bei einer **Holschuld ein Leistungstermin kalendermäßig fixiert** ist (§ 1334 analog).

2. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung

Im österreichischen Zivilrecht gibt es **grds keine Annahmepflicht**. Die geschuldete Leistung bei Leistungsbereitschaft des Schuldners auch anzunehmen, stellt (idR) vielmehr eine **Obliegenheit** dar, also eine „*Rechtspflicht milderer Art*“ (siehe oben). Daher werden (idR) auch **nicht die Verzugsfolgen der §§ 918 ff** ausgelöst.

3. Gläubigerverzug als Pflichtverletzung

In **Ausnahmefällen** (falls die **Abnahme der Leistung vereinbarter Vertragsinhalt** ist), besteht tatsächlich eine **Annahmepflicht**.

Dann ist der Gläubiger (der Leistung) gleichzeitig Gläubiger (weil er ein Recht *auf* die Leistung hat) und Schuldner (weil er zur Annahme verpflichtet ist) bezüglich der Leistung des Schuldners. Er gerät daher in **Gläubiger- und Schuldnerverzug**.

Rechtsfolgen: Der Vertragsteil, der den Anspruch auf Abnahme hat, kann es bei den **Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs** (§ 1419) belassen *oder* nach den **§§ 918 ff** gegen den Vertragsbrüchigen vorgehen. Ein **Bsp** wäre ein Vertrag mit einem Maler mit der Verpflichtung, das Bild dann auch auszustellen.

4. Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerverzug im Synallagma

Das unter 3. Gesagte gilt sinngemäß für den Fall, dass der Gläubiger der Leistung die Annahme dieser verweigert (zB *Kaufsache; Gläubigerverzug*) und – als Schuldner der Gegenleistung – auch diese verweigert (zB *Kaufpreis; Schuldnerverzug*).

Der Vertragstreue kann es wiederum bei den Rechtsfolgen des § 1419 belassen *oder auch* jene der §§ 918 ff geltend machen.

5. Folgen des reinen Annahmeverzugs

§ 1419: „*Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn.*“ Diese sind:

- ① **Übergang der Preisgefahr auf den Gläubiger** (bei *zufälligem* und nach hA auch „*leicht verschuldetem*“ *Untergang*; s. 2.)
- ② **Minderung der Sorgfalt des Schuldners** (hA; Reduktion der Haftung des Schuldners auf *grobes Verschulden*)

Dass der Schuldner nur noch grob verschuldetes Unmöglichwerden zu vertreten hat, entspricht gemeinrechtlicher Tradition (vgl dazu auch § 1061).

③ **Möglichkeit der Übergabe an einen Sequester** (dh die schuldbefreiende *Hinterlegung körperlicher Sachen*; § 1425)

- Bei zumindest **einseitig unternehmensbezogenen Geschäften** (für die gem § 345 UGB grds die Bestimmungen des 4. Buches [§§ 343 ff UGB] – vorbehaltlich vieler Ausnahmen – gelten) hat der Verkäufer ein **einfacheres Hinterlegungsrecht** und ein **Recht zum Selbsthilfeverkauf** (§ 373 UGB).
- **Abgesehen von körperlichen Sachen** muss differenziert werden: **1.) Gestaltungsrechte** gehen infolge Nichtausübung auf den Schuldner über (§ 906 Abs 2); **2.) Sonstige Mitwirkungshandlungen** können, sofern möglich, vom Schuldner ersetzt werden. Im Werkvertragsrecht kann der Werkunternehmer bei Mitwirkungsunterlassung auch unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten (§ 1168 Abs 2); dies wird analog auf alle Fälle angewandt, in denen fortdauernde Leistungsbereitschaft (siehe unten) besonders belastend wäre.

Keine direkte Verzugsfolge (sondern **Aufwandersatz infolge GoA**) stellt die Vergütung des zwischenzeitlich auf die Sache gemachten Aufwands (zB Lager- und Instandhaltungskosten) dar. Es handelt sich dabei um **keine Schadenersatzpflicht**.

Während des Annahmeverzugs bleibt das Schuldverhältnis aufrecht und der Schuldner muss weiterhin **Leistungsbereitschaft** zeigen, sofern ihn dies nicht über die Maßen belasten würde (§ 1168 analog).

Beendet wird der Annahmeverzug durch **1.) Annahme der Leistung, 2.) Stundung oder 3.) Erlöschen der Schuld**.

6. Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung

Die bedeutende **Abgrenzung** wird anhand der **Sphärentheorie** (vgl §§ 1155, 1168) vorgenommen:

Annahmeverzug liegt demnach vor, wenn der Schuldner **1.) leistungsbereit** ist, das Hindernis **2.) nur vorübergehend** ist und es **3.) auf Seiten des Gläubigers** liegt. Es treten die **Rechtsfolgen des § 1419** ein.

Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit ist dagegen anzunehmen, wenn die Leistung **gar nicht mehr** erbracht werden kann. Er muss also (unter Anrechnung der Ersparnisse etc) leisten, ohne etwas zu erhalten (siehe oben).

IV. Leistungsstörungen bei Insolvenz

Mit **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** werden alle Forderungen gegen den Schuldner **1.) fällig und 2.) zu Geldschulden** (wobei der maßgebende Zeitpunkt für den Schätzwert die Verfahrenseröffnung ist) – vgl § 14 IO.

Bei **synallagmatischen Schuldverhältnissen** (dh bei gegenseitigen Verträgen), die **noch nicht oder nur teilweise erfüllt** sind, kann der Masseverwalter gem § 21 IO zwischen **zwei Möglichkeiten** wählen:

1.) Erfüllung anstelle des Schuldners (unter gleichzeitiger Forderung der Gegenleistung)

oder

2.) Rücktritt vom Vertrag (was einen SE-Anspruch auf Leistung des Erfüllungsinteresses seitens des Gläubigers zur Folge hat, der aber nur quotenmäßig befriedigt wird).

V. Gewährleistung

A. Begriff der Gewährleistung

Unter Gewährleistung versteht man das **verschuldens- und verursachungsunabhängige Einstehenmüssen** des Schuldners bei **entgeltlichen Verträgen für Mängel einer Leistung im Zeitpunkt der Erbringung** (oft: Übergabe). Ob der Mangel bei der Ablieferung (schon) erkennbar ist (oder noch nicht), ist genauso unerheblich wie seine etwaige *Ursprünglichkeit* (Entstehung bis Vertragsschluss) oder *Nachträglichkeit* (Entstehung nach Vertragsschluss). Sedes materiae sind die §§ 922-933b (ab 01.01.2002).

Achtung: Die Erkennbarkeit spielt bei Rechtsmängeln aber eine verjährungsrechtliche Rolle (da die Verjährung bei diesen mit ihr beginnt; § 933).

Das **Ziel der Gewährleistung** ist, **Störungen der subjektiven Äquivalenz zu beseitigen** und diese wiederherzustellen.

Typisch ist schon anhand der Diktion des Gewährleistungsrechts – es wird die entgeltliche Überlassung von Sachen behandelt – die Anwendung auf den **Kaufvertrag**; sie gilt aber grds für alle Vertragstypen. Für den **Bestandvertrag** beinhaltet § 1096 Besonderheiten, für die **Zession** die §§ 1397 ff, für **beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte** § 377 UGB. Beim **Werkvertrag** verweist § 1167 auf die regulären Bestimmungen der §§ 922 ff.

B. Verhältnis der Gewährleistung zur Nichterfüllung

Unter **Nichterfüllung** werden zusammenfassend Verzug und (nachträgliche) Unmöglichkeit verstanden – im Unterschied zur **Schlechterfüllung** (Gewährleistung). Die **Abgrenzung** funktioniert folgendermaßen:

Vom Verzug abzugrenzen ist die Gewährleistung in dem Sinne, dass Verzug nur *vor Erbringung einer Leistung* besteht. Eine mangelhaft angebotene Leistung („*nicht auf die bedungene Weise*“) muss nicht angenommen werden – der Schuldner gerät in Verzug. Wird die mangelhafte Leistung aber angenommen, liegt nach der hM grds ein Gewährleistungsfall vor.

Von der Unmöglichkeit abzugrenzen ist die Gewährleistung auf dieselbe Weise: Wird eine Sache mit unbehebbar-mangel geleistet, wird der Teilunmöglichkeitsfall zum Gewährleistungsfall. Die Rechtsfolgen entsprechen einander aber iW inhaltlich.

Nichterfüllungsansprüche (siehe oben) und **Gewährleistungsbehelfe** stellen ähnliche Situationen her: Der Rücktritt entspricht der **Wandlung**, der Teilrücktritt entspricht der **Preisminderung** und der vertragliche Erfüllungsanspruch entspricht den **primären Behelfen** (in diesem Fall: Verbesserung).

Die **Anderslieferung** (Lieferung eines *aliud*) macht aber eine **wichtige Ausnahme für die Abgrenzung vom Verzug**: Wird nicht „nur mangelhaft“, sondern überhaupt **etwas anderes** geleistet (als das Geschuldete), tritt **Schuldnerverzug** ein, obwohl die eigentliche Zäsur (Übergabe) bereits überschritten ist.

- **Speziesschulden:** *Wird anstatt des Pferdes X das Pferd Y geleistet, liegt eine Anderslieferung* (und damit **Verzug**) vor. Jede außer die konkret geschuldete Sache ist hier bereits eine *aliud*-Lieferung und löst Schuldnerverzug aus, als wäre noch gar nichts geleistet worden.
- **Gattungsschulden:** *Wird anstatt Weißwein (Gattungsschuld) Rotwein geleistet, liegt eine Anderslieferung* (und damit **Verzug**) vor. Wird aber anstatt Weißwein (iZw: mittlerer Güte) ein Weißwein niedriger Güte geleistet, liegt eine **Schlechterfüllung** (daher also ein **Gewährleistungsfall**) vor. Die Entscheidung, ab wann eine *andere Gattung* vorliegt, muss mitunter nach **allgemeinem Sprachgebrauch** und **Verkehrssitte** entschieden werden. Manche wollen die Entscheidung analog zu § 378 UGB vornehmen (sodass ein *aliud* nur vorläge, wenn der Verkäufer die Genehmigung der gelieferten Ware als ausgeschlossen betrachten musste), was das Problem aber nicht löst, sondern nur verschiebt – und daher *von der hM abgelehnt* wird.

C. Arten der Mängel

§ 922 Abs 1: „Wer einem anderen eine Sache **gegen Entgelt** überlässt, leistet Gewähr, dass sie **dem Vertrag entspricht**. Er haftet also dafür, dass die Sache die **bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** hat, dass sie seiner **Beschreibung**, einer **Probe** oder einem **Muster entspricht** und dass sie der **Natur des Geschäfts** oder der **Verabredung gemäß verwendet werden kann**.“

1. Sachmängel

„**Sachmängel haften einer Sache körperlich an**.“ Ein Mangel liegt also vor, wenn die **bedungenen** (vertraglich versprochenen) oder **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** bei der Sache nicht vorliegen, die tatsächliche Leistung also von der geschuldeten **quantitativ** („*vom Quantum*“ – nur **Gattungsschulden**) oder **qualitativ** („*vom Quale*“ – auch **Speziesschulden**) **abweicht**.

- „**Bedungen**“ ist eine Eigenschaft, wenn sie *ausdrücklich* oder *konkudent* Vertragsinhalt geworden ist. Nicht jede Aussage des Übergebers erfüllt diese Voraussetzung sofort – es ist der beiderseitige Parteiwille zu berücksichtigen (**Bsp** für Aussagen, die als **Eigenschaftszusagen** gelten: Angabe einer Quadratmeteranzahl für eine Liegenschaft, Angabe über die Anzahl von Räumen eines Hauses, Angabe der Höchstgeschwindigkeit eines Autos).
 - **Verbrauchergeschäft:** § 4 Abs 1 Z 1 FAGG und § 5a Abs 1 Z 1 KSchG normieren übereinstimmend, dass der Unternehmer (Übergeber) den Verbraucher (Übernehmer) **klar und verständlich** über „*die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung in dem für das Kommunikationsmittel und die Ware oder Dienstleistung angemessenen Umfang*“ **informieren** muss. Während der (**speziellere**) § 4 FAGG in Abs 4 die erteilten Informationen explizit zu Vertragsbestandteilen erklärt, fehlt eine entsprechende Regel im (**generelleren**) § 5a KSchG.
- „**Gewöhnlich vorausgesetzt**“ ist eine Eigenschaft dann, wenn ihr Vorhandensein *nach der Verkehrsauffassung* vom Erwerber **erwartet werden kann**. **Bsp:** Bei einem Neuwagen kann Kratzerfreiheit erwartet werden, bei einem Gebrauchtwagen dagegen idR nicht; die nötige Verkehrs- und Betriebssicherheit ist immer zu erwarten. Außerdem, dass Lebensmitteln das MHD noch nicht überschritten haben (*str*); weitere Bsp: Bd. II S. 73.

Eine Sache ist außerdem mangelhaft, wenn sie nicht so verwendet werden kann, wie es bedungen oder gewöhnl. vorausgesetzt ist.

Weiters ist dafür Gewähr zu leisten, dass die Sache der **Beschreibung**, einer **Probe** oder einem (Vorab-)Muster und den **öffentlichen Äußerungen des Übergebers**, Herstellers und „**Anscheinsherstellers**“ (vgl § 3 PHG) entspricht (§ 922 Abs 2).

- **Bindend** sind zB Äußerungen über den Kfz-Kraftstoffverbrauch (bei wesentlicher Abweichung) oder solche über Software-Hardware-Kompatibilität.
- **Nicht bindend** sind **allgemeine Werbeaussagen**, **marktschreierische Angaben** oder solche, die **bereits berichtet** wurden, die dem Übergeber **nicht bekannt sein konnten** oder den Vertragsabschluss **nicht beeinflusst haben konnten** (§ 922 Abs 2 letzter Satz).

Die **Beweislast** für das Vorhandensein (**Achtung: nicht für die Angelegtheit**, vgl § 924) eines Mangels trägt idR der **Übernehmer**.

Daher muss er auch beweisen, was konkret Vertragsinhalt war, um die konkrete Abweichung davon nachzuweisen (**konkreter Fehlerbegriff**). Ein Indikator für den Vertragsinhalt ist häufig auch der Preis. Zur Unterscheidung zwischen *Qualitäts-* und *unechten Quantitätsmängeln* siehe Bd. II S. 75.

2. Rechtsmängel

„**Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Übergeber dem Übernehmer nicht d. vertraglich bedungene rechtl. Position verschafft**.“

Fälle der **Rechtsmangelgewährleistung** (§ 923): **ungewöhnliche Lasten** (zB Servituten – wohl aber auch bspw Mieterrechte, die die Benutzung eines Bestandobjekts verunmöglichen), die **Inexistenz der Sache/des Rechts oder fremdes Eigentum daran** (!);

Geltendmachungsvoraussetzung ist die **Unzweifelhaftigkeit** des **Rechtsmangels**; dh die Anspruchserhebung durch einen Dritten muss noch nicht erfolgt sein bzw – *nach Erhebung* – eine „*eher wahrscheinliche* Berechtigung“ haben. Dem Übergeber ist der Rechtsstreit zu **verkünden**, widrigenfalls er dem Übernehmer alle nicht getätigten **Einwendungen entgegenhalten** kann (§ 931).

D. Rechtsfolgen

1. Das System der Gewährleistungsbehelfe

§ 932 Abs 1: „Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die **Verbesserung** (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den **Austausch der Sache**, eine angemessene Minderung des Entgelts (**Preisminderung**) oder die **Aufhebung des Vertrags (Wandlung)** fordern.“

Art und Schwere des Mangels sind für die Wahl des Behelfs mit einer Ausnahme (Wandlung nur bei *nicht geringfügigen* Mängeln) unerheblich, § 932 Abs 2 und 4 bestimmen aber den **Vorrang der primären Behelfe** (Verbesserung, Austausch) gegenüber den **sekundären Behelfen** (Preisminderung, Wandlung) – dem Übergeber soll eine „zweite (und letzte) Chance“ gegeben werden.

- **Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags** (§ 1052 S 1): Sie kann **unabhängig vom Gewährleistungsrecht** geltend gemacht werden, kann aber bspw auch dann der Entgeltforderung des Übergebers entgegeng gehalten werden, wenn der GWL-Berechtigte nach Übergabe die Verbesserung begehrt.
- **SE statt GWL** (§ 933a) kann (bei Verschulden des Übergebers) **anstatt der Gewährleistungsrechte** geltend gemacht werden.
- **Vom Übergeber mangelbedingt erlangte Vorteile** (zB Versicherungssumme für Brandschaden am Haus) können auch **statt GWL** verlangt werden.

Primäre Gewährleistungsbehelfe							
➔ Verbesserung (bzw Nachbesserung, Nachtrag)	- § 932 Abs 3: „Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.“						
➔ Austausch (hA: nur bei Gattungsschulden)	- Bei unbehebaren Mängeln kommt nur der Austausch infrage, bei behebaren Mängeln hat der Übernehmer ein Wahlrecht . Nach der hA gilt das aber nur bei Gattungsschulden (aA: ökonomisch äquivalente Ersatzleistung möglich), während bei Stückschulden bei Unbehebbarkeit nur die sekundären Behelfe übrigbleiben.						
Sekundäre Gewährleistungsbehelfe							
➔ Preisminderung (Berechnung: „P : p = W : w“)	Auf die sekundäre Ebene kann umgestiegen werden, wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt:						
➔ Wandlung (nur bei <i>nicht geringfügigen</i> Mängeln)	<table border="0"> <tr> <td><input checked="" type="checkbox"/> Unmöglichkeit (Spezies/uU beschränkte Gattung)</td> <td><input checked="" type="checkbox"/> Verzug des Übergebers mit Verbesserung/Austausch</td> </tr> <tr> <td><input checked="" type="checkbox"/> Unverhältnismäßiger Aufwand für Übergeber</td> <td><input checked="" type="checkbox"/> Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer</td> </tr> <tr> <td><input checked="" type="checkbox"/> Verweigerung von Verbesserung/Austausch durch den Übergeber</td> <td><input checked="" type="checkbox"/> Unzumutbarkeit aus triftigem, beim Übergeber liegenden Grund</td> </tr> </table>	<input checked="" type="checkbox"/> Unmöglichkeit (Spezies/uU beschränkte Gattung)	<input checked="" type="checkbox"/> Verzug des Übergebers mit Verbesserung/Austausch	<input checked="" type="checkbox"/> Unverhältnismäßiger Aufwand für Übergeber	<input checked="" type="checkbox"/> Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer	<input checked="" type="checkbox"/> Verweigerung von Verbesserung/Austausch durch den Übergeber	<input checked="" type="checkbox"/> Unzumutbarkeit aus triftigem, beim Übergeber liegenden Grund
<input checked="" type="checkbox"/> Unmöglichkeit (Spezies/uU beschränkte Gattung)	<input checked="" type="checkbox"/> Verzug des Übergebers mit Verbesserung/Austausch						
<input checked="" type="checkbox"/> Unverhältnismäßiger Aufwand für Übergeber	<input checked="" type="checkbox"/> Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer						
<input checked="" type="checkbox"/> Verweigerung von Verbesserung/Austausch durch den Übergeber	<input checked="" type="checkbox"/> Unzumutbarkeit aus triftigem, beim Übergeber liegenden Grund						

2. Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden und Austausch

Genus-/Gattungsschuld	behebbar	Wahlrecht des Übernehmers (solange <i>keine Unverhältnismäßigkeit</i> vorliegt!)
	unbehebbar	(hM) nur Austausch möglich , (aM) ökon. gleichartige Ersatzleistung denkbar
Spezies-/Stückschuld	behebbar	(hM) nur Verbesserung möglich , (aM) ökon. gleichart. Ersatzleistung denkbar
	unbehebbar	(hM) nur sekundäre Behelfe , (aM) ökon. gleichartige Ersatzleistung denkbar

Verbesserung/Austausch – dh die **primären Behelfe** – müssen am **ursprünglichen Erfüllungsort** und **unentgeltlich** erfolgen.

Verbrauchergeschäft: Im B2C-Bereich trifft § 8 KSchG leicht abweichende Sonderregeln; bzgl des **Erfüllungsorts** bestimmen **Abs 1 und 2 leg cit**, dass Verbesserung oder Austausch dort stattzufinden haben, wo die Sache hingeschickt wurde bzw bei Untunlichkeit der Versendung auf Wunsch des Verbrauchers dort, wo sie sich befindet. **Abs 3 leg cit** bestätigt die **Unentgeltlichkeit** dieser Maßnahmen (insb betreffend Arbeits-/Materialkosten).

Aus- und Wiedereinbau (bzw deren **Kosten**) beim Austausch sind, wie der **EuGH** in Auslegung der **Verbrauchsgüterkauf-RL** im Jahr 2011 in den **Rs Weber und Putz** festgestellt hat, **vom Übergeber zu übernehmen** (bzw zu **tragen**), solange der Übernehmer beim Einbau gutgläubig war, dafür aber unabhängig davon, ob der Einbau vertraglich vereinbart war.

Achtung: Der **OGH** hat 2014 (in **9 Ob 64/13x**) festgehalten, dass diese Regel über Aus- und Einbaukosten **nur auf Verbraucherkaufverträge über bewegliche Sachen** (= Anwendungsbereich der RL 1999/44/EG – vgl Art 1 Abs 1 lit b der RL) anwendbar sei. Bei allen anderen Verträgen (beachte aber § 9a KSchG) gilt iSd **gespaltenen Auslegung**, dass solche Kosten **Mangelfolgeschäden** und daher **nur bei Verschulden via SE ersatzfähig** sind.

Dem aufgrund des Übernehmer-Wahlrechts **gewählten Primärbehelf** kann der Übergeber **Unmöglichkeit** oder **Unverhältnismäßigkeit** entgegenhalten (vgl auch § 8 KSchG). Dies ist unter **Abwägung aller Umstände** festzustellen. Zusammenfassend liegt bei **billigen Massengütern** eher der Austausch nahe, bei **teuren bzw hochwertigen Gütern** dagegen eher die Verbesserung.

Für die **Vorteile**, die ein GWL-Berechtigter aus der Geltendmachung eines Primärbehelfs zieht (**längere Produktlebensdauer, Reparaturkostensparnis**), kann von ihm **kein (Wert-)Ersatz** gefordert werden (**Rs Quelle**, 2008; **Art 3 RL 1999/44/EG**).

3. Voraussetzungen für die Geltendmachung der sekundären Behelfe

3.1.) Unmöglichkeit (faktisch/rechtlich) von Verbesserung und Austausch

Sind beide **primären GWL-Behelfe unmöglich oder untunlich**, kann der Übergeber den Übernehmer auf die sekundären Behelfe verweisen.

3.2.) Unverhältnismäßigkeit der Höhe des Aufwands des Übergebers

- Der Übergeber hat nachzuweisen, dass eine „absolute“ Unverhältnismäßigkeit vorliegt (= Aufwand steht in keinem Verhältnis zur Mangelbedeutung).
- **Verbraucherkaufverträge über bewegliche Sachen:** Hier wurde durch das Urteil in den **Rs Weber und Putz** festgehalten, dass der Übergeber den einzig möglichen Primärbehelf zwar nicht ablehnen kann, im Härtefall aber einen „angemessenen Betrag“ dafür verlangen kann. § 932 Abs 4 kann aber in diesem Fall **nicht** über den Wortlaut hinaus **richtlinienkonform interpretiert** werden. Eine einschlägige **OGH-Entscheidung** liegt noch nicht vor.

3.3.) Verweigerung (bzw Verzug) durch den Übergeber

Dies liegt vor, wenn der Übergeber **untätig bleibt** oder, wenn seine **Bemühungen fehlschlagen** (der Übernehmer muss **keinen dritten Versuch** annehmen [P. *Bydlinski* in **KBB**⁵, § 932 Rz 6]). Die „**angemessene Frist**“ kann aber enger verstanden werden als in den Fällen der §§ 918 ff – und muss iVgl dazu auch nicht eigens „**gesetzt**“ werden (aaO, § 932 Rz 8). Nach Annahme einer verspäteten Verbesserung oder eines verspäteten Austauschs ist ein Umstieg auf die Sekundärebene (**doppelte Liquidation**) aber nicht mehr möglich.

3.4.) Unzumutbarkeit (für den Übernehmer) wegen erheblicher Unannehmlichkeiten oder anderer triftiger Gründe in der Person des Übergebers

- „**Erhebliche Unannehmlichkeiten**“ wären bspw erhebliche Schmutz- und Lärmbelastigungen. Der Übernehmer **kann**, aber **muss** sie **nicht** einwenden.
- „**Gründe in der Person des Übergebers**“ machen die primären Behelfe dann unzumutbar, wenn eine **besondere Sorglosigkeit/Nachlässigkeit** (die Materialien nennen als Bsp **grobes Verschulden** des Vertragspartners oder seiner Gehilfen; es muss aber **einzelfallbasiert** entschieden werden) vorliegt.

Str ist die Möglichkeit der **Ersatzverlangung** nach **Selbst- bzw Drittverbesserung des Mangels**. Manche wollen **nach § 1042 Ersatz** gewähren, andere iSd § 1097 Satz 2 vorgehen. Sekundärbehelfe kommen aber nicht in Betracht. **Meistens** wird heute unter Hinweis auf die „**Ersparnisvorschrift**“ des § 1168 gegen den Entgeltanspruch des Übergebers verrechnet (aaO, § 932 Rz 15).

4. Wandlung und Preisminderung

Anders als die Sekundärbehelfe, die **Ansprüche** sind, sind Preisminderung (*Anpassung*) und Wandlung (*Aufhebung*) **Gestaltungsrechte**, zwischen denen der Übernehmer – vorbehaltlich außergerichtlicher Einigung – im Rahmen **gerichtlicher Geltendmachung** (Klage, Einrede) **auswählen** kann (sofern es sich **nicht** um einen **geringfügigen Mangel** handelt – siehe § 932 Abs 4).

„**Geringfügigkeit**“ ist nicht pauschal festzumachen. Es ist jedenfalls eine **Einzelfallentscheidung** zu fällen, die eine **Interessenabwägung** zum Inhalt haben muss (rechtserheblicher Zeitpunkt: Umstieg auf die sekundäre Ebene). In diesem Sinne ist die Wandlung zu versagen, wenn sie **unverhältnismäßig** wäre. Das **Fehlen ausdrücklich bedingener Eigenschaften** gilt dagegen grds als nicht geringfügig. P. Bydlinski schlägt ein Zusammenspiel aus **objektiven** (Wertminderung ab etwa 25%) und **subjektiven Faktoren** (*offengelegte* Erwerbszwecke des Übernehmers) vor. Bsp s. Bd. II S. 85.

Das **Wahlrecht bei nicht geringfügigen Mängeln besteht nicht**, wenn ein **derartig schwerer Mangel** vorliegt, dass die Vertragsanpassung eine „**Preisminderung gegen Null**“ zur Folge hätte, da sie dann rechtsmissbräuchlich verwendet würde.

Rsp: In solchen Fällen einer Preisminderung ist auf den objektiven Verkehrswert abzustellen, der *bei einer anderen Nutzung* erzielbar wäre.

Die **Wandlung (*actio redhibitoria*)** bewirkt die **Aufhebung des Vertrags mit schuldrechtlicher *ex-tunc*-Wirkung und sachenrechtlicher *ex-nunc*-Wirkung**. Die **Rückabwicklung** erfolgt mit der ***condictio causa finita*** (§ 1435). Dh, dass Eigentumsübertragungen prinzipiell wirksam bleiben, aber schuldrechtliche **Zug-um-Zug-Rückübertragungsansprüche** nach § 1435 bestehen.

- **Unmöglichkeit der Rückstellung**: Wurde diese vom Übernehmer schuldhaft vereitelt, kann er zwar wandeln, ist dann aber SE-Ansprüchen ausgesetzt.
- **Vorteilsausgleich**: Es ist bei der Rückabwicklung der Vorteil aus der bereits erfolgten Nutzung der Sache zu berücksichtigen.
- **Teilwandlung**: Sie ist möglich, wenn nur ein Leistungsteil mangelhaft ist und beidseitiges Interesse am mangelfreien Teil besteht (analog §§ 918, 920).
- **Beseitigungsanspruch**: Nach erfolgter Wandlung hat der Übernehmer einen verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch.

Die **Preisminderung (*actio quanti minoris*)** ist auch ein **Gestaltungsrecht** und bewirkt die **Vertragsanpassung**, indem eine die subj. Äquivalenz beibehaltende **Herabsetzung des Entgelts** anhand der **relativen Berechnungsmethode** ($P : p = W : w$) erfolgt.

- **Bsp**: Autokauf um € 120,- (mangelfreier obj. Wert: € 100,-). Das mangelhafte Stück ist € 80,- wert. Dh: $120 : p = 100 : 80$; geminderter Preis: € 96,-.
- **Achtung**: Verbesserungskosten (siehe oben) können *nicht* iRd sekundären Behelfe (sondern: nach hM iSd § 1168, aM oben) erlangt werden.

E. Maßgebender Zeitpunkt, Vermutung der Mangelhaftigkeit

§ 924 Satz 1: „*Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bereits bei Übergabe vorhanden sind.*“

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein gewährleistungsrechtlich relevanter Mängel ist die **Übergabe**. Kommt es iFv Sachmängeln bereits vor der Übergabe zum **Gefahrenübergang** (Bsp: Annahmeverzug), ist dieser Zeitpunkt relevant.

- **Achtung**: Der Mangel muss zu dieser Zeit noch nicht aufgetreten sein – er kann ja auch versteckt sein. Es reicht, dass er sich **bereits angelegt** befindet.
- **„Weiterfressermängel“**: Weitet sich ein bereits vorhandener Mangel aus (*Bremsendefekt führt zu Unfall*), wird auch für diesen Folgemangel gehaftet.

§ 924 Satz 2: „*Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten (...) hervorkommt.*“

Diese **Vermutungsregel** bewirkt eine **Beweislastumkehr bezüglich der Angelegtheit** innerhalb der **ersten 6 Monate**. Der Übernehmer muss aber das Auftreten des Mangels *binnen dieser Frist* belegen – insb dann, wenn er sich danach auf § 924 Abs 2 beruft.

§ 924 Satz 3: „*Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.*“

Damit sind etwa **typische Gebrauchs-/Abnützungserscheinungen** gemeint, die von dieser Vermutung ausgenommen werden.

F. Besonderheiten bei Tier- und Viehmängeln

Unter „**Vieh**“ iSd §§ 932a, 933 Abs 2 hat der OGH 1979 **nur landwirtschaftlich genutztes Vieh** verstanden. P. Bydlinski vertritt dagegen die **aA**, dass nach der *ratio* der Bestimmung (= rasche Zustandsveränderungen bei Lebewesen) **alle Tiere** darunterfallen.

Für (diese) Tiere bestehen **1.) eine kurze GWL-Frist von 6 Wochen** und **2.) bestimmte Vermutungen über den Zeitpunkt des Vorliegens des Mangels (§§ 925-927)**. Umfasst sind davon **nur Krankheiten** der Tiere.

Verbrauchergeschäft: Gem § 9 Abs 3 KSchG gelten die §§ 925 bis 927 und § 933 Abs 2 **nicht** für den Erwerb durch einen Verbraucher.

§ 925 bestimmt, dass „*durch Verordnung*“ (**BGBI 1972/472**) Vermutungsfristen (zwischen 5 und 150 Tagen) festgelegt werden, während derer das Kranksein bereits bei der Übergabe vermutet wird. Dies hat der Übernehmer gem § 926 *sogleich* anzuzeigen.

G. Geltendmachung und Verjährung

Die Rechtsfolgen der GWL treten **nicht ipso iure** ein, sondern nur **infolge gerichtlicher Geltendmachung durch Klage/Einrede**.

Nicht ausreichend ist eine einseitige, außergerichtliche Erklärung. Eine **vertragliche Einigung** kann aber die gerichtliche Geltendmachung ersetzen.

§ 933: **Verjährung** tritt bei der GWL bei **beweglichen Sachen nach 2 Jahren**, bei **unbeweglichen Sachen nach 3 Jahren** und bei Viehmängeln bereits nach 6 Wochen ein. Diese Verjährung **beginnt** bei **Sachmängeln mit Ablieferung** (o. Gefahrenübergang), bei **Rechtsmängeln** dagegen erst *mit der Erkennbarkeit*, bei Viehmängeln *mit Ablieferung bzw mit Vermutungsfristablauf* (§ 925).

- **Sachmängel**: Die 3-Jahres-Frist gilt auch bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen; die 2-Jahres-Frist gilt dagegen auch bei beweglichen Sachen, die mit unbeweglichen fest verbunden werden (dh ein Bestandteil davon werden) sollen, wie bspw bei Ziegeln.
- **Unternehmenskauf iES (*asset deal*)** und **Anteilsverkauf (*share deal*)**: Hier beträgt die GWL-Frist jeweils 2 Jahre.
- **„Ablieferung“** dient begrifflich z. Trennung v. d. „Übergabsarten d. §§ 424 ff“; die Frist beginnt erst, wenn der Übernehmer die Sache *tatsächlich hat*.
- **Ausnahmen**: Teils (b. best. zugesicherten Eigenschaften) gilt der Fristbeginn als *konkudent verschoben* (zB *spätere* Zuchttauglichkeit eines Jungtiers).

Da es sich um **Verjährungsfristen** handelt, sind sowohl **Hemmung** (Rsp: zB durch Vergleichsverhandlungen) als auch **Unterbrechung** (Rsp: zB **deklaratives Anerkenntnis** durch Verbesserungsversuch) möglich und danach besteht eine **Naturalobligation**.

- **Verzicht auf die Verjährung der GWL**: Grundsätzlich **unzulässig** (vgl § 1502).
- **Verlängerung**: Gem § 1502 (*lex generalis*) eigentlich nicht erlaubt, gem § 933 Abs 1 letzter Satz (*lex specialis*) aber **gestattet**.
- **Verkürzung**: Gem § 933 Abs 1 explizit (und auch sonst – innerhalb der Grenzen der §§ 864a, 879) **gestattet**.

Von Neuem beginnt die Verjährungsfrist **nach erfolgter Verbesserung** oder **nach erfolgtem Austausch** zu laufen.

H. Rüge, außergerichtliche Anzeige des Mangels

Es besteht nach dem ABGB grds **keine Rügepflicht des Übernehmers**, von der die GWL-Geltendmachung abhängig wäre.

- **Unternehmergeschäft:** Hier statuiert § 377 Abs 1 UGB eine Rügepflicht, die sogar für **genehmigungsfähige aliud-Lieferungen** gilt (vgl § 378 UGB). Das Unterlassen der Rüge gilt dann iSe **fingierten Willenserklärung** als **Genehmigung der Ware** (Ausnahme: grobes Verschulden des Übergebers).
- **Verbrauchergeschäft:** Freilich sind die Regeln für Verbraucher grds nicht strenger, § 31e Abs 2 KSchG verlangt jedoch eine Rüge beim Reiseveranstaltungsvertrag. Ein Unterlassen der Rüge ist hier aber **keine fingierte Willenserklärung**, sondern uU ein SE-relevantes Mitverschulden (§ 1304).

Die **außergerichtliche Anzeige des Mangels** innerhalb der Befristung des § 933 Abs 1 führt zur **Perpetuierung der Einrede der Mangelhaftigkeit**. Sie kann fortan der Kaufpreis-/Werklohnforderung des Übergebers entgegengehalten werden.

- **Das heißt**, dass er bis zur Beseitigung des Mangels die Preisforderung hintanhaltet oder uU auch Preisminderung oder Wandlung verlangen kann.
- **Das heißt nicht**, dass er bereits Geleistetes zurückverlangen könnte – das würde das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung unterlaufen.

I. Ausschluss der Gewährleistung

§ 928: „Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, findet außer [im] Falle arglistigen Verschweigens [...] oder einer ausdrücklichen Zusage, dass die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt (§ 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen immer vertreten werden.“

Der **Ausschluss der Gewährleistung** findet statt, wenn die **Augenfälligkeit/Offenkundigkeit eines Mangels** (§ 928 Satz 1) – bzw *arg a minori*: die **Kenntnis des Mangels** – bereits zum **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** gegeben war und der Erwerber muss die Sache besichtigt haben. Daher sind **Gattungskauf** und **Werkvertrag** von § 928 nicht erfasst, sondern **nur der Speziaukauf**.

„**Öffentliches Buch**“ meint zB das **Grundbuch** (nicht aber den „Atlantenatlas“).

Davon gibt es einige **Ausnahmen**:

- 1.) **Zusicherung:** Wurde die fehlende Eigenschaft **explizit zugesichert**, wird trotz Offenkundigkeit gehaftet.
- 2.) **Arglist:** Wurde der Mangel **arglistig verschwiegen** (zB ein Mangel verdeckt), wird ebenfalls gehaftet.
- 3.) **Schulden oÄ:** Für **Schulden** (zB Hypotheken) oder **Rückstände** (zB Steuern, Zölle, etc), die der Sache anhaften, wird immer – sogar bei Kenntnis – gehaftet, da der Veräußerer iSd **Depurierungspflicht** die Lastenfreiheit der Sache herstellen müsste. (Das gilt nicht für Servituten/fortlaufende Lasten, vgl Bd. II S. 94).

§ 930: „Werden Sachen in **Pausch und Bogen**, nämlich so, wie sie stehen und liegen, **ohne Zahl, Maß und Gewicht** übergeben; so ist der Übergeber, außer [in dem] Falle, dass eine von ihm **fälschlich vorgegeben**, oder von dem Empfänger bedungene Eigenschaft mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich.“

§ 930 schließt die GWL für **Sachmängel** bei **einheitlicher Veräußerung einer Sachgesamtheit** (Vielzahl von Sachen) – vorbehaltlich einer vertragswidrigen Gesamtleistung (Bsp: 70% verschimmelt) – im **Verbrauchergeschäft** unter diesen Umständen aus. Auch Mängel, die der Erwerber **erkennbar** keinesfalls akzeptieren wollte, fallen nicht darunter (P. Bydlinski in KBB⁵, § 930).

J. Verzicht auf die Gewährleistung

§ 929: „Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat ebensowenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht getan hat.“

Der **wissentliche Kauf einer fremden Sache** oder der (auch [uU durch Weiterbenützung trotz Kenntnis eines Wandlungsgrunds *konkludente*] **nachträgliche**) **rechtsgeschäftliche (Teil-)Verzicht auf Gewährleistung** oder deren **Einschränkung** sind möglich.

Damit stellt das ABGB klar: **Die Regeln über die Gewährleistung (§§ 922 ff) sind grundsätzlich dispositiv.**

Aber: Solche Einschränkungen unterliegen **1.) der Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 Abs 1 u. sind 2.) restriktiv auszulegen.**

- **Sittenwidrig** lt Rsp: **Ausschluss jeglicher Gewährleistung in AGB** oder **Ausschluss der GWL bei massiven Sachmängeln** (aA *Zöchling-Jud*);
- **Versteckte** (geheime) **Mängel:** Es handelt sich um eine Auslegungsfrage, idR wird aber der Ausschluss auch für versteckte Mängel gelten.
- **SE-Ansprüche wegen schuldhafter Schlechterfüllung:** P. Bydlinski misst GWL-Verzichtsabreden **keine Bedeutung** für SE-Ansprüche zu (*ders* in KBB⁵, § 929 Rz 5), aA *Zöchling-Jud* für leichtes Verschulden;
- **Irrtumsanfechtung:** Grds umfasst der Sachmangel-GWL-Verzicht auch das Anfechtungsrecht wegen schuldlos veranlassten Eigenschaftsirrums (*str*);

K. Gewährleistung bei Verbraucherverträgen

1. Allgemeines

Neben der verbraucherrechtlichen Zentralnorm **§ 9 KSchG (Zwingendstellung des GWL-Rechts für alle entgeltlichen Verbrauchergeschäfte)** wichtig sind: §§ 8 (Erfüllungsort), 9a (Gewährleistung bei Montage) und 9b KSchG (vertragliche Garantie).

Verbrauchsgüterkauf-RL (RL 99/44/EG): Sie hatte das durch sie notwendige **GewRÄG 2001** und damit eine Umwälzung des ganzen GWL-Rechts zur Folge. Jene Normen, die in den §§ 922 ff jedoch systemwidrig oder sachlich ungerechtfertigt gewesen wären, wurden in das KSchG eingefügt.

2. Erfüllungsort der Verbesserung, des Austauschs und des Nachtrags (§ 8 KSchG)

➔ **Verbesserung/Austausch** sind am **Übergabsort** bzw bei Versendung am **Bestimmungsort** zu besorgen (**Abs 1 Z 1 leg cit**).

Aber: Verlangt der Verbraucher Verbesserung am (jeweils *inländischen*) **Aufenthaltsort** der Sache, ist dem nachzukommen, **sofern** dieser für den Unternehmer **1.) nicht überraschend** sein musste **und 2.)** die **Beförderung zum Unternehmer** (zB nach Einbau) **untunlich** wäre (**Abs 1 Z 2 leg cit**).

➔ Der Unternehmer kann bei Tunlichkeit die **Übersendung auf seine Kosten und Gefahr** verlangen (**Abs 2 leg cit**).

Das wird er idR dann fordern, wenn der Verbraucher die Besorgung am Bestimmungs- oder Aufenthaltsort (iZw gewöhnlicher Verwahrungsort) fordert.

➔ **Alle notwendigen Kosten** sind vom **Unternehmer** (Übergeber) zu tragen (**Abs 3 leg cit**).

- **Achtung:** Zuerst ist anhand Abs 1 *leg cit* der relevante Erfüllungsort festzulegen. In der Folge **kann** der Unternehmer die Versendung auf eigene Kosten/Gefahr verlangen (Abs 2 *leg cit*), **muss dies aber nicht tun**, insb muss er sich nicht zum Kostenersatz für die Lieferung durch den Abnehmer zwingen lassen (*str*). Außerdem kann er iSd § 932 Abs 2 gegen die primären Behelfe den **Einwand der Unverhältnismäßigkeit** anstellen, wenn die Anreise-/Transportkosten allzu hoch wären (zur Unmöglichkeit der RL-konformen Interpretation des § 932 Abs 2 bzw 4 siehe D.3.).
- **Erfüllungshelfen:** Freilich kann der Unternehmer auch Gehilfen (zB andere Unternehmer in der Nähe) einsetzen – unter Zurechnung via § 1313a.

3. Beschränkung der Gewährleistungsansprüche (§ 9 KSchG)

§ 9 Abs 1 Satz 1 KSchG: „Gewährleistungsrechte des Verbrauchers [...] können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.“

Dadurch erhält die Gewährleistung für Verbraucher vor Kenntnis des Mangels **zwingenden Charakter**. Nach Kenntnis des Mangels kann darauf – nach Maßgabe strenger Anforderungen – grds verzichtet werden.

Problem „Leistungsbeschreibungen“: Damit eine Leistungsbeschreibung **haftungsreduzierend** wirken kann, indem bspw typische GWL-Fälle als potentiell zu erwartende Qualität des Werks vereinbart werden, muss diese Beschreibung **konkret** und für den Verbraucher erkennbar sein – ansonsten liegt ein **unwirksamer Gewährleistungsausschluss** vor.

§ 9 Abs 1 Satz 2 KSchG: „Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist **unwirksam**, doch kann bei der Veräußerung gebrauchter beweglicher Sachen die Gewährleistungsfrist [von zwei] **auf ein Jahr** verkürzt werden, sofern dies **im Einzelnen ausgehandelt** wird.“

Diese Ausnahme von der allg. ABGB-Verjährungsfrist ist nicht auf Kunstgegenstände, Antiquitäten udgl anzuwenden. Bei **Kfz**:

§ 9 Abs 1 Satz 3 KSchG: „Bei [Kfz] ist eine Verkürzung nur wirksam, wenn seit [...] der [Erstzulassung] **mehr als ein Jahr** verstrichen ist.“

4. Gewährleistung bei Montage (§ 9a KSchG)

§ 9a Satz 1 KSchG: „War der Unternehmer nach dem Vertrag zur Montage verpflichtet, so haftet er auch für einen dabei **durch unsachgemäßes Verhalten an der Sache verursachten Mangel**.“

Dass den Unternehmer eine **Haftung für die fehlerhafte Montage** trifft, ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen und der werkvertraglichen Gewährleistungspflicht.

Über das schon bisher Anerkannte hinaus geht die **verschuldensunabhängige Haftung für die Montage** durch den Verkäufer **nach der Übergabe**, die ansonsten als *Mangelfolgeschaden* nur bei Verschulden ersatzfähig wäre.

§ 9a Satz 2 KSchG: „Dasselbe gilt, wenn die Sache zur **Montage durch den Verbraucher** bestimmt war und die unsachgemäße Montage auf einem **Fehler der Montageanleitung** beruht.“

Satz 2 beinhaltet die sog. „**IKEA-Klausel**“, die einen Nebenpflichtverletzung-Fall (Aufklärungs- und Informationspflichten), nämlich eine **fehlerhafte Anleitung**, die idR auch nur zu einem *Mangelfolgeschaden* führen würde, zum **Gewährleistungsfall** macht.

L. Der besondere Rückgriff in der Vertragskette

Innerhalb eines **absoluten Zeitraums von 5 Jahren** kann sich jeder, der selbst gewährleistungsrechtlich in die Pflicht genommen wird, **bis zur Höhe des eigenen Aufwands** bei seinem Vormann gem § 933b Abs 1 regressieren, sofern das letzte Glied in der Vertragskette Verbraucher (*str*, manche für analoge Ausdehnung) und die vorigen Unternehmer sind. Gem **Abs 2 leg cit** muss dieser Anspruch **binnen 2 Monaten** ab eigener Inanspruchnahme gegenüber dem eigenen Vormann geltend gemacht werden.

Auch im Fall des § 933b ist nach den GWL-Behelfen vorzugehen, wobei insb der Vorrang der Primärbehelfe (dh Verbesserung und Austausch) zu beachten bleibt.

Im **Unternehmergeschäft** ist die **Rückerstattung nach § 377 UGB** eine Voraussetzung für diese Rückgriffsmöglichkeit.

M. Konkurrenz der Gewährleistung mit anderen Rechtsbehelfen

1. Irrtum

War die **Speziessache** schon bei Kaufvertragsschluss mangelhaft, kann ein beachtlicher Eigenschaftsirrtum vorliegen, der auch zu Anfechtung (§ 871) oder Anpassung (§ 872) berechtigen kann, wobei im Verhältnis zur GWL **alternative Konkurrenz** vorliegt.

2. Nichterfüllung

Die Ansprüche aus der Nichterfüllung können (Ausnahme: *aliud*-Lieferung) **nur bis zur Ablieferung** geltend gemacht werden.

3. Wucher, *laesio enormis*

Diese Frage ist *strittig*. Die **hA** (inkl. K/W) **bejaht** eine **alternative Konkurrenz**, eine **aA** wird insb von *P. Bydlinski* vertreten, der argumentiert, dass negative Abweichungen vom Geschuldeten nur leistungsstörungsrechtliche Folgen auslösen, da § 934 die obj. Inäquivalenz des *Vereinbarten* betrifft. Der OGH ist bzgl unbehebbarer Mängel der hA gefolgt (*P. Bydlinski* in KBB⁵, § 934).

Das Vorliegen von **Wucher** iSd § 879 Abs 2 Z 4 muss insb auch anhand der **subjektiven Elemente** festgestellt werden (Zsfg. AT S. 25; Bd. I S. 197).

N. Gewährleistung und Schadenersatz

1. Der Verkäufer **V** liefert verdorbenes Tierfutter, sodass die Tiere des Käufers **K** sterben.
2. Der Werkunternehmer **U** führt eine Reparatur (fachgemäß/vollständig) durch, lässt aber sein Werkzeug fallen und verletzt dabei den Werkbesteller **B**.

1. Positive Vertragsverletzung

Unter einer „**positiven Vertragsverletzung**“ (kurz: pVV) versteht man die **Schädigung sonstiger Güter** des Gläubigers durch **verschuldete Verletzung vertraglicher Schutz-/Sorgfaltspflichten**, die zu **SE-Ansprüchen ex contractu** führt.

Das Besondere daran ist, dass sich der Schaden, der dadurch entsteht (Bsp 1: Tod des Tiers; Bsp 2: Körperverletzung), zwar einem vertraglichen Haftungsregime (insb §§ 1298, 1313a) unterliegt, aber vom (vertraglichen) Nichterfüllungsschaden (der uU nicht vorliegt, vgl Bsp 2) verschieden ist.

In **Bsp 1** entsteht der Schaden als Folge der mangelhaften Leistung (verdorbenes Futter) und ist insofern ein **Mangelfolgeschaden**, während in **Bsp 2** die Hauptleistung ordnungsgemäß erbracht wurde und insofern eine reine Schutzpflichtverletzung vorliegt, die einen **Begleitschaden** verursacht.

- **Fahrlässige Irreführung:** Auch eine solche macht nach den Regeln der pVV (als Verstoß gegen vertragliche Schutzpflichten) haftbar.
- **§ 1298:** Die vertragliche Beweislastumkehr (dh, dass der Übergeber sich bezüglich leichten Verschuldens freibeweisen muss) gilt innerhalb einer Frist von **10 Jahren** (vgl § 933a).

2. Ersatz des Mangelschadens

Die ältere Lehre und Rsp (vor 1990) lehnte die Konkurrenz von GWL- und SE-Ansprüchen ab. Unter dem Einfluss von *Welser* (ua) ging der OGH am 07.03.1990 in seiner **Grundsatzentscheidung 1 Ob 536/90** in einem verstärkten (dh 11er-)Senat von dieser Rsp ab und **anerkannte die Möglichkeit, bei Verschulden Schadenersatz statt GWL zu fordern.**

Durch das **GewRÄG 2001** wurde diese Konkurrenz zwischen GWL und SE mit § 933a positiviert. Demnach besteht sie, wenn der Übergeber „den Mangel verschuldet“ – dh durch schuldhaftes Tun oder Unterlassen herbeigeführt hat.

Produktionsfehler: Beruht der **Mangelschaden** auf einem Produktionsfehler, ist **strittig**, ob er sich den schuldhaft produzierenden Produzenten auch gem § 1313a zurechnen lassen muss. Nach **hA** muss eine **Unterscheidung** angestellt werden:

- **Verkäufer** sind grds nur zur Lieferung, nicht aber zur Herstellung einer Sache verpflichtet und müssen sich Produzenten daher **grds nicht** zurechnen lassen, außer es wurden spezielle Erfüllungspflichten übernommen.
- **Werkunternehmer** müssen dagegen **grds schon** für Dritte eintreten.

§ 933a harmonisiert als *lex specialis* zu den §§ 1293 ff den SE mit den Gewährleistungsbehelfen:

„Primäre Ebene“	
➔ Verbesserung (bzw Nachbesserung, Nachtrag)	- Auf „erster Ebene“ können auch iRd SE statt GWL nur Verbesserung und Austausch gefordert werden, um dem SE-rechtlichen Primat der Naturalrestitution (§ 1323) und den Grundsätzen der Schadensminderungsobliegenheit (§ 1304) gerecht zu werden – mittlerweile ordnet § 933a Abs 2 diese Reihenfolge explizit an.
➔ Austausch (hA: nur bei Gattungsschulden)	- Auch iRd „SE statt GWL“ hat der Übernehmer grds das Wahlrecht , gegen das sich der Übernehmer nur bei Unverhältnismäßigkeit des gewählten Behelfs (vgl § 932 Abs 2) zur Wehr setzen kann.
„Sekundäre Ebene“	
➔ Geldersatz	Auf die „zweiter Ebene“ umgestiegen werden kann gem § 933a Abs 2 aus denselben Gründen wie bei der GWL, allerdings gibt es nur Geldersatz iHd Erfüllungsinteresses . Dieses kann in Form des Ersatzes der Mangelbehebungskosten oder als Wertdifferenz (mangelhafte ↔ mangelfreie Sache) oder als Entgeltrückerstattung auftreten. Liegen aber ursprünglich unbehebbarer Mängel vor, kann nur der Ersatz des Vertrauensinteresses ersetzt werden, da der Schädiger nur dafür kausal war (schuldhaftes Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten).

Weiteres zur Berechnung: Früher sprach der OGH auch abstrakt „**fiktive Verbesserungskosten**“ zu, er hat sich aber mittlerweile darauf besonnen, „fiktive“ (also *nicht praktisch*, sondern *nur theoretisch* entstandene) Kosten nur bis zur Höhe der Wertdifferenz zu leisten, um **keine ungerechtfertigte Bereicherung** auszulösen.

Abgesehen davon kann auch **nur eine Ersatzform** gewählt werden: **Verbesserung** und **Ersatz des Erfüllungsinteresses** sind **nicht kombinierbar**. Nur eine Kombination wird von der Rsp bei **teilweise behebbaren Mängeln** gewährt: **Preisminderung** (Rückforderung/Ersparnis) + **Verbesserungskostensatz**.

Verjährung tritt nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen **3 Jahre nach Kenntnis von Schaden und Schädiger** ein, spätestens jedoch nach Ablauf von **30 Jahren ab Ablieferung** (§ 1489).

Wie oben (N.1.) angesprochen, erfährt die lange Verjährungsfrist (von bis zu 30 Jahren) dieses vertraglichen SE-Anspruchs durch § 933a eine Abschwächung durch eine **10-jährige Befristung** der Beweislastumkehr (§ 1298), die sowohl auf den **Mangelschaden** als auch auf etwaige **Mangelfolgeschäden** anwendbar ist. Bis dahin wird *leichtes Verschulden* vermutet.

VI. Rechtsgeschäftliche Garantie

A. Garantiezusage des Verkäufers („*unechte Garantie*“)

„Vom „*echten*“ *Garantievertrag* zu unterscheiden ist die (...) sogenannte **Garantiezusage** [die „*unechte Garantie*“], worunter *bloße Gewährleistungsabreden* verstanden werden, die *Teile des Hauptvertrages* sind; der Verkäufer sichert damit dem Käufer *bestimmte Eigenschaften der Kaufsache* zu und wird *dadurch verpflichtet, für alle Folgen ihres Fehlens einzustehen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft*; [...] *Es handelt sich gewöhnlich um nicht mehr als die ausdrückliche Übernahme der an sich wirksamen Gewährleistungspflichten oder deren Erweiterung oder Verlängerung.*“ (Rechtssatz 0016964)

- **Ob** eine solche Garantiezusage vorliegt **oder nicht**, ist durch **Vertragsauslegung** zu ermitteln.
- **Verkehrsüblich:** Die Verpflichtung, eine gewisse Zeit lang für das **Auftreten aller Mängel** (unabhängig von der Angelegenheit) einzustehen.

B. Garantie des Herstellers („*echte Garantie*“)

Von Garantiezusagen sind **Garantieverträge** – sog „*echte Garantien*“ – zu unterscheiden, die ein **einseitig verbindliches, zweiseitiges Rechtsgeschäft** darstellen, wobei eine Annahmeerklärung iSd § 864 Abs 1 „*nicht zu erwarten*“ ist (sog *stille Annahme*). Vertragspartner des Letztabnehmers (der bei **selbstständigen Garantien** grds allein begünstigt ist) ist idR der **Hersteller**.

Art, Dauer und Inhalt des Garantievertrags richten sich nach der Vereinbaren, wobei typischer Inhalt auch hier das **Eintreten für die Mangelfreiheit** ist. Das Angebot wird idR vom Letztverkäufer (als Bote) mit der Garantieurkunde überbracht.

(Beidseitiges) **Unternehmergeschäft:** Hier ist **keine Mängelrüge** (§ 377 UGB) nötig, da der so entstehende Anspruch **kein GWL-Anspruch** ist.

C. Garantie(zusage) zugunsten von Verbrauchern

§ 9b KSchG stellt Sonderregeln für Garantiezusagen/Garantien (von Verkäufer oder Hersteller) **gegenüber Verbrauchern** auf:

- ☑ **Hinweis auf gesetzliche Gewährleistungspflicht** und ihr Weiterbestehen trotz Garantie (Abs 1 *leg cit*);
- ☑ **Mindestinhalte der Garantieerklärung:** **Name, Anschrift und** (verständlicher) **Inhalt** (Abs 2 *leg cit*);
- ☑ **Schriftliche Bekanntgabe** (auf dauerhaftem Datenträger) auf Verlangen des Verbrauchers (Abs 3 *leg cit*);
- ☑ **Haftung für Verstöße** gegen die Abs 1-3 bei gleichzeitiger Weitergeltung der Garantie selbst (Abs 4 *leg cit*);

Dabei ist der Unternehmer auch an **Werbeaussagen** gebunden, sofern sie konkludent zu Vertragsinhalt geworden sind.

VII. Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*)

§ 934 Satz 1: „*Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Teil das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern.*“

Die Auslösung der Rechtsfolgen der *laesio enormis* werden durch eine zum **Vertragsschlusszeitpunkt** (daher keine wirkliche Leistungsstörung!) zu beurteilende **objektive Leistungsinequivalenz** im Ausmaß von mindestens **49:100** ermöglicht.

Subjektives Element: *Koziol/Welser* vertreten die **Ansicht**, dass das krasse objektive Missverhältnis das einzige Tatbestandsmerkmal ist und erachten die Gründe dafür (Wertirrtum, Eigenschaftsirrtum bei Mängeln, etc) als unerheblich. Eine **aA** vertritt *P. Bydlinski*, der ein Element mangelhafter Willensbildung (dh Wertirrtum) zur Voraussetzung erhebt (*P. Bydlinski* in KBB⁵, § 934).

Anmerkung: IVgl zu *Koziol/Welser* ordnet *P. Bydlinski* die *laesio enormis* dogmatisch nicht den Leistungsstörungen, sondern den Wurzelmängeln zu.

Vertragsaufhebung: *Koziol/Welser* vertreten die (ältere) **Ansicht**, die **gerichtliche Geltendmachung** (bzw die Ausübung dieses Gestaltungsrechts) führe zu einer Aufhebung, die **schuldrechtlich ex tunc**, aber **sachenrechtlich nur ex nunc** wirke. Dagegen vertreten *P. Bydlinski* und die jüngere Rsp die **aA**, die *laesio enormis* wirke **schuld- und sachenrechtlich ex tunc**.

§ 934 Satz 2: „Dem anderen Teil steht aber bevor, das Geschäft dadurch **aufrecht zu erhalten**, dass er den Abgang **bis zum gemeinen Wert zu ersetzen bereit ist**. Das Missverhältnis des Werts wird nach dem Zeitpunkt des geschlossenen Geschäfts bestimmt.“

Facultas alternativa: Der verkürzende Teil kann die Aufhebung abwenden, indem er **bis zum gemeinen Wert der eigenen Leistung** ausgleicht – also von 49:100 auf 100:100 (eine Ausgleichung bis zu 50:100 reicht *nicht!*).

- **Anwendbarkeit:** Die *laesio enormis* wird auch auf Bestand-/Gesellschaftsverträge angewandt, nicht aber auf Glücksverträge oder § 55a Abs 2 EheG.
- **Unternehmergeschäfte:** Auch hier gilt (mit Ausnahme von Gründungsgeschäften) § 934, er kann aber ausgeschlossen werden (§ 351 UGB).

Auf die *laesio enormis* kann **nicht vorher verzichtet** werden. Die **Geltendmachung** ist aber **gem § 935 ausgeschlossen**, wenn...

- der Erwerber den Preis **aus besonderer Vorliebe** bezahlen will,
- dem Erwerber der **Wert bekannt** ist,
- eine **gemischte Schenkung** vorliegt oder
- die Erwerbung im Rahmen einer **gerichtlichen Versteigerung** stattgefunden hat.

Untergang der geleisteten Sache: Dieser **schließt** die *laesio enormis* **nicht aus!**

Verjährung (§ 1487): Die gerichtliche Geltendmachung muss **innerhalb von 3 Jahren** ab Vertragsschluss erfolgen.

5. Kapitel: Das Erlöschen der Schuld

I. Erfüllung

„**Erfüllung (Zahlung) ist die Leistung des Geschuldeten (§ 1412).**“ Sie bringt die Schuld zum Untergehen (**Erlöschen**), wenn sie vertrags- bzw gesetzmäßig war. Sie erfolgt an den **Gläubiger** (§ 1424), an dessen **Vertreter** oder an einen vom Gläubiger bestimmten Dritten. Etwas **anderes (§ 1413)** oder **Teilleistungen (§ 1415)** muss er grds **nicht annehmen**.

- **Achtung:** Er muss Teilleistungen *schon* annehmen, wenn damit keine Mühen verbunden sind, dh zB bargeldlose Teilleistungen.
- Tlw sind **rechtsgeschäftliche Handlungen** (zB Verfügungen) geschuldet, was Geschäftsfähigkeit erfordert; teilweise aber nur „**reales Verhalten**“;
- **Mehrere Verbindlichkeiten:** Leistet ein mehrfacher Schuldner einen Teil, kann nach § 1415 die zu tilgende Schuld bestimmt werden; ansonsten ist auf die Zinsen, dann auf das Kapital anzurechnen, wobei bei mehreren Kapitalien das fällige und bei mehreren fälligen Kapitalien das „**beschwerlichste**“ – zB am höchsten verzinst – Vorrang genießt (vgl § 1416). Ist so keine Verbindlichkeit zu ermitteln, werden alle verhältnismäßig getilgt.
- **Gutgläubige Leistung an einen Nichtgläubiger:** ISd §§ 824, 1395 kann auch so ausnahmsweise ein gutgläubiger Schuldner befreit werden.

Der Schuldner kann die Verbindlichkeit, die er erfüllen will, **nicht aussuchen**, wohl aber den Gläubiger, an den er leisten will.

Außer iFv *höchstpersönlichen* Schulden kann der Schuldner bei der Bezahlung genauso **Gehilfen** oder **Dritte** (§ 1423) einsetzen, **nicht aber gegen den Willen des Gläubigers** (außer beim pfandrechtlichen *ius offerendi* [Einlösungsrecht] des § 462).

In manchen Fällen führt die Zahlung aber nicht zur Tilgung, sondern ist eine **Einlösung**, was bedeutet, dass ein **Forderungsübergang** (wichtigster Fall: *Legalzession* des § 1358) stattfindet, sodass ein Dritter in die Gläubigerrechte eintritt. In anderen Fällen muss vor Zahlung ein *Abtretungsbegehren* iSd § 1422 gestellt werden. Auch eine rechtsgeschäftliche Zession ist möglich.

Geschäftsfähigkeit: Oft hängt die Wirksamkeit einer Erfüllung von der Geschäftsfähigkeit ab. Bei der **Zahlung**...

- **...an einen Geschäftsunfähigen:** Erfüllung, soweit Geleistetes **noch vorhanden/zum Nutzen des Empfängers** verwendet wurde (§ 1424).
- **...durch einen Geschäftsunfähigen:** Nur bei **tatsächlichem Bestehen und Fälligkeit** der Schuld gerechtfertigt und **sonst rückforderbar**.

Gegenverbindlichkeiten: Neben der **Rückgabe von Schuldscheinen** (§ 1428) oder Vermerk einer Teilzahlung darauf ist auch eine schriftliche Bestätigung über die Verbindlichkeitserfüllung (**Quittung**) auszustellen. Beides hat *deklarative* Wirkung.

II. Hinterlegung

Wenn der Gläubiger **unbekannt, abwesend** oder **im Annahmeverzug** ist oder **andere** dem Gläubiger zuzurechnende, **wichtige Hinderungsgründe** gegen eine Leistungsannahme bestehen, kann sich der Schuldner durch **Hinterlegung bei Gericht** von der Schuld befreien. Der Gläubiger muss davon nach Möglichkeit informiert werden und trägt sodann die **Gefahr** (vgl § 1425).

- **Gericht:** Die Hinterlegung muss beim **erstinstanzlichen Gericht des Erfüllungsorts** geschehen; bei **Untunlichkeit** ist ein **Verwahrer** zu bestellen.
- Hierbei handelt es sich um ein außerstreitiges Verfahren. Zum potentiellen weiteren Verfahrensgang (im streitigen Verfahren) siehe Bd. II S. 117).

III. Leistung an Zahlungs statt und zahlungshalber

Eine **Leistung an Zahlungs statt** (*datio in solutum*) liegt vor, wenn aufgrund einer **einvernehmlichen Änderung** der vertraglichen Hauptleistung (in Form einer **Novation**, vgl *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1414 Rz 2) ein neuer Schuldinhalt entsteht und die nun neuerdings geschuldete Leistung **gleichzeitig mit der Vereinbarung erbracht** wird, wodurch sie auch **schuldbefreiend wirkt**.

- **Entgeltlichkeit:** Die Leistung an Zahlungs statt ist entgeltlich, da der Gläubiger seine Forderung gegen die neue Leistung eintauscht. Daher können auch **GWL** oder die *laesio enormis* geltend gemacht werden (was bei Leistung an Zahlungs statt erfüllten Schenkungen aber *str* ist).
- **Sicherheiten:** (Akzessorische) Bürgschaften oder Pfandrechte **erlöschen mit der Leistung**, da die zu besichernde Schuld wegfällt.

Eine **Leistung zahlungshalber** liegt dagegen vor, wenn durch die einvernehmlich geänderte Leistung nicht unmittelbar die Tilgung erreicht, sondern dem Gläubiger nur die Erfüllung (zB durch Befriedigung aus einer Forderung) ermöglicht wird, die dann erst bei tatsächlicher Zahlung eintritt. Die **Forderungsabtretung** kann sowohl **an Zahlungs statt** als auch **zahlungshalber** erfolgen.

Ob **an Zahlungs statt** oder **zahlungshalber** geleistet wird, ist eine **Auslegungsfrage**. Es gibt aber **Zweifelsregeln** – also iZw werden...

- **Wechsel und Scheck:** **zahlungshalber**,
- **körperliche Sachen:** **an Zahlungs statt** gegeben.

Die Verschaffung von sofort verfügbarem Buchgeld (= Überweisung) anstatt Barzahlung fällt auch unter die Leistung an Zahlungs statt.

IV. Die Aufrechnung (Kompensation)

1. Begriff und Zweck der Aufrechnung

„**Aufrechnung ist die Aufhebung einer Forderung durch eine Gegenforderung**“ (§ 1438). Dabei werden beide Forderungen getilgt – durch die **als Zahlung wirkende** Aufrechnung. Sie hat **Befreiungs-** (Tilgung der eigenen Schuld), **Befriedigungs-** (Einhebung des einem selbst Geschuldeten), **Verrechnungs-** (Ersparnis des Hin- und Herschiebens) und **Sicherungszweck**.

2. Aufrechnungsvoraussetzungen (§§ 1438-1441)

Man muss zwischen 1.) der **einvernehmlichen** und 2.) der **einseitigen Kompensation** unterscheiden:

2.1.) Einvernehmliche Aufrechnung: Dieser sind grds **keine Grenzen** gesetzt (außer uU insolvenzrechtliche, vgl §§ 19 f IO).

2.2.) Einseitige Aufrechnung: Die einseitige Aufrechnung ist insb an **4 Voraussetzungen** geknüpft:

- ① **Aufrechnungserklärung:** Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts wird durch empfangsbedürftige WE kundgetan.
- ② **Fälligkeit:** Die Forderung muss fällig sein, sofern man nicht zur vorzeitigen Zahlung berechtigt ist (§ 12a KSchG).
- ③ **Gültigkeit:** Die Forderung muss *wirksam entstanden* und auch *klagbar* (siehe aber unten 4.) sein.
- ④ **Gleichartigkeit:** Geldschulden sind gleichartig. Eine Öl- und eine Essigforderung sind dagegen nicht aufrechenbar.

Keine Voraussetzungen sind jedoch, dass derselbe **Rechtsgrund** vorläge oder dieselbe **Höhe** der Forderungen gegeben wären.

3. Aufrechnungshindernisse

Bestimmte **Aufrechnungsverbote** verunmöglichen die Kompensation von Forderungen aus verschiedenen Gründen:

- ☒ Aufrechnung *mit listig entzogenen*, in **Verwahrung** oder in **Bestand** genommenen Sachen (*einseitiges* Verbot; § 1440 S 2);
- ☒ Aufrechnung *gegen Forderungen des Staats* (außer dieselbe Zahlstelle ist zuständig; § 1441);
- ☒ Aufrechnung *gegen unpfändbare Forderungen* (zuma sonst das Pfändungsverbot umgangen würde);
- ☒ **vertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbote** (Verbrauchergeschäft: vgl § 6 Abs 1 Z 8 KSchG).

Einige weitere Aufrechnungsverbote (insb missbräuchliche Verwendung des Aufrechnungsrechts, Aufrechnungsverbot bzgl nichtiger Kautionen/Ab lösen, dasselbe bzgl einzelner Forderung gegen Gesellschafter einer schuldenden GesBR [§ 1178] und iRd Zession [§ 1442]) s. Bd. II S. 122 f.

4. Rückwirkung einer Aufrechnungserklärung

Die Aufrechnung bedarf (entgegen des Wortlauts von § 1438) einer **ausdrücklichen oder konkludenten** und empfangsbedürftigen **Willenserklärung** und tritt **nicht ipso iure** ein. Nach **noch hM** **wirkt** sie dann aber auf den Zeitpunkt **zurück** (dh *ex tunc*), zu dem sich Forderung und Gegenforderung zum ersten Mal *aufrechenbar* gegenüberstanden, wodurch **auch mit verjährten Forderungen** aufgerechnet werden kann.

Die überwiegende **jüngere Lehre** geht allerdings von einer **ex-nunc-Wirkung** aus und lehnt damit die Aufrechnung *mit* verjährten Forderungen ab. Die Aufrechnung *gegen* eine verjährte Forderung (= Forderung des Erklärungsgegners ist verjährt) bleibt aber möglich (Griss in KBB⁵, § 1438 Rz 4).

Die anderen allgemeinen Voraussetzungen sind dennoch nicht zu umgehen. Außerdem muss die Forderung – dem Grunde nach – schon noch zustehen (sie darf also zB nicht schon getilgt sein). Ist unklar, gegen welche Forderung aufgerechnet wird: §§ 1415 f.

5. Kontokorrent

Das Kontokorrent (it. *conto* = Rechnung, it. *corrente* = laufend) ist eine **laufende Rechnung** iRe **Geschäftsverbindung**. Dabei werden Forderungen und Gegenforderungen als **unselbständige Posten** geführt und in periodischen Abständen abgerechnet (vgl § 355 UGB). Soweit sich die Forderungen decken, findet **Kompensation** statt; der **Überschuss** (also die Differenz) wird als **Saldo** bezeichnet, dessen beiderseitige Feststellung ein *konstitutives Schuldanerkenntnis* darstellt (vgl **Abs 4 leg cit**).

Die **Abrechnung** findet dann nicht speziell (für Einzelforderungen), sondern **global** (für alle gegenseitigen Forderungen eines **Abrechnungszeitraums** zum **Abrechnungstermin**) statt. Bis dahin gelten die Forderungen als **gestundet**.

V. Vereinigung (Konfusion)

§ 1445 Satz 1: „*Sooft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereinigt wird, erlöschen beide;*“

Wird der **Gläubiger einer Forderung** – insb durch **erbrechtliche Universalsukzession** – gleichzeitig zu ihrem **Schuldner**, geht die Forderung unter – sie **erlischt**.

Nachlassseparation (§ 812): Ein Gläubiger kann als Erbe seines Schuldners die Absonderung eines seiner Forderung entsprechenden Teils verlangen.

Die Wendung „*oder wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten*“ deutet kryptisch die **heterogenen Ausnahmen** dieses Prinzips an (vgl Griss in KBB⁵, § 1445).

- 1.) Bspw ändert sich „*in den Rechten der Erbschaftsgläubiger, der Miterben oder Legatäre*“ nichts, wenn einer seiner Gläubiger ihn beerbt (vgl S 2 *leg cit*).
- 2.) Weiters „*ruhen*“ Forderungen, wenn der Schuldner **Inhaber-** oder **Orderpapiere** innehat, erlangen bei Weitergabe an Dritte aber wieder ihre Kraft.
- 3.) Auch die Vereinigung von bisherigem **Untervermieter** (**Hauptmieter**) und **Liegenschaftseigentümer** ändert nichts am **Untermietvertrag**.

Beerbt ein Schuldner seinen Gläubiger, tritt die Erbschaft aber nur *bedingt* an, haftet ein **Bürge** im Falle eines **unzureichenden Nachlasses** weiterhin (**Satz 2 leg cit**).

VI. Verzicht (Entsagung, Erlass)

§ 1444: „*In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vorteile seines Schuldners entsagen, und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben.*“

Nach **hA** handelt es sich um einen **formlosen Vertrag**. Er bildet selbst das **Verfügungsgeschäft** und bedarf eines **Titels** (*causa*).

- **Entgeltliche Titel** können zB **Austausch** oder **Streitbereinigung** sein. Dann liegt ein *entgeltlicher Verzicht* vor.
- **Unentgeltlicher Titel** ist idR die **Schenkung**. Dann liegt ein *unentgeltlicher Verzicht* vor. Auch dieser bedarf der Zustimmung (§§ 882 Abs 1, 938).

Verzichtbar sind *nur Rechte* (insb **Ansprüche**), *keine Pflichten*. Ein beidseitiger Verzicht auf ein SV ist ein **Auflösungsvertrag**.

VII. Zeitablauf, Kündigung

- ➔ **Befristete Rechtsverhältnisse** enden durch **Zeitablauf** (§ 1449) oder **außerordentliche Kündigung** (siehe 1. Kapitel, III.).
- ➔ **Unbefristete Rechtsverhältnisse** enden durch **ordentliche Kündigung** (einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung), deren Voraussetzungen (Termine, Fristen, uU Gründe) gesetzlich normiert sind oder durch **außerordentliche Kündigung**.

VIII. Tod

§ 1448: „Durch den Tod erlöschen nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche **auf die Person eingeschränkt sind**, oder die bloß **persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen**.“

Höchstpersönliche Rechte und Pflichten (insb grds die Persönlichkeitsrechte und familienrechtliche Rechte und Pflichten) sind **unvererblich** (Griss in KBB⁵, § 1448).

- **Tod des Schuldners:** Nur **höchstpersönliche Schulden** (zB Dienstleistungsvereinbarungen, Auftragsverhältnisse) gehen nicht auf die Erben über.
- **Tod des Gläubigers:** Grds gehen **Forderungen** auf die Erben des Gläubigers über, sofern keine gesetzliche/vertragliche Sonderregelung vorliegt.

IX. Insolvenzverfahren

Die **Insolvenz** befreit den Schuldner *nicht* von seinen Verbindlichkeiten. Das Vermögen, das zur freien Verfügung bleibt, ist weiterhin dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt (vorbehaltlich des Existenzminimums iSd §§ 290 ff EO); vgl § 60 Abs 1 IO.

Liegt allerdings ein **Sanierungsplan** vor, erlöschen Verbindlichkeiten *teilweise* und ersatzlos (§ 156 Abs 1 IO). Bestellte Sicherheiten (durch Pfänder und Bürgschaften) haften aber weiterhin.

Ein **Insolvenz- und Schuldenregulierungsverfahren** (die sog „Privatinsolvenz“, §§ 181 ff IO) führt auch bei **natürlichen Personen** zur Schuldbefreiung.

6. Kapitel: Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten

Man unterscheidet bei den Änderungen von Schuldverhältnissen:

- ① **inhaltliche Änderungen** (I. Novation, II. Schuldänderung, III. Vergleich sowie IV. Anerkenntnis) und
- ② **personelle Änderungen** (V. Zession, VI. Schuldübernahme sowie VII. Vertragsübernahme).

I. Die Novation (§§ 1376-1378)

Eine **Novation** (Neuerungsvertrag, *Schuldersetzung*) ist die **vertragliche Ersetzung** eines Schuldverhältnisses durch die **einvernehmliche Änderung des Rechtsgrunds** oder des **Hauptgegenstands der Forderung** (ohne personelle Änderungen).

- **Änderung des Rechtsgrunds:** Dieselbe Leistung wird auch fortan geschuldet – aber aus einem anderen Titel (zB Leihe → Miete).
- **Änderung des Hauptgegenstands:** Nur bei der Änderung des primären Leistungsinhalts (und nicht schon bei der Änderung von Nebenpflichten).

Unter der **Voraussetzung**, dass die *alte* Verbindlichkeit **tatsächlich bestanden** hat (§ 1376) und die *neue* Verbindlichkeit gültig entsteht, findet die **Entstehung** (der *neuen*) **gleichzeitig mit dem Erlöschen** (der *alten*) statt. Sie bleiben aber weiter „*verbunden*“:

- **Anfechtung/Rücktritt (von) der neuen Verbindlichkeit:** In diesem Fall **lebt** die *alte* Verbindlichkeit **wieder auf**.
- **Einreden gegen die alte Verbindlichkeit** (zB Stundung, Verjährung): Diese **können auch gegen die neue** Verbindlichkeit **erhoben werden**. Dies kann allerdings vertraglich abbedungen werden – zu Lasten von Dritten aber nur mit deren Zustimmung.

Aber: Die akzessorischen **Bürgschafts- und Pfandrechte erlöschen** gemeinsam mit der *alten* Verbindlichkeit. Wie eben angesprochen sind auch **andere Vereinbarungen** möglich, zu Lasten von Bürgen/Pfandbestellern jedoch nur mit **deren Zustimmung**.

„**Vertragswiederholungen**“ sind mangels *animus novandi* grds keine Novationen, sondern bloß schriftliche Fixierungen des bereits Vereinbarten.

II. Die Schuldänderung (§ 1379)

Bei der **Schuldänderung** wird der Vertrag im Vergleich zur Novation **nicht ersetzt**, sondern **umgestaltet**. Dh, dass – bei **Weiterbestand des alten Schuldverhältnisses** – nur **Nebenbestimmungen** desselben geändert werden.

Beispiele: Änderung des **Wann, Wo und Wie der Vertragserfüllung** (Leistungszeit, -ort, -quantität), der **Zinshöhe**, eines **Rücktrittsrechts**, etc.

IZw wird angenommen, dass *eher eine Schuldänderung* vorliegt als eine Novation (§ 1379 letzter Satz). Ein **Eingriff in die Rechte Dritter** unterliegt hier denselben Regeln wie bei der Novation.

III. Der Vergleich (§§ 1380-1391)

Beim **Vergleich** setzen die Parteien **an die Stelle** einer *streitigen* oder *zweifelhaften* Verbindlichkeit durch **gegenseitiges Nachgeben** eine **neue, eindeutige**. Dabei handelt es sich um einen **zweiseitig verbindlichen, entgeltlichen Feststellungsvertrag** mit „**Bereinigungswirkung**“, da er bisherige Unsicherheiten **endgültig beseitigt** und die individuelle Rechtslage **konstitutiv festsetzt**. **Bürgschaften und Pfandrechte** bleiben **im ursprünglichen** oder **geringerem Ausmaß** (Akzessorietätsgrundsatz) bestehen, können aber durch einen Vergleich nicht erweitert werden. Zur **Beseitigung eines Vergleichs**:

- ✗ **Irrtumsgeltendmachung bzgl der verglichenen Punkte:** Die Bereinigungswirkung bezieht sich natürlich nur auf die „**vergleichenen Punkte**“. Selbst wenn man über den streitigen Inhalt im Irrtum war, kann man später grds **nicht anfechten**. Ein **Erklärungsirrtum** beim Vergleichsabschluss selbst berechtigt dagegen schon zu dessen Geltendmachung (§§ 1385-1388).
- ✗ **laesio enormis:** Die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte wird beim Vergleich durch § 1386 **explizit ausgeschlossen**.
- ✓ **List und Drohung:** Sie berechtigen jedenfalls zur Anfechtung, wenn sie für den Vergleichsschluss kausal waren.
- ✓ **Vergleichsgrundlage:** Die **stRsp** und ein **Teil der Lehre** lassen darüber hinaus eine Anfechtung wegen **Wegfalls der Vergleichsgrundlage** (= Geschäftsgrundlage) zu, wenn diesbezüglich ein **gemeinsamer Irrtum** vorliegt.
- ✓ **Wucher:** Es ist auch eine Anfechtbarkeit wegen Sittenwidrigkeit gegeben – hier in Form des Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4).
- ✓ **Rücktritt nach § 918:** Da die §§ 917 ff auf Vergleiche anwendbar sind, kommt auch ein solcher Rücktritt in Betracht.

Bei **erfolgreicher Anfechtung** (bzw Rücktritt) des Vertrags **lebt** das **Schuldverhältnis in seiner früheren Form** (also ohne den Zusatz des Vergleichs) **wieder auf**, sofern das nicht dem hypothetischen Parteiwillen widerspräche (*Neumayr* in KBB⁵, § 1385).

IV. Das Anerkenntnis

Das **konstitutive Anerkenntnis** ist ein **Feststellungsvertrag**, der durch eine seitens des Schuldners abgegebene **Willenserklärung** (**Inhalt: einseitiges Abrücken** von einer Position) und die entsprechende Annahme durch den Gläubiger zustande kommt und einen neuen/selbständigen **Verpflichtungsgrund** darstellt, der von der (In-)Existenz des zuvor streitigen Vertragsinhalts unabhängig ist.

- Die *causa* wird – um kein (unzulässiges) abstraktes Geschäft zu schaffen – in der Streitbereinigung gesehen (zB Schadensbehebung „*kulanzhalber*“).
- **Unterschied zum Vergleich:** Anders als beim Vergleich wird beim Anerkenntnis *einseitig* und *nicht gegenseitig* nachgegeben.
- ⊗ **Verjährungsunterbrechung (§ 1497):** Da ein neuer Rechtsgrund vorliegt, wird die Verjährung für 30 J. unterbrochen (*Dehn* in KBB⁵, § 1497 Rz 4).

Dagegen ist ein **deklaratives Anerkenntnis** eine bloße **Wissenserklärung**, die **keinen (neuen) Verpflichtungsgrund** schafft.

- **Beweismittel:** Ein *deklaratives* Anerkenntnis ist zwar kein Leistungsversprechen, stellt im Rechtsstreit aber ein (widerlegbares) Beweismittel dar.
- ⊗ **Verjährungsunterbrechung (§ 1497):** Ein *deklaratives* Anerkenntnis löst nach der Rsp eine *an der Beschaffenheit der ursprünglichen Forderung orientierte*, neue Verjährungsfrist aus (*Dehn* in KBB⁵, § 1497 Rz 4).

Ob ein *deklaratives* oder ein *konstitutives* Anerkenntnis vorliegt, muss durch **Auslegung (§§ 914 f)** ermittelt werden.

V. Die Forderungsabtretung (Zession; §§ 1392-1399)

A. Allgemeines

Die **Zession** bewirkt **keine inhaltliche**, sondern eine **personelle Änderung** (auf Gläubigerseite): Die **Forderung des Altgläubigers (Zedent)** gegen den **Schuldner (debitor cessus)** wird in ihrer bisherigen Form auf den **Neugläubiger (Zessionar)** übertragen.

- **Vorausabtretung:** Auch **zukünftige Forderungen** können, sofern sie zumindest **bestimmbar** sind (bzgl ihres Rechtsgrunds), zediert werden.
- **Teilabtretung:** Wenn eine Forderung **teilbar** ist, kann auch ein Teil davon abgetreten werden.

Gestaltungsrechte (zB Kündigungs-/Rücktrittsrechte) sind *teilweise* einzeln zedierbar (zB Recht auf Auszahlung eines Kreditbetrags, GWL-Rechte), *teilweise* aber auch nur mit den Hauptrechten des Schuldverhältnisses. **Sachenrechte** werden *nicht* zediert.

B. Rechtsgeschäftliche Abtretung

1. Zweiaktigkeit

Zur vertraglichen Abtretung bedarf es einer **Vereinbarung zwischen Zedenten und Zessionar**, die als **formfreies, kausales Verfügungsgeschäft** noch eines gültigen **Verpflichtungsgeschäfts** (zB Forderungskauf, -schenkung, Sicherungsabrede) bedarf.

Form: Aufgrund der **Formfreiheit** (**Ausnahme:** Sicherungszession) des **Verfügungsgeschäfts** fallen Verfügungs- (Zession) und Verpflichtungsgeschäft (zB Forderungskauf) idR zusammen. Ist aber das **Verpflichtungsgeschäft formpflichtig** (zB Schenkung ohne „wirkliche Übergabe“ bzw Notariatsakt, § 943), muss die Forderung zumindest „symbolisch übergeben“ (§ 427) werden (**Urkundenübergabe, Verständigung des debitor cessus**).

2. Verständigung des debitor cessus (Schuldner)

Der **debitor cessus** muss – für die Gültigkeit der Zession – **weder 1.) verständigt** werden, **noch 2.) zustimmen**. Seine rechtliche Position ändert sich aufgrund des **Verschlechterungsverbots (§ 1394)** ohnehin nicht (siehe unten 3.). Es gilt aber eine **Gutgläubensschutzvorschrift**: Er kann *bis zur Verständigung* mit **schuldbefreiender Wirkung** an den Zedenten zahlen (§§ 1395 f).

IZw muss der **debitor cessus** aber Nachforschungen anstellen oder die Leistung hinterlegen (§ 1425).

Der **Schutz des debitor cessus** hat verschiedene Ausformungen:

- ➔ **Einwendungen:** Der **debitor cessus** kann dem Zessionar nicht nur alle vor der Zession entstandenen, sondern auch alle zwischen Zession und Verständigung entstandenen Einreden (zB Einrede der Kompensation) entgegenhalten.
- ➔ **Putativzession:** Wurde der **debitor cessus** fälschlich von einer Zession verständigt, kann er analog § 1395 mit schuldbefreiender Wirkung an den vermeintlichen Zessionar zahlen.
- ➔ **Zessionsverbot im B2B-Geschäft:** Wurde der **debitor cessus** von einer Zession trotz *relativen* vertragl. Zessionsverbots verständigt, kann er in *leicht fahrlässiger* Unkenntnis schuldbefreiend an den Zedenten zahlen (§ 1396a Abs 1 S 2).

3. Verhältnis zwischen Zessionar/Neugläubiger und debitor cessus/Schuldner (Einlösungsverhältnis)

Das Schuldverhältnis selbst bleibt auch nach der Zession dasselbe – der Zessionar tritt in die „Fußstapfen“ des Zedenten (§ 1394). So gehen auch alle **Nebenrechte** auf ihn über, die dem Zweck, der Sicherung oder der Durchsetzung der Hauptforderung dienen.

Die Folge dessen ist, dass der **debitor cessus** alle (bis zur Verständigung gegenüber dem Zedenten entstandenen) **Einreden** sowie Rücktritts- und Anfechtungsrechte **auch gegenüber dem Zessionar** erheben kann (§ 1396 Satz 1 HS 2), **sofern** er dessen Forderungen ihm gegenüber **nicht mit konstitutivem Anerkenntnis „für richtig erkannt“** hat (§ 1396 Satz 2).

Einwendungen aus dem VV („Zedent ↔ Zessionar“): Diese kann der **debitor cessus** dann erheben, wenn durch sie die **Gläubigerstellung** des Zessionars infrage gestellt wird (**Bsp:** fehlender Titel der Zession, irrtumsrechtl. Aufhebung, Scheinzession; **Aber:** § 1396a Abs 2; vgl Bd. II S. 137).

Rückabwicklung bei rechtsgrundloser Leistung an den Zessionar: Ist das **Deckungsverhältnis** (Zedent ↔ **debitor cessus**) **ungültig** oder wird **aufgehoben** (durch Rücktritt/Wandlung), ist nach **hM** der **Zessionar** der **Bereicherungsschuldner**.

4. Verhältnis zwischen Zedenten/Altgläubiger und Zessionar/Neugläubiger (Valutaverhältnis)

Das **Valutaverhältnis** („**Zedent ↔ Zessionar**“) richtet ist je nach (Un-)Entgeltlichkeit bspw eine Schenkung oder ein Kauf. Eine **Besonderheit der entgeltlichen Zession** sind die **GWL-Regeln (§§ 1397 ff)**, die gegenüber den §§ 922 ff *leges speciales* sind.

- **Unentgeltliche Zession:** Gem § 1397 Satz 1 trifft den Zedenten bei einer unentgeltlichen Forderungsabtretung grds **keine Haftung**.
- **Entgeltliche Zession:** Gem § 1397 Satz 2 haftet der entgeltlich Forderungsabtretende **1.)** für die **Richtigkeit** (die im Titel vereinbarten rechtlichen Qualitäten) und **2.)** für die **Einbringlichkeit** (Durchsetzbarkeit; va Zahlungsfähigkeit des Schuldners) im **Abtretungs-** bzw im **Fälligkeitszeitpunkt**.

Schadenersatzansprüche des Zessionars gegen den Zedenten sind möglich, falls diesen ein Verschulden trifft. Der **Haftungsumfang** ist das **Erfüllungsinteresse**, das sich nach dem Wert der abgetretenen Forderung richtet.

5. Gutgläubiger Erwerb von Forderungen

Der **gutgläubige Forderungserwerb** ist nach § 367 **nicht möglich** (da er sich nur auf *körperliche* Sachen bezieht). **Ausnahmen:**

- ☑ § 916 Abs 2 (Scheingeschäft): Wird einem gutgläubigen Dritten *zum Schein* eine Forderung abgetreten, kann er sie erwerben.
- ☑ **Hypothekarforderungen:** Dasselbe gilt für die Zession einer getilgten aber noch eingetragenen Forderung an (gutgl.) Dritte.
- ☑ **Wertpapiere:** Auch nach wertpapierrechtlichen Regelungen kann es zum gutgläubigen Forderungserwerb kommen.

6. Doppelzession

Wird eine Forderung **mehrmals abgetreten (Doppelzession)**, ist **nur die erste Abtretung gültig** (vgl § 442: *nemo plus iuris...*).

Achtung: Wird der *debitor cessus* aber von einer anderen als der ersten Zessionar verständigt, kann er an den **Putativzessionar** schuldbefreiend leisten. Der „echte“ (Erst-)Zessionar hat dann jedoch einen **Verwendungsanspruch nach § 1041** gegen den Putativzessionar. Trifft den „unechten“ (Zweit-)Zessionar ein Verschulden am Eingriff in das Forderungsrecht des Erstzessionars, hat dieser auch **SE-Ansprüche** gegen ihn.

7. Sonderformen der Zession

a) Die Sicherungszession

Dogmatisch liegt bei der **Sicherungszession** eine **eigennützige Treuhand** vor, bei der ein Gläubiger (Zessionar) eine Forderung erwirbt, sich aber verpflichtet, sie nur unter der **Bedingung** des Zahlungsverzugs seines Schuldners (Zedent) einzuziehen.

Außenverhältnis: Im AV steht dem Sicherungszessionar das **Vollrecht** zu (daher Treuhand). Zur Bedeutung in der **Insolvenz** vgl S 140.

Da die Sicherungszession die **Wirkungen** einer **Forderungsverpfändung** auslöst, muss sie dem pfandrechtlichen **Publizitätsgrundsatz** (§ 452) gerecht werden. Der notwendige **Publizitätsakt** – der **modus** – kann dabei auf **zwei Arten** gesetzt werden:

- 1.) **Drittschuldnerverständigung:** Verständigung des *debitor cessus*; oder iFv Buchführungspflichten *alternativ* ein...
- 2.) **Buchvermerk:** *formloser* Vermerk in den Geschäftsbüchern des Sicherungszedenten;

Bei **mehrmaliger Abtretung** ist bei der Sicherungszession (iVgl zur „normalen“ Zession) jene wirksam, für die der **erste Publizitätsakt** gesetzt wurde. Wird etwa ein Buchvermerk **nachträglich gelöscht**, erlischt die Sicherungszession mit *ex-nunc*-Wirkung.

b) Die Inkassozession

Bei einer **Inkassozession** werden Forderungen an einen Gläubiger (Zessionar) abgetreten, der **vertraglich verpflichtet** ist, die Leistungen des *debitor cessus* an den Zedenten **abzuführen**, weshalb wieder ein *schuldrechtlich beschränktes Vollrecht* vorliegt.

Der Zessionar hat dabei also nur eine Inkassofunktion, während die Forderung „wirtschaftlich“ beim Zedenten bleibt. **Lehre** und **Rsp** erkennen daher an, dass 1.) die Leistung des *debitor cessus* an den Zessionar zur **Tilgung der Forderung** führt und er diesem gegenüber 2.) auch *nach der Abtretung* gegenüber seinem Gläubiger entstandene **Einwendungen** geltend machen kann. Der Zedent hat bei Insolvenz des Zessionars ein **Aussonderungsrecht**.

Oft wird die Inkassozession **missbräuchlich** verwendet (zB durch Zession einer strittigen Forderung an eine mittellose Person, die sie sodann ohne Prozesskostenrisiko einklagen kann – da sie Prozesskostenhilfe beantragen kann [vgl § 122 ZPO]).

c) Die stille Zession

Die **stille Zession** besteht in einer normalen Zession, von der der *debitor cessus* planmäßig **nicht verständigt** wird.

Schuldbefreiende Zahlung gem § 1395: Die stille Zession ist unproblematisch, wenn der Schuldner nichts davon erfährt. UU kann der Zedent die Forderung auch im eigenen Namen einziehen. In jedem Fall muss er sie dann beim Zessionar zur Einlösung bringen. **Str** ist, wie die Rechtsfigur einzuordnen ist, wenn der *debitor cessus* von der Abtretung erfährt (vgl Bd. II S. 142 f).

d) Eskontierung offener Buchforderungen

Darunter werden sowohl der **Forderungskauf** (Erwerb der Forderung unter dem Titel des Kaufvertrags) als auch die **Sicherungszession** (vgl Bd. I S. 452 ff) verstanden.

e) Die Globalzession

Eine **Globalzession** meint die **gleichzeitige Zession vieler Forderungen**. Sie ist möglich, wenn der **Bestimmtheitsgrundsatz** eingehalten wird – die einzelnen Forderungen also **individualisierbar** sind. Hat sie (wie die Sicherungszession) eine **Sicherungsfunktion**, sind bzgl des **modus** die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften (§ 452) einzuhalten.

„**Individualisierbar**“ sind die Forderungen bspw, wenn „**alle**“ Forderungen oder „**alle aus einem bestimmten Rechtsgrund**“ (zB alle Forderungen aus Warenlieferungen) abgetreten werden. Eine Abtretung „**aller**“ Forderungen kann aber als zu einschneidender Eingriff **sittenwidrig** sein.

f) Die Mantelzession(-sabrede)

Beim **Mantelzessionsvertrag** wird eine Art „**Rahmen**“ **für** (durch **Umschreibung** zukünftig abzutretender Forderungen mittels **Art, Umfang** und **Gattung**) und ein **schuldrechtlicher Anspruch auf künftige Einzelabtretungen** geschaffen.

Achtung: Dadurch gehen noch keine Forderungen über, da der Mantelzessionsvertrag **nur ein Verpflichtungsgeschäft** ist. Zum Übergang der Forderungen benötigt es daher noch das **Verfügungsgeschäft** (dh die Zession selbst), für das die Mantelzessionsabrede dann der **Titel** sein kann.

g) Factoring

Beim **Factoring** werden Forderungen vom Zedenten an einen **Factor** (den Zessionar) abgetreten. Darin kann eine **Inkassozession** (treuhändige Abtretung zur Abgabe der Eintreibung) oder ein **Forderungskauf** (Bezahlung für die Abnahme der Eintreibung) gesehen werden. Relevant ist dabei die häufige **Finanzierungsfunktion** (wenn der Factor die Schuld *vor* Eintreibung begleicht).

- **Definition:** Verkauf von Forderungen, um sofortige Zahlungseingänge auch bei erst späterer Forderungsfälligkeit zu realisieren und das Ausfallrisiko samt dessen Überwachung abzuwälzen (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/>)
- **Risiko der Zahlungsunfähigkeit des debitor cessus:** Trägt dies der **Factor** (Delkredereübernahme), liegt ein „**echtes Factoring**“ (*non recourse factoring*), ansonsten ein „**unechtes Factoring**“ (*recourse factoring*) vor.

C. Gesetzliche und notwendige Zession

① **Legalzession:** Die wichtigsten Fälle der Zession von Gesetzes wegen (*ex lege*, Legalzession) sind jene des § 1358:

- ➔ **Persönliche Haftung für fremden Schulden:** ZB Bürgen, die eine (materiell fremde) Schuld bezahlen, treten *ex lege* in die Rechte des Gläubigers ein und können – ohne Einlösungserklärung oÄ – dessen Rechte geltend machen.
- ➔ **Beschränkte Haftung mit bestimmten Vermögensstücken:** ZB Pfandbesteller (auch hier *Ex-lege*-Eintritt).
- Weitere Beispiele: Auch § 332 ASVG legt eine Legalzession fest (Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger geht im Ausmaß der Leistungspflicht des SVTr auf diesen über). Ähnliches regelt § 67 VersVG.
- Bereicherungsrecht: Ein Ersatzanspruch nach § 1358 schließt den Verwendungsanspruch wegen Aufwands für einen anderen (§ 1042) aus.

② **Notwendige Zession:** Wer die Schuld eines anderen bezahlt und *vor oder bei Zahlung* vom Gläubiger zumindest konkludent die Abtretung seiner Rechte verlangt (**Einlösungsbegehren**), bewirkt die **Einlösung der Forderung** und wird Zessionar (§ 1422).

Gewährleistung: Der Zedent (Altgläubiger) haftet bei einer notwendigen Zession **nur iFv Betrug** für Richtigkeit und Einbringlichkeit (§ 1423).

D. Gesetzliche Abtretungsverbote

1. Allgemeines

Gem § 1393 können nur **veräußerliche Rechte** zediert werden – **nicht** aber **höchstpersönliche** (zB Unterhaltsansprüche, iZw die AG-Ansprüche auf Arbeitsleistung sowie das **Wiederkaufs-** [§ 1070], **Rückverkaufs-** [§ 1071] und **Vorkaufsrecht** [§ 1074] – letztere drei sind auch auf Lebzeiten des Berechtigten beschränkt). Daneben gibt es bestimmte **situative Zessionsverbote**.

2. Verbot der Gehaltsabtretung (§ 12 KSchG)

§ 12 Abs 1 KSchG verbietet die **Sicherungszession von Lohn- und Gehaltsforderungen** (eines Verbrauchers gegen seinen Dienstgeber) **an einen Unternehmer** zur Sicherung oder Befriedigung dessen *noch nicht fälliger* Forderungen gegen ihn.

Ein **Verstoß gegen Abs 1 *leg cit*** bildet eine Verwaltungsübertretung (§ 32 Abs 1 Z 4 *leg cit*), die **Abtretung** ist aber **gültig**. **Nach Bezahlung durch den Arbeitgeber** erwirbt der Verbraucher einen **Anspruch auf Erstattung** gegenüber dem Unternehmer (Zessionar), **außer** dieser kann **beweisen**, dass der Schuldner (Zedent) dadurch von einer Schuld befreit worden ist.

3. Andere Zessionsverbote

Bestimmte Zessionsverbote ergeben sich daraus, dass den Forderungen die **Pfändbarkeit versagt** wird (§§ 290 ff EO), wie bspw **Gehaltsforderungen** bezüglich jenes Teils, der das Existenzminimum nicht übersteigt (§ 291a EO). Diese **Pfändungsbeschränkung** kann nicht rechtswirksam abbedungen werden (§ 293 Abs 2 EO).

Neben 1.) **Gehaltsforderungen** (unterhalb des Existenzminimums) können auch 2.) **Mietzinsforderungen** im Bereich des MRG (§ 42 Abs 2 MRG), 3.) **Honorarforderungen** eines Rechtsanwalts/Wirtschaftstreuhänders (ohne Mandantenzustimmung; *Verschwiegenheitspflicht*) sowie 4.) **Kreditforderungen einer Bank** (*Bankgeheimnis*) **nicht abgetreten** werden.

E. Vertragliche Abtretungsverbote

„Ein vertragliches Zessionsverbot ist die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, dass eine Forderung nicht abgetreten werden darf.“ Im **B2B-Geschäft** wirken Zessionsverbote **relativ**, im **B2C-Geschäft** wirken sie **absolut** (hM, jedoch *str*).

1. Vereinbarung zwischen Unternehmern

§ 1396a Abs 1 Satz 1 legt (im verbraucherschutzrechtlichen Stil) für B2B-Geschäfte fest, dass **Zessionsverbote** nur verbindlich sind, wenn sie 1.) **einzeln ausgehandelt** und 2.) **nicht gröblich benachteiligend** sind. **Abs 1 Satz 2 *leg cit*** bestimmt überdies, dass selbst verbindliche Zessionsverbote einer wirksamen Abtretung nicht entgegenstehen („relative Wirkung“).

Das heißt: Sobald dem *debitor cessus* die Abtretung bekannt wurde, kann er **nicht mehr schuldbefreiend** an den **Altgläubiger** (Zedent) leisten, es sei denn er ist (nur) **leicht fahrlässig** (Abs 1 Satz 2).

§ 1396a Abs 2 bestimmt aber, dass der *debitor cessus* dem Zessionar das **gültige Zessionsverbot nicht entgegenhalten** kann. Den Zessionar **haftet** dem *debitor cessus* **nicht** wegen Kenntnis des Verbots. Dieser kann SE **nur beim Zedenten** geltend machen.

Kritik: Der Schuldner/*debitor cessus*, der ein **wirksames Zessionsverbot** ausgehandelt hat und entsprechend dieser Vereinbarung an den treuwidrig handelnden Gläubiger/Zedenten leistet, obwohl er von der (verbotswidrigen) Zession an den Dritten/Zessionar weiß, muss uU nochmal leisten.

2. Andere Zessionsverbote

Da § 1396a nur für **B2B-**, **nicht aber** für **B2C-** oder **C2C-Geschäfte** gilt, ist die **Wirkung vertraglicher Zessionsverbote** in diesen Fällen weiter **strittig**. Die hM attestiert ihnen „absolute Wirkung“, weshalb **verbotswidrige Zessionen ungültig** sind.

VI. Die Schuldübernahme

Während die Zession eine personelle Änderung auf Gläubigerseite („Forderungsübernahme“) darstellt, vollzieht sich bei der **Schuldübernahme** eine **personelle Änderung auf der Schuldnerseite**. Der neue Schuldner kann dabei den alten Schuldner **ersetzen** („privative Schuldübernahme“) oder zum alten Schuldner **hinzukommen** („kumulative Schuldübernahme“).

A. Schuldeintritt (privative Schuldübernahme)

„Durch die befreiende (oder privative) Schuldübernahme (Schuldeintritt) scheidet der alte Schuldner aus, der neue tritt an seine Stelle (§ 1405).“ Inhaltlich ändert sich nichts am SV (= der Neuschuldner verfügt auch über die Einreden des Altschuldners).

Zustandekommen: Entweder durch **Vertrag** zwischen Alt- und Neuschuldner mit **Einverständnis des Gläubigers** oder durch **Vertrag** zwischen Neuschuldner und Gläubiger zugunsten des Altschuldners (§§ 1405, 1406 Abs 1).

Bürgen und **Pfänder** können (wie immer) keinem höheren Haftungsrisiko ausgesetzt werden – **vorbehaltlich ihrer Zustimmung** (§ 1407). Werden auch **Hauptgegenstand/Rechtsgrund** geändert (**Novation**, § 1410 ⇒ §§ 1377 f), erlöschen die Sicherheiten.

B. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)

„Bei der kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt) tritt der neue Schuldner neben den alten, beide schulden nun solidarisch.“ Eine Schuldübernahme ist **iZw** als kumulative Schuldübernahme, dh als Schuld*bei*- und nicht als Schuld*ein*tritt zu deuten.

- Die Zweifelsregel des § 1406 Abs 2 hat den Hintergrund, dass der Schuldbeitritt für den Gläubiger **keinerlei Gefahr** mit sich bringt, da sich der Haftungsfonds bloß vergrößert.
- **Zustandekommen:** Entweder durch **Vertrag zwischen Beitretendem und Altschuldner** oder **zwischen Beitretendem und Gläubiger**. Dabei ist **str.**, ob der Schuldbeitritt **formbedürftig** ist. Die **ältere Lehre und Rsp verneinen** die Formbedürftigkeit, die **jüngere Lehre und Rsp bejahen** sie hingegen und wenden § 1346 Abs 2 (Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung) **analog** auf den Schuldbeitritt an.

C. Gesetzlicher Schuldbeitritt

Der **gesetzliche Schuldbeitritt nach § 1409** besteht darin, dass der **Erwerber eines Vermögens oder Unternehmens** oder eines Teiles davon – neben dem weiter haftenden Veräußerer – **bis zur Höhe (pro viribus) der übernommenen Aktiven** – für **Verbindlichkeiten** des Unternehmens haftet, die er **im Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe kannte oder kennen musste**.

Ratio legis: Dadurch sollen die **Gläubiger des Veräußerers** vor dem **Entzug ihres Haftungsfonds** geschützt werden; daher entfällt die Haftung insoweit der vom Erwerber erhaltene Kaufpreis vom Veräußerer zur Befriedigung seiner Gläubiger verwendet wird.

§ 1409 ist **zwingendes Recht (ius cogens)** und gilt auch im **Unternehmensrecht** parallel zu den **§§ 38 ff UGB**. Davon gibt es eine **Ausnahme:** Beim Erwerb iRd Zwangsvollstreckungs- oder Insolvenzverfahrens greift weder die Haftung nach § 1409 noch jene nach den §§ 38 ff UGB – vgl genauer **§ 1409a**.

§ 1409 Abs 2 bestimmt eine **Beweislastumkehr (Normalfall:** dem Übernehmer muss sein Wissen über die Verbindlichkeiten nachgewiesen werden) für den Fall des **Erwerbs** eines Unternehmens/Vermögens **von nahen Angehörigen** (§ 32 IO).

Vgl zu einigen **weiteren Details:** Bd. II, S. 151 ff sowie zu anderen **Erwerberhaftungen:** § 14 BAO (Abgabenverbindlichkeiten), § 67 ASVG (Sozialversicherungsbeiträge), § 6 AVRAG (Arbeitnehmeransprüche).

D. Die „Hypothekenübernahme“

Die **Hypothekenübernahme nach § 1408** findet statt, wenn eine pfandrechtlich belastete Liegenschaft erworben wird. Der Erwerber ist dann einer **Sachhaftung** ausgesetzt (und muss sich uU Zwangsvollstreckung gefallen lassen) – er ist **Realschuldner**.

Ratio legis: Durch diese Auslegungsregel (**iZw** sei die Pfandrechtsübernahme als Bereitschaft zur privaten/befreienden Schuldübernahme zu deuten) soll die vertragliche **Übernahme der persönlichen Haftung** gefördert werden. Der **Veräußerer** (nicht: Erwerber!) kann den Gläubiger, der einer Schuldübernahme nach allgemeinen Regeln zustimmen muss, **schriftlich zu dessen Einwilligung auffordern**. Wenn dieser seine **Zustimmung** dann **6 Monate lang nicht verweigert**, gilt sie als erteilt (**normierte Willenserklärung**). Darauf muss er aber aufmerksam gemacht werden.

E. Erfüllungsübernahme

„Erfüllungsübernahme ist das von einem Dritten dem Schuldner gegebene Versprechen, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken (§ 1404).“ Sie ist **nicht formbedürftig** und bewirkt als **Vertrag zwischen Schuldner und Dritten** einen Anspruch des Schuldners gegen den Dritten, der auch (sofern kein Zessionsverbot vorliegt) dem Gläubiger zedierte werden kann.

Haftung: Der Dritte haftet dem Schuldner dafür, dass er vom Gläubiger **nicht in Anspruch genommen wird**.

Der Gläubiger wird dadurch weder berechtigt noch verpflichtet. Er **muss** außerdem die **vertragsgemäße Leistung des Dritten annehmen** (§ 1423). Bei der privaten Schuldübernahme liegt bis zur dort nötigen Zustimmung des Gläubigers eine (im **Innenverhältnis** zwischen Schuldner und Dritten wirksame) Erfüllungsübernahme vor.

VII. Die Vertragsübernahme

Die dem ABGB unbekannt **Übernahme eines ganzen Schuldverhältnisses** – inkl. aller Rechte und Pflichten – (idR unter der Voraussetzung der Zustimmung aller Beteiligten, tlw sogar ohne Zustimmung des anderen: § 12 MRG) ist **vertraglich möglich**.

Ex-lege-Vertragsübernahme dagegen bei: Eintritt naher Angehöriger in das Mietverhältnis (§ 14 MRG), Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis für die versicherte Sache (§§ 69 f VersVG), Eintritt des Erwerbers eines Betriebs/Unternehmens in die Arbeitsverhältnisse (§ 3 AVRAG).

Ein **Qualifikationswechsel** liegt vor, wenn ein Vertragsübernehmer anderen Regelungen unterliegt als der bisherige Partner:

- **Unternehmer** (anstelle eines Verbrauchers): Der Vertrag bleibt **unverändert aufrecht** (es bleibt beim KSchG).
- **Verbraucher** (anstelle eines Unternehmers): Der Vertrag **unterfällt fortan dem KSchG** (womit uU bisher gültige Klauseln ungültig werden).

Anders als bei der den Vertragspartner **ersetzenden Vertragsübernahme** kommt beim (**kumulativen**) **Vertragsbeitritt** nur ein Vertragspartner hinzu, der nun **auch dieselben Rechte und Pflichten** hat. Der bisherige Partner muss seine **Zustimmung** erteilen.

7. Kapitel: Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten

I. Gläubiger- und Schuldnermehrheit

A. Begriffe

Wie bereits dargestellt können **sowohl** auf Schuldner- **als auch** auf Gläubigerseite **mehrere Personen** die **Träger der Rechte und Pflichten aus einem Schuldverhältnis** sein. Man unterscheidet vor allem **drei Arten** von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten:

- ① **Geteiltes Schuldverhältnis** (Teilschuldverhältnis): **Aufteilung** verschiedener Rechte/Pflichten auf verschiedene Personen;
- ② **Solidarschuld/-gläubigerschaft:** alle Schuldner **schulden einzeln die ganze Leistung**, alle Gläubiger dürfen **einzeln fordern**;
- ③ **Gesamthandschuld/-forderung:** alle Schuldner müssen **gemeinsam leisten**, alle Gläubiger müssen **gemeinsam fordern**;

B. Geteiltes Schuldverhältnis

Beim **Teilschuldverhältnis (§§ 888 f)** entstehen parallel **einzelne SV**, idR **aus demselben Entstehungsgrund** – zB Verpflichtung Mehrerer zu einer **teilbaren Gesamtleistung**. Gläubiger dürfen dann nur **ihren Anteil fordern**, Schuldner **haften** nur für ihren.

C. Gesamtschuldverhältnis (Solidarschuldverhältnis)

Im Unterschied zum *Teilschuldverhältnis* **schuldet jeder** Schuldner bei der Solidarschuld **das Ganze** und jeder Gläubiger ist bei der Solidargläubigerschaft **das Ganze zu fordern berechtigt**. Insgesamt ist aber **das Ganze nur einmal** zu leisten bzw zu fordern.

- **Entstehungsgründe für Gesamt- bzw Solidarschulden:**
 - § 820: unbedingte **Erbantrittserklärung mehrerer Erben**;
 - § 890 **Satz 1**: Verpflichtung mehrerer zur Leistung einer **unteilbaren Sache** oder auch *bei Vereinbarung* iFv **teilbaren Leistungen** (§ 891). (Achtung: Unternehmer haften iZw gem § 348 UGB als Solidarschuldner für gemeinschaftlich geschuldete, teilbare Leistungen.)
 - § 1199 (§ 128 UGB): Haftung der **Gesellschafter einer GesbR** (einer OG);
 - § 1302: gemeinschaftliche **Schadenzufügung**;
 - § 1347: **Schuldbeitritt**;
- **Entstehungsgründe für Gesamt- bzw Solidargläubigerschaften:**
 - „**Oder-Konto**“: Gemeinschaftskonto, bei dem jeder Inhaber **allein verfügungsberechtigt** ist;

Wahlrecht (§ 893): Der Gläubiger einer Solidarschuld kann sich **aussuchen, wen er in Anspruch nimmt**, wodurch dann aber **alle frei** werden. Im Umkehrschluss lebt die Forderung wieder auf, wenn der Zahlende seine Leistung gerechtfertigt **kondiziert**.

Umgekehrt kann bei einer **Gesamtgläubigerschaft** der Schuldner jedem Gläubiger die Leistung schuldbefreiend erbringen. Wird er von einem der Gläubiger gerichtlich oder außergerichtlich **belangt**, dann kann er **nur noch diesem** leisten (§ 892).

Einzelwirkung von Einzelvereinbarungen (§ 894): Die Verpflichtungen hängen zwar zusammen, sind in gewisser Form aber auch voneinander unabhängig: **vertragliche Schuldänderungen** wirken nur *für* und *gegen* den einzelnen Partner der Vereinbarung. Auch **Verzug** oder **Verschulden von Einzelnen** wirkt nur zu deren Lasten.

Str ist die Möglichkeit des Gläubigers, eine **Sicherungszeession** nur bzgl seiner Forderung gegen manche der Solidarschuldner zu vollziehen.

Erlöschen von Gesamtschuldverhältnissen: Grds erlöschen Gesamt-SV durch **Erfüllung** (Aufrechnung, Hinterlegung).

- **Erläss** (Grundregel: Da Verträge zulasten Dritter unzulässig sind, können Rechtspositionen Dritter nicht ohne ihre Zustimmung verschlechtert werden):
 - **Gläubiger ⇒ Solidarschuldner**: Der Schuldnerlass gegenüber einem Solidarschuldner wirkt iZw nur für diesen, *nicht* für die anderen.
 - **Solidargläubiger ⇒ Schuldner**: Wirkt nur gegenüber dem verzichtenden Gläubiger, *nicht* gegenüber den anderen Solidargläubigern.
- **Verjährung**: Auch die Verjährung (sowie ihre **Hemmung** oder **Unterbrechung**) wirken nur gegenüber einzelnen Schuldner/Gläubigern.

Regress (§ 896): Da im **Außenverhältnis** (Solidarschuldner ⇔ Gläubiger) alle bzgl der Gesamtschuld zur Haftung gezogen werden können, auch wenn sie im **Innenverhältnis** (Solidarschuldner ⇔ Solidarschuldner) nur für einen Teil (**iZw nach Köpfen**) eintreten müssen, können sie sich **gem § 896** (hA: eigene Grundlage, aA: Anwendungsfall des § 1356) **beieinander regressieren** – uzw nach **hA** bei jedem nur *iHd Anteils, den er tragen muss (Teilregress)*, nach **aA** bei allen *bzgl des Ganzen (Solidarregress)*.

Regress unter Solidargläubigern (§ 895): Grds gilt unter Gläubigern dasselbe (**Satz 1 leg cit**); dh, dass auch sie im Innenverhältnis ausgleichen können. Allerdings legt **Satz 2 leg cit** im Gegensatz zur sachgerechten Lösung bei der Gesamtschuld (§ 896) fest, dass **iZw** – also dann, wenn kein Rechtsverhältnis zwischen den Gläubigern besteht – **keinerlei Ausgleich** stattfinden muss (*P. Bydlinski in KBB⁵, § 895*).

D. Gesamthandschuldverhältnis

„Bei der Gesamthandschuld können nur alle Schuldner gemeinsam leisten, bei der Gesamthandgläubigerschaft nur alle Gläubiger gemeinsam fordern.“

Eine **Gesamthandschuld** entsteht gem § 890 **Satz 1** bei **Unteilbarkeit** einer von Mehreren geschuldeten Leistung oder, wenn sich mehrere zur gemeinsamen Leistung verpflichten.

Eine **Gesamthandgläubigerschaft** oder **Gesamthandforderung** entsteht ebenfalls **1.)** bei **Unteilbarkeit** einer mehreren Gläubigern geschuldeten Leistung; **2.)** weiters **kraft Gesetzes** (Forderungen einer Miteigentümerschaft [§ 848] oder jene einer GesbR [§ 1180]) oder **3.)** bei spezieller **Vereinbarung**.

Folgen: Wenn eine Gesamthandforderung vorliegt, kann man vom Schuldner nur die **Leistung an alle Gläubiger** (bzw Hinterlegung zugunsten aller) – oder, bei **Zustimmung** der anderen, an einen Einzelnen verlangen (**Bsp**: „*Und-Konto*“). Fordern kann das aber jeder einzeln (**Einzelklagebefugnis**).

II. Verträge zugunsten und zulasten Dritter

Dritte können *sowohl* aus den **Hauptleistungspflichten** eines Vertrags profitieren, ohne Vertragspartner (Gläubiger) zu sein (**A.**), *als auch* von den **Nebenpflichten** (genauer: **Schutz- und Sorgfaltspflichten**), die auf sie erstreckt werden (**B.**). Sie können aber **nicht** durch Verträge verpflichtet werden, denen sie nicht zugestimmt haben (**C.**).

A. Verträge zugunsten Dritter (§§ 881 f)

„Im Vertrag zugunsten Dritter verspricht der Schuldner dem Gläubiger (Versprechensempfänger), eine Leistung einem Dritten (dem Begünstigten) zu erbringen (§ 881).“ Man unterscheidet dabei **1.) unechte** und **2.) echte Verträge zugunsten Dritter**.

- 1.) **Unechte Verträge zugunsten Dritter** liegen vor, wenn nur der Versprechensempfänger die Leistung fordern kann.
- 2.) **Echte Verträge zugunsten Dritter** räumen auch dem Dritten selbst ein **Forderungsrecht gegen den Versprechenden** ein.

Wenn die **Auslegung** kein klares Ergebnis (1. oder 2.) ergibt, ist **iZw** von einem *echten* Vertrag zugunsten Dritter auszugehen (§ 881 **Abs 2**). Das Recht entsteht zwar **auch ohne Annahme** (dh auch bei Geschäftsunfähigen) oder **Benachrichtigung**. Der Begünstigte kann es aber aktiv **zurückweisen** (vgl § 882). Tut er das jedoch nicht, muss er gegenüber dem Schuldner (dem Versprechenden) **Schutzpflichten** wahrnehmen.

Vertragsinhalt: Der Vertrag bildet die **causa (Titel)** für auf ihm basierende **Leistungen** (Verfügungen). Er bildet daher auch den Rahmen und kann grds **alles** beinhalten, was Gegenstand rechtsgeschäftl. Verpflichtungen sein kann (insb **Tun** und **Unterlassen**).

Weil der Vertrag den Titel darstellt, hat der Schuldner (der Versprechende) auch gegenüber dem Dritten (dem Begünstigten) **alle Einreden** (zB Zugum-Zug, Irrtum, *laesio enormis*). Er kann sich aber **nicht** auf das **Verhältnis zwischen Gläubiger** (Versprechensempfänger) **und Dritten** (*Valutaverhältnis*) berufen. Weiters sind seine **Aufrechnungsmöglichkeiten** eingeschränkt (**gegenüber dem Dritten** nur *mit* Forderungen gegen ihn oder *mit* vertraglichen Forderungen; **gegenüber dem Versprechensempfänger** überhaupt nur *mit* vertraglichen Forderungen; siehe oben zur Aufrechnung).

Beispiele: Besonders im Privatversicherungsrecht sind **echte** Verträge zugunsten Dritter typisch (**Bsp**: „*[Schadens-]Versicherung für fremde Rechnung*“; §§ 74 ff **VersVG**). Ein weiteres **Bsp** für einen Vertrag zugunsten Dritter ist der **Geschäftsbesorgungsvertrag** zwischen der Bank, die einen Bankomaten aufstellt und jener Bank, deren Kunde mit seiner Bankomatkarte dort Geld behebt.

B. Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

„Bei einem [VSD] werden die **Schutz- und Sorgfaltspflichten** aus einem Vertragsverhältnis **auf Dritte erstreckt**, wenn diese **erkennbar durch die Vertragserfüllung erhöht gefährdet** werden und der **Interessensphäre eines Vertragspartners angehören**, [ihr] Kontakt mit der Hauptleistung also **vorhersehbar** war.“ (Karner in KBB⁵, § 1298 Rz 19).

„Der Erfüllung nahestehende Personen“ sind also von den Schutz- und Sorgfaltspflichten umfasst. Sie sind allerdings dann **nicht erfasst**, wenn sie deckungsgleiche Ansprüche aus einem **eigenen Vertragsverhältnis** mit einem der beiden Vertragspartner haben (**Subsidiarität**; vgl Bd. II S. 164).

Diese **Quasi-Vertragshaftung**, durch die das Schuldverhältnis „**in die Breite gedehnt wird**“ (während die *cic* es „**in die Länge**“ dehnt), bringt die **Vorteile der Haftung ex contractu** (gegenüber der Haftung *ex delicto*) mit sich:

- 1.) **Beweislastumkehr** (§ 1298): Gelingt dem Vertragspartner kein Gegenbeweis, wird *leichtes Verschulden* angenommen.
- 2.) **Gehilfenhaftung** (§ 1313a): Der GH haftet für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie für eigenes.
- 3.) **Schutz des bloßen Vermögens**: (*strittig*) *Welser* bejaht dies in allen Fällen. *Koziol* bejaht es dagegen nur dann, wenn die Hauptleistung gerade Dritten zugutekommen soll. IFv Dritthaftungen für Rat und Auskunft wird der Schutz grds bejaht.
 - *Wer kann den Schaden des Dritten geltend machen?* Der geschädigte Dritte ist bzgl seines SE-Anspruchs **selbst aktivlegitimiert**.
 - *Ab wann ist man aus einem VSD geschützt?* Der Dritte ist bereits in der **Anbahnungsphase des VSD** geschützt, und zwar durch eine etwaige Haftpflicht bzgl des Vertrauensschadens aus **culpa in contrahendo** (wobei das SV also in die Länge und in die Breite gedehnt wird).

Einbezogener Personenkreis: Die größten Schwierigkeiten bereitet die Antwort auf die Frage, wer „*der Erfüllung nahesteht*“.

Beispiele: Bei **Krankenhausbesuchern** wurde dies teilweise *bejaht*, teilweise *verneint*. Beim Schutzbereich eines **Mietvertrags** wurde bislang danach unterschieden, ob der Dritte zur Hausgemeinschaft iwS gehört (dann *bejaht* – Lebensgefährte, Hausangestellter) oder nur kurzfristig dort aufhältig ist (dann *verneint* – Paketzusteller). Auch der Untermieter wird grds in den Schutzbereich des Mietvertrags miteinbezogen (weitere Bsp: Bd. II S. 166 f).

Haftungsausschluss: Vor der Anerkennung des durch die Lehre entwickelten Konzepts des VSD wurden Freizeichnungen zwischen den Vertragspartnern oft auch auf Dritte erstreckt. **Heute** wird aber die Ausdehnung der Schutzwirkung **von Gesetzes wegen (obj.-rechtl. Wirkung)** angenommen. Eine Freizeichnung mit Drittwirkung wäre also ein (unzulässiger) Vertrag zugunsten Dritter.

- **Problem**: Schon vor der PHG-Einführung wurden diese *objektiv-rechtlichen Schutzpflichten* des Produzenten gegenüber dem Händler als „**ABGB-Produkthaftung**“ auf den Abnehmer erstreckt, allerdings waren dadurch (neben der unrichtigen Zulassung von drittwirkenden Haftungsfreizeichnungen, vgl **5 Ob 707/78**) **weder bloße Vermögensschäden, noch Drittschäden (innocent bystanders) noch unverschuldete Ausreißerschäden** umfasst.
- **Lösung**: Diese Unzulänglichkeiten wurden durch die **verschuldensunabhängige PHG-Haftung** beseitigt (siehe dazu im Schadenersatzrecht).

C. Verträge zugunsten Dritter

Grds sind **Verträge zugunsten Dritter** ohne die Zustimmung des Verpflichteten **unwirksam**.

Aber: Die unwirksame Verpflichtung Dritter kann als Zusage des Versprechenden verstanden werden, sich um das Einverständnis des Dritten zur vertraglich vorgesehenen Verpflichtung zu bemühen (**Bemühungszusage, § 880a**). Wurde von ihm dabei auch ein **Erfolg der Bemühung** garantiert, handelt es sich um eine **Garantie**; dann ist bei Nichteintritt des Erfolgs volle Genugtuung (Interesse: pos. Schaden und entgangener Gewinn) zu leisten.

III. Die Bürgschaft

A. Begriff

Die **Bürgschaft** kommt durch einen **einseitig formbedürftigen** (Verpflichtungserklärung des Bürgen) **Konsensualvertrag zwischen Bürgen und Gläubiger** zustande. Der Bürge verpflichtet sich dabei iRe **persönlichen Sicherheit** (unbegrenzte Haftung) zur **Befriedigung des Gläubigers** bzgl der **Hauptpflicht (Akzessorietät)**, falls der Hauptschuldner nicht leistet (**Subsidiarität**).

- **Sorgfaltspflichten**: Der Gläubiger ist dem Bürgen bereits *in contrahendo* zur Sorgfalt verpflichtet; er muss ihn also vor der Bürgschaftsübernahme warnen, falls eine Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners unmittelbar bevorsteht.
- **Formbedürftigkeit**: Als Form ist für die Verpflichtungserklärung die **Schriftform** vorgesehen (§ 1346 Abs 2), der nach jüngerer Rsp auch eine Erklärung per Fax oder per **eingescannter Erklärung** gerecht werden. Sie kann durch eine **elektronische Signatur** ersetzt werden (§ 4 Abs 2 SigG).
 - *Für wen gilt die Formpflicht?* Für **alle** (auch Unternehmer!) – mit **Ausnahme** der **Kreditinstitute** (§ 1 Abs 6 BWG).
 - *Gilt die Formpflicht nur bei der Bürgschaft?* Nein, sie wird **analog** auf 1.) **Schuldbeitritt** und 2.) **Garantie** angewandt.

Auslegung (§§ 914 f, 1353 Satz 1): **Unentgeltliche Bürgschaftserklärungen** sind schon gem § 915 so auszulegen, dass sich der Erklärende **iZw eher die geringere Last** auferlegen wollte. **Entgeltliche Erklärungen** wären demnach zwar zugunsten des Bürgen auszulegen; hier geht aber § 1353 Satz 1 (**keine Ausdehnung der Bürgschaft über das ausdrücklich Erklärte**) als *lex specialis* vor.

B. Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung

Die Bürgschaft ist **von der Existenz der Hauptforderung abhängig** (Prinzip der Akzessorietät). Die Bürgschaft fällt mit Erlöschen der Verpflichtung weg; hat die Hauptforderung nie gültig bestanden, hat auch die Bürgschaft nie bestanden (§ 1351). Die **einzige Ausnahme**: Wer sich für einen **Geschäftsunfähigen** verbürgt, wird wie ein ungeteilter Mitschuldner verpflichtet (§ 1352).

- **Problematik der Ausnahme des § 1352**: Diese ist bedenklich, da nach ihrem Wortlaut sogar ein unredlicher Gläubiger dadurch geschützt wird.
- **Verbürgung für einen Teil d. Schuld**: ISd § 1353 kann die Bürgschaft nie **über** die Schuld ausgedehnt werden, sehr wohl aber nur einen Teil erfassen.

Einwendungen: Da der Bürge nicht strenger als der Hauptschuldner haftet, hat auch er all seine Einreden gegen den Gläubiger.

C. Arten der Bürgschaft

- ➔ **Gewöhnliche („gemeine“) Bürgschaft**: Der gemeine oder gewöhnliche Bürge kann idR erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger den Schuldner **gemahnt** hat, dieser aber weiterhin nicht leistet (in angemessener Frist), vgl aber § 1356.
- ➔ **Solidarbürgschaft („Bürge und Zahler“)**: Zur Forderung einer Leistung des Solidarbürgens bedarf es iVgl zur gewöhnlichen Bürgschaft keiner Mahnung vor der Inanspruchnahme des Bürgen, da dieser auch als „**Zahler**“ fungiert, siehe § 1357.
- ➔ **Ausfallsbürgschaft („Schadlosbürge“)**: Ein Ausfalls- oder Schadlosbürge muss nur dann für den Schuldner „**einspringen**“, wenn gegen diesen selbst mittels Exekution nichts erlangt werden konnte.
- ➔ **Nachbürgschaft („Überbürge“)**: Ein Nach- oder Überbürge verbürgt sich (gegenüber dem Gläubiger) für den Bürgen. Der eigentliche Bürge (für den sich der Nachbürge verbürgt) ist in dieser Konstellation Hauptschuldner des Nachbürgen.

- ➔ **Rück- und Entschädigungsbürgschaft:** Der Rück- oder Entschädigungsbürge verpflichtet sich gegenüber dem Bürgen zum Ersatz jenes Schadens, den der Bürge durch die Bürgschaft (unverschuldet, vgl § 1362) erleidet, siehe § 1348.
- ➔ **Bürgschaft auf erstes Anfordern:** Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern gilt das Prinzip: „Zuerst zahlen, dann prozessieren.“; das bedeutet, dass der Bürge die Leistung mangels Rechtsgrund zwar kondizieren, nicht aber sofort verweigern kann.

D. Rückgriff

Während die Bürgschaft im **Außenverhältnis** (Gläubiger ↔ Bürge) besteht, liegt im **Innenverhältnis** (Bürge ↔ Hauptschuldner) zumeist *entweder* **1.1) ein Auftragsverhältnis** oder (subsidiär) **1.2) eine Geschäftsführung ohne Auftrag** vor.

- 1.1) Auftrag:** Der Regressanspruch kann dann als **Aufwandersatz gem § 1014** (inkl Kosten, Zinsen) gefordert werden.
- 1.2) GoA:** Falls *kein Auftragsverhältnis* feststellbar ist, sind die Regeln über die GoA (§§ 1035 ff) anwendbar. Wurde vom Hauptschuldner aber nicht das Einverständnis erklärt, kann er versäumte Einwendungen geltend machen (§ 1361).
- 2.) Legalzession:** Neben den Ansprüchen aus dem Innenverhältnis kann sich der Bürge aufgrund seiner persönlichen Haftung für eine fremde Schuld (deren **Einlösung** [nicht: Tilgung] ihn in die Rechte des Gläubigers eintreten lässt) beim Schuldner gem § 1358 regressieren (und das gilt *unabhängig von dessen [Nicht-]Einwilligung* in die Bürgschaft). Der (dann: ehem.) Gläubiger muss ihn dabei **unterstützen** (Herausgabe v. **Rechtsbehelfen/Sicherungsmitteln, Auskunft**).
 - ☒ **Vereinb. (Bürge ↔ Schuldner):** Der Bürge kann mit dem Schuldner den **Ausschluss** oder **Aufschub** des Anspruchs nach § 1358 vereinbaren.
 - ☒ **Vereinbarungen (Bürge ↔ Gläubiger):** Sie können von § 1358 **Abweichendes vereinbaren** (zB Forderungsübergang erst bei vollständiger Zahlung).

E. Sicherstellungsansprüche gegen den Hauptschuldner

Die **Einwilligung des Schuldners** ist, anders als b. Rückgriff selbst, sehr wohl **relevant**, wenn es um dessen **Sicherstellung** geht:

- ➔ **Einverständnisbürgschaft:** Hat der Schuldner der Bürgschaft zugestimmt, kann der Bürge dann Sicherheitsleistungen vom Schuldner (zur Besicherung seines Rückgriffsanspruchs) fordern, wenn dieser **bei Fälligkeit nicht zahlt (§ 1364)**.
- ➔ **Bürgschaft ohne Einverständnis:** Hier kann er das nur tun, wenn zusätzlich die begründete Besorgnis vorliegt, der Schuldner könnte **zahlungsunfähig** werden oder sich etwa aus dem Inland entfernen (§ 1365).

F. Mehrheit von Sicherungsrechten

Mitbürgen haften grds solidarisch (§ 1359). Hat einer davon mehr geleistet, als er im Innenverhältnis (= Bürgen untereinander) musste, kann er sich (abgesehen vom Rückgriff beim Hauptschuldner) auch **bei den Mitbürgen regressieren (§§ 1359, 896)**. Dabei kann sich der **Gläubiger den (die) Bürgen/Pfandbesteller aussuchen**, den (die) er belangen möchte.

Achtung: Selbst die **Entlassung** des Bürgen durch den Gläubiger ändert nichts am Regressanspruch; sie wirkt **nur zw. Gläubiger u. Bürge (§ 1363)**.

Haftet auch ein Pfand für die Schuld, ist nach neuer Ansicht unter analoger Anwendung von § 1359 auch ein Regress **wie unter Mitbürgen (iZw auf die Hälfte)** vorgesehen, außer der Pfandbesteller (Realschuldner) hat die zum Erwerbszeitpunkt bereits durch den Schuldner pfandrechtl. belastete Pfandsache von diesem erworben (dann: voller Regressanspruch ihm gegenüber).

G. Erlöschen der Bürgschaft

- ☛ **Erlöschen der besicherten Verbindlichkeit**
- ☛ **Zeitablauf** (bei Befristung)
- ☛ **Kündigung** (bei unbestimmter Zeit)
- ☛ **Entlassung durch den Gläubiger**
- ☛ **3 Jahre nach Tod des Bürgen** (ab Fälligkeit, sofern die Mahnung ausgeblieben ist; § 1367)
- ☛ **Verjährung** (30 Jahre; jedenfalls aber mit der Schuld)
- ☛ **Befriedigung des Schuldners**

Achtung: Säumigkeit des Gläubigers mit der Eintreibung hat nicht zur Folge, dass die Bürgschaftsverpflichtung erlischt, sondern, dass er dem Bürgen die Beeinträchtigungen ersetzen muss, die dieser dadurch erleidet (§ 1364). Diesen Ersatzanspruch kann er auch **gegen die Hauptschuld aufgerechnet** werden.

IV. Der Garantievertrag

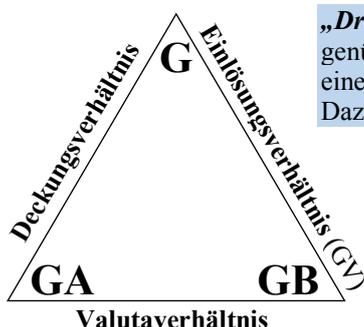
Neben Bemühungszusagen (§ 880a Hauptsatz 1) kennt § 880a auch **Leistungszusagen** („[...] ist er aber für den Erfolg eingestanden, haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung [...] ausbleibt.“). Daraus wird der **Garantievertrag** konstruiert, in dem der **Garant** (Versprechender) dem **Begünstigten** (Versprechensempfänger) einen gewissen **Erfolg garantiert**, bei dessen Nichteintritt er ihm verschuldens**unabhängig volle Genugtuung (§ 1323; Schaden + entgangener Gewinn)** zu leisten hat.

Ausnahme: Bei **schuldhafter Vereitelung** des Erfolgs durch den Begünstigten selbst ist der Garant von der Haftung befreit (**analog § 1362**).

A. Zweipersonale Garantie

„**Zweipersonal**“ ist eine Garantie, wenn der **Garant** dem **Begünstigten** aufgrund der Verpflichtung, die gerade zwischen den beiden besteht, leisten muss. **Beispiel:** Herstellergarantie für ein Produkt;

B. Dreipersonale Garantie (Bankgarantie)



„**Dreipersonal**“ ist eine Garantie, wenn sich ein **Garant (G)** einem **Garantierauftraggeber (GA)** gegenüber (**Deckungsverhältnis**) dazu verpflichtet, zu garantieren, dass ein **Garantiebegünstigter (GB)** eine Leistung erhält, die diesem der **GA** aus einem bestimmten Grund (**Valutaverhältnis**) schuldet. Dazu schließen **G** und **GB** einen **Garantievertrag (GV)** ab (**Einlösungsverhältnis**).

- ➔ **Abstraktheit:** Die Verpflichtung aus dem GV ist abstrakt, dh an *keine causa* im Deckungs- oder Valutaverhältnis gebunden. Die Garantie ist also **nicht akzessorisch**, weshalb der OGH auch die **Schriftlichkeit des GV** verlangt (§ 1346 analog). Nur **Einreden aus dem EV**, also aus dem GV (zB Nichteintritt des Garantiefalls oÄ) sind für den **G** möglich. Ergo: Der **G** muss dem **GB** „auf erstes Anfordern zahlen“ (= **keine Prüfung der Anspruchsberechtigung!**).

Einzige Ausnahme: Einrede des Rechtsmissbrauchs (bei *offensichtlich* [!] unrechtmäßiger Inanspruchnahme der Garantieleistung; **Bsp** siehe Bd. II S. 177);

Garantiezwang: Abgesehen von der **Sicherungsfunktion** soll die Garantie vor allem eine **Bargeldfunktion** haben. Das kommt daher, dass ja ohne Prüfung der tatsächlichen Berechtigung vom Garanten geleistet wird (siehe für Genaueres Bd. II S. 178).

Auslegung der Garantie: Grds muss der **Garantievertrag** (wie alle Verträge) nach den §§ 914 f ausgelegt werden, was *scheinbar* in einem Spannungsverhältnis zur „**formellen Garantiestrengung**“ (= Garantieabruf muss sich präzise [!] am Text der Garantievereinbarung orientieren) steht – allerdings reicht ja auch diese Garantiestrengung nicht über den Parteiwillen hinaus.

Ersatz im Deckungsverhältnis (G – GA): Wenn zwischen GA und G ein Auftrag besteht, richtet sich der **Aufwandersatz** nach § 1014 (dh *G gg GA auf Aufwandersatz gem § 1014*), sonst bleibt ihm der **Regressanspruch** auf Basis von § 1358.

V. Schutz von Interzedenten

A. Allgemeines

„**Interzession ist die rechtsgeschäftliche Sicherung materiell fremder Schulden durch die Übernahme persönlicher Haftung.**“

Die Interzession umfasst also eine ganze Gruppe von Rechtsgeschäften: 1.) Bürgschaft, 2.) Garantie, 3.) Schuldbetritt und 4.) Schuldbeitritt.

„**Interzedent**“ ist derjenige, der die **Sicherheit leistet**.

Interzedenten benötigen Schutz, weil sie sich des **Haftungsrisikos**, das sie eingehen, oft nicht bewusst sind. Gerade unter **nahen Angehörigen** tritt dieses Problem häufig auf.

B. Sittenwidrigkeit von Interzessionen mit Familienbezug

Der OGH vertritt in **stRsp** die Ansicht, dass Interzessionen unter nahen Angehörigen sittenwidrig sein können, wenn der Interzedent dabei eine **ruinöse Überforderung** eingeht.

Er wendet dabei den **Wuchertatbestand des § 879 Abs 2 Z 4** an und erklärt Interzessionen daher für (uU teilweise) **unwirksam**, wenn der Interzedent 1.) **wirtschaftlich überfordert** wurde (**obj. Element**) **und** 2.) eine gewisse **Zwangslage des Interzedenten** (zB psychischer Druck; **subj. Element**) vorlag **und** 3.) dem Gläubiger **beides erkennbar** war.

Diese Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen und greifen sowohl in Geschäften mit Unternehmern als auch bei solchen unter Privaten.

C. Gesetzlicher Verbraucherschutz

Speziell für **Verbrauchergeschäfte (B2C)** wurden zulasten des unternehmerischen Gläubigers und zugunsten des Verbrauchers, der als Interzedent fungiert, **Aufklärungspflichten** und ein **richterliches Mäßigungsrecht** in das KSchG aufgenommen.

1. Begriff des Interzedenten

Wer als **Interzedent** in den Genuss dieser Schutzvorschriften kommt und wer das als **echter Mitschuldner** nicht tut, ist **strittig**.

Rsp und **hL** sehen neben der Voraussetzung der **Verbrauchereigenschaft** als **ausschlaggebendes Differenzierungskriterium** an, dass der Interzedent damit rechnen kann, dass die (materiell fremde) Schuld, für die er haftet, im Endeffekt aufgrund eines Regressanspruchs **nicht an ihm hängenbleiben** wird. Nach *Krejič* darf diese fremde Verbindlichkeit **nicht** auch im **wirtschaftlichen Interesse des Interzedenten** liegen (s. genauer: Bd. II S. 180 ff).

2. Aufklärungspflichten (§§ 25a, 25c KSchG)

Wenn ein Verbraucher Interzedent (insb Mitschuldner, Bürge oder Garant) für eine Schuld werden möchte, muss ihn ein unternehmerischer Gläubiger auf die **wirtschaftlich schlechte Lage des Schuldners** hinweisen, wenn er diese erkennt/erkennen muss.

- **Genauer:** Eine formularmäßige Erklärung reicht nicht aus; der Unternehmer muss den potentiellen Interzedenten über die **konkrete Lage** des Schuldners (Einkommen, Schulden, etc) aufklären. Die **Rechtsfolge** ist (neben der mögl. Unwirksamkeit) auch eine **Verwaltungsübertretung (§ 32 KSchG)**.
- **Ausnahme:** Diese Warnung kann nur dann entfallen, wenn der Interzedent bereits bestens über die wirtschaftliche Lage des Schuldners Bescheid weiß.

Verletzung der Aufklärungspflicht: Grds ist die Interzession **unwirksam** und der Interzedent kann seine Leistung **gem § 1431** rückfordern, **außer** der Interzedent hätte d. Sicherungsverpflichtung (wenn auch in anderem Ausmaß) trotzdem übernommen.

3. Mäßigungsrecht (§ 25d KSchG)

Auch eine wirksame Interzession kann vom Richter (bis hin zum gänzlichen Erlass) **gemäßigt** werden, wenn die besicherte Schuld 1.) **unter Berücksichtigung aller Umstände (*) unbilliges Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Interzedenten** aufweist **und** 2.) **die das Missverhältnis begründenden Umstände** (Zwangslage, etc) **erkennbar** für den Gläubiger waren.

- * **zB:** wirtschaftliches Interesse des bzw Nutzen für den Interzedenten, sein Verschulden an dem Missverhältnis, Leichtsin, Zwangslage, usw.
- **Ziel** ist, dass „**unerträgliche Einzelfälle**“ (zB langfristiger wirtschaftlicher Ruin) erfasst werden.
- **Nicht das Ziel** ist, dass alle Interzessionen durch leistungsschwache Personen oder alle Interzessionen unter Angehörigen verhindert werden.

VI. Die Anweisung (Assignment; §§ 1400-1404)

Beispiel: A (**Anw**) schließt mit B (**Ang**) einen Kaufvertrag (KV 1) über ein Auto und verkauft dieses gleich (KV 2) C (**AE**). Er weist B an, das Auto an C zu liefern.

A. Wesen der Anweisung

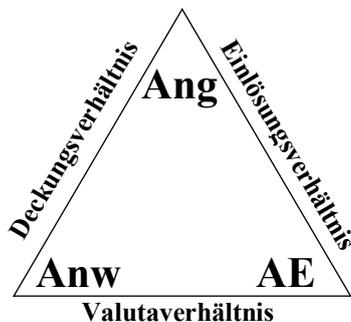
„**Durch die Anweisung ermächtigt (oder beauftragt) der Anweisende (Anw) den Angewiesenen (Ang), auf seine (des Anweisenden) Rechnung an den Anweisungsempfänger (AE) zu leisten.**“ Es liegt ein **dreipersonales SV** vor.

- ➔ **Doppelte Ermächtigung (§ 1400):** Einerseits ermächtigt der Anw den **Ang** zur Leistungserbringung an den AE. Andererseits ermächtigt er den **AE**, die Leistung in Empfang zu nehmen. Beide tun dies **im eigenen Namen** aber **auf fremde Rechnung**.
- ➔ **Doppelter Auftrag (§ 1401):** Bestehen sowohl im Deckungs- (Anw – Ang) als auch im Valutaverhältnis (Anw – AE) bereits Leistungspflichten, liegt darin nicht nur ein „**zweifaches Dürfen**“, sondern ein „**zweifaches Müssen**“ (PSK⁵, S. 661).

„**Zwei Leistungsakte**“: Mit der Anweisungsbefolgung werden durch eine Leistung gleichzeitig zwei Schuldverhältnisse erfüllt:

- 1.) Der **Ang** erbringt mit der **Leistung an den AE** eigentlich eine **Leistung an den Anw** (*B erfüllt den KV 1 mit A, s. I.*)
- 2.) Der **Anw** **leistet** durch das Handeln des Ang (indirekt) **an den AE** (*A erfüllt den KV 2 mit C, s. II.*)

B. Deckungsverhältnis – Valutaverhältnis – Einlösungsverhältnis



I. **Deckungsverhältnis:** Das DV rechtfertigt die **Leistung des Ang an den Anw (1.)**. Entweder schuldet er ihm diese bereits (Anweisung **auf Schuld**, vgl § 1401) – dann wird er durch die Leistung an den AE von der Schuld gegenüber dem Anw befreit – oder es liegt darin eine Kreditgewährung (Anweisung **auf Kredit**) oder auch eine **Schenkung**.

Subsidiär (= mangels sonstigen Vertragsverhältnisses) kommen die **Auftragsvorschriften** zur Anwendung.

II. **Valutaverhältnis:** Das VV rechtfertigt die **Leistung des Anw an den AE (2.)** und ist überhaupt erst Anlass für die Anweisung. Häufig schuldet der Anw dem AE nämlich etwas (Anweisung **zur Zahlung**), möglicher Rechtsgrund ist aber auch eine **Kreditgewährung**.

IZw wirkt auch die Anweisung **zur Zahlung** nur **zahlungshalber**, nicht an Zahlungs statt (§ 1401 Abs 3).

Den AE treffen im Fall einer Anweisung **mit seinem Einverständnis** gewisse **Pflichten**:

- § 1401 Abs 1 Satz 2: Er (dh der AE) muss den **Ang** zur Leistung **auffordern**, wenn dadurch eine Schuld getilgt werden soll.
- § 1401 Abs 2: Er (AE) muss dem **Anw** sofort **Mitteilung** machen, wenn er davon keinen Gebrauch machen will oder der **Ang** die Leistung bzw die Annahme **verweigert**.

(Zum Rückgriff des AE gegen den Anw bei Weigerung des Ang im Fall einer Anweisung mit Wirkung *an Zahlungs statt*: Bd. II S. 187.)

III. **Einlösungsverhältnis:** Das Einlösungs- oder **Abwicklungsverhältnis** ist *per se* nur ein faktisches und kein rechtliches Verhältnis, da die Leistung des **Ang** an den **AE** gleichzeitig (rechtlich) eine Leistung des **Ang** an den **Anw** und eine Leistung des **Anw** an den **AE** ist (jedoch keine rechtliche Leistung des Ang an den AE, sondern nur eine faktische).

C. Annahme der Anweisung

Die Anweisung an sich hat nur dann eine Pflicht zur Folge, wenn sie **auf Schuld** erfolgt (und nur gegenüber dem **Anw**, nicht gegenüber dem **AE**; § 1401 Abs 1).

Ein **Anspruch des AE (gg Ang)** entsteht, wenn der **Ang** die **Anweisung annimmt** und dem **AE** diese Annahme zugeht (§ 1400).

„Annahme der Anweisung“ meint das **einseitige Versprechen des Ang**, dem AE zu leisten, das **bis zum Zugang** an den AE **widerruflich** ist.

„**Abstrakte Schuld**“: Nimmt der **Ang** die Anweisung an (was er ja nicht immer muss), werden im Verhältnis zum **AE** alle **Einreden** aus dem Deckungs- oder Valutaverhältnis **ausgeschlossen**. Er hat dann **gem § 1402** nur noch solche Einreden, die...

- 1/3.) *„die Gültigkeit der Annahme betreffen oder...“*
- 2/3.) *sich aus dem Inhalte der Anweisung oder...“*
- 3/3.) *aus seinen persönlichen Beziehungen zum [AE] ergeben.“*

Keine abstrakte Schuld entsteht 1.) wenn der Annahme **keine gültige Anweisung** zugrunde liegt oder 2.) trotz Annahme, wenn **weder ein gültiges Deckungs-, noch ein gültiges Valutaverhältnis** bestehen (wobei dann idR schon die Anweisung ungültig ist).

D. Erlöschen der Anweisung

Die Anweisung **erlischt durch Widerruf des Anw**, solange der **Ang** sie noch nicht gegenüber dem **AE** angenommen hat (§ 1403).

- **Widerruflichkeit gegenüber dem AE:** Da in der Anweisung aber eine „doppelte Ermächtigung“ liegt, ist anhand des Valutaverhältnisses zu beurteilen, ob sie auch gegenüber dem AE widerrufen werden kann.
- **Haftung:**
 - Bei einer **ausgebliebenen Leistung** (an den AW) **wegen eines unzulässigen Widerrufs** (des Anw) haftet der Anw dem AE.
 - Bei einer **Inanspruchnahme der Leistung** (durch den AE) **trotz zulässigen Widerrufs** (des Anw) haftet der AE dem Anw.

Aufwandersatz des Ang: Der Ang kann seinen Ersatz gegen den Anw grds aus dem Titel der Ermächtigung erlangen. Leistet er allerdings trotz Widerrufs, kann er nur mehr (uU) auf Basis von § 1042 Ersatz geltend machen.

E. Akkreditiv und Kassalieferschein

Akkreditiv: Ein Akkreditiv liegt vor, wenn eine **Geldleistung des Ang** von einer **Gegenleistung des AE abhängig** gemacht wird.

Der AE muss seine eigene **Leistung nachweisen** (zB Nachweis der Versendung mittels Frachtbrief) und erhält erst dann eine Gegenleistung (**Geld**).

Kassalieferschein: Ein solcher ist eine **bedingte Warenanweisung**; der **Ang soll an den AE leisten**, wenn dieser zahlt.

Der Ang soll zB 100.000 Liter Heizöl „gegen Kassa“ (= gegen Bezahlung) unmittelbar an den Abnehmer (den AE) ausliefern.

F. Die Giroüberweisung

Bei der **Giroüberweisung** liegt ein **Sonderfall der Anweisung** vor. Die „doppelte Ermächtigung“ wird hier *einerseits* der Bank (**Ang**) erteilt (Leistungserbringung auf fremde Rechnung), *andererseits* dem **AE** (Leistungsannahme auf fremde Rechnung).

Das **Besondere** liegt darin, dass die Bank (**Ang**) nicht an den **AE** leistet, sondern ihm durch die **Kontogutschrift** (die die **Annahme** darstellt) ein **abstraktes Schuldversprechen** abgibt (durch den Anspruch auf Auszahlung des Buchgelds), das spätestens **unwiderruflich** wird, wenn die Summe auf dem Konto des AE „**wertgestellt**“ ist.

§ 1401 Abs 3: Hier liegt nun also entgegen der Zweifelsregel eine Anweisung **zur Zahlung** vor, die **an Zahlungs statt** wirkt.