

»Mehr Bier fürs Geld«

Priv.-Doz. Dr. Günter Reiner, Konstanz

Thematik:	Vertragliches und außervertragliches Schuldrecht (Pacht-, Werk- und Kaufvertrag)
Schwierigkeitsgrad:	Gehoben
Bearbeitungszeit:	2 Stunden
Hilfsmittel:	BGB, Stand: 1. 1. 2002

Sachverhalt

Die Brauerei B ist Eigentümerin einer komplett eingerichteten Kneipe am Kölner Barbarossaplatz. Sie verpachtet dieses Lokal per schriftlichem »Pacht- und Bezugsvertrag« vom 1. 1. 2002 an den P. Als Beginn des Pachtverhältnisses wird der 1. 2. 2002, als Ende der 31. 12. 2022 festgelegt. In § 3 des Vertrags verpflichtet sich P, die in der Kneipe »zum Ausschank bzw Verkauf gelangenden Biere ausschließlich und direkt« von B zu beziehen. Die monatliche Pacht beträgt 2 000 EUR. Dieser Betrag entspricht der objektiv angemessenen Pacht unter Berücksichtigung der Ertragsfähigkeit des Lokals und der Getränkebezugsverpflichtung. § 5 des Vertrags lautet wie folgt: »Das Pachtobjekt wird in dem Zustand übergeben, in dem es sich befindet. Der Pächter erkennt diesen Zustand als vertragsgemäß an.«

Mitte Februar 2002 brechen unbekannte Rowdys nach Geschäftsschluss in die Kneipe ein und zerschlagen alle Gläser. Schon am darauf folgenden Tag stellt B dem P neue Biergläser als Ersatz zur Verfügung.

Noch bis Ende des Jahres 2002 betreibt P die Kneipe selbst. Dann entscheidet er sich dafür, das Lokal an seine Bekannte U unterzuverpachten. Der Pachtvertrag mit U beginnt am 2. 1. 2003 und hat zunächst eine Laufzeit von zwei Jahren. U verpflichtet sich, die Bierbezugsverpflichtung des P gegenüber B einzuhalten, und P beschränkt seine Schadensersatzhaftung als Unterverpächter – wie es im Vertrag heißt – »auf die Fälle des Vertretenmüssens«. Als Pacht werden 3 000 EUR vereinbart. P und U sind sich darüber einig, dass sie das Unterpachtverhältnis gegenüber B nicht offen legen wollen.

Im Frühjahr 2003 bemerkt P bei der Vorbereitung seiner Einkommensteuererklärung 2002, dass er im Durchschnitt pro Fass Bier nur 238 Glas Kölsch verkauft hat, obwohl man normalerweise aus einem Fass 250 Glas herausbekommt. Weitere Nachforschungen ergeben, dass bei den neuen Kölsch-Gläsern der 0,2-Liter-Eichstrich zu hoch, nämlich bei 0,21 Liter angesetzt war. Die Gäste bekamen bislang zu viel Bier für ihr Geld.

B hatte die beanstandeten Gläser von Glashersteller H bezogen, mit dem er in längerer Geschäftsbeziehung steht. H ist zwar billig, war aber schon öfters unzuverlässig. Unter anderem hatte er B einmal vor Jahren Weizen-gläser mit zu tief sitzendem Eichstrich geliefert.

P setzte während seiner Zeit als Kneipenwirt insg 140 000 und U in der Folgezeit bislang 60 000 überdimensionierte Kölsch ab. Der Verkaufspreis pro Kölsch betrug einheitlich 1,20 EUR, der Bezugspreis 0,25 EUR (bitte die Umsatzsteuer außer Betracht lassen). Bei Stammgast Y, der seit der Eröffnung der Kneipe Anfang 2002 bis zum Wirtewechsel Anfang 2003 täglich fünf Kölsch konsumierte, beziffert P seine Mindereinnahmen auf 100 EUR. Inzwischen hat B die beanstandeten Gläser gegen Ersatzgläser ausgetauscht, die sie noch in ihrem Bestand hatte.

Welche Rechtsbehelfe stehen U, P, B und H untereinander sowie gegenüber Y in Zusammenhang mit den bisher verwendeten, fehlerhaft markierten Gläsern und dem dadurch verursachten Mehrausschank zur Verfügung?

Lösung**I. Rechtsbehelfe der U**

U schenkte wegen der fehlerhaften Eichstriche 600 (60 000 × 0,01) Liter Bier und damit 3 000 Kölsch zu viel aus.

1. U gegen P**a) Schadensersatz wegen Sachmangel**

U könnte gegen P nach §§ 581 II, 536 a I Fall 1, 536 BGB einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen des fehlerhaften Eichstrichs besitzen. Als zu ersetzender Schaden kommen die entgangenen Einnahmen (1,25 EUR × 3 000), mindestens aber die Unkosten (0,25 EUR × 3 000) für den Mehrausschank in Betracht.

Wirksamkeit des Pachtvertrags

aa) Der Pachtvertrag zwischen P und U könnte nach § 138 II BGB wegen überhöhter Pacht nichtig sein. Nach der Rspr sind Pachtverträge sittenwidrig, »wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten oder Ausnutzung der Unerfahrenheit des Partners uÄ« (BGHZ 141, 257, unter II. 2. B a, mwN). Bei gewerblichen Miet- und Nutzungsverhältnissen wird aus den objektiven Umständen auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen, wenn das vereinbarte das »verkehrsübliche« Nutzungsentgelt um ca 100 % übersteigt (ebda, unter II. 2. A a). Im vorliegenden Fall liegt die vereinbarte mit 3 000 EUR nur 50 % über der angemessenen Pacht (2 000 EUR). Sie ist damit zwar objektiv unangemessen, begründet aber noch keine Vermutung für eine sittenwidrige Verwerflichkeit.

Mangel

bb) Die Mängelhaftung erstreckt sich auf den gesamten Pachtgegenstand, also auch auf das mitverpachtete Inventar. Die fehlerhaften Eichstriche beeinträchtigen die Tauglichkeit der Gläser zum vertragsmäßigen Gebrauch und begründen daher einen Mangel des verpachteten Gegenstands (§§ 581 II, 536 I BGB).

Vertretenmüssen

cc) Ein Vertretenmüssen von Seiten des Verpächters ist grds nicht erforderlich, da der Mangel bereits bei Abschluss des Unterpachtvertrags vorhanden war (§ 536 a I Fall 1 BGB). Allerdings hat P seine Schadensersatzhaftung als Unterverpächter vertraglich »auf die Fälle des Vertretenmüssens« beschränkt. Zu prüfen ist also, ob P den fehlerhaften Eichstrich gegenüber U zu vertreten hat.

Eigenes Verschulden

P selbst handelte weder *vorsätzlich* noch *fahrlässig* (§ 276 I 1 Hs 1, II BGB). Anhaltspunkte für eine schärfere (oder mildere) Haftung iSd § 276 I 1 Hs 2 BGB bestehen nicht.

Erfüllungsgehilfin

P könnte aber für das Verhalten der B einzustehen haben, falls jene schuldhaft handelte und als Erfüllungsgehilfin (§ 278 S 1 BGB) des P im Verhältnis zu U zu qualifizieren ist.

B handelte *fahrlässig* (§ 276 II BGB). Bei einem Gläserhersteller, der den Eichstrich schon einmal zu tief setzte, ist damit zu rechnen, dass er den Strich auch einmal zu hoch ansetzt, zumal wenn er sich schon öfters als unzuverlässig herausgestellt hat. B hätte die Gläser somit vor der Weiterleitung an P prüfen müssen.

B war aber keine *Erfüllungsgehilfin* des P für dessen Vertragspflichten (§§ 581 II, 535 I 2 BGB) gegenüber U, weil B's Verschulden zu einem Zeit-

punkt stattfand, wo die vertraglichen Pflichten des P gegenüber U noch gar nicht bestanden. B wurde nicht etwa auf Grund einer entsprechenden Delegation durch P tätig, deren Folgen durch die Haftungserweiterung des § 278 kompensiert werden müssten.

Hinweis: Diese Frage kann auch anders entschieden werden (vgl. OLG Nürnberg VersR 1996, 900, unter 3.). Nur weit überdurchschnittliche Bearbeiter(innen) werden hier § 278 BGB überhaupt erkennen und problematisieren.

b) Rückzahlung eines Teils der Pacht

Minderung

U könnte gegen P wegen mangelbedingter Minderung einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung eines angemessenen Teils der bereits entrichteten Pacht haben (§ 812 I 1 Fall 1 iVm §§ 581 II, 536 I 2 BGB). Voraussetzung hierfür ist, dass U diesen Teil der Pacht »ohne rechtlichen Grund« bezahlt hat. An einem rechtlichen Grund könnte es fehlen, wenn U wegen eines Mangels des Pachtgegenstands nur eine herabgesetzte Pacht schuldete.

Das ist zu bejahen. Die falsch markierten Gläser stellen einen (Sach-) Mangel der Pachtsache dar, der bereits bei deren Überlassung vorhanden war (§§ 581 II, 536 I 1 Fall 1, I 2 BGB, oben unter a.). Dieser Mangel mindert die Tauglichkeit der Pachtsache in einer nicht »unerheblichen« Weise (§ 536 I 3 BGB), wie sich aus dem beachtlichen Schankverlust ergibt.

Der Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung eines Teils der Pacht ist begründet.

Hinweis: Ausführungen zur Berechnung der Höhe der Minderung sind hier nicht verlangt.

c) Sonstige Schadensersatzansprüche

Sonstige *vertragliche* Schadensersatzansprüche gem § 280 I BGB sind neben § 536 a I BGB nur bei Vertragsverletzungen möglich, die nicht die Beschaffenheit der Pachtsache betreffen. Sie setzen außerdem ebenfalls Vertretenmüssen von Seiten des P voraus (hierzu oben a cc).

Für *deliktische* Schadensersatzansprüche (§ 823 I BGB) der U unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung am Bier fehlt es wiederum am Verschulden des P. B ist auch nicht Verrichtungsgehilfin (§ 831 BGB) des P.

d) Kündigungsrecht

U könnte wegen des fehlerhaften Eichstrichs ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Unterpachtvertrags mit P gem §§ 581 II, 543 I, II Nr 1, III BGB zustehen.

Kein vertragsgemäßer Gebrauch

aa) P muss der U den vertragsgemäßen Gebrauch der unterverpachteten Kneipe »ganz oder zum Teil« vorenthalten haben (§ 543 II Nr 1 BGB). Mängel des Pachtobjekts sind eine Form des (teilweisen) Vorenthaltens (vgl §§ 543 IV, 536 b, 536 d BGB), soweit sie erheblich sind (zur Erheblichkeitsschwelle vgl § 541 I 2 BGB mit dem Merkmal der Zumutbarkeit; vgl auch § 542 II BGB aF). Die fehlerhaften Gläser stellen einen erheblichen Mangel der gepachteten Kneipe dar (oben b).

Fristsetzung

bb) Die außerordentliche Kündigung setzt nach § 543 III 1 BGB allerdings den ergebnislosen Ablauf einer dem Verpächter gesetzten angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung voraus. U hat P eine solche Frist bislang noch nicht gesetzt. Das wäre auch sinnlos, weil die Gläser inzwischen (durch B)

ausgetauscht wurden. Die Vertragsverletzung war auf der anderen Seite nicht so schwer, dass der U die Vertragsfortsetzung trotz der Mangelbeseitigung nicht mehr zugemutet werden könnte (§ 543 III 2 Nr 2 BGB).

U kann somit vorerst den Unterpachtvertrag nicht wegen der mangelhaften Gläser kündigen.

2. U gegen B

a) Vertragliche Ansprüche

Vertrag U – B

aa) Zwischen U und B besteht kein unmittelbares Vertragsverhältnis. Der Unterpachtvertrag ist gegenüber dem Hauptpachtvertrag rechtlich selbstständig. B ist auch nicht etwa in den Pacht- und Bezugsvertrag zwischen B und P eingetreten. Dass sich U gegenüber P verpflichtete, dessen Bierbezugsverpflichtung gegenüber B einzuhalten, lässt sich nicht als Vertragsübernahme deuten.

Es gibt ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass P isoliert seine *Rechte* als Pächter des B an U abgetreten hätte. Im Übrigen ist die Rechtsposition des Pächters wegen des höchstpersönlichen Charakters des Pachtvertrags ohne die Zustimmung des Verpächters gar nicht abtretbar (vgl § 399 BGB; Palandt-Weidenkaff BGB 62. Aufl, 2003, § 540, Rn 19, zum Mietvertrag).

Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

bb) U befindet sich als Unterpächterin ferner nicht im Schutzbereich des Pachtvertrags zwischen B und P. Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags ist nur dann vertretbar, wenn der Dritte *bestimmungsgemäß* mit der Leistung bzw dem Leistungsgegenstand in Berührung kommt (BGHZ 49, 350, unter II. 1., zum Mietvertrag). Von einer »bestimmungsgemäßen« Berührung der U mit dem Pachtobjekt kann man schon deshalb nicht ausgehen, weil die Unterverpachtung ungenehmigt (§§ 581 II, 540 I 2 BGB) war.

b) Deliktische Ansprüche

Verletzung eines absoluten Rechts

aa) In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch der U gegen B aus § 823 I BGB.

U hat ihr Eigentum an zu viel ausgeschenkt Bier verloren. Dieser Verlust (Eigentumsverletzung) war die kausale, wenn auch nur indirekte Folge eines Verhaltens (Unterlassens) der B, nämlich des Umstands, dass diese die von H gelieferten Gläser nicht kontrollierte bzw P nicht auf die Möglichkeit eines Fehlers hinwies.

Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird hier nicht indiziert, weil B das Eigentum der U nicht vorsätzlich und dabei nur indirekt verletzt hat. Rechts- bzw pflichtwidrig (sowie fahrlässig) iSd § 823 I BGB könnte B aber dann gehandelt haben, wenn sie eine allgemeine, auch gegenüber U bestehende Verkehrssicherungspflicht verletzt hat. An einer entsprechenden Sicherungspflicht fehlt es hier jedoch mangels Schutzbedürftigkeit des Verkehrs. Wer von einem Dritten in Verkehr gebrachte Gläser benutzt, darf nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass der Eichstrich an der richtigen Stelle angebracht ist.

Verrichtungsgehilfe

bb) Ein Schadensersatzanspruch der U gegen B nach § 831 BGB ist schon deshalb ausgeschlossen, weil H nicht Verrichtungsgehilfe der B war.

3. U gegen H

Vertragliche Ansprüche scheiden von vornherein aus, da zwischen U und H keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Ein *deliktischer* (Schadensersatz-)Anspruch der U gegen H aus § 823 I BGB wegen Eigentumsverlet-

Studenten

zung am Bier als (indirekte) Folge der von H zu verantwortenden Produktion der fehlerhaften Gläser kommt mangels (verletzter) Verkehrssicherungspflicht seitens des H ebenfalls nicht in Betracht. Das oben zu P Gesagte (oben 2. b bb) gilt hier entsprechend.

II. Rechtsbehelfe des P

1. P gegen Y

Wegen des zu viel ausgeschütteten Biers könnte P gegen seinen Stammgast Y einen auf Wertersatz gerichteten Bereicherungsanspruch aus Leistungskondition iHv 100 EUR besitzen (§§ 812 I 1 Fall 1, 818 II BGB).

Leistung

a) Leistung ist die bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Der Mehrausschank erfüllt diese Voraussetzung. Das Bewusstsein der Leistung scheidet nicht daran, dass P sich über die Menge des ausgeschenkten Biers getäuscht hat. Es reicht aus, dass er dem Y jeweils den gesamten Inhalt der (von ihm oder seinen Hilfspersonen) bis zum Eichstrich gefüllten Gläser zum Verzehr überlassen wollte (§ 929 S 1 BGB).

Ohne Rechtsgrund

b) Der Mehrausschank erfolgte ohne Rechtsgrund, wenn ihm keine entsprechende kaufvertragliche Verpflichtung zu Grunde lag. Das ist hier der Fall. Die schuldrechtlichen Kaufverträge über die Kölsch waren jeweils nur auf die Lieferung von 0,2 Liter gerichtet. Das abstrakt in Litern bezeichnete Flüssigkeitsvolumen und nicht etwa das konkrete Fassungsvermögen bestimmter Gläser ist in der Gastronomie üblicherweise die maßgebliche Art zur Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Leistungsmenge (vgl. Getränkearten).

Hinweis: Diesen Punkt könnte man auch anders entscheiden. Dann sollte man konsequenterweise zusätzlich prüfen, ob P seine auf den Abschluss der Kaufverträge gerichteten Willenserklärungen teilweise, nämlich hinsichtlich des Mehrausschanks nach § 119 I Fall 1 BGB (Inhaltsirrtum) anfechten kann.

Unmöglichkeit der Herausgabe

c) Die Herausgabe des Biers ist nicht mehr möglich, da es Y getrunken und verdaut hat. Insofern kommt ein Anspruch auf Wertersatz in Betracht (§ 818 II Fall 2 BGB), der sich grds nach dem Verkehrswert (hier: 100 EUR) berechnet (BGHZ 82, 299, unter II. 3. b bb).

Wegfall der Bereicherung

d) Die Verpflichtung zum Wertersatz könnte nach § 818 III BGB ausgeschlossen sein, wenn Y nicht mehr bereichert ist. Der physische Genuss, den Y durch das zusätzliche Bier erfahren hat, ist kein Vorteil, der sich (noch) in seinem Vermögen befinden würde. Eine vermögensmäßige Bereicherung in Gestalt *ersparter Aufwendungen* (hierzu BGHZ 55, 128, unter II. 3.) muss man nach der Sachlage ebenfalls ablehnen. Y trank während der gesamten Zeit, als P Wirt war, täglich fünf Kölsch. Die Auswechslung der ursprünglichen Gläser gegen die falsch markierten, voluminöseren Gläser wirkte sich mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht auf das Bestellverhalten des Y aus. Y hätte nicht mehr Kölsch bestellt (und bezahlt), wenn die gelieferten Biere nur 0,2 statt 0,21 Liter umfasst hätten.

Ein Bereicherungsanspruch des P gegen Y besteht folglich nicht.

2. P gegen B

a) Schadensersatz

P könnte gegen B einen vertraglichen Anspruch auf Ersatz des finanziellen Schadens besitzen, der ihm durch den Mehrausschank in seiner Zeit als

Wirt entstanden ist (§§ 581 II, 536 a I Fall 2 BGB) Voraussetzung hierfür ist zunächst ein wirksamer Vertrag zwischen P und B.

aa) Das Schriftformerfordernis der §§ 581 II, 578 II, I, 550 S 1, 126, 126 a BGB, dem der Pacht- und Bezugsvertrag wegen seiner festbestimmten, über ein Jahr hinaus gehenden Laufzeit unterliegt, ist gewahrt. Fehlende Schriftform führt außerdem nicht zur Nichtigkeit des Vertrags, sondern nur zum Abschluss auf unbestimmte Zeit und folglich zum Recht auf ordentliche Kündigung (§ 550 S 1 Hs 2, S 2, § 542 BGB).

Verbraucherschutzrechtliche Schriftform

bb) Ein weiteres, allerdings mit Nichtigkeit sanktioniertes Schriftformerfordernis für den Pacht- und Bezugsvertrag könnte sich aus §§ 505 I Nr 3, II, 126, 125 a, 125 S 1 BGB ergeben. Wegen seiner Bierbezugsverpflichtung fällt der Pacht- und Bezugsvertrag in den *sachlichen* Anwendungsbereich des § 505 I Nr 3 BGB (vgl. *OLG Koblenz NJW-RR 1998, 1525*). Ferner könnte diese Vorschrift auch *personell* auf den vorliegenden Vertrag anwendbar sein. B ist unstreitbar Unternehmerin iSd § 14 BGB und P ist möglicherweise Existenzgründer iSd § 507 BGB. Letztlich kann diese Frage hier aber offen bleiben, weil der Vertrag schriftlich abgeschlossen wurde und die Formanforderungen der §§ 505 II, 126 I BGB damit erfüllt sind. Die qualifizierte Form der §§ 492, 494 BGB gilt nicht für die Ratenlieferungsverträge des § 505 BGB.

Sittenwidrige Bezugspflicht

cc) Der Pacht- und Bezugsvertrag könnte wegen überlanger Dauer der Bezugsverpflichtung sittenwidrig sein (§ 138 I BGB). Die Rspr hält Bierbezugsverträge mit Ausschließlichkeitsklausel und Laufzeit von mehr als 15 Jahren regelmäßig für sittenwidrig (*BGH NJW 1992, 2145*, unter II. 1. a). Im vorliegenden Fall wurde der Vertrag auf über zwanzig Jahre abgeschlossen, so dass man von der Sittenwidrigkeit der Bezugsverpflichtung ausgehen muss. Die Nichtigkeit der Bezugverpflichtung dürfte die Wirksamkeit des Pachtverhältnisses mit erfassen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Brauerei die Kneipe auch ohne Bezugverpflichtung verpachtet hätte (§ 139 BGB). Allerdings führen überlange Laufzeiten nach der Rspr nicht zur Nichtigkeit der gesamten Bezugsvereinbarung. Vielmehr werden längere Laufzeiten analog § 139 BGB auf angemessene Laufzeiten reduziert (*BGH NJW-RR 1990, 816*, unter 2. b). Wo genau die Grenze einer angemessenen Laufzeit liegt, kann hier offen bleiben, da sich jedenfalls der Betrachtungszeitraum des Sachverhalts (weniger als anderthalb Jahre ab Vertragsschluss) noch nicht im sittenwidrigen Bereich befindet.

Mangel

dd) Der fehlerhafte Eichstrich ist ein Mangel iSd § 536 I 1 BGB (oben I. 1. b).

Vertretenmüssen

ee) Da der Mangel erst nach Vertragsschluss durch den Austausch der Gläser entstanden ist, haftet B nur, wenn sie den Mangel zu vertreten hat (§ 536 a I Fall 2 BGB). Nach § 276 I 1 BGB hat B Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Regelung in § 5 des Pacht- und Bezugsvertrags (»Das Pachtobjekt wird in dem Zustand übergeben, in dem es sich befindet . . .«) erfordert keine andere Einschätzung; sie bewirkt einen Haftungsausschluss nur für anfängliche Mängel. B handelte fahrlässig, da sie schon zuvor mit H schlechte Erfahrungen gemacht hatte (oben I. 1. a bb).

Schaden

ff) Der »Schadensersatz« (in Geld) nach § 536 a I BGB ist auf das positive Interesse gerichtet (vgl. noch § 536 a I BGB aF: »Schadensersatz wegen Nichterfüllung«). Der Schaden bemisst sich über einen Vergleich der aktuellen Situation des Pächters mit der Situation, die bestehen würde, wenn der Verpächter den Pachtgegenstand in einwandfreiem Zustand überlassen hätte (§ 249 BGB), und umfasst auch den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Verjährung

P hat 140 000 überdimensionierte Kölsch abgesetzt. Dabei schenkte er pro Glas 0,01 Liter und insg 1 400 Liter (= 7 000 Kölsch) zu viel aus. Als Grundlage für die Schadensberechnung kommen der Einkaufs- oder der Verkaufspreis in Betracht. Der Einkaufspreis kennzeichnet den Mindestschaden des P. Der Verkaufspreis ist nur dann zu Grunde zu legen, wenn P das zu viel ausgesetzte Bier *separat* verkauft hätte, wäre es nicht bereits in den überdimensionierten Gläsern enthalten gewesen. Davon aber kann man nicht ausgehen (oben II. 1. d). Maßgebend ist somit der Einkaufspreis. Der zu ersetzende Schaden des B beläuft sich auf 1 750 EUR (0,25 EUR × 7 000).

Der Schadensersatzanspruch aus § 536 a I BGB verjährt in drei Jahren, beginnend ab Ende 2003 (§§ 195, 199 I, III). Die kurze, sechsmonatige Verjährungsfrist der §§ 581 II, 548 II BGB ist nicht einschlägig (Palandt-Weidenkaff § 548 BGB, Rn 10).

P kann von B Ersatz von 1 750 EUR verlangen.

b) Rückzahlung eines Teils der Pacht

Für den Zeitraum ab Mitte Februar kann P von B die Rückzahlung eines angemessenen Teils der entrichteten Pacht unter dem Gesichtspunkt der Minderung verlangen (§ 812 I 1 Fall 1 BGB iVm §§ 581 II, 535 I 1 Fall 2, I 2 BGB). Die Ausführungen oben (I. 1. b) zur Minderung der Unterpacht gelten entsprechend.

c) Widerrufsrecht

Keine Rückwirkung auf Bierwerb

P könnte das Recht zustehen, den Pacht- und Bezugsvertrag mit B gem §§ 505 I 1 Nr 3, I 2 und 3, 491 II, III BGB iVm § 355 I, III 3 BGB zu widerrufen. Dieser Vertrag ist wegen der dort festgelegten Bezugsverpflichtung als »Ratenlieferungsvertrag« iSd § 505 I 1 Nr 3 zu qualifizieren (oben II. 2. a bb). Ferner könnte P Existenzgründer iSd § 507 BGB sein. Letztlich braucht diese Frage hier wiederum nicht näher behandelt zu werden. Der Widerruf des Pacht- und Rahmenvertrags hilft dem P nämlich in Zusammenhang mit dem fehlerhaften Eichstrich (siehe Fallfrage) überhaupt nicht. Nach hM lässt dieser Rechtsbehelf nur die *zukünftige* Bezugsverpflichtung aus dem Rahmenvertrag entfallen (vgl MünchKomm-Ulmer 3. Aufl., § 2 VerbrKrG, Rn 40 mwN), führt aber nicht zur Rückabwicklung der einzelnen, rechtlich selbstständigen Erwerbsakte.

d) Kündigungsrecht

P steht wegen des fehlerhaften Eichstrichs kein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Pacht- und Bezugsvertrags mit B zu (§§ 581 II, 543 I, II Nr 1, III BGB). B hat den Mangel bereits beseitigt. Die Voraussetzungen des § 543 III 2 Nr 2 BGB sind nicht gegeben (vgl oben I. 1. d)

3. P gegen H

Vertragliche Ansprüche scheiden aus, weil zwischen P und H kein Vertrag besteht. Es gibt außerdem keine Anhaltspunkte dafür, dass sich P im Schutzbereich des Vertrages zwischen B und H über die Lieferung der Gläser befinden würde.

Deliktische (Schadensersatz-)Ansprüche des P gegen H gem § 823 I BGB unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung kommen ebenfalls nicht in Betracht (vgl oben I. 3.).

III. Rechtsbehelfe der B**1. B gegen Y**

Da B dem P wegen seines unfreiwilligen Mehrausschanks schadensersatzpflichtig ist (oben II. 2. a), wird sie versuchen, einen Teil dieses Geldes von den Kunden des P zurückzufordern. Letztere haben schließlich vom Mehrausschank profitiert. Konkret stellt sich deshalb die Frage, ob B ein Bereicherungsanspruch gegen Y auf Zahlung von 100 EUR zusteht.

Leistungskondiktion

a) In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus *Leistungskondiktion* (§ 812 I 1 Fall 1 BGB). Y erlangte zwar ohne Rechtsgrund zu viel Bier; dies geschah aber nicht durch die Leistung der B, sondern durch die Leistung des P (oben II. 1. a). Maßgeblich für die Identifikation des Leistungsverhältnisses ist nämlich der Empfängerhorizont (BGHZ 122, 46, unter 3. c). B ihrerseits leistete zwar Bier, aber nicht an Y, sondern an P.

Nichtleistungskondiktion

bb) Die Möglichkeit eines Anspruchs der B gegen Y unter dem Gesichtspunkt der Nichtleistungskondiktion in der Fallgruppe der Eingriffskondiktion (§ 812 I 1 Fall 2 BGB) ist wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion im Leistungsverhältnis (Subsidiaritätsgrundsatz, *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl, 1999, Rn 727 ff) von vornherein versperrt.

B hat somit keine Ansprüche gegen Y.

2. B gegen H**a) Nacherfüllung**

B könnte einen Anspruch gegen H auf Herstellung und Lieferung neuer Gläser oder wahlweise auf Reparatur der fehlerhaften Gläser besitzen (§§ 651 S 1 iVm 434 I, 437 Nr 1, 439 I BGB).

Abgrenzung zum Kaufvertrag

aa) B bezog die Gläser mit dem fehlerhaften Eichstrich von Glashersteller H. Diesem Erwerb könnte ein Werkvertrag iSd § 651 BGB zu Grunde liegen (vgl § 651 BGB aF mit dem abweichend definierten sog Werklieferungsvertrag). Die erworbenen Kölschgläser sind bewegliche Sachen (§ 90 BGB), die H in seiner Eigenschaft als Fabrikant herzustellen und zu liefern hatte. Selbst wenn es sich nicht um maßgefertigte, sondern um vertretbare (§ 91 BGB), auch von Dritten produzierte Standardgläser gehandelt haben sollte, schuldete H neben der Lieferung auch *Herstellung* und nicht lediglich Beschaffung wie typischerweise beim *Gattungskauf* (§§ 433, § 276 I 1 aE BGB). Im Ergebnis ist hier indessen die Abgrenzung zwischen Kaufvertrag iSd § 433 BGB und Werkvertrag iSd § 651 BGB nicht von Belang. § 651 S 1 BGB verweist nämlich ohnehin auf das Kaufrecht, und die in § 651 S 3 BGB genannten werkvertraglichen Vorschriften für Verträge über »nicht vertretbare Sachen« passen nicht auf den Sachverhalt.

Mangel

bb) Der fehlerhafte Eichstrich ist ein Sachmangel der Gläser iSd §§ 651 S 1, 434 I 1, 2 Nr 1 BGB, weil er die nach dem Vertrag konkludent vereinbarte, zumindest aber vorausgesetzte Verwendung der Gläser (gewerblicher Ausschank) beeinträchtigt.

Unkenntnis bezüglich Mangel

cc) Ein Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs gem §§ 651 S 1, 442 I, 437 BGB kommt nicht in Betracht. B konnte bei Vertragsschluss noch nicht wissen, dass die zu liefernden Gläser mangelhaft sein würden (§ 442 I 1 BGB). B hätte damit zwar durchaus rechnen können, denn sie kannte H als unzuverlässigen Vertragspartner (einfache Fahrlässigkeit, oben I. 1. a bb). Den Vorwurf der *groben* Fahrlässigkeit kann man ihr daraus aber nicht

machen (§ 442 I 2 BGB). Es lässt sich nicht sagen, dass sie schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen (vgl zum Begriff der groben Fahrlässigkeit Palandt-*Heinrichs* Ergänzungsband, § 277 BGB Rn 5 mwN) auf den Gedanken gebracht hätten, die gelieferten Gläser vor ihrer Weitergabe an P zu kontrollieren.

**Kaufmännische
Genehmigungsfiktion**

dd) B könnte ihre Gewährleistungsrechte wegen der Genehmigungsfiktion der §§ 381 II, 377 I, II HGB verloren haben, da sie den Mangel nicht unverzüglich nach Ablieferung der Gläser gerügt hat.

Dazu muss der Vertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft (§§ 377 I, 343 HGB) gewesen sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt. Der Vertragsschluss gehörte für beide Seiten zum Betrieb ihres jeweiligen Gewerbes (Gläserfabrikation bzw Brauerei), und beide Gewerbebetriebe sind nach der Vermutung des § 1 II HGB als »Handelsgewerbe« einzuordnen.

Allerdings liegt die Untersuchung der gelieferten Gläser speziell im Hinblick auf den Eichstrich außerhalb dessen, was beim Erwerb von Gläsern im Allgemeinen »nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich« ist. Es würde gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen, wenn ausgerechnet H der B im vorliegenden Fall eine (wegen seiner eigenen, B bekannten Unzuverlässigkeit) *gesteigerte* Untersuchungsobliegenheit entgegenhalten könnte. Die Genehmigungsfiktion des § 377 II HGB greift deshalb nicht.

Hinweis: Handelsrechtliche Kenntnisse können von den Bearbeiter(innen) einer Anfängerklausur nicht verlangt werden (oben »Hilfsmittel«). Dieser Punkt wird hier nur der Vollständigkeit halber angesprochen.

**Möglichkeit und Zumutbarkeit
der Nacherfüllung**

ee) Sollte sich B im Rahmen ihres Wahlrechts zwischen Nachlieferung und Nachbesserung (§ 439 I BGB) für die Reparatur der Gläser und die Korrektur des Eichstrichs entscheiden, wird H dieses Ansinnen nach § 275 II BGB wegen »faktischer Unmöglichkeit«, mindestens aber nach der »niedrigeren Schwelle« (so Begr RegE, BT-Ds 14/6040, S 232) des § 439 III BGB verweigern dürfen. Denn die Nachbesserung wird H wohl erheblich teurer kommen als die Nachlieferung. Letztere ist H angesichts der Bedeutung des Mangels auf jeden Fall zumutbar (§ 439 III 2 BGB).

Verjährung

ff) Der Nachlieferungsanspruch verjährt erst zwei Jahre ab Ablieferung der Gläser (§§ 651 S 1, 438 I Nr 3, II Fall 2 BGB).

**Rückgabe der fehlerhaften
Gläser**

gg) Nach den §§ 439 IV, 348 BGB kann H die Nachlieferung davon abhängig machen, dass B die alten Gläser Zug um Zug zurückgibt.
B kann von H Nachlieferung fehlerfreier Gläser verlangen.

b) Rücktrittsrecht

Der B könnte ferner ein Rücktrittsrecht zustehen (§§ 651 S 1, 434, 437 Nr 2 Fall 1, 323 I BGB).

Vertragsverletzung

aa) Die Lieferung der Gläser mit fehlerhaftem Eichstrich stellt eine »nicht vertragsgemäße« Leistung »bei einem gegenseitigen Vertrag« iSd § 323 I BGB dar. Ferner ist die Pflichtverletzung nicht nur »unerheblicher« Natur iSd § 323 V 2 BGB (vgl die entsprechenden Ausführungen oben I. 1. b, zu § 536 I 3 BGB).

Fristsetzung

bb) Darüber hinaus setzt das Rücktrittsrecht aber den erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung (oben a) voraus (§ 323 I BGB). Damit will der Gesetzgeber dem Verkäufer/Lieferanten die sog Gelegenheit zur »zweiten Andienung« gewähren. B hat H bislang keine entsprechende Frist gesetzt.

Gründe für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§§ 323 II, 326 V, 440 BGB) sind nicht ersichtlich.

Verjährung **cc)** Das (unter dem Vorbehalt der erfolglosen Fristsetzung stehende) Rücktrittsrecht unterliegt als solches nicht der Verjährung, da sich dieses Rechtsinstitut generell auf Ansprüche beschränkt (§ 194 I BGB). Nach den §§ 651 S 1, 437 Nr 3, 438 IV 1, 218 I 1 BGB kann B aber nicht mehr wirksam von ihrem Vertrag mit H zurücktreten, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist (oben a ff) und sich H darauf beruft.

Rückabwicklung **dd)** Sollte B später H noch erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen und rechtzeitig (oben cc) zurücktreten, richtet sich die Rückabwicklung der beiderseitigen Leistungen nach den §§ 346 ff BGB.

c) Minderung

Nach §§ 651 S 1, 434, 437 Nr 2 Fall 2, 441 I 1 BGB kann B »statt zurückzutreten« den Kaufpreis durch Gestaltungserklärung gegenüber H mindern. Hierzu müssen die og Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vorliegen einschließlich des erfolglosen Setzens einer Frist zur Nacherfüllung. Diese letztere Voraussetzung erfüllt B bisher nicht. Sollte sie dies später noch nachholen und rechtzeitig mindern (§§ 438 V, 218 I 1 BGB), bewirkt dies nach § 441 III BGB die proportionale Herabsetzung des Entgeltanspruchs. Für die Rückabwicklung des zu viel Bezahlten gilt § 441 IV BGB, der partiell auf Rücktrittsrecht verweist.

Hinweis: Im Gegensatz zur mietrechtlichen Minderung (siehe oben I. 1. b) ist die Anwendung des Bereicherungsrechts ausgeschlossen.

d) Ersatz des Mangelfolgeschadens

B ist P wegen der fehlerhaften Gläser zum Schadensersatz verpflichtet (siehe oben II. 2. a). Es stellt sich für B deshalb die Frage, ob sie von H verlangen kann, dass dieser sie von dieser Pflicht freistellt bzw, falls B den P schon entschädigt hat, dass H ihr den dafür aufgewendeten Betrag ersetzt. In Betracht kommt hierfür ein Anspruch der B gegen H auf Ersatz des ihr durch die Schlechtleistung entstandenen Schadens nach §§ 651 S 1, 434, 437 Nr 3 Fall 1, 280 I BGB.

Abgrenzung § 280 I/III BGB

aa) Bei Folgeschäden, die sich auf Grund des Mangels des gelieferten Gegenstands beim Abnehmer bereits realisiert haben, ist § 280 I BGB und nicht § 280 III BGB iRd Verweisung gem § 437 Nr 3 Fall 1 BGB einschlägig. Die dem »Schadensersatz statt der Leistung« vorgeschaltete Nacherfüllung (§§ 280 III, 281 I 1 BGB) vermag den Mangelfolgeschaden nicht nachträglich wiedergutzumachen und ergäbe dort daher keinen Sinn.

Pflichtverletzung

bb) § 280 I BGB setzt die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis voraus. Der fehlerhafte Eichstrich als Sachmangel der Gläser (§ 434 BGB, oben III. 2. a bb) begründet per se eine solche Pflichtverletzung, denn H ist nach §§ 651 S 1, 433 I 2 BGB dazu verpflichtet, die Sache sachmangelfrei zu verschaffen.

Vertretenmüssen

cc) H haftet nur für solche Vertragsverletzungen auf Schadensersatz, die er nach §§ 276, 278 BGB zu vertreten hat. Nach § 280 I 2 BGB wird sein Vertretenmüssen jedoch vermutet. Für die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Schaden

dd) Der von H zu ersetzende Schaden der B besteht darin, dass sie P zum Schadensersatz verpflichtet ist (oben II. 2. a). Die Wiedergutmachung des

Schadens erfolgt im Wege der Naturalrestitution (Freistellung der B von ihrer eigenen Schadensersatzverbindlichkeit gegenüber P) bzw durch Geldersatz (§§ 249 I, 251 I BGB).

ee) Die Frist für die Verjährung der Schadensersatzansprüche aus §§ 651 S 1, 437 Nr 3 BGB richtet sich nach § 438 I Nr 3, II BGB. Sie beträgt zwei Jahre ab Ablieferung der Gläser.

e) Schadensersatz statt der Leistung

Neben ihrem bereits erlittenen Mangelfolgeschaden kann B von H auf der Grundlage der §§ 651 S 1, 434, 437 Nr 3 Fall 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung unter Ausschluss des primären Erfüllungsanspruchs (§ 281 III BGB) nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 I, II BGB verlangen.

Erhebliche Pflichtverletzung

Dazu darf die durch die Mangelhaftigkeit der Gläser begründete Vertragsverletzung (oben d bb) wie beim Rücktritt nicht bloß »unerheblicher« Natur sein (§ 281 I 3 BGB). Diese Voraussetzung ist erfüllt (oben III. 2. b aa, zum Rücktritt).

Erfolgreiche Frist

Erforderlich ist ferner wie beim Rücktritt der erfolgreiche Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung. Eine entsprechende Frist hat B bislang dem H nicht gestellt. Gründe für eine ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§§ 281 II, 283, 440 BGB) sind nicht ersichtlich.

Ein Anspruch der B auf Schadensersatz statt der Leistung besteht somit derzeit noch nicht.

f) Aufwendungsersatz

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann B gem §§ 651 S 1, 434, 437 Nr 3 Fall 2, 284 BGB »Ersatz der Aufwendungen« verlangen, die sie »im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden«. Anhaltspunkte für einen entsprechenden Frustrationsschaden der B enthält der Sachverhalt nicht. Im Übrigen setzt der Anspruch nach § 284 BGB ebenso wie derjenige nach §§ 280 I, III, 281 BGB (oben e) den erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung voraus.

Im Ergebnis kann B somit von H Ersatz ihres mangelbedingten Folgeschadens aus der Haftung gegenüber P sowie Nachlieferung fehlerfreier Gläser verlangen. Weitere Rechtsbehelfe stehen ihr derzeit nicht zu.

Ergänzende Hinweise

1. Die Fallfrage spricht allgemein von »Rechtsbehelfen«, weil sie neben Ansprüchen auch Gestaltungsrechte erfassen möchte.

2. Die Anwendbarkeit des neuen Schuldrechts wurde als selbstverständlich vorausgesetzt und brauchte nicht besonders geprüft zu werden. Sie ergibt sich aus Art 229 § 5 S 1 EGBGB, da sich der Sachverhalt nach dem 1. 1. 2002 abspielt.

3. Der Reiz des Falles liegt darin, die gegenseitige Abhängigkeit der bilateralen Einzelansprüche im Mehrpersonenverhältnis materiell-rechtlich und aufbaumäßig in den Griff zu bekommen.