

Gewährleistungsrechte: Konkurrenzen I

- Grundsatz: §§ 437 ff. BGB sind vorrangig
 - Vorrang der Nacherfüllung (§§ 323 I, 281 I BGB)
 - Kurze Verjährung (§ 438 BGB)
 - Ausschluss der Gewährleistung nach § 442 BGB bei Kenntnis vom Mangel
- Vorrang vor c.i.c., soweit Pflichtverletzung nur in der fehlenden oder falschen Information über Sachbeschaffenheit liegt
 - => kein Anspruch auf Mangelfolgeschäden oder Vertragsrückabwicklung aus §§ 311 II, 280 I, 241 II BGB, nur weil Verkäufer auf einen Mangel nicht hingewiesen hat
- Vorrang vor § 119 II BGB
 - Keine Anfechtung des Käufers wegen Eigenschaftsirrums (str.)
 - Keine Anfechtung des Verkäufers, um sich vor Mängelrechten zu schützen
 - Aber Anfechtung des Verkäufers, wenn Sache höherwertig war (und Käufer keine Gewährleistung verlangt)
- Vorrang vor § 313 I BGB, weil §§ 437 ff. BGB vorrangige gesetzliche Risikoverteilung begründen
- Ausnahme: Arglist des Verkäufers! => § 123 BGB und c.i.c. bleiben anwendbar

Gewährleistungsrechte: Konkurrenzen II

- Lieferung einer (gefährlichen) Kaufsache kann als Verletzung einer Schutzpflicht i.S.v. § 241 II BGB gesehen werden
 - Ebenso die Nichtaufklärung über die Gefährlichkeit der Sache vor oder nach Vertragsschluss
 - Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB würde dann auch den Mangelfolgeschaden abdecken (und nach §§ 195, 199 BGB verjähren)
- Soweit die Gefährlichkeit zugleich einen Sachmangel begründet, geht das Gewährleistungsrecht vor
 - Daneben kein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB
 - Auch kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282 BGB, wenn die Nebenpflichtverletzung sich sachlich mit dem Sachmangel deckt (kein Anwendung auf „leistungsbezogene Nebenpflichten“)
 - Ebenso kein Rücktrittsrecht aus § 324 BGB
 - Ausnahme zu §§ 282, 324 BGB: In der (wiederholten) mangelhaften Leistung kann zugleich eine Verletzung der Leistungstreuepflicht liegen, die das Vertrauen in die zukünftige mangelfreie Leistungserbringung (z.B. bei Sukzessivlieferungsverträgen) erschüttert und das weitere Festhalten am Vertrag unzumutbar macht (str.)

Exkurs: Verbraucherbegriff (§ 13 BGB)

1. Natürliche Person
 - GbR als Zusammenschluss von Verbrauchern ist selbst Verbraucherin
 - Ebenso Erbengemeinschaft und Rechtsgemeinschaft
 - Idealverein (e.V.): h.M. (-), str.
2. Abschluss eines Rechtsgeschäfts
 - Passt nicht bei §§ 241a, 661a BGB
3. Private Zwecksetzung
 - Handeln ist nicht überwiegend der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen
 - Arbeitnehmer: Keine selbständige berufliche Tätigkeit => Verbraucher (+)
 - Zwecksetzung ist objektiv zu verstehen; Erkenntnismöglichkeiten des Geschäftsgegners unerheblich (str.)
 - Keine Vereinbarung über den Zweck möglich (aber evtl. „Scheinverbraucher“)
 - Dual-use-Geschäfte: Entscheidung anhand des Schwerpunkts der Zwecksetzung (vgl. Wortlaut § 13 BGB: „überwiegend“)
 - Existenzgründungsgeschäfte: Keine Verbrauchergeschäfte (außer § 513 BGB)

Exkurs: Unternehmerbegriff (§ 14 BGB)

1. Natürliche oder juristische Person/rechtsfähige Personengesellschaft
2. Abschluss eines Rechtsgeschäfts
 - Jedenfalls angestrebt (bei §§ 241a, 661a BGB)
3. Gewerbliche oder selbständige berufliche Zwecksetzung
 - Planmäßig und entgeltlich am Markt tätig
 - Gewinnerzielungsabsicht unerheblich
 - Vermutung bei ebay-PowerSellern
 - Auch Nebengeschäfte, die nicht zum Kern der unternehmerischen Tätigkeit gehören, fallen unter § 14 BGB

Scheinverbraucher

- Unternehmer gibt sich als Verbraucher aus (= um dem Verbraucherschutzrecht zu entgehen)
- Beispiel: EBay-Powerseller veranstaltet täglich 20 „Privatverkäufe“ und schließt dabei jeweils die Gewährleistung aus
- Aber: Verbrauchereigenschaft objektiv zu bestimmen
 - => Unternehmer bleibt Unternehmer und kann weder durch rechtsgeschäftliche noch durch tatsächliche Erklärung zum Verbraucher werden
 - => Verbraucherschutzrecht voll zu seinen Lasten anwendbar (z.B. Widerrufsrecht im Fernabsatz, Verbrauchsgüterkaufrecht)
- Daneben: Schadensersatzansprüche des Kunden
 - §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB (c.i.c.), wenn der Kunde z.B. auf die Geltendmachung von Rechten verzichtet, weil er sie für aussichtslos hält
 - Ggfs. sogar § 826 BGB

Scheinunternehmer

- Verbraucher gibt sich als Unternehmer aus, z.B.:
 - aus eigener Initiative, z.B. um Zugang zum Wiederverkäufermarkt zu erhalten
 - In Unternehmer-AGB: „Der Kunde versichert, zu gewerblichen Zwecken zu handeln“
- Folgen:
 - Verbrauchereigenschaft ist objektiv zu bestimmen, nicht disponibel
 - Initiative des Geschäftspartners:
 - Keine Rechtsscheinhaftung (bösgläubig!), kein Schadensersatz (jedenfalls weit überwiegendes Mitverschulden)
 - Tatsächliche Beweislastumkehr? In AGB gem. § 309 Nr. 12 b) BGB unwirksam
 - Initiative des Verbrauchers:
 - Rechtsscheinhaftung („Scheinunternehmer“) denkbar:
 - ▶ Zurechenbare Verursachung des Rechtsscheins der Unternehmereigenschaft
 - ▶ Guter Glaube der Gegenseite; Vermögensdisposition
 - ▶ Rechtsfolge: Ausschaltung des Verbraucherschutzrechts? H.M.: Nur für Gewerbetreibende, die privat handeln; ansonsten: c.i.c.
 - Zudem: § 242 BGB (Rechtsmissbrauch) bei arglistigem Vorspiegeln der Unternehmereigenschaft => Keine Berufung auf Verbrauchereigenschaft

Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB)

- Hintergrund: Früher VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG, heute WarenkaufRL (EU) 771/2019
- Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I BGB):
 - Kauf als Verbraucher (§ 13 BGB) => zu überwiegend privaten Zwecken
 - Verkauf als Unternehmer (§ 14 BGB) => zu selbständigen beruflichen Zwecken
 - Bewegliche Sache als Kaufgegenstand (außerhalb öffentlich zugänglicher Versteigerung)
- Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs:
 - Modifikationen des allgemeinen Kaufrechts: § 475 BGB
 - Kauf digitaler Produkte (Datenträger): § 475a BGB => Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB anstelle des Kaufrechts
 - Kauf von Waren mit digitalen Elementen: §§ 475b, c BGB
 - Sonderregelung für Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung (Fristsetzung!): § 475d BGB statt §§ 323 II, 440 BGB
 - Gewährleistungsrecht wird zugunsten des Verbrauchers (teilweise) zwingend: § 476 BGB
 - Beweislastumkehr für Vorhandensein des Mangels bei Gefahrübergang bei Auftreten innerhalb eines Jahres: § 477 BGB
 - Regress in der Lieferkette, §§ 445a, 478 BGB
 - Transparenz- und inhaltliche Mindestanforderungen an Garantien: § 479 BGB
- Prüfungsstandort in der Klausur: NUR dort, wo eine der Besonderheiten eingreifen könnte – keinesfalls vorab!

Modifikationen des allgemeinen Kaufrechts (§ 475 BGB)

- Fälligkeit der Primärleistungen (Zahlung & Lieferung) (§ 475 I BGB):
 - „Unverzüglich“ statt sofort (§ 271 I BGB)
 - Lieferung durch Unternehmer spätestens nach 30 Tagen
- Gefahrübergang beim Versandkauf (§ 475 II BGB):
 - § 447 I BGB nur, wenn der Käufer die Versandperson auf eigene Initiative selbst beauftragt hat
- Kein Nutzungsersatz bei der Nachlieferung (§ 475 III 1 BGB)
- Keine Anwendung von § 442 BGB sowie §§ 445, 447 II BGB (§ 475 III 2 BGB)
- Vorschussanspruch des Verbrauchers für Ein- und Ausbaurkosten bei Nacherfüllung (§ 475 IV BGB)
- Nacherfüllung muss innerhalb angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen (§ 475 V BGB)
- Bei Rücktritt oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 V BGB) trägt der Verkäufer die Kosten der Rückgabe der Ware (§ 346 I BGB); Kaufpreiserstattung schon ab Versandnachweis durchsetzbar (§ 475 VI BGB)

Gewährleistungsrecht teilweise zwingend (§ 476 BGB)

- § 476 I 1 BGB: Von den wesentlichen Gewährleistungsvorschriften kann nicht im Kaufvertrag abgewichen werden
 - Vertragliche Abweichung ist nur zulässig, nachdem der Käufer dem Verkäufer einen Mangel mitgeteilt hat (z.B. im Rahmen eines Vergleichs)
 - Ausnahme: Schadensersatzansprüche => hier gilt nur AGB-Recht (§ 476 III BGB)
- Formvorschrift für negative (subjektive) Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 476 I 2 BGB):
 - Verbraucher muss vor Abgabe seiner Vertragserklärung „eigens davon in Kenntnis gesetzt werden, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht)
 - Und muss die Abweichung im Vertrag „ausdrücklich und gesondert vereinbaren“
- Beschränkung von vertraglichen Verjährungsregelungen:
 - Verkürzung der Verjährung bei Neuware nur auf 2 Jahre möglich (betr. Fälle der 5-jährigen Verjährung bei Baustoffen etc.)
 - Bei Gebrauchsgütern Verkürzung auf 1 Jahr möglich
 - Auch hier: „eigens in Kenntnis setzen“ und „ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung“

Beweislastumkehr (§ 477 BGB)

- Ausgangsproblem: Mangel muss bei Gefahrübergang (=Übergabe) vorgelegen haben => im Nachhinein schwierig zu beweisen
 - Beweiserleichterung für Verbraucher-Käufer:
 - Zeigt sich eine Abweichung von §§ 434, 475b BGB innerhalb des ersten Jahres nach Gefahrübergang, wird vermutet, dass die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war (bei lebenden Tieren nur 6 Monate)
 - Verkäufer muss dann nachweisen, dass der Mangel erst nachträglich entstanden ist
 - Ausnahme: Vermutung ist „mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar“ (z.B. gekaufte Semmeln nach 5 Monaten vertrocknet)
 - Problem: Nach Gefahrübergang tritt aus ungeklärter Ursache ein Defekt auf => Begründet § 477 BGB dann die Vermutung, dass der Defekt auf einem Grundmangel beruhte, der bei GefÜ bestand?
 - z.B.: Auto gerät 4 Monate nach Lieferung aus ungeklärter Ursache in Brand
 - BGH NJW 2004, 2299: Nein; Vermutung bezieht sich nur auf den konkreten Mangel
 - EuGH NJW 2015, 2237 (Faber) und jetzt auch BGH NJW 2017, 1093 sowie Regierungsbegründung zu § 477 BGB n.F.: Vermutung erstreckt sich auf das Vorliegen eines Grundmangels bei späterem Defekt aus ungeklärter Ursache, Arg. Wortlaut „abweichender Zustand“ vs. „mangelhaft“ + teleologische Auslegung
- Zur Wiederholung: ILIAS: Fall K11 = BGH VIII ZR 49/19

Lieferantenregress (§§ 445a, 478 BGB): Grundlagen

- Ausgangsproblem: Verbraucher als Endkunden haben „starke“ Rechte gegen ihren Verkäufer („Letztverkäufer“)
- Dieser hat u.U. keine gleich starken Rechte gegen seinen Lieferanten => er läuft Gefahr, auf den Mängelkosten sitzen zu bleiben und diese nicht in der Lieferkette bis zum Hersteller weiterreichen zu können
- Das kann faktisch auf den Verbraucher zurückfallen, indem der Letztverkäufer die Gewährleistung (rechtswidrig) verweigert
- Lösung für das allgemeine Kaufrecht: § 445a BGB => Regressanspruch des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten
- Verstärkung des Regressanspruchs durch § 478 BGB, wenn Endkunde Verbraucher ist

Lieferantenregress (§§ 445a, 478 BGB): Details

- Selbständiger Regress, § 445a BGB
 - Eigenständiger Anspruch des Verkäufers gegen seinen Lieferanten auf Ersatz seiner Aufwendungen zur Mängelbeseitigung (§ 445a I BGB)
 - Schließt Ein- und Ausbaurkosten, die der Verkäufer seinem Abnehmer ersetzen musste, mit ein! (§ 439 III BGB)
 - Neben Schadensersatzanspruch (§§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB), aber verschuldensunabhängig!
 - Regressansprüche bestehen in der gesamten Vertragskette (§ 445a III BGB)
 - § 377 HGB bleibt dennoch unberührt
- Unselbständiger Regress, §§ 445a, 478 BGB
 - Modifikation der gesetzlichen Gewährleistungsrechte gegen den Lieferanten:
 - Fristsetzung für Rücktritt, Minderung & Schadensersatz entbehrlich (§ 445a II BGB)
 - Wenn Endkunde Verbraucher ist, zudem:
 - Anwendung der Beweislastumkehr des § 477 BGB (§ 478 I BGB)
 - „Relativ“ zwingender Charakter des Regresses (§ 478 II BGB)

Überblick: Unternehmenskauf

- Kauf eines Unternehmens ist etwas anderes als der Kauf des Unternehmensvermögens
 - Unternehmen ist „lebender Organismus“, mit MitarbeiterInnen, Know-How, Kunden- und Lieferantenbeziehungen, Ruf („goodwill“) etc. – und dem Unternehmensvermögen
- „Asset deal“ = Kauf des gesamten Unternehmens als sonstigen Kaufgegenstand (§ 453 BGB)
 - „Sachmängel“haftung für Beschaffenheit „des Unternehmens“ => z.B. bei Überschuldung oder falscher Bilanz zum Übergabestichtag, gravierende (!) Mängel des Unternehmensvermögens (z.B. fehlende Lizenzen für zentrale Produkte)
 - Haftung aus c.i.c. für vorvertragliche Angaben, die keine Beschaffenheitsmerkmale betreffen (z.B. zukünftige Erträge)
- „Share deal“ = Kauf von Anteilen der unternehmenstragenden Gesellschaft (z.B. GmbH) als Rechtskauf (§ 453 BGB)
 - Haftung nach §§ 437 ff. BGB nur für den rechtlichen Bestand der Anteile, nicht für die Beschaffenheit des Unternehmens selbst
 - Insoweit nur c.i.c. und § 313 BGB
 - Ausnahme: Kauf von über 90% der Anteile => Dann Behandlung wie Asset deal

Überblick: Rechtskauf (§ 453 BGB)

- Geschuldeter Kaufgegenstand: Recht
 - Z.B. Forderung, Gesellschaftsanteil, Lizenz, ...
- Geschuldet ist nur die Verität des Rechts, nicht die Bonität des Schuldners!
 - Keine Sachmängelhaftung, weil keine Sachmängel eines Rechts denkbar
 - Keine Haftung, wenn der Schuldner der gekauften Forderung nicht zahlt (=> zusätzliche Garantievereinbarung nötig)
 - Keine Haftung, wenn die Gesellschaft, an der ein Anteil gekauft wurde, mehr Schulden hat als gedacht (=> Zusätzliche Garantievereinbarungen, c.i.c. oder ggfs. § 313 BGB)
 - Haftung nur, wenn das Recht selbst nicht in der vertraglich vereinbarten Form besteht (= Rechtsmangel, § 435 BGB)
 - Rechtsfolgen dann ebenfalls §§ 437 ff. BGB

Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b, c BGB)

- § 327a BGB: „Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen könnten“
 - Beispiele: Smartphones; Smartwatch mit Cloud-Anbindung; Kfz mit Navigationssystem; PC mit Betriebssystem; Webcam mit Cloudservice; Smart-TV mit Netflix-Abo (?)
- (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht gilt für den gesamten Vertrag, soweit die digitalen Elemente vom Verkäufer mit geschuldet sind (§ 475b BGB)
 - Auch, wenn die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen von einem Dritten bereitgestellt werden (z.B. Samsung Smartphone mit Google Android-Betriebssystem und Basis-Apps für Kalender etc.)
 - Auch, wenn die digitalen Inhalte bzw. Dienstleistungen auf einem anderen Gerät als der Kaufsache laufen (z.B. begleitende Handy-App zu einer verkauften Smartwatch)
 - => Haftung des Verkäufers für die digitale Leistung des Dritten nach Gewährleistungsrecht
 - => §§ 327 ff. BGB sind auf die verbundenen digitalen Leistungen nicht anwendbar
- Soweit aber über das Gerät (weitere) Verträge über digitale Inhalte bzw. Dienstleistungen mit Dritten geschlossen werden, gelten für diese die §§ 327 ff. BGB
 - Haftung des Anbieters der digitalen Inhalte bzw. Dienstleistungen (nicht des Verkäufers)
- Im Zweifel Kaufrecht (§§ 327a III 2, 475b I 2 BGB), aber: inhaltlich i.W. wie §§ 327 ff. BGB

Insbesondere: Aktualisierungspflicht (§§ 327f, 475b II, IV BGB)

- Verkäufer schuldet während des „maßgeblichen Zeitraums“ Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind
 - Funktionsupdates und Sicherheitsupdates, aber keine Produktverbesserungen
 - Auch zur Sicherung der Kompatibilität, z.B. mit neuen Betriebssystemversionen
- Maßgeblicher Zeitraum:
 - „Mietmodell“: Gesamte Vertragsdauer (§§ 327f I 3 Nr. 1, 475c II BGB)
 - „Kaufmodell“: „der Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“ (§§ 327f I 3 Nr. 2, 475b IV Nr. 2 BGB)
- Spielt der Verbraucher eine Aktualisierung nicht ein, verliert er insoweit seine Gewährleistungsrechte (§§ 327f II, 475b V BGB)
- Gilt entsprechend beim Verbrauchsgüterkauf von „Waren mit digitalen Elementen“ (§ 475b III Nr. 2, IV Nr. 2 BGB)
- Problem: Wie soll der Verkäufer/Händler Updates einspielen? => § 275 I BGB!

Lücken der Aktualisierungspflichten

- Digitalen Produkten liegen sehr häufig mehrpolige Rechtsverhältnisse zugrunde
 - Hardwarehersteller, Betriebssystemhersteller, Anwendungshersteller, Cloudbetreiber, Händler, ...
- §§ 327 ff. BGB ebenso wie §§ 475b ff. regeln nur das Verhältnis zwischen Verbrauchern und ihren unmittelbaren Vertragspartnern
 - Z.B. Hardwareverkäufer bei Waren mit digitalen Elementen
 - Z.B. Software-Vertrieb bei Kauf einer Office-Lizenz
- Rechtsverhältnis zu anderen Anbietern bleibt ungeregelt
 - Softwareanbieter für „smarte Produkte“ mit Cloud-Anbindung sind nicht umfasst
 - Auch nicht Softwarehersteller, wenn Vertrieb über Dritte erfolgt
- Problem Rechtsfolgen:
 - Nacherfüllungsanspruch und Aktualisierungspflichten gehen faktisch ins Leere (subjektive Unmöglichkeit, § 275 I BGB)
 - Rücktritt gibt Verbraucher häufig Steine statt Brot (i.W. als Drohkulisse interessant); Minderung bei Kaufmodell?
 - Haftung für Mangelfolgeschäden bei fehlenden Sicherheitsaktualisierungen => Vertretenmüssen?

Verträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB)

- Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen
- Inkrafttreten: 1.1.2022
 - Anwendbar auf Verträge über digitale Produkte, die ab dem 1.1.2022 geschlossen werden (Art. 229 § 57 EGBGB)
 - Sowie auf ältere Verträge, wenn die Bereitstellung der digitalen Produkte ab dem 1.1.2022 erfolgt (z.B. laufende Streaming-Abos oder Cloud-Abos ab 1.1.2022)
- Grundgedanken:
 - Besonderes Gewährleistungsrecht (und z.T. allgemeines Leistungsstörungsrecht) für alle Verträge, die digitale Produkte (=digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen) zum Gegenstand haben
 - Unabhängig vom Vertragstyp => verdrängt Gewährleistungsrechte der jeweiligen Vertragstypen (Mietvertrag, Pachtvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag, Kaufvertrag, ...)
 - Zwei Grundtypen des Gewährleistungsrechts: „Kaufmodell“ (einmalige Bereitstellung) und „Mietmodell“ (dauernde Bereitstellung) (implizit)
- Sonderregeln gelten nur im B2C-Verhältnis!

Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

- **Persönlich:** Verbraucherverträge (§ 327 I BGB i.V.m. § 310 III BGB)
- **Sachlich:** Verträge, „welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben“ (§ 327 I, II BGB)
 - Digitale Produkte: Daten, Programme, ebooks, Serverdienste (Streaming, Cloudspeicher, ...), ...
 - Auch anwendbar auf Verträge, „bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet“ (§ 327 III BGB)
 - (soweit die Daten nicht ausschließlich verarbeitet werden, um die Leistungspflicht zu erfüllen oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, § 312 Ia 2 BGB)
 - Auch „digitale Teile“ von Paketverträgen (z.B. Smart TV mit Netflix-Abo) und von „analogen“ Sachen mit nicht-essenziellen digitalen Produkten (z.B. Auto mit zusätzlichem digitalem Navigationssystem) § 327a I, II BGB
- Verdrängt Gewährleistungsrecht der „eigentlichen“ Vertragstypen im Hinblick auf digitale Produkte (§§ 453 I 2, 475a, 578b, 516a, 620 IV, 650 II-IV BGB)

Wesentliche Regelungen der §§ 327 ff. BGB

- **Erfüllungsanspruch des Verbrauchers:** § 327b BGB
 - Geschuldet ist die „Zugänglichmachung“ des digitalen Produkts, nicht die fertige Installation beim Verbraucher
 - Rechtsbehelfe bei fehlender Bereitstellung: § 327c BGB (teilweise abweichend von §§ 281 ff., 323 ff. BGB)
- **Mangelbegriff:** §§ 327d-h BGB (ähnlich wie im neuen Kaufrecht)
- **Aktualisierungspflichten** (§ 327f BGB, wie bei § 475b II, IV BGB)
- **Mängelrechte:**
 - Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt, Schadensersatz (§§ 327i, I-p BGB)
 - Auch Schadensersatz neben der Leistung (Mangelfolgeschäden, §§ 327i Nr. 3, 280 BGB)
- **Verjährung der Gewährleistungsrechte:**
 - Zwei Jahre („Kaufmodell“) bzw. zwölf Monate nach Vertragsende („Mietmodell“) (§ 327j BGB)
 - Vier Monate Ablaufhemmung nach erstmaligem Auftreten des Mangels (wie Verbrauchsgüterkauf)
- **Kündigungsrecht des Unternehmers bei Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung gem. Art. 7 IV DSGVO** (§ 327q II BGB)
- **Beschränktes Änderungsrecht des Unternehmers** (§ 327r BGB)

Mangelbegriff (§§ 327d-327h BGB)

- Kombiniert subjektiv-objektiver Mangelbegriff wie im neuen Verbrauchsgüterkaufrecht (§ 327d BGB)
- Geschuldete Beschaffenheit umfasst auch Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit
- Den Montagemängeln im Kaufrecht entsprechen hier „Integrationsmängel“ (§ 327e IV BGB)
- Objektive Anforderungen sind quasi zwingend, Abweichungen wie beim Verbrauchsgüterkauf erschwert (§ 327h BGB)
- Zeitlicher Bezugspunkt der Mangelfreiheit:
 - Bereitstellung beim „Kaufmodell“ (§ 327e I 2 BGB)
 - Gesamte Vertragsdauer beim „Mietmodell“ (§ 327e I 3 BGB)
- Aktualisierungspflichten wie im Kaufrecht (§ 475b IV BGB)

Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB): Grundlagen

- Inhalt des Werkvertrages: Herstellung eines Werkes/Herbeiführung eines Erfolges gegen Entgelt
- Bezeichnung der Parteien: Besteller und Unternehmer
- Hauptpflichten:
 - Unternehmer: Herstellung des Werks (=Herbeiführung eines Erfolges)
 - Besteller: Bezahlung des Werklohns
 - Entweder Pauschalpreis oder Bezahlung nach Aufwand (Arbeit + Material) oder Kombination
 - Fälligkeit erst mit Abnahme des Werkes (§ 641 BGB) => Vorleistungspflicht des Unternehmers
- Beispiele für Werkverträge:
 - Bau eines Hauses (Privates Baurecht ist Werkvertragsrecht!), s. ergänzend §§ 650a ff. BGB
 - Reparatur eines Autos, einer Uhr
 - Beförderung von Personen oder Waren
 - Anfertigung eines Gutachtens

Werkvertrag: Abgrenzung

- Dienstvertrag: Kein Erfolg, sondern nur Tätigkeit geschuldet
 - Lehrer, Arzt, Rechtsanwalt: i.d.R. Dienstvertrag, außer evtl. bei konkretem Gutachtenauftrag oder Auftrag zu konkretem Vertragsentwurf
 - Aber: Architektenvertrag ist i.d.R. Werkvertrag, auch hinsichtlich Planung und Bauüberwachung (!) (Erfolg = Plan bzw. fertiges Haus)
- Kaufvertrag:
 - Kaufvertrag mit Montagepflicht
 - Beispiel: Lieferung und Montage einer Waschmaschine
 - Es gilt ausschließlich Kaufrecht (arg. § 434 IV BGB⁵⁷)
 - Vertrag über Herstellung und Übereignung einer beweglichen Sache: ⁵⁸Werklieferungsvertrag
 - Es gilt im Wesentlichen Kaufrecht (§ 650 BGB)
 - Vertrag über ein vom Verkäufer zu bebauendes Grundstück: Bauträgervertrag
 - Mischung aus Kauf-, Werk- und Geschäftsbesorgungselementen
 - Werkvertrag mit Übereignung von Ersatzteilen
 - Es gilt reines Werkvertragsrecht

Werkvertrag: Gewährleistung

- Ausgangspunkt: Pflicht zur mangelfreien Herstellung des Werkes (§ 633 I BGB)
- Mangel = Sach- und Rechtsmangel
 - Sachmangelbegriff wie im Kaufrecht (§ 633 II ≈ 434 BGB)
 - Rechtsmangel: Werk verletzt Rechte Dritter (z.B. erstellte Website verletzt fremde Urheberrechte)
- Mangel muss bei Abnahme vorgelegen haben
 - Abnahme = Körperliche Entgegennahme + Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß
 - Vorher besteht allgemeiner Herstellungsanspruch aus § 631 I BGB
 - Unternehmer trägt Herstellungsrisiko bis zur Abnahme, muss als ggf. neu herstellen
 - Es gilt bis dahin allgemeines Leistungsstörungenrecht statt Gewährleistungsrecht
 - Beweislast für mangelfreie Herstellung trägt bis dahin der Unternehmer
- Ausschluss der Gewährleistung nach § 640 III BGB
 - Fehlender Vorbehalt für erkennbare Mängel bei Abnahme
 - Betrifft nur Nacherfüllung, Minderung und Rücktritt, nicht Schadensersatz

Werkvertrag: Gewährleistungsrechte I

- Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB):
 1. Wirksamer Werkvertrag
 2. Sachmangel
 3. Bei Abnahme
 4. Kein Gewährleistungsausschluss
 5. Keine Verjährung
 - Wahlrecht des Unternehmers (nicht des Bestellers) zwischen Nachbesserung und Neuherstellung
 - Bei Pauschalpreis ist Nacherfüllung kostenlos
 - Bei Vergütung nach Arbeits- und Materialkosten hat Besteller die „Sowieso-Kosten“ zu tragen, d.h. die Kosten, die angefallen wären, wenn das Werk von Anfang an mangelfrei hergestellt worden wäre (z.B. Mehrpreis für das richtige Material, wenn der Mangel in der Verwendung zu billiger Materialien bestand)
- Zurückbehaltungsrecht/Mängelerrede wegen des Nacherfüllungsanspruches (§§ 320, 641 III BGB):
 - Druckzuschlag => doppelte Beseitigungskosten

Werkvertrag: Gewährleistungsrechte II

- Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB):
 - Fristsetzung nötig, aber kein Vertretenmüssen
 - Umfang: Kosten der geschuldeten Nacherfüllung
 - Selbstvornahmekosten sind eigentlich auch Teil des Schadensersatzes statt der Leistung
 - Vorteil: Vorschussanspruch gem. § 637 III BGB => Abrechnungspflichtiger Vorschuss, ggfs. Rückerstattung
- Rücktrittsrecht (§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 BGB):
 1. Wirksamer Werkvertrag
 2. Sachmangel bei Abnahme
 3. Erfolgreiche Fristsetzung zur Nacherfüllung (wie im Kaufrecht)
 - Entbehrlichkeit nach § 323 II BGB
 - Entbehrlichkeit nach § 636 BGB (entspricht § 440 BGB)
 - Entbehrlichkeit nach § 326 V 2 BGB (unbehebbarer Mängel)
 4. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 V 2 BGB
 5. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)
- Minderung (§§ 634 Nr. 3, 636, 638 BGB):
 - Wie beim Rücktritt, außer § 323 V 2 BGB
 - Folge: Besteller behält mangelhaftes Werk, Werklohn wird proportional reduziert

Werkvertrag: Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB)

- Wie im Kaufrecht: Vertretenmüssen nötig
 - Bezugspunkt: Anfänglicher Mangel oder Nicht-Nacherfüllung (wie im Kaufrecht)
 - Aber Entlastung hinsichtlich fehlerhafter Herstellung nur schwer möglich (anders als im Kaufrecht)
- Wie im Kaufrecht: Differenzierung nach Schadenskategorien (§ 280 I-III BGB)
 - Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 I BGB): Verletzung des Integritätsinteresses, z.B. Körper- oder Sachschäden infolge des Mangels („Mangelfolgeschäden“)
 - Auch Schäden an Teilen der bearbeiteten Sache, die nicht Gegenstand des Werkvertrags waren (z.B. bei Reparatur, vgl. BGH NJW 2019, 1867)
 - Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (insbes. bei verzögerter Nacherfüllung)
 - Schadensersatz statt der Leistung:
 - Kosten der Nacherfüllung durch einen Dritten oder mangelbedingter Minderwert des Werkes („kleiner Schadensersatz“), ggf. unter Abzug von „Sowieso-Kosten“
 - ▶ Neue BGH-Rspr.: Mängelbeseitigungskosten können nicht fiktiv abgerechnet werden
 - Kosten einer Neuherstellung durch einen Dritten unter Rückgabe des mangelhaften Werkes (Schadensersatz statt der ganzen Leistung, § 281 I 3 BGB)

Zur Wiederholung: ILIAS: Fall W1 = BGH VI ZR 21/20; Fall W2 = BGH VII ZR 63/18; Fall W3 = BGH VII ZR 285/17

Werkvertrag: Kündigung

- Werkvertrag hat *auch* Dauercharakter => Kündigung möglich
- Kündigung durch den Besteller
 - Allgemeines Kündigungsrecht, § 648 BGB
 - Jederzeit ohne Grund möglich
 - Aber: Besteller schuldet vollen Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen (=> Unternehmer erhält vollständigen Vertragsgewinn; Vermutung auf 5%)
 - Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, § 648a BGB => Nur Vergütung für den erbrachten Teil geschuldet (§ 648a V BGB) (verdrängt § 314 BGB)
- Kündigung durch den Unternehmer
 - Bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers, § 643 BGB
 - Nur nach Fristsetzung
 - Besteller schuldet Verzugsentschädigung (§ 642 BGB) + Teilvergütung für die erbrachte Teilleistung (§ 645 I 2 BGB), evtl. Schadensersatz (§ 645 II BGB)
 - Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB)

Werkvertrag: Kostenvoranschlag (§ 649 BGB)

- Bei Werkvertrag zu variabler Vergütung dient der Kostenvoranschlag (BGB: „Kostenanschlag“) der Prognose der zu erwartenden Vergütung
- Der Kostenvoranschlag ist *kein* Angebot i.S.v. § 145 BGB!
 - Ein Kostenvoranschlag und kein Angebot liegt vor, wenn der Endpreis nach Aufwand noch festgelegt werden soll => Unverbindlicher Voranschlag!
 - Dagegen Angebot i.S.v. § 145 BGB, wenn der Endpreis fix ist (Pauschalpreis)
 - Vertragliche Einigung betrifft bei § 649 BGB das herzustellende Werk und die Modalitäten der Vergütungsberechnung (z.B. Stundensätze, Materialkosten), nicht die letztlich Höhe der Vergütung selbst
- Bei Abweichungen vom Kostenvoranschlag:
 - Kündigungsrecht des Bestellers, § 648 BGB; Teilvergütungsanspruch des Unternehmers gem. §§ 645 I 1, 649 I BGB
 - Anzeigepflicht des Unternehmers nach § 649 II BGB => ggf. Haftung nach § 280 I BGB (Rechtsfolge: Besteller ist ggf. so zu stellen, als hätte er rechtzeitig gem. §§ 648, 649 I, 645 BGB gekündigt)
 - Nie: Beschränkung der Vergütung auf den Kostenvoranschlag!!!

Werkvertrag: Abnahme (§ 640 BGB)

- Inhalt der Abnahme:
 - Körperliche Entgegennahme des Werkes und Billigung als „im Wesentlichen vertragsgemäß“
 - Bei unkörperlichen Werken ist die Abnahme z.T. nach der Verkehrssitte ausgeschlossen => Vollendung statt Abnahme (§ 646 BGB)
- Folgen der Abnahme:
 - Konkretisierung der Werkleistung => Nur noch Nacherfüllungsanspruch statt Herstellungsanspruch
 - Generell: Ab Abnahme gilt Gewährleistungsrecht (§ 634 BGB) statt allgemeinem Leistungsstörungenrecht
 - Fälligkeit des Werklohnanspruches => Ab jetzt gilt § 320 BGB
 - Ausschluss von Gewährleistungsrechten wegen bekannter Mängel (§ 640 III BGB)
 - Beginn der Verjährung der Gewährleistungsrechte (§ 634a II BGB)
- Anspruch auf Abnahme:
 - Abnahme eines abnahmereifen (= ohne wesentliche Mängel fertiggestellten) Werkes ist Pflicht des Bestellers (§ 640 I BGB)
 - Abnahmefiktion, wenn der Besteller nach vom Unternehmer gesetzter Frist die Abnahme nicht unter Angabe eines Mangels verweigert hat (§ 640 II BGB)

Zur Wiederholung: ILIAS: Fall W4 = BGH VII ZR 16/17

Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB)

- Unternehmer erbringt Vorleistung => Was, wenn Besteller nicht zahlt und das Werk nicht abholt?
- § 647 BGB gibt dem Unternehmer gesetzliches Pfandrecht => Sache ist dem Unternehmer verpfändet, dieser kann sie verwerten
- Funktioniert nur, wenn das Werk an einer beweglichen Sache vorzunehmen ist und die Sache dafür in den Besitz des Unternehmers gelangt
- Entstehungsvoraussetzungen:
 1. Wirksamer Werkvertrag
 2. Bewegliche Sache (sonst §§ 647a, 650e, 650f BGB)
 3. Eigentum des Bestellers an der Sache: Nach h.M. kein gutgläubiger Erwerb (Wortlaut § 1257 BGB)
 4. Besitzerlangung des Unternehmers an der Sache
 5. Gesicherte Forderung: Nur Werklohnanspruch aus dem konkreten Vertrag
 6. Pfandrecht erlischt durch Rückgabe (§§ 1253, 1257 BGB)
- Rechtsfolgen:
 - Pfandrecht nach den §§ 1204 ff. BGB
 - Unternehmer darf die Sache versteigern lassen und vom Erlös seinen Werklohn einbehalten (§§ 1228, 1235 BGB)

Werklieferungsvertrag (§ 650 I BGB)⁶⁰

- Vertrag über die Herstellung und Übereignung einer Sache
- Abgrenzung zum Werkvertrag:
 - Beim Werkvertrag ist keine Übereignung des Werkes geschuldet; der „Stoff“ kommt gewöhnlich vom Besteller, nicht vom Unternehmer
 - Werklieferungsvertrag kann nur über bewegliche Sachen gehen; Bauwerke und unkörperliche Werke unterliegen immer Werkvertragsrecht
- Abgrenzung zum Kaufvertrag:
 - Beim Kaufvertrag ist Herstellung keine Hauptpflicht, selbst bei Montageverpflichtung => Schwerpunkt der Leistungspflicht
- Folgen:
 - Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen: Reines Kaufrecht anwendbar (§ 650 I S. 1 BGB)⁶¹
 - Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen: Grundsätzlich Kaufrecht, aber einzelne werkvertragliche Vorschriften anwendbar (§ 650 I S. 3 BGB)⁶²

Zur Wiederholung: ILIAS: Fall W5 = BGH VII ZR 243/17

Überblick: Bauverträge

- Bauverträge sind Werkverträge => Die §§ 631 ff. BGB sind anwendbar
- Zusätzlich Sondervorschriften:
 - Bauvertrag, §§ 650a-650h BGB
 - Gegenstand: Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon (§ 650a I 1 BGB)
 - Sondervorschriften wegen langer Dauer und hohen finanziellen Risiken beim Bauvertrag: Änderungsmöglichkeit (§§ 650b ff. BGB); Sicherungsrechte des Unternehmers (§§ 650e f. BGB); Schriftform der Kündigung
 - Verbraucherbauvertrag, §§ 650i-650n BGB
 - Bauvertrag mit Verbraucherbeteiligung (§ 650i BGB)
 - Sondervorschriften zum Verbraucherschutz: Informationspflichten (§ 650j f. BGB); Widerrufsrecht (§ 650l BGB); Verbraucherschutz bei Abschlagszahlungen (§ 650m BGB); Schutz durch Pflicht zur Bereitstellung von Unterlagen (§ 650n BGB)

Reisevertrag (§§ 651a ff. BGB): Grundlagen ⁶³

- Hintergrund: Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302 (früher RL 90/314/EWG)
- Anwendungsbereich:
 - Pauschalreisen, d.h. mind. 2 Reiseleistungen (z.B. Transport + Unterkunft) zum gemeinsamen Preis
 - Rspr.: Entsprechend auf einzelne Unterkunft
- Konstruktion: Reiseveranstalter ist zur Erbringung der Reiseleistungen selbst verpflichtet
 - => Leistungserbringer (Airline, Hotel, ...) sind Erfüllungsgehilfen des Veranstalters i.S.v. § 278 BGB
 - => Vertrag zwischen Veranstalter und Leistungserbringer ist Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB
 - => Eigenes Forderungsrecht des Kunden gegen den Leistungserbringer
 - => § 334 BGB ist konkludent abbedungen => Erbringer kann keine Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Veranstalter erheben
 - (=> Leistungserbringer tragen das Insolvenzrisiko des Veranstalters)

Reisevertrag (§§ 651a ff. BGB): Gewährleistung

1. Reisemangel: Jede Abweichung von der Sollbeschaffenheit, die nicht in der Person des Reisenden (z.B. Krankheit, Visummangel) oder im allgemeinen Lebensrisiko (schlechtes Wetter!) begründet ist
2. Rechtsfolgen:
 - a) Abhilfe (§ 651c II BGB)
 - b) Erstattung der Abhilfekosten nach Fristsetzung (§ 651c III BGB)
 - c) Minderung (§ 651d BGB): ipso iure, keine Minderungserklärung nötig => Anspruch auf Erstattung des zuviel bezahlten Betrags aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB
 - d) Kündigung (§ 651e BGB): Erst nach Fristsetzung zur Abhilfe
 - e) Bei Verschulden: Schadensersatz (§ 651f BGB), auch immaterieller Schaden für entgangene Urlaubsfreude
3. Einmonatige Ausschlussfrist, § 651g I BGB => Mängelanzeige nötig!
4. Verjährung: 2 Jahre, § 651g II BGB

Zur Wiederholung: ILIAS: Fall P1 = OLG Hamm 22 U 33 21

Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB)

- Dienstvertrag = Verpflichtung zur Arbeitsleistung gegen Entgelt
- Schwerpunkt des Dienstvertragsrechts = Arbeitsrecht => Nicht Stoff dieser Vorlesung
- Beispiele für „reine“ Dienstverträge (ohne Arbeitsrecht):
 - Behandlungsvertrag mit Arzt (Spezialgebiet Arzthaftung)
 - Beratungsverträge mit Rechtsanwälten, Steuerberatern etc. (Überlagerung mit Standesrecht)
 - Nachhilfeunterricht
 - Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Dienstvertrag: Abgrenzung

- Zum Arbeitsverhältnis:
 - Auch Arbeitsverhältnis ist Dienstvertrag; es gelten aber zusätzlich arbeitsrechtliche Besonderheiten
 - Entscheidend: Persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers (Umkehrschluss zu § 84 I 2 HGB)
- Zum Werkvertrag (§ 631 BGB):
 - Erzielung eines Erfolgs oder nur sorgfältige Tätigkeit geschuldet?
 - Entscheidend: Übernimmt der Schuldner das Erfolgsrisiko?
- Zum Auftrag (§ 662 BGB):
 - Entscheidend: Entgeltlich oder Unentgeltlich?
- Zum Geschäftsbesorgungs(dienst)vertrag (§ 675 I BGB):
 - „Geschäftsbesorgung“, d.h. Wahrnehmung fremder wirtschaftlicher Interessen als Gegenstand des Dienstvertrages?
- Spezielle Dienstverträge:
 - Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff. BGB), Kommission (§§ 383 ff. HGB), Frachtvertrag (§§ 407 ff. HGB), Lagergeschäft (§§ 467 ff. HGB)

Dienstvertrag: Hauptpflichten

- Dienstleistungspflicht:
 - I.d.R. Konkretisierung durch Weisungen gem. § 315 BGB (Billigkeitskontrolle der Weisungen gem. § 315 III BGB)
 - Kein besonderes Leistungsstörungsrecht => Keine Minderung (auch nicht über § 326 I 1 Hs. 2 BGB), kein Rücktritt, nur Schadensersatz (§ 280 I BGB i.V.m. § 611 BGB) und Kündigung (§§ 314, 620 ff. BGB)
 - Häufig absolute Fixschuld (Auslegung!) => Unmöglichkeit bei Verpassen des Leistungstermins (=> §§ 275, 283, 326 BGB; beachte aber vorrangige Gefahrtragsregeln in §§ 615, 616 BGB)
 - Nebenpflicht zum Schutz des Dienstverpflichteten aus § 618 BGB (statt § 241 II BGB)
- Entgeltspflicht:
 - § 612 I, II BGB: Entgelt im Zweifel vereinbart
 - Bei fehlender Vereinbarung über die Höhe: Taxmäßige bzw. übliche Vergütung (z.B. HOAI, Gebührenordnung für Ärzte/Zahnärzte, RVG, ...)
 - Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten (§ 614 BGB)

Dienstvertrag: Beendigung

- Dienstvertrag ist echtes Dauerschuldverhältnis
- Beendigung durch:
 - Erfüllung (§ 362 I BGB), wenn einmalige Tätigkeit geschuldet
 - Zeitablauf (§ 620 BGB) bei befristeten Verträgen
 - Im Arbeitsrecht: TzBfG, insbes. § 14 IV TzBfG)
 - Kündigung (§§ 621 ff. BGB):
 - Ordentliche fristgemäße Kündigung (§§ 621, 624 BGB)
 - Außerordentliche fristlose Kündigung (§§ 626, 627 BGB)
 - ▶ z.B. bei schwerwiegender Pflichtverletzung
 - ▶ beachte 14tägige Ausschlussfrist gem. § 626 II BGB!
 - Im Arbeitsrecht: KSchG, insbes. §§ 1, 4 KSchG)

Auftrag (§§ 662 ff. BGB): Merkposten

- *Unentgeltlicher* Dienst- oder Werkvertrag
- Abgrenzung zur reinen Gefälligkeit (=> Rechtsbindungswille)
- Beispiele:
 - Auftrag an einen Freund, auf einer Auktion ein Gemälde anonym zu ersteigern
 - Übergabe eines großen Geldbetrages zur Weiterleitung an einen Dritten
- Anwendungsbereich der §§ 667, 670 BGB aber auch:
 - Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB)
 - Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 I BGB)
- Wesentliche Pflichten der Parteien:
 - Herausgabe des Erlangten (§ 667 BGB)
 - Vorschüsse etc. des Auftraggebers + von Dritten Erlangtes
 - Aufwendungsersatz (§ 670 BGB)
 - Ersatz aller freiwilligen Vermögensopfer, die im fremden Interesse erbracht wurden (z.B. Auslagen des Beauftragten, aber kein Honorar!)
 - H.M.: Ersatz „risikotypischer Begleitschäden“

Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 I BGB)

- Sonderform von Dienst- oder Werkvertrag
- Gegenstand: „Geschäftsbesorgung“ i.S.v. § 675 I BGB
 - Anders als bei §§ 662, 677 BGB nicht jede beliebige Tätigkeit
 - Nur selbständige Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen
- Beispiele: Treuhand, Rechtsanwaltsvertrag (z.B. Klauselgestaltung, Beratung, Verwaltung von Fremdgeldern)
- Mit oder ohne Erfolgspflicht möglich (Geschäftsbesorgungs-Werk- oder Dienstvertrag)
- Folge: Entsprechende Anwendung des Auftragsrechts *neben* den §§ 611 ff. bzw. §§ 631 ff. BGB:
 - § 667 BGB für Herausgabepflicht
 - § 670 BGB für Aufwendungsersatz, soweit nicht durch das Entgelt mit abgegolten