

FormularBibliothek Vertragsgestaltung

Bearbeitet von
Bernhard Dombek, Prof. Dr. Ludwig Kroiß

3. Auflage 2017. Buch inkl. Online-Nutzung. Rund 3500 S. Inklusive Internetanbindung mit vollständiger elektronischer Version. Hardcover
ISBN 978 3 8487 4061 1

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen > Vertragsgestaltung, Formularbücher](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.



Online-Zugang

Dombek | Kroiß (Hrsg.)

FormularBibliothek Vertragsgestaltung

Muster | Erläuterungen | Praxishinweise

3. Auflage

Leseprobe

Arbeitsrecht	
Familienrecht	
Erbrecht	
Mietrecht	
Wohnungseigentum	
Grundstücksrecht	
Gesellschaftsrecht	
Privates Baurecht	
Schuldrecht	
Darlehen	
Bürgschaft	
IT-Recht	



Nomos

Dr. Bernhard Dombek
Prof. Dr. Ludwig Kroiß [Hrsg.]

FormularBibliothek Vertragsgestaltung

Muster | Erläuterungen | Praxishinweise

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4061-1

3. Auflage

Dr. Walter Boeckh, Vorsitzender Richter am Landgericht | **Dr. Bernhard Dombek**, Rechtsanwalt, Notar a.D. | **Carolin Duijn**, Rechtsanwältin | **Dr. Frank Eckert**, Notar | **Beate Heiß**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht | **Dr. Hans Heiß**, Rechtsanwalt, Richter am Amtsgericht a.D. | **Dr. Ulrich Hörtle**, Notar | **Alexander Kollmorgen**, Rechtsanwalt und Notar | **Dr. Jens Kröger**, Richter am Landgericht | **Prof. Dr. Ludwig Kroiß**, Leitender Oberstaatsanwalt | **Dr. Michael Jean Kummermehr**, Solicitor (England & Wales), Rechtsanwalt | **Annette Kunz**, Rechtsanwältin | **Dr. Hans-Jochem Mayer**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht | **Dr. Andreas Rohde**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater | **Dr. Thomas Rütten**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht | **Matthias Scheff**, Rechtsanwalt | **Dr. Gerolf Sonntag**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht | **Martin Spörl**, Rechtsanwalt | **Heinrich Sternemann**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht | **Dr. Katharina Stüber**, Rechtsanwältin/ Dipl.-Kffr. | **Artur Teichmann**, Rechtsanwalt | **Dorothee Wisselmann**, Rechtsanwältin | **Kathrin Zittel**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht | **Finn Zwißler**, Rechtsanwalt

Hinweis:

Die Muster der FormularBibliothek Zivilprozess sollen dem Benutzer als Beispiele und Arbeitshilfen für die Erstellung eigener Schriftsätze dienen.
Sie wurden mit größter Sorgfalt von den Autoren erstellt. Gleichwohl bitten Autoren und Verlag um Verständnis dafür, dass sie keinerlei Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Muster übernehmen.

3. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.



Nicht nur die Natur erschafft perfekte Werkzeuge



Nomos

Vertragsgestaltung in Perfektion.

“

NJW: Hiervon profitiert der Nutzer ungemein... sollte in keiner Anwaltskanzlei fehlen.

RA Rudolf Günter, NJW 38/12, zur Voraufage

MAV: Praxistaugliche Muster besonders wertvoll.

Wolfgang Niebler, MAV-Mitteilungen 11/12, zur Voraufage

Im Arbeitsalltag eine unverzichtbare Unterstützung.

RA Christian Koch, MAV-Mitteilungen 10/12, zur Voraufage

NZG: gute Ausgangsbasis für den Praktiker.

RAin Dr. iur. Dipl.-Kffr. Sorika Pluskat, NZG 29/13, zur Voraufage

“

Die FormularBibliothek | Vertragsgestaltung bietet – erstmals in einem Band – topaktuelle Muster in Kombination mit ausführlichen und besonders hochwertigen Erläuterungen für die Praxis der Vertragsgestaltung.

Die Bibliothek besticht durch folgende Vorteile:

- mehr als **1.100 detaillierte Vertragsmuster** aus den Kerngebieten anwaltlicher Tätigkeit – von Arbeitsrecht bis Wohnungseigentumsrecht
- **praxisnahe Einführungen** helfen, juristische Probleme zu lokalisieren und sinnvolle vertragliche Formulierung zu finden
- **Checklisten** verhindern das Übersehen wichtiger zu regelnder Fragen
- Ein klarer Aufbau bietet **optimalen Zugang** zu den Mustern ohne langes Suchen
- **Erfahrene Autorinnen und Autoren** aus Anwaltschaft, Notariat und Justiz



NEU 2017

Dombek | Kroiß
FormularBibliothek
Vertragsgestaltung
Muster | Erläuterungen | Praxishinweise
3. Auflage
nomos-shop.de/29570



Jetzt mit Internetanbindung

- vollständige **elektronische Version** einschließlich aller Muster
- Zugriff auf die **zitierte Rechtsprechung** zur raschen Vertiefung von Einzelfragen
- schnelles Nachschlagen zitierter **Normen**.

§ 1 Wohnraummietrecht

Literatur: Kommentare, Monografien

Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017; *Bub-Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014; *Kroth-Zwißler*, Das mietrechtliche Mandat 4. Aufl. 2006; *Krumscheid-Zwißler*, Mietrecht, 3. Aufl. 2008; *Hannemann/Wiegner*, Münchener AnwaltsHandbuch Mietrecht, 4. Aufl. 2014; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017; *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 12. Aufl. 2015; *Schmid*, Mietrecht 2006; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988; *Zöller*, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016.

Aufsätze

Börstinghaus, Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Mietrecht 2015, NZM 2016, 417; *Börstinghaus*, Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Mietrecht 2014, NZM 2015, 281; *Börstinghaus*, Die Rechtsprechung des BGH zu Kündigungsrechtsausschlussvereinbarungen, NZM 2011, 187; *Börstinghaus*, Kündigungsrechtsausschlussvereinbarungen in der Wohnraummiete, NJW 2009, 1391; *Fleindl*, Das geplante Mietrechtsreformgesetz - Ein Überblick über die wesentlichen Änderungen, NZM 2012, 57; *Heinrichs*, Gesamtunwirksamkeit oder Teilaufrechterhaltung von Formularklauseln in Mietverträgen (Schönheitsreparatur- und Kautionsklauseln), NZM 2005, 201; *Herrlein*, Die Rechtsprechung zur Wohnraummiete im ersten Halbjahr 2016, NJW 2016, 2851; *Herrlein*, die Rechtsprechung zur Wohnraummiete im zweiten Halbjahr 2015, NJW 2016, 1282. *Kappus*, Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen – Möglichkeiten und Grenzen der Mietvertragsgestaltung, NZM 2010, 529; *Kappus*, „Der ‚steinige Weg‘ des AGB-Verwenders zur Individualvereinbarung – Mietverträge im Fokus“ NJW 2016, 33; *Kappus*, „Dekorative Altlasten bei Wohnungsbürgabe“ NZM 2016, 609; *Koch*, „Ausweitung des Verbraucherschutzrechts: Der Widerruf im Mietrecht“ VuR 2016, 92; *Lützenkirchen*, „Freizeichnung des Vermieters von seiner gesetzlichen Verantwortung für den dekorativen Wohnungszustand“ NZM 2016, 113; *Martinek*, NJW 2009, 3613; *Scheidacker*, Schönheitsreparaturen zwischen Theorie und (Sachverständigen-)Praxis – die „etwas andere Sicht“, NZM 2009, 894; *Schmid*, Novellierung der HeizkostenVO, Darstellung des neuen Rechts und kritische Analyse, NZM 2009, 104; *ders.*, Gibt es zulässige Quotenabgeltungsklauseln?, NZM 2011, 561; *Wiek*, Zeitliche Schranken für einen Kündigungsverzicht des Mieters einer Wohnung, WuM 2005, 369.

A. Einleitung zum Wohnraummietrecht	1	a) Entsprechung von Rubrum und Unterschriften	44
I. Das wohnraummietrechtliche Mandat	1	b) Ehegatten	45
II. Allgemeines Recht der Schuldverhältnisse	9	c) Stellvertretung, insbesondere Verwalter auf Vermieterseite	46
III. Soziales Mietrecht	11	d) Wohngemeinschaften	49
IV. Preisgebundener Wohnraum	12	2. Mietgegenstand	52
B. Der Wohnraummietvertrag	13	a) Umfang	52
I. Vertragsabschluss	13	b) Garage bzw. Stellplatz	53
1. Einigung	13	c) Wohnflächenangabe	55
2. Form	15	d) Schlüssel	60
II. Allgemeine Vertragsbedingungen	18	3. Zustand der Mietsache	63
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen iSD §§ 305–310 BGB	20	4. Mietzeit	67
a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	21	a) Unbefristetes Mietverhältnis	67
b) Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	22	b) Befristetes Mietverhältnis	70
2. Abgrenzung zum individuellen Aushandeln	27	c) Zeitmietvertrag	71
3. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen	30	d) Wechselseitiger Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung	77
4. Wirkungen der §§ 305–310 BGB	31	e) Ersatzmieterklausel	79
a) Überraschende und mehrdeutige Klauseln	31	f) Optionsrecht	88
b) Vorrang der Individualabrede	35	g) Unwirksame Klauseln im Zusammenhang mit der Mietzeit	90
c) Inhaltskontrolle	38	5. Miete und Zahlungsweise	92
d) Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln	40	a) Miete	92
III. Zwingende mietrechtliche Vorschriften	42	b) Zahlungsweise	94
IV. Einzelne vertragliche Bedingungen	43	c) Aufrechnung und Zurückbehaltung	107
1. Vertragsparteien	43	6. Betriebskosten	111
		a) Begriff	111
		b) Gesetzliche Regelung	115

c) Erforderliche Angaben.....	116
d) Pauschale oder Vorauszahlung.....	124
e) Veränderung der Betriebskosten.....	134
f) Umlagemaßstab.....	138
7. Mietsicherheit.....	143
8. Änderung der Miete.....	150
a) Miethöhe.....	150
b) Änderung der Mietstruktur.....	154
c) Änderung der Nebenkosten.....	161
d) Unwirksame Klauseln zur Änderung der Nebenkosten.....	167
e) Untermietszuschlag.....	169
f) Staffelmiete gemäß § 557a BGB.....	171
g) Indexmiete gemäß § 557b BGB.....	173
9. Mietgebrauch.....	177
a) Vertragsgemäßer Mietgebrauch.....	177
b) Vertragszweck.....	178
c) Tierhaltung.....	180
d) Antennen.....	185
e) Sonstige Nutzungen.....	188
10. Überlassung der Mietsache an Dritte	191
a) Gesetzliche Regelung.....	191
b) Einräumung von Mitbesitz sowie Besuch.....	193
c) Selbstständige Gebrauchsüberlassung.....	199
11. Instandhaltung/Instandsetzung.....	204
a) Gesetzliche Regelung.....	204
b) Kleinreparaturklausel.....	207
c) Wartungsklausel.....	214
12. Schönheitsreparaturen	217
a) Gesetzliche Regelung.....	217
b) Umfang.....	219
c) Bedarf.....	223
d) Starrer Fristenpläne.....	227
e) Öffnungsklausel.....	231
f) Endrenovierungsklauseln.....	233
g) Anfangsrenovierungsklauseln.....	237
h) Abgeltungsklauseln.....	239
i) Fachhandwerkerklauseln.....	241
j) Selbstvornahmerecht.....	242
k) Gesamtinfektion.....	243
k) Freizeichnung.....	244
13. Bauliche Veränderungen	246
a) Allgemein.....	246
b) Barrierefreiheit.....	254
c) Parabolantenne.....	255
14. Mängel der Mietsache	256
a) Haftungsfreizeichnungen des Vermieters.....	256
b) Einschränkung des Minderungsrechtes.....	260
15. Vermieterpfandrecht	263
16. Meldepflicht, Versicherungsschutz und Energieausweis.....	270
17. Betretungsrecht des Vermieters.....	273
18. Pflichten- und Haftungsüberbürden.....	281
a) Reinigungspflichten und Verkehrs-sicherungspflichten.....	281
b) Haftung des Mieters.....	287
19. Personenmehrheit als Mieter	294
20. Beendigung des Mietverhältnisses und Herausgabe der Mietsache	297
a) Herausgabe der Mietsache im vertragsgemäßen Zustand.....	297
b) Übergabetermin und Übergabepro-tokoll.....	300
c) Anspruch auf Nutzungsschädi-gung.....	302
d) Wegnahmerecht und Wiederherstel-lungspflicht.....	303
e) Unwirksame Klauseln.....	306
f) Zulässige Klauseln.....	316
21. Vorgaben der Wohnungseigentümerge-meinschaft.....	318
22. Schriftform- und Vollständigkeitsklauseln	323
23. Gerichtsstandsvereinbarungen/Erfül-lungsortklausel	325
24. Salvatorische Klausel	327
25. Hausordnung	328
C. Muster	330
I. Selbstauskunft	331
II. Basisvertrag	339
1. Muster: Basisvertrag im Mieterinteresse	339
2. Muster: Basisvertrag im Vermieterinteresse	340
III. Muster: Hausordnung	341
IV. §§ 1, 2 Betriebskostenverordnung – BetrKV	342
V. Mietvertrag über ein Haus	343
VI. Garagenmietvertrag im Vermieterinteresse	348
VII. Muster: Vereinbarung über die Gestattung baulicher Änderungen zur Herstellung der Barrierefreiheit	350
VIII. Muster: Untermietvertrag über einen Teil des Wohnraums	351
IX. Aufhebungsvertrag	352
1. Interessenlage für einen Mietaufhe-bungsvertrag	352
2. Wichtige Angaben für einen Mietaufhe-bungsvertrag im Überblick	354
3. Muster: Mietaufhebungsvertrag	356
4. Widerrufsrecht des Mieters	358
X. Abnahme-/Übergabeprotokoll	364
1. Interessenlage	364
2. Muster: Übergabeprotokoll	366
3. Muster: Abnahmeprotokoll	367

A. Einleitung zum Wohnraummietrecht

I. Das wohnraummietrechtliche Mandat

- 1 Unter Wohnraummietrecht ist das Mietrecht zu verstehen, welches sich mit der Vermietung von Räumen befasst, die zum Schlafen, Essen, Kochen und sonstiger dauerhafter privater Nutzung dienen.¹ Die Einordnung richtet sich nach dem zwischen den Parteien für die Nutzung

1 Vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 Rn. 89.

der Mietsache vereinbarten Vertragszweck,² welcher auf Wohnen durch den Mieter gerichtet sein muss³ und bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung nach der tatsächlich erfolgenden Nutzung.⁴ In Abgrenzung zur Leihfahrt bereits die Übernahme von Betriebskosten durch den Mieter dazu, dass es sich nicht mehr um unentgeltliche Leihfahrt, sondern um Miete handelt.⁵

Die Bearbeitung wohnraummietrechtlicher forensischer Mandate erfordert fundierte dogmatische Rechtskenntnisse. Denn nur in wenigen Rechtsgebieten werden privatrechtliche Grundprinzipien aus sozialpolitischen Gründen heraus so durchbrochen wie im Wohnraummietrecht. Dies macht das Wohnraummietrecht schwer durchschaubar und unverständlich.

Das Mietrecht regelt die Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Entgelt und findet sich in den §§ 535 ff. BGB. Dabei sind die wenigen, allerdings häufig ineinander greifenden Vorschriften des Mietrechts grundsätzlich sowohl für bewegliche als auch unbewegliche Sachen anwendbar. Das Wohnraummietrecht ist im Kern gesondert geregelt in den §§ 549 bis 577a BGB und § 536 Abs. 4 BGB sowie § 547 Abs. 2 BGB. Hinzu kommen die zusätzlich notwendigen Unterscheidungen, die nicht nur in der Abgrenzung zwischen Wohnraummietrecht und Gewerbemietrecht bestehen, sondern auch innerhalb des Wohnraummietrechts liegen, wie beispielsweise darin, dass bei der Vermietung von Einliegerwohnungen im Wohnraummietrecht erneut Besonderheiten gelten. Weiter entwickelt der BGH eine zunehmend unüberschaubare Detailrechtsprechung. Dies führt dazu, dass das Wohnraummietrecht besonders unübersichtlich und auch haftungsträchtig sein kann und ein eigenes Rechtsgebiet darstellt, welches bei der Falllösung häufig eines spezialisierten Rechtsanwaltes bedarf. Diese Spezialisierung findet sich im Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht. Aber auch in der nicht fachanwaltlichen Beraterpraxis hat das mietrechtliche Mandat aufgrund seiner Alltäglichkeit nach wie vor größere Bedeutung. Standartkonstellationen lassen sich mit einem Verständnis für die mietrechtlichen Grundlagen und der geeigneten Literatur auch weiterhin ohne besondere Spezialkenntnisse bearbeiten.

Aufgrund der besonderen sozialpolitischen Relevanz ist das Wohnraummietrecht unter dem Einfluss verschiedener politischer Strömungen und sich wandelnder gesellschaftlicher Bedürfnisse in der Vergangenheit mehrfach geändert und ergänzt worden. Einzelne Bereiche dieser Ergänzungen und Änderungen sind nicht in das BGB eingefügt worden, sondern wurden verstreut in die verschiedensten Vorschriften. Diese dadurch verursachte Zusammenhangslosigkeit konnte auch die große Mietrechtsreform aus dem Jahr 2001 mit der Übernahme des Mieterhöhungsgesetzes in das BGB nicht entscheidend beseitigen. Im Jahr 2013 kam es zu einer kleinen Mietrechtsreform, welche insbesondere als Ziel hatte, die energetischen Modernisierungsmaßnahmen zu erleichtern und das sogenannte „Mietnomadentum“ zu bekämpfen. Der Anspruch des Vermieters auf Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen wurde neu geregelt. Es wurde ein Tatbestand der „energetischen Modernisierung“ neu eingeführt. Energetische Modernisierungen berechtigen für eine Zeit von bis zu drei Monaten nicht mehr zu einer Mietminderung. Eine wirtschaftliche Härte für den Mieter wegen der zu erwartenden Miet erhöhung nach durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen wird nicht mehr bei der Duldung, sondern erst im Mieterhöhungsverfahren berücksichtigt. Das Gericht kann jetzt während des Räumungsverfahrens wegen Zahlungsverzug eine Hinterlegungsanordnung treffen, wonach der Mieter die jeweils fällige Miete als Sicherheit hinterlegen muss. Wenn der Mieter einer solchen Hinterlegungsanordnung nicht nachkommt, kann der Vermieter seinen Räumungsanspruch gegen den Mieter dann im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen. Mit dem Hinterlegungsbeschluss wird der Mietausfallschaden des Vermieters also reduziert. Die

2 BGH NJW 1997, 1845 mwN; OLG Frankfurt/Main ZMR 2009, 198.

3 OLG Düsseldorf WuM 1995, 434; OLG Celle ZMR 1999, 469.

4 Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 Rn. 88; zur Problematik bei Mietverträgen über eine Wohnung und Ga-

rage („Mischmiete“) vgl. BGH Beck RS 2014, 07966 und für die Abgrenzung zum Gewerberaummietvertrag

BGH NJW 2014, 2864 = NZM 2014, 626; BGH NJW-RR 1986, 877 sowie zum Leasingvertrag BGH NZM, Heft 7, 2015.

5 OLG Stuttgart NZM 2010, 597.

sog „Berliner Räumung“ ist seit 2012 gesetzlich geregelt. Der Vermieter kann danach die Räumungsvollstreckung auf die bloße Besitzverschaffung beschränken. Der Vermieter kann seit der Reform auch bei Verzug mit der Zahlung von zwei Raten auf die Mietsicherheit eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aussprechen.

- 5 Mit der Mietrechtsnovellierung 2015 kam die sogenannte **Mietpreisbremse**. Danach darf bei Neuabschluss eines Mietvertrages eine Miete über Wohnraum, der in einem durch Rechtsverordnung bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, die ortsübliche Vergleichsmiete höchstens um 10 % übersteigen (§ 556 d BGB). Ausnahmen hiervon gelten bei Modernisierungsmaßnahmen (§ 556 e BGB) und bei Neubauten nach dem 1.10.2014 (§ 556 f. BGB). In einer zweiten Stufe der Mietrechtsnovellierung soll es 2017 zu weiteren Mietrechtsreformen kommen. Für Mieterhöhungen und Betriebskostenabrechnungen soll künftig kraft Gesetzes immer die tatsächliche Wohnfläche maßgeblich sein und nicht die im Mietvertrag vereinbarte. Unterschreitet die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag vereinbarte um mehr als 10 %, soll dies künftig stets einen Mangel darstellen, der die Gebrauchstauglichkeit der Mietfläche erheblich mindert und zu einer Mietminderung berechtigt. Wenn die Wohnfläche weniger als 10 % zugunsten des Mieters von der im Mietvertrag vereinbarten Fläche abweicht, soll die Beweislast, dass die Tauglichkeit gemindert ist und deswegen eine Minderung gerechtfertigt ist, beim Mieter liegen. Bei der Errichtung von **Mietspiegeln** sollen künftig die Mietpreise der letzten acht Jahre berücksichtigt werden, während nach derzeitiger Rechtslage auf die Preise der letzten vier Jahre zurückgegriffen wird. Darüber hinaus soll der qualifizierte Mietspiegel durch Konkretisierungen aufgewertet werden. Die Modernisierungsumlage soll von 11 % auf 8 % herabgesetzt und deren Berechnung vereinfacht werden. Weiter soll der altersgerechte Umbau als Modernisierung gewertet werden. Bei der Kündigung wegen Zahlungsverzug soll die Schonfristzahlung auch eine ordentliche Kündigung heilen.
- 6 In der anwaltlichen Praxis steht das Wohnraummietrecht im Mittelpunkt der anwaltlichen Beratung.
- 7 Die Formularbibliothek Vertragsgestaltung möchte im Mietrecht das Wohnraummietrecht für den beratenden Anwalt in eine schnell abrufbare Struktur bringen, anhand von in der Praxis häufig wiederkehrenden Einzelfällen.
- 8 Anders als in einer reinen Formularsammlung wird auch die Rechtslage materiell umfassend, wenngleich nicht ein Lehrbuch oder die Kommentarliteratur ersetzend, erläutert. Vertragliche Grundkonstellationen, aber auch tiefgehende materiellrechtliche Probleme bei der Vertragsgestaltung werden mit Lösungen aufgezeigt.

II. Allgemeines Recht der Schuldverhältnisse

- 9 Der Wohnraummietvertrag stellt ein gegenseitiges **Schuldverhältnis** zwischen Vermieter und Mieter dar, wodurch der Vermieter verpflichtet wird, dem Mieter entgeltlich den Gebrauch einer als Wohnung bestimmten Immobilie auf Zeit zu gewähren.
- 10 Die **Hauptleistungspflicht** des Vermieters liegt darin, dem Mieter den Gebrauch an der gemieteten Sache zu gewähren, ihm die vermietete Sache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten, § 535 BGB. Die Hauptleistungspflicht des Mieters ist die Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Miete und zur Rückgabe bzw. Räumung der gemieteten Sache, wenn das Mietverhältnis beendet ist. Die Hauptleistungspflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu unterhalten, kann auch im Wohnraummietrecht ab bedungen werden. In der Praxis hat sich insoweit die Überwälzung von Schönheitsreparaturen und Kleinreparaturen an Gegenständen, die dem direkten, häufigen Zugriff des Mieters unterliegen, verbreitet. Bei Verletzung der Hauptleistungspflicht des Vermieters hat der Mieter ein Recht auf Erfüllung, Zurückbehaltung der Miete (§ 320 BGB), Mietminderung (§ 536 BGB) und uU Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 536a BGB) sowie gegebenenfalls ein Kündigungsrecht. Bei Verletzung der Pflicht des Mieters zur rechtzeitigen Mietzahlung steht dem

Ich versichere, dass die Angaben der Wahrheit entsprechen.

Ort und Datum ...

Mietinteressent ...

Zutreffendes ist anzukreuzen, Nichtzutreffendes ist zu streichen. ◀

II. Basisvertrag

1. Muster: Basisvertrag im Mieterinteresse

► Wohnraummietvertrag

Zwischen ...

als Vermieter/Vermieterin

und ...

als Mieter/Mieterin

wird folgender Mietvertrag geschlossen:

§ 1 Mietgegenstand

(1) Vermietet wird folgende Wohnung zur Benutzung zu Wohnzwecken:

Straße und Hausnummer: ...

Postleitzahl und Ort: ...

Geschoss: ...

Quadratmeter: ...

bestehend aus den folgenden Räumen und den dazugehörigen Flächen(Anzahl angeben):

... Zimmer

... Küche

... Bad mit Toilette

... separates Bad

... separate Toilette

... Diele

... Abstellkammer(n)

... Keller(anteil) Nr.: ...

... Speicher(anteil) Nr.: ...

... Balkon/Terrasse

... Gartenanteil

sowie folgende Räume zur gewerblichen Nutzung:

...

(2) Der Mieter ist berechtigt, folgende Gemeinschaftseinrichtungen gemäß den Vorschriften der Hausordnung mit zu benutzen:

[] Waschraum

[] Trockenraum bzw. -boden

[] Abstellraum/-platz für

- Fahrräder

- Moped/Mofa

- Kinderwagen

- Rollstuhl/Rollator

[] Garten

[] Innenhof

339

46

- [] Aufzugsanlage
 [] Gemeinschaftsanntennenanlage
 (3) Mitvermietet sind folgende Ausstattungsgegenstände:
 ...

(4) Die Wohnung wird gemäß noch zu fertigendem Übergabeprotokoll

[] renoviert

[] unrenoviert

übergeben. Der Zustand der Mieträume im Zeitpunkt der Übergabe wird im Übergabeprotokoll festgestellt.

(5) Der Vermieter übernimmt bis zum Beginn des Mietverhältnisses auf seine Kosten die Durchführung folgender Arbeiten:

(6) Dem Mieter werden für die Dauer der Mietzeit folgende Schlüssel ausgehändigt (Anzahl angeben):

- ... Hausschlüssel
- ... Wohnungsschlüssel
- ... Zimmerschlüssel
- ... Kellerschlüssel
- ... Waschraumschlüssel
- ... Trockenraumschlüssel
- ... Speicher-/Bodenschlüssel
- ... Garagentorschlüssel
- ... Garagentorsender
- sowie folgende weitere Schlüssel

§ 2 Mietzeit

(1) Das Mietverhältnis beginnt am

(2) Das Mietverhältnis ist auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Da ein längerfristiges Mietverhältnis angestrebt ist, sind Kündigungen aufgrund Eigenbedarfs und aufgrund Verwertungsinteresses des Vermieters für die Dauer von ... Jahren seit Mietbeginn ausgeschlossen.

(3) Die Kündigungsvoraussetzungen richten sich nach den gesetzlichen Bestimmungen. und nach den in diesem Vertrag getroffenen Vereinbarungen.

(4) Stellt der Vermieter dem Mieter die Mietsache nicht rechtzeitig zum vereinbarten Mietbeginn zur Verfügung, so haftet er dem Mieter für den hieraus entstehenden Schaden, soweit er die Verzögerung zu vertreten hat. Unabhängig von einem Verschulden des Vermieters kann der Mieter seine Rechte auf Mietminderung und zur fristlosen Kündigung wegen nicht rechtzeitiger Gebrauchsgewährung geltend machen.

§ 3 Miete

(1) Die Miete beträgt monatlich ... EUR
 zuzüglich

[] Miete für Garage/Stellplatz

[] Miete für weitere Räume/Flächen

Grundmietbetrag § 3 (1):

... EUR

... EUR

... EUR

... EUR

(2) Zusätzlich zahlt der Mieter Betriebskosten (Zutreffendes ist anzukreuzen / Nichtzutreffendes zu streichen):

[] in Form

– einer monatlichen Vorauszahlung

auf die Betriebskosten für

Heizung und Warmwasser

... EUR

– und einer monatlichen Pauschale

auf die übrigen Betriebskosten gemäß

§ 2 Betriebskostenverordnung

... EUR

oder

[] in Form

– einer monatlichen Vorauszahlung

auf die Betriebskosten für

Heizung und Warmwasser

... EUR

– und einer monatlichen Vorauszahlung

auf die übrigen Betriebskosten

... EUR

Monatlicher zu zahlender Gesamtbetrag

... EUR

In den übrigen Betriebskosten sind die folgenden Kosten enthalten: Wasserversorgung, Entwässerung, Müllabfuhr, Straßenreinigung, ...; die vorbenannte Auflistung der übrigen Betriebskosten ist abschließend. Es dürfen nur Betriebskosten iSd § 2 Betriebskostenverordnung umgelegt werden

(3) Die Miete nach Abs. 1 (Grundmiete) bleibt unverändert bis ... Nach Ablauf des in Satz 1 bestimmten Zeitraums ist eine Mieterhöhung nur nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zulässig.

(4) Soweit eine monatliche Betriebskostenpauschale vereinbart ist, sind mit dieser sämtliche Betriebskosten abgegolten. Eine Nachforderung ist ausgeschlossen.

(5) Soweit monatliche Vorauszahlungen vereinbart sind, gilt für die Verteilung:

a) die Betriebskosten für Heizung und Warmwasser werden entsprechend der Heizkostenverordnung umgelegt;

b) die übrigen Betriebskosten werden im Verhältnis zum Verbrauch oder zur Verursachung umgelegt, sofern sie entsprechend erfasst werden. Andernfalls erfolgt die Umlage nach dem Verhältnis der Wohnflächen.

(6) Die geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten werden jährlich nach den gesetzlichen Vorschriften abgerechnet und ausgeglichen. Der Vermieter hat die Abrechnung zu erstellen, sobald ihm die Abrechnungsunterlagen vorliegen. Ergibt sich zugunsten des Mieters ein Guthaben, ist dies unverzüglich an den Mieter auszuzahlen. Eine Nachforderung kann der Vermieter nur geltend machen, wenn er gegenüber dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums schriftlich abgerechnet hat; Fälligkeit für eine solche Nachforderung tritt nicht vor Ablauf von 4 Wochen ab dem Zugang der ordnungsgemäßen Abrechnung beim Mieter ein. Dem Vermieter ist es nicht gestattet, mit bestrittenen oder nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen. Der Mieter ist berechtigt, Einsicht in die Abrechnungsunterlagen einschließlich der jeweiligen Belege zu nehmen. Bei angemessener Kostenerstattung für Kopien und Porto kann der Mieter auch die Zusendung der Unterlagen in Kopie verlangen. Einwendungen kann der Mieter spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Zugang der Abrechnung geltend machen. Eine Geltendmachung nach Ablauf dieser Frist ist zulässig, wenn der Mieter die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat.

(7) Nach der jährlichen Abrechnung über die Betriebskosten des vorangegangenen Abrechnungszeitraums können sowohl der Mieter als auch der Vermieter durch schriftliche Erklärung eine Anpassung

der Vorauszahlung auf eine dem Abrechnungsergebnis des vorangegangenen Abrechnungszeitraums angemessene Höhe verlangen.

(8) Der Vermieter sichert zu, dass während der letzten zwei Abrechnungsperioden im gesamten Anwesen durchschnittlich Heizkosten in Höhe von monatlich nicht mehr als ... EUR, ... pro Quadratmeter und durchschnittlich übrige Betriebskosten in Höhe von monatlich insgesamt nicht mehr als ... EUR, ... pro Quadratmeter angefallen sind; bei einem Neubau entfällt die Zusicherung entweder ganz oder bezieht sich nur auf bereits abgelaufene Abrechnungsperioden. Der Vermieter überlässt dem Mieter eine Kopie des Energieausweises nach der Energieeinsparverordnung (EnEV).

§ 4 Fälligkeit und Zahlungsweise

Der sich aus § 3 Abs. 1 und 2 ergebende Gesamtbetrag der Miete ist monatlich an den Vermieter oder an die von ihm zur Entgegennahme ermächtigte Person oder Stelle, derzeit an ... auf Konto IBAN ... BIC ... bei (Geldinstitut) ... zu entrichten.

§ 5 Heizungs- und Warmwasserversorgung

Der Vermieter hat sicherzustellen, dass die Heizungsanlage in der Zeit vom 15. September bis 15. Mai in Betrieb gehalten wird, und soweit die Witterung es gebietet, auch über diesen Zeitraum hinaus. Dabei ist zu gewährleisten, dass in den beheizbaren Räumen zwischen 6.00 Uhr und 24.00 Uhr eine Temperatur von mindestens 20° bis 22° Celsius und in den Nachtstunden eine Temperatur von mindestens 18° Celsius erreicht werden kann. Die Warmwasserversorgung ist durchgehend tags und nachts zu gewährleisten.

§ 6 Aufrechnung und Zurückbehaltung

Der Mieter ist berechtigt, gegenüber Mietforderungen des Vermieters nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen mit eigenen Forderungen aufzurechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

§ 7 Nutzung der Mieträume

- (1) Der Mieter darf die Wohnung nur zu den im Vertrag bestimmten Zwecken nutzen.
- (2) Der Mieter ist berechtigt Haustiere zu halten, soweit die Tierhaltung im Rahmen eines vertragsgemäßen Gebrauchs bleibt. Der Vermieter kann der Tierhaltung widersprechen, soweit ihr berechtigte Interessen der Hausgemeinschaft oder einzelner Mitglieder der Hausgemeinschaft entgegenstehen.
- (3) Der Mieter hat in den Mieträumen – auch im Falle seiner Abwesenheit oder bei Nichtbenutzung – für ordnungsgemäße Lüftung und Beheizung zu sorgen.
- (4) Der Mieter ist berechtigt, in den hierfür geeigneten Mieträumen (Bad/ Küche) Haushaltmaschinen (zB Wasch- und Geschirrspülmaschinen sowie Trockenschränke) aufzustellen; soweit Beeinträchtigungen der Mietsache und Belästigungen der Hausgemeinschaft hierdurch nicht zu erwarten sind. Der Vermieter hat sicherzustellen, dass die Stromversorgung für den Betrieb entsprechender Haushaltmaschinen ausreichend abgesichert ist.
- (5) Der Mieter muss für eine Berufsausübung in der Wohnung die Erlaubnis des Vermieters einholen, soweit hierdurch Interessen der Hausgemeinschaft oder des Vermieters berührt sind. Vom Erlaubnisvorbehalt ausgenommen sind nicht störende Betätigungen, insbesondere Büroarbeiten ohne nennenswerte Außenwirkung.
- (6) Der Mieter bedarf zur Unter Vermietung an einen Dritten der Erlaubnis des Vermieters. Dieser muss die Erlaubnis erteilen, soweit nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse des Mieters an einer Unter Vermietung entsteht, durch die Unter Vermietung keine Überbelegung eintritt und auch kein in der Person des Untermieters liegender wichtiger Grund entgegensteht.

§ 8 Duldungspflicht des Mieters, Veränderungen der Mietsache, Einbauten des Mieters

- (1) Der Mieter hat Maßnahmen, die zur Erhaltung des Gebäudes, der Mieträume oder zur Gefahrenabwehr notwendig oder zweckmäßig sind, zu dulden.

(2) Maßnahmen zur Verbesserung des Gebäudes und der Mieträume sind vom Mieter nur dann hinzu nehmen, soweit diese oder eine diesbezüglich zu erwartende Mieterhöhung für den Mieter keine unbillige Härte bedeuten würde.

(3) Maßnahmen im Sinne der Absätze 1 und 2 sind mindestens 3 Monate vor Beginn der Arbeiten nach Art, Umfang Dauer und gegebenenfalls Auswirkung auf die Miete schriftlich anzukündigen; der Mieter kann bis zum Ablauf des auf die Ankündigung folgenden Monats zum Ende des nächsten Monats kündigen. Satz 1 gilt nicht für Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, die keinen Aufschub dulden.

(4) Soweit infolge von Maßnahmen im Sinne der Absätze 1 und 2 Aufwendungen des Mieters erforderlich werden, sind diese vom Vermieter zu ersetzen; der Vermieter hat dem Mieter auf Verlangen einen Vorschuss auszuzahlen.

(5) Der Mieter bedarf zu baulichen oder sonstigen den vertragsgemäßen Gebrauch überschreitenden Veränderungen innerhalb der Mieträume oder an den darin befindlichen Einrichtungen und Anlagen der Erlaubnis des Vermieters. Bei Maßnahmen, die eine behindertengerechte Nutzung der Mieträume oder den Zugang zu denselben sicherstellen sollen, darf der Vermieter die Erlaubnis nur verweigern, wenn berechtigte Interessen der Hausgemeinschaft oder des Vermieters entgegenstehen. Der Vermieter kann die Erlaubnis von der Leistung einer zusätzlichen Sicherheit für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands abhängig machen.

(6) Der Mieter ist zur Vornahme der folgenden baulichen Veränderungen bzw. zum Einbau der folgenden Einrichtungen auf eigene Kosten berechtigt:

...

(7) Der Mieter kann eine Einrichtung, mit der er die Mietsache versehen hat, wegnehmen. Der Vermieter kann die Wegnahme abwenden, wenn er dem Mieter eine angemessene Entschädigung zahlt. Satz 2 gilt nicht, soweit der Mieter an der Mitnahme ein berechtigtes Interesse hat. Bei Übernahme von Einrichtungen durch den Vermieter sind bei der Entschädigung die dem Mieter angefallenen nachgewiesenen Kosten und der Grad der Abnutzung wie folgt zu berücksichtigen ...

§ 9 Anzeigepflicht und Haftung

- (1) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter in den Mieträumen auftretende Mängel unverzüglich anzuzeigen.
- (2) Im Falle eines nicht unerheblichen Mangels oder des Fehlens bzw. Wegfalls einer zugesicherten Eigenschaft ist der Mieter berechtigt, die Miete in angemessenem Umfang zu kürzen, bis der Vermieter den Mangel behebt. Unbeschadet hiervon kann der Mieter Schadensersatz und Erfüllung verlangen.
- (3) Gerät der Vermieter mit der Beseitigung eines ihm angezeigten Mangels in Verzug oder behebt er in dringenden Fällen den ihm angezeigten Mangel nicht unverzüglich, so kann der Mieter den Mangel auf Kosten des Vermieters selbst beseitigen oder beseitigen lassen und hierfür von der nächsten Mietzahlung einen angemessenen Betrag einbehalten.
- (3) Kommt es zu Beschädigungen der Mieträume oder der in den Mieträumen vorhandenen Anlagen und Einrichtungen, so trifft den Mieter hierfür die Ersatzpflicht, soweit die Beschädigungen von ihm schuldhaft verursacht wurden. Für die Schadensverursachung von zum Hausstand des Mieters gehörenden Personen, von Untermietern oder Dritten, denen er den Gebrauch der Mieträume überlassen hat, von Besuchern, Lieferanten oder Handwerkern, deren Aufenthalt in den Mieträumen ihm zuzurechnen ist, haftet der Mieter bei Verletzung der Obhuts- und Sorgfaltspflicht. Der Mieter trägt die Beweislast dafür, dass der Schaden nicht schuldhaft verursacht wurde. Der Vermieter ist dafür beispielhaftig, dass die Schadensursache im Gefahrenbereich des Mieters gesetzt wurde.

§ 10 Vermieterpfandrecht

Das Vermieterpfandrecht aus § 562 BGB wird ausgeschlossen.

§ 11 Betreten der Mieträume durch den Vermieter

- (1) Bei Gefahr in Verzug sind der Vermieter, ein von ihm Beauftragter oder beide berechtigt, die Mieträume zur Feststellung und Durchführung der zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen zu betreten.
- (2) Sind Maßnahme zur Behebung eines Mangels in den Mieträumen erforderlich, so sind die in Abs. 1 bezeichneten Personen befugt, nach Terminabsprache mit dem Mieter die Mieträume im Beisein des Mieters zu betreten.
- (3) Beabsichtigt der Vermieter das Grundstück zu verkaufen oder ist das Mietverhältnis gekündigt, so sind die in Abs. 1 bezeichneten Personen befugt, nach Terminabsprache mit dem Mieter die Mieträume in Begleitung von Kaufinteressenten bzw. potenziellen Nachmieter im Beisein des Mieters zu betreten.
- (4) Bei Terminvereinbarungen nach Abs. 2 und 3 ist auf persönliche Hinderungsgründe des Mieters Rücksicht zu nehmen und der für Besichtigungen iSv Abs. 3 erforderliche Zeitaufwand auf einen Vormittag an einem Tag pro Woche zu beschränken.

§ 12 Ordentliche Kündigung

- (1) Ist der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, so kann der Mieter ihn unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist jederzeit kündigen. Die Kündigungserklärung muss dem Vermieter oder der von ihm zur Entgegennahme ermächtigte Person oder Stelle spätestens am 3. Werktag eines Monats zugehen, wenn die Kündigung zum Ende des übernächsten Monats wirksam sein soll.
- (2) Der Vermieter kann einen Mietvertrag von unbestimmter Dauer vorbehaltlich der in § 2 Abs. 2 getroffenen Vereinbarung kündigen, wenn er Eigenbedarf oder ein Verwertungsinteresse im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen geltend machen kann. Für den Vermieter verlängert sich die Kündigungsfrist nach Ablauf von 5 Jahren auf 6 Monate und nach 8 Jahren auf 9 Monate.

§ 13 Außerordentliche Kündigung

Der Mieter wie auch der Vermieter sind nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt.

§ 14 Beendigung der Mietzeit

Mit Beendigung des Mietverhältnisses sind die Mieträume in sauberem Zustand zurück zugeben und dem Vermieter sämtliche Schlüssel einschließlich nachgefertigter Exemplare auszuhändigen.

§ 15 Personenmehrheit als Mieter

- (1) Mehrere Personen als Mieter haften für sämtliche Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis gesamtschuldnerisch.
- (2) Willenserklärungen, die das Mietverhältnis betreffen, müssen von oder gegenüber sämtlichen Mietern abgegeben werden.

§ 16 Meldepflicht

Der Mieter ist verpflichtet, sich innerhalb von zwei Wochen nach Bezug der Wohnung bei der zuständigen Meldebehörde anzumelden. Hierfür stellt der Vermieter dem Mieter eine Wohnungsgeberbestätigung aus.

§ 17 Weitere Vertragsbestandteile

Anlagen zum Mietvertrag:

- Betriebskostenverordnung
- Hausordnung
- Übergabeprotokoll
- ...

Ort und Datum ...

§ 4 „Ehegattentestamente“ und Erbverträge¹

A. Beratungssituation	1	1. Vorteile	32
I. Tatsächliche Ausgangssituation	2	2. Nachteile	33
II. Rechtliche Ausgangssituation	4	IX. Übersicht: Vor- und Nachteile des Ehegattenervertrags	34
1. Zwei Einzeltestamente	4	1. Vorteile	34
2. Gemeinschaftliches Testament	6	2. Nachteile des Erbvertrags	35
III. Sachverhaltsvariante Wiederverheiratsklausel	15	B. Muster: „Berliner Testament“ (gemeinschaftliches eigenhändiges Testament)	36
IV. Sachverhaltsvariante Pflichtteilsstrafklausel	20	C. Muster: Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments	37
V. Sachverhaltsvariante Katastrophenklausel	25	D. Muster: Zustellungsauftrag	38
VI. Nießbrauchsvermächtnis	28		32
VII. Steuerliche Auswirkungen	29		
VIII. Übersicht Vor- und Nachteile des gemeinschaftlichen Testaments			

A. Beratungssituation

Ehegatten wollen gemeinsam eine Regelung dergestalt, dass der Überlebende entsprechend gesichert ist und das beiderseitige Vermögen letztendlich den gemeinsamen Kindern zufallen soll. 1

I. Tatsächliche Ausgangssituation

Gerade bei dieser Fallgestaltung prallen zwei oft nicht leicht zu vereinbarende Wünsche der künftigen Erblasser aufeinander: einerseits soll der Bestand und die Einheit des gemeinsam geschaffenen Vermögens gewahrt werden, andererseits soll der überlebende Ehegatte in seiner Verfügungsbefugnis weitgehend frei sein. Um diesen Zielkonflikt lösen zu können bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, die sich aber vor allem hinsichtlich der Bindungswirkung unterscheiden. 2

„Ehegattentestamente“		
einfaches gemeinschaftliches Testament	gegenseitiges gemeinschaftliches Testament	Erbvertrag
Zwei voneinander unabhängige Testamente in einer Urkunde	Inhaltlicher Zusammenhang; auch wechselbezügliche Verfügungen möglich	Gegenseitige innere Abhängigkeit
Keine Bindungswirkung (frei widerruflich)	Bindungswirkung bzgl wechselbezüglicher Verfügungen, § 2270 BGB	Größte Bindungswirkung, § 2289 BGB

Über die Bedeutung der Bindungswirkung haben der Notar und der Anwalt zu belehren bzw. zu informieren.² Fehlt ein entsprechender Hinweis, drohen Schadensersatzansprüche (§ 19 BNotO bzw. Pflichtverletzung des Anwaltsvertrages, § 280 Abs. 1 BGB). 3

II. Rechtliche Ausgangssituation

1. **Zwei Einzeltestamente.** Sofern eine Bindungswirkung von den Ehegatten ersichtlich nicht gewünscht wird, bietet es sich an, zwei Einzeltestamente dergestalt zu entwerfen, dass jeder den anderen Ehegatten zu seinem Alleinerben einsetzt und als Ersatzerben die gemeinsamen ehelichen Kinder zu gleichen Stammanteilen bestimmt werden. Noch zu Lebzeiten beider Ehegatten könnte jeder auch ohne Kenntnis des anderen diese Verfügung ändern. Es ist in der Regel nicht zielführend und auch nicht gewollt, hier lediglich mit Bedingungen in den jeweiligen

¹ Vgl. dazu Tanck/Krug, Testamente, § 19.

² Vgl. Rohlfing, § 3 Rn. 12 ff.

- Einzeltestamenten zu arbeiten, um eine gewisse Verzahnung und eine zumindest mittelbare Bindung zu erhalten.
- 5 In der Praxis wird eine derartige Regelung aber selten gewünscht, da regelmäßig ein gewisses Maß an Bindung dem Willen der potenziellen Erblasser entspricht.
- 6 **2. Gemeinschaftliches Testament.** Oft wollen die Eheleute gerade, dass das Vermögen des Erstversterbenden zunächst dem überlebenden Ehegatten und erst nach dessen Tod den gemeinsamen Kindern zukommen soll, wobei eine Bindungswirkung erwünscht ist. Hierfür bietet sich ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten an, wobei als Gestaltungsmöglichkeit sowohl die sog Einheits- als auch die sog Trennungslösung in Betracht kommt.
- 7 **Trennungslösung:** Jeder Ehegatte setzt den anderen zum Vorerben und einen Dritten (regelmäßig die gemeinsamen Abkömmlinge) zum Nacherben, § 2100 BGB, sowie für den Fall, dass der andere Ehegatte zuerst sterben sollte, als Ersatzerben, § 2096 BGB, ein.³
- 8 Die Trennungslösung hat den Vorteil, dass der überlebende Ehegatte als Vorerbe bestimmten Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich des ererbten Vermögens unterliegt.⁴ Wenn also sicher gestellt werden soll, dass der Nachlass möglichst ungeschmälert einem Dritten letztlich zukommen soll, ist die Trennungslösung zu bevorzugen. Der häufig geäußerte Wunsch der Ehegatten, dass die Kinder dem überlebenden Elternteil gerade keine Vorschriften machen dürfen, lässt sich durch die Anordnung einer befreiten Vorerbenstellung, §§ 2136 f. BGB, erfüllen.
- 9 **Einheitslösung:** Jeder Ehegatte setzt den anderen zum Vollerben und den Dritten zum Ersatzerben ein. Der Dritte erhält dann das gemeinsame Vermögen der Eheleute beim Tod des längstlebenden als dessen Vollerbe.⁵
- 10 **Hinweis:** Der Schlusserbe eines Berliner Testaments (§ 2269 BGB) kann gemäß § 1946 BGB die Erbschaft erst ausschlagen, wenn er Erbe geworden ist; das wird er erst beim Tod des längstlebenden Ehegatten.⁶
- 11 Nach der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB gilt im Zweifel die **Einheitslösung** (sog „Berliner Testament“). Dabei verschmilzt beim Tod des erstversterbenden Ehegatten dessen Vermögen mit dem des überlebenden Ehegatten zu einer Einheit.⁷ Der zum Schlusserben eingesetzte Dritte erhält zunächst nichts.
- 12 **Hinweis:** Für den Fall, dass die Trennungslösung gewünscht wird, muss die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft klar in das Testament mit aufgenommen werden.
- 13 Soweit in einem gemeinschaftlichen Testament wechselbezügliche Verfügungen enthalten sind, können diese nur im Rahmen des § 2271 BGB widerrufen werden. Dabei ist zu beachten, dass mit dem Tod des anderen Ehegatten das Widerrufsrecht des Überlebenden erlischt, § 2271 Abs. 2 BGB.
- 14 Treffen Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament Anordnungen für den Fall, „dass beide Eheleute sterben“, so kann dies dahin auszulegen sein, dass die Eheleute Vorsorge auch für den Tod des längstlebenden und nicht nur für den Fall ihres gleichzeitigen Versterbens haben treffen wollen.⁸ Die Schlusserbeneinsetzung, die ein Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testament zugunsten seiner eigenen Verwandten vornimmt, ist in der Regel nicht im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB wechselbezüglich zur Erbeinsetzung des Ehegatten.

III. Sachverhaltsvariante Wiederverheiratungsklausel

- 15 Sachverhalt wie oben, zusätzlich soll aber die Möglichkeit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten in die Regelung mit einbezogen werden. Grundsätzlich sind sogenannte Wiederverheiratungsklauseln möglich und nicht von vorne herein etwa wegen Sittenwidrigkeit abzulehnen.⁹ In einem gemeinschaftlichen Testament kann mit einer Wiederverheiratungsklausel

3 MüKo-BGB/Musielak, § 2269 Rn. 2.
4 Brox, Rn. 186.
5 MüKo-BGB/Musielak, § 2269 Rn. 3.
6 BGH NJW 1998, 543.

7 Rohlfing, § 3 Rn. 125.
8 OLG Köln FamRZ 1996, 310.
9 Palandt/Weidlich, BGB § 2269 Rn. 16.

angeordnet werden, dass der Längerlebende zugleich auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe sein soll. Stirbt dann der Längerlebende, ohne wieder geheiratet zu haben, so ist seine Stellung als Vollerbe endgültig geworden.¹⁰

► Muster: Beispiele für die Formulierung einer Wiederverheiratungsklausel¹¹

Heiratet der Überlebende wieder, soll der Nachlass an die Kinder fallen.

Bei Wiederheirat soll sich der Überlebende mit den Kindern nach der gesetzlichen Erbfolge auseinandersetzen. ◀

Für den Fall, dass im Testament die Trennungslösung gewählt wurde, lässt sich eine Wiederverheiratungsklausel problemlos dergestalt einbauen, dass der Nacherbfall nicht nur beim Tod des längstlebenden Ehegatten, sondern auch bei dessen erneuter Eheschließung eintritt.

Bei der Einheitslösung bedarf es der Anordnung einer durch die Wiederverheiratung bedingten Nacherbfolge.

Beispiel: Eheleute haben zwei gemeinsame Kinder, die als Nacherben für den Fall der Wiederverheiratung eingesetzt werden sollten: der überlebende Ehegatte wird mit einem Anteil von 50% unbedingter und hinsichtlich des weiteren Anteils von 50% auflösend bedingter (Voll-)Erbe des Erstversterbenden. Erst mit seinem Tod wird der Längerlebende, falls er nicht wieder geheiratet hat, „endgültig zum Vollerben“¹²

IV. Sachverhaltsvariante Pflichtteilsstrafklausel

Sachverhalt: wie oben, aber die Eheleute wollen noch zusätzlich, dass ein Kind nicht nach dem Tod des zuerstversterbenden Mandanten den Pflichtteil geltend macht. Hier ist eine sogenannte Verwirkungsklausel (auch Pflichtteilssanktionsklausel genannt) in Betracht zu ziehen.

► Muster: Pflichtteilsklausel

Sollte eines unserer gemeinsamen Kinder nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils gegen den Willen des Ehegatten den Pflichtteil verlangen, so soll es nach dem Tod des längstlebenden Elternteils auch nur den Pflichtteil erhalten. ◀

Letztlich wird hier das Kind unter der auflösenden Bedingung als Schlusserbe eingesetzt, dass es keinen Pflichtteil geltend macht, § 2075 BGB. Gleichwohl kann bei dieser Konstruktion das dem Erblasserwillen zuwiderhandelnde Kind zweimal am Nachlass partizipieren, da es auch nach dem Tod des längstlebenden Elternteils nochmals den Pflichtteil verlangen kann. Um diesem Vorgehen Einhalt zu gebieten bietet sich die sog Jastrow'sche Klausel an:¹³

► Muster: Pflichtteilsklausel (Jastrow'sche Klausel)

Sollte eines unserer Kinder nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil verlangen, so erhalten die anderen Kinder, die keine Pflichtteilsrechte geltend gemacht haben, in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile Vermächtnisse, die mit dem Pflichtteilsverlangen anfallen, die aber erst mit dem Ableben des längstlebenden Elternteils fällig werden. ◀

► Muster: Pflichtteilsklausel – Modifikation¹⁴

Sollte eines unserer Kinder nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil verlangen, so erhalten die anderen Kinder, die keine Pflichtteilsrechte geltend gemacht haben, in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile Vermächtnisse, die aufschiebend bedingt mit dem Tod des überlebenden Elternteils anfallen und ebenfalls mit dessen Tode fällig werden. Abkömmlinge von Kindern, die den Pflichtteil geltend gemacht haben, sind nicht vermächnisberechtigt. ◀

10 BGH FamRZ 1986, 155.

11 Brox, Erbrecht, Rn. 189.

12 Palandt/Weidlich, BGB § 2269 Rn. 19.

13 Rohlfing § 3 Rn. 133 ff.

14 Rohlfing, § 3 Rn. 137.

36 **B. Muster: „Berliner Testament“
(gemeinschaftliches eigenhändiges Testament)**

► **Gemeinschaftliches Testament**

I. Erbeinsetzung

Wir, die Eheleute ..., setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Nacherfolge wird nicht angeordnet.

II. Erbfolge nach dem Längstlebenden

Schlusserben des Längstlebenden von uns oder unsere beiderseitigen Erben im Fall unseres gleichzeitigen Ablebens sind unsere Söhne ... und ... zu gleichen Teilen.

III. Bindung

Die genannten Verfügungen sind sämtliche wechselbezüglich.

IV. Änderungsvorbehalt

Dem Längstlebenden bleibt es ausdrücklich vorbehalten, seine Verfügungen von Todes wegen zu ändern, aufzuheben oder zu ergänzen, ohne, dass dadurch seine Alleinerbeneinsetzung entfällt. Jedoch sind erbrechtliche Zuwendungen an andere Personen, die nicht gemeinschaftliche eheliche [Alternativzusatz: und leibliche] Abkömmlinge sind, nicht zulässig.

V. Pflichtteilsklausel

Für den Fall, dass einer unserer Abkömmlinge (oder sein Erbe) Pflichtteilsansprüche nach dem Tod des Erstversterbenden geltend macht, ist er für sich und seinen Stamm von der Schlusserfolge ausgeschlossen, es sei denn dass der überlebende Ehegatte ihn ausdrücklich durch Verfügung von Todes wegen bedenkt.

Wer hingegen den Pflichtteil nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns nicht geltend macht, erhält für den Fall, dass von anderen Abkömmlingen (oder deren Erben) solche Pflichtteilsansprüche geltend gemacht werden, zulasten des Nachlasses des erstversterbenden Ehegatten ein beim Ableben des zweitversterbenden Ehegatten anfallendes und fällig werdendes Vermächtnis, dessen Gegenstand der Pflichtteilsanspruch ist.

VI. Wiederverheiratungsklausel

Sollte der Überlebende von uns wieder heiraten, ist er verpflichtet, unseren gemeinsamen Kindern bzw. deren Abkömmlingen den Wert ihres gesetzlichen Erbteils in Bezug auf den erstversterbenden Ehegatten auszuzahlen. Die Zahlung hat innerhalb von sechs Monaten nach der Wiederverheiratung zu erfolgen. Für die Berechnung sind dabei der ursprüngliche Bestand des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls und der Wert der Nachlassgegenstände im Zeitpunkt der Wiederverheiratung maßgeblich.

..., den ...

...

..., den ...

... ◀

37 **C. Muster: Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments**

► Verhandelt in ..., den ...

Vor dem Notar

...

erschienen:

Frau ..., geborene ..., wohnhaft ...-str. ... in ..., geboren ...

- dem Notar persönlich bekannt -

Frau ... bittet um die Beurkundung einer

Widerrufserklärung

und erklärt zu notariellem Protokoll:

„Hiermit widerrufe ich das von ... und mir am ... vor dem Notar Dr. ..., URNr. ..., errichtete gemeinschaftliche Testament in vollem Umfang.“

Der Notar Dr. ... wird beauftragt, eine Ausfertigung dieser Urkunde meinem Ehemann zustellen zu lassen.

Ich wurde vom Notar darüber belehrt, dass durch den Widerruf auch die wechselbezüglichen Verfügungen meines Ehemannes unwirksam werden.“

Vorstehende Niederschrift wurde Frau ... vorgelesen, von ihr genehmigt und von ihr und dem Notar wie folgt unterschrieben.

...Dr. ... ◀

D. Muster: Zustellungsauftrag

► ... den ...

Herrn ...,
Gerichtsvollzieher ...

...str. ...

...

Parteizustellung

Sehr geehrter Herr ...,
namens und im Auftrag der Frau ... erteile ich Ihnen den Auftrag, die anliegende Ausfertigung der Urkunde des Notars ... vom ... URNr. ... an Herrn ..., ...str. ..., in ... zuzustellen.

...

Rechtsanwalt

Anlage: Ausfertigung der Urkunde vom ... URNr. ... ◀

V. Sachverhaltsvariante Katastrophenklausel

25 Gegebenenfalls ist auch eine Regelung für den Fall zu treffen, dass beide Ehegatten gleichzeitig versterben (sog Katastrophenklausel).

26 ► **Muster: Katastrophenklausel¹⁵**

76 Sollten wir gleichzeitig oder aufgrund desselben Ereignisses kurz hintereinander sterben, so scheidet eine Erbfolge der Ehegatten untereinander aus. In diesem Fall setzt jeder von uns unsere gemeinschaftlichen Kinder zu seinen Erben ein. ◀

27 Problematisch ist, ob sich derartige Klauseln auch auf den Fall des Nacheinanderversterbens erstrecken. Die Rechtsprechung¹⁶ stellt dabei darauf ab, ob die Ehegatten auch eine abschließende Regelung für den Tod des Längstlebenden treffen wollten. Treffen Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament Anordnungen für den Fall, „dass beide Eheleute sterben“, so kann dies dahin auszulegen sein, dass die Eheleute Vorsorge auch für den Tod des Längstlebenden und nicht nur für den Fall ihres gleichzeitigen Versterbens haben treffen wollen.¹⁷

VI. Nießbrauchsvermächtnis¹⁸

28 Neben den beiden genannten Möglichkeiten Einheits- und Trennungslösung ist auch noch die Zuwendung eines Nießbrauchsvermächtnisses möglich. Im Gegensatz zum Vorerben ist der Nießbrauchvermächtnisnehmer nicht zu Verfügungen über Nachlassgegenstände berechtigt, ihm steht lediglich deren volle Nutzung zu, § 1030 Abs. 1 BGB. Auch ist der Nießbrauch anders als die Vorerbschaft unvererblich und nicht übertragbar, §§ 1061, 1068, 1059 BGB. In Betracht kommt ein Nießbrauchsvermächtnis, wenn der Erblasser dem Bedachten in der Verfügungsbefugnis beschränken und den Zweitbedachten stärker schützen will.

VII. Steuerliche Auswirkungen

29 Erbschaftsteuerlich ist das „Berliner Testament“ insoweit nachteilig, als dieselbe Vermögensmasse zweimal der Steuerpflicht unterworfen wird.¹⁹ Man kann dadurch „gegensteuern“, dass den Abkömmlingen bei dem Tod des Erstversterbenden ein Vermächtnis zugewandt wird, damit der Erbschaftsteuerfreibetrag ganz oder zumindest teilweise ausgenutzt wird. Dies ist eventuell schon bei „mittleren Vermögen“ in Betracht zu ziehen.²⁰ Die Fälligkeit dieses Vermächtnisses kann auf einen bestimmten Zeitpunkt hinausgeschoben werden. Allerdings darf zur Fälligkeitsbestimmung nicht der Tod des überlebenden Ehegatten gewählt werden, da dies zu einer Versteuerung entsprechend § 6 Abs. 4 ErbStG führen kann.²¹

30 Auch ist § 27 ErbStG zu beachten, wonach sich die Erbschaftsteuer um bis zu 50 % ermäßigt, wenn der zweite Erbgang innerhalb von 10 Jahren nach dem ersten Erbfall eintritt und jeweils Personen der Steuerklasse I das Vermögen erworben haben. Wegen der genauen Ermäßigung wird auf die Tabelle zu § 27 Abs. 1 ErbStG hingewiesen.

31 Im Übrigen werden sowohl beim Einheits- als auch beim Trennungsprinzip die Freibeträge, die den Kindern zustehen, nicht voll ausgenutzt, da diese beim ersten Erbgang „verschenkt“ werden. Schließlich können sich auch Nachteile aus der progressiven Gestaltung des Erbschaftsteuersatzes nach § 19 ErbStG ergeben.²²

15 Vgl. Reimann/Bengel/J. Mayer, BGB § 2269 Rn. 22 ff; Nieder/Kössinger, § 14 Rn. 104.

19 Vgl. Mayer, ZEV 1998, 50.

16 BayObLG FamRZ 1997, 1571.

20 Vgl. Schmidt, BWNorZ 1998, 67.

17 OLG Köln FamRZ 1996, 310.

21 Vgl. Tanck/Krug, Testamente, § 19 Rn. 16.

18 Vgl. Nieder/Kössinger, § 14 Rn. 96.

22 Vgl. dazu im einzelnen Rohlfing, § 3 Rn. 146 ff.

§ 4 Gestaltung eines Online-Shops

A. Beratungssituation	1
I. Vorbemerkung	1
II. Der Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr	4
1. Anwendbarkeit deutschen Rechts	5
a) Vertragsstatut	6
b) Anwendbarkeit ausländischen Wettbewerbs-, Urheber-, Marken und Deliktsrechts	10
2. Zustandekommen des Vertrages	15
a) Abgrenzung zwischen <i>invitatio ad offerendum</i> und Angebot	16
b) Angebot des Kunden durch dessen Bestellung	17
aa) Informationspflichten des Online-Händlers nach § 312 d Abs. 1 BGB	18
bb) Möglichkeit zur Korrektur von Bestelldaten	19
cc) Darstellung der Schritte bis zum Vertragsabschluss	20
dd) Abrufbarkeit der Vertragsbedingungen („Click and Accept“)	22
ee) Möglichkeit zur wiedergabefähigen Speicherung der Vertragsbedingungen	25
b) Annahmeerklärung des Online-Händlers	28
aa) Abgrenzung zwischen Bestellbestätigung und Annahmeerklärung	28
bb) Herausschieben der Annahmeerklärung durch den Online-Händler	31
cc) Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung (Angabe der Lieferfrist)	33
c) Zugang der Willenserklärungen	35
d) Nachweisprobleme bei elektronisch übermittelten Erklärungen	36
aa) Darlegungs- und Beweislast	36
bb) Verhinderung des Auftretens eines Kunden unter fremdem Namen	39
(1) Grundsätze über das Handeln unter fremdem Namen	39
3. Wahrung eventueller Formvorschriften	40
4. Fernabsatzrechtliche Informationspflichten	46
a) Personeller Anwendungsbereich	48
aa) Unternehmer	48
bb) Verbraucher	49
cc) Beschränkung auf B2C-Commerce	52
dd) Beschränkung auf B2B-Commerce	53
b) Sachlicher Anwendungsbereich	54
aa) Benutzung eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems	54
bb) Ausschluss bestimmter Geschäfte	55
5. Beratungssituation	56
c) Informationspflichten nach § 312 d und § 312 g BGB	57
aa) In Textform anzugebende Informationen	59
bb) Besonders kenntlich zu machende Informationen	64
cc) Lieferung von Waren	66
dd) Zeitpunkt der Informationen	68
ee) Sprache der Informationen	69
6. Informationen nach der Preisangabenverordnung	109
7. Weitere Informationspflichten des Online-Händlers	116
a) Vorgaben nach § 5 TMG	116
aa) Anbieterkennzeichnungspflicht	116
bb) Tatbestandsvoraussetzungen	117
cc) Pflichtangaben des Anbieters	118
dd) Leichte Erkennbarkeit, Erreichbarkeit und Verfügbarkeit der Angaben	119
b) Vorgaben nach § 6 TMG	120
c) Vorgaben nach § 55 Abs. 2 RStV	121
d) Muster: Impressum eines Online-Händlers (GmbH)	122
e) Muster: Impressum einer Rechtsanwalts- und Notarsozietät	123
f) Informationen gemäß ODR-Verordnung und ADR-Richtlinie	124
8. Sonstige Reglementierungen bei der Gestaltung des Online-Shops	126
B. Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Online-Shops	129
I. Wesentlicher Inhalt der AGB	129
II. Einbeziehung der AGB	132
III. Erläuterung der Klauseln/Inhaltskontrolle der AGB	133
IV. Muster: AGB eines Online-Shops	135
C. Vergütung des Anwalts	136

A. Beratungssituation

I. Vorbemerkung

Viele große, aber auch kleinere mittelständische Unternehmen und Einzelpersonen betreiben Online-Shops und eröffnen sich damit neue Vertriebswege für die unterschiedlichsten Waren und Serviceleistungen. Nach Presseberichten setzten deutsche Internet-Versandhandelsunternehmen im Jahr 2006 Waren im Wert von über 10 Mrd. EUR ab.¹ Heute setzen E-Commerce-Unternehmen im B2C-Bereich über 50 Mrd. EUR jährlich um.²

Die nachfolgenden Ausführungen behandeln die zentralen Fragen, die der Anwalt beim Entwurf oder der Überarbeitung von Geschäftsbedingungen für den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen über das Internet und bei der Schaffung der sonstigen Voraussetzungen für einen einwandfreien Internetauftritt des Mandanten (ordnungsgemäßes Impressum etc) zu beachten hat.

Das Internet ist voll von Beispielen an AGB zur Abwicklung von Online-Geschäften (einschließlich unzähliger Beispiele an Liefer- und Zahlungsbedingungen und Angaben der Informationen gemäß §§ 312 b ff. BGB). Vorsicht bei einer Übernahme derartiger AGB oder sonstiger Vorlagen (etwa zur Widerrufsbelehrung, zu Disclaimern etc) ist allerdings umso mehr geboten, als die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von AGB immer strengere Maßstäbe anlegt und dabei zum Teil sogar vom Gesetzgeber selbst vorgeschlagene Musterformulierungen für unzureichend erachtet hatte. Das aktuelle amtliche Muster wurde jedoch nun wieder an die Vorgaben der Rechtsprechung angepasst. (→ Rn. 99 ff.).³

II. Der Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick darüber gegeben, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag im bzw. über das Internet zustande kommt und welchen spezifischen Informationspflichten der Online-Händler zu genügen hat.

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts. Da die Websites, über die Online-Shops betrieben werden, weltweit abrufbar sind und sich damit auch bei einer nur deutschsprachigen Gestaltung des Online-Shops grenzüberschreitende Bezüge ergeben können, kann sich die Frage des anwendbaren Rechts stellen.⁴

a) Vertragsstatut. Das Vertragsstatut wird anhand der Art. 3 ff. Rom I-Verordnung bestimmt. Danach besteht – auch bei der Verwendung von AGB – der **Grundsatz der Rechtswahlfreiheit**. Auch in AGB betreffend Online-Geschäfte sind Rechtswahlklauseln grundsätzlich wirksam, wobei allerdings bei Geschäften mit Verbrauchern die Regelung des Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung zu beachten ist.⁵

Hat der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland, sondern in einem anderen Staat, so kann ihm unter den in Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung genannten Voraussetzungen der Schutz nicht entzogen werden, der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechtes des Staates gewährt wird, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung gilt dies beispielsweise dann, wenn dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat (des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers) vorausgegangen ist und wenn der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat. Nach herrschender

1 Pressemitteilung des Bundesverbandes des deutschen Versandhandels vom 27.11.2006.

2 Vgl. Aktuelle Zahlen zum Interaktiven Handel des Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland eV (bevh) unter <https://www.bevh.org/marke-statistik/zahlen-fakten/> (Stand 4.4.17).

3 Zutreffend der Befund von Graf von Westphalen, NJW 2006, 2228: „Nimmt man nämlich alle diese Aussagen [aus der jüngeren Rechtsprechung des BGH] zusam-

men, dann dürfte der Tod der anwaltlichen Datenbanken angekündigt sein, weil sie dann alle AGB enthalten, deren Wirksamkeit angesichts einer oft extrem restriktiven Rechtsprechung im Bereich des gesamten Vertragsrechts mindestens zweifelhaft ist.“

4 Vgl. Frank, in: Bräutigam/Leipold, Online-Handel,

5 Vgl. Mankowski, in: Spindler-Wiebe, Internet-Auktionen, 2001, S. 159 ff.; Koehler, MMR 1998, 289 (292).

Meinung stellt die Abrufbarkeit eines Online-Angebotes im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers bereits ein derartiges Angebot bzw. eine kommerzielle Werbung dar.⁶ Eine Rechtswahlklausel sollte die **Einschränkung des Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung** berücksichtigen, sofern nicht die Lieferung an Personen, die ihren Wohnsitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland haben, ausdrücklich ausgeschlossen sein soll (dazu → Rn. 10 ff.).

- 8 Zum deutschen Recht gehört grundsätzlich auch das Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen zum internationalen Warenkauf (CISG). Gemäß Art. 2 lit. a CISG unterfallen Geschäfte, die sich auf Waren für den persönlichen Gebrauch und den Gebrauch in der Familie bzw. im Haushalt beziehen, nicht dem CISG, wenn dies für den Verkäufer erkennbar war. Diese Voraussetzungen liegen beim Abschluss von Geschäften des Unternehmers mit Verbrauchern (B2C) regelmäßig vor.⁷ Wenn der Online-Händler auch an Personen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland liefert, sich aber auf das CISG, das eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe enthält,⁸ in keinem Fall einlassen will, sollte er vorsorglich auch im B2C-Bereich die Geltung des CISG als Teil des deutschen Rechts ausschließen.

9 ► **Muster: Rechtswahlklausel (B2C)**

93 Alle zwischen Ihnen und [Name des Online-Shops] abgeschlossenen Verträge unterliegen ausschließlich dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts. [ggf. ergänzen: Unberührt davon bleiben die zwingenden Bestimmungen des Staates, in dem Sie Ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.] ◀

- 10 b) **Anwendbarkeit ausländischen Wettbewerbs-, Urheber-, Marken und Deliktsrechts.** Im Hinblick auf eine etwaige Kollision des Internetauftritts des Online-Händlers mit Vorschriften internationalen Wettbewerbs-, Urheber-, Marken- und Deliktsrechts⁹ kann es sich empfehlen, auf der Website ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das Angebot nur für bestimmte Märkte gilt oder für bestimmte Märkte nicht gilt, also sich beispielsweise nur an potenzielle Käufer in Deutschland richtet. Ein solcher **Disclaimer**, mit dem der Werbende ankündigt, Adressaten in einem bestimmten Land nicht zu beliefern, kann – jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis¹⁰ – ein **Indiz für eine Einschränkung des Verbreitungsgebiets** sein. Ein wirksamer Disclaimer setzt aber voraus, dass er klar und eindeutig gestaltet und aufgrund seiner Aufmachung als ernst gemeint aufzufassen ist. Erheblich ist der Disclaimer zudem nur, wenn ihm der Werbende auch tatsächlich beachtet und nicht entgegen seiner Ankündigung gleichwohl in das vom Vertrieb ausgenommene Absatzgebiet liefert.¹¹ Ist der Online-Händler allerdings nicht so konsequent, alle erkannten und erkennbaren Angebote von Kunden abzulehnen, die außerhalb des so bestimmten Marktes ansässig sind, schützt der Disclaimer nicht; die Berufung auf ihn würde eine unbeachtliche *protestatio factio contraria* bedeuten.¹²
- 11 Keinen Schutz vor der Anwendbarkeit ausländischen Wettbewerbs-, Urheber- und Deliktsrechts bewirken hingegen bloß unternehmensinterne Weisungen.¹³ Wer als Unternehmer Vertriebsbeschränkungen vornehmen will, muss dies nach außen eindeutig dokumentieren.¹⁴

6 Palandt/Thorn, Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung, Rn. 7; Frank, in: Bräutigam/Leipold, Online-Handel, 2003, B III. Rn. 20. Frank, in: Bräutigam/Leipold, Online-Handel, 2003, B III. Rn. 21.

7 Vgl. dazu im Einzelnen Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, Art. 2 Rn. 7 ff.

8 Vgl. Schlechtriem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, Einl. II., der (aaO, III.) allerdings „das Übereinkommen im ganzen als wohlgelungen und zukunftsweisend bewertet.“

9 Ausführlich dazu Frank, in: Bräutigam/Leipold, 2003, Online-Handel, B III. Rn. 37 ff.

10 Nachweise zu der Entscheidungspraxis ausländischer Gerichte bei Mankowski, Mankowski, GRURInt 1999, 909 ff.

11 BGH NJW 2006, 2630, OLG Frankfurt/M. CR 1999, 450, 451; KG, GRURInt 2002, 448, 449 f.; Hoeren, WRP 1997, 993, 998; Mankowski, GRURInt 1999, 909, 919.

12 Mankowski, GRURInt 1999, 909, 920, mwN.

13 OLG Frankfurt/M. K&R 1999, 138, 139.

14 Mankowski, GRURInt 1999, 909, 920, mwN.

135

IV. Muster: AGB eines Online-Shops

108

► Allgemeine Verkaufsbedingungen**§ 1 Geltungsbereich**

Diese Geschäftsbedingungen gelten für alle Käufe bei ... [Name des Online-Shops und Link auf „Impressum“], die von Privatkunden getätigt werden. Privatkunden in diesem Sinne sind Personen mit Wohnsitz und Lieferadresse in der Bundesrepublik Deutschland, soweit die von ihnen bestellten Waren weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Geschäftskunden werden gebeten, Bestellungen auf den über den Geschäftskunden-Login erreichbaren Bestellseiten ... [Link auf Geschäftskunden-Login] zu tätigen.

§ 2 Vertragsabschluss

Mit der Präsentation unserer Waren und der Einräumung der Möglichkeit zur Bestellung ist noch kein verbindliches Angebot unsererseits verbunden. Erst Ihre Bestellung stellt ein Angebot an uns zum Abschluss eines Kaufvertrages dar. Wenn Sie eine Bestellung bei uns aufgeben, senden wir Ihnen an die von Ihnen angegebene E-Mail-Adresse eine E-Mail zu, mit der wir den Eingang Ihrer Bestellung bestätigen und deren Einzelheiten aufführen (Bestellbestätigung). Diese Bestellbestätigung stellt keine Annahme Ihres Angebotes dar, sondern soll Sie nur darüber informieren, dass Ihre Bestellung bei uns eingegangen ist. Ein Kaufvertrag mit uns kommt erst dann zustande, wenn wir das bestellte Produkt an Sie versenden und den Versand an Sie mit einer zweiten E-Mail (Versandbestätigung) bestätigen.

§ 3 Preise und Versandkosten

Die ausgezeichneten Preise sind Endpreise inkl. Umsatzsteuer. Es gilt der Betrag, der jeweils zum Zeitpunkt der verbindlichen Bestellung ausgewiesen ist. Hinzu kommen Versandkosten, die von der Versandart und der Größe und dem Gewicht der von Ihnen bestellten Ware(n) abhängig sind. Über die Einzelheiten können Sie sich unter [Link auf „Versandkosten“] informieren. Die regelmäßigen Kosten der Rücksendung, die im Falle einer Rückgabe der Ware durch Sie in Ausübung Ihres Widerrufsrechts ([Link auf „Widerrufsrecht“]) entstehen, tragen wir. Bei Ausübung Ihres Widerrufsrechts erstatten wir Ihnen auch die Versandkosten zurück.

§ 4 Zahlung

Die Bezahlung erfolgt bei Lieferung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland mittels Kreditkarte, per Nachnahme (bei Bestellungen bis 3.500 EUR), Vorkasse oder im Wege der Finanzierung. [Name des Online-Shops] weist ausdrücklich darauf hin, dass die Deutsche Post zur Bezahlung von Nachnahmesendungen nur Bargeld akzeptiert. Mit Angabe der Kreditkartennummer in der Bestellung ist [Name des Online-Shops] ermächtigt, den Kaufpreisbetrag von Ihrem in der Bestellung angegebenen Kreditkartenkonto einzuziehen.

§ 5 Zahlungsverzug

Kommen Sie in Zahlungsverzug, so ist ... [Name des Online-Shops] berechtigt, Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem von der Deutschen Bundesbank für den Zeitpunkt der Bestellung bekannt gegebenen Basiszinssatz p.a. zu fordern. Falls ... [Name des Online-Shops] ein höherer Verzugsschaden nachweisbar entstanden ist, ist ... [Name des Online-Shops] berechtigt, diesen geltend zu machen.

§ 6 Aufrechnung

Ein Recht zur Aufrechnung steht dem Kunden nur zu, wenn seine Gegenansprüche rechtskräftig festgestellt oder von ... [Name des Online-Shops] unbestritten sind.

§ 7 Zurückbehaltungsrecht

Zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist der Kunde nur insoweit befugt, als sein Gegenanspruch auf demselben Vertragsverhältnis beruht.

§ 8 Lieferung

(1) Die Lieferung erfolgt an die vom Kunden angegebene Lieferanschrift, jedoch nur innerhalb der Bundesrepublik Deutschland.

(2) Macht höhere Gewalt (Naturkatastrophen, Krieg, Bürgerkrieg, Terroranschlag) die Lieferung oder eine sonstige Leistung dauerhaft unmöglich, ist eine Leistungspflicht von ... [Name des Online-Shops] ausgeschlossen. Bereits gezahlte Beträge werden von ... [Name des Online-Shops] unverzüglich erstattet.

(3) ... [Name des Online-Shops] kann außerdem die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Kaufvertrages und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Interesse des Kunden an der Erfüllung des Kaufvertrages steht. Bereits gezahlte Beträge werden von ... [Name des Online-Shops] unverzüglich erstattet.

(4) Sendungen ab ... [Gewichtsangabe] und Sperrgut (Pakete mit einem größeren Volumen als 1 qm) werden in der Regel nicht mit der Deutschen Post, sondern per Spedition geliefert. ... [Name des Online-Shops] weist ausdrücklich darauf hin, dass diese Ware nicht ins Haus getragen wird.

§ 9 Günstige Versandart bei Rücksendung

(1) Bitte verwenden Sie bei der Rücksendung der Ware und des Zubehörs nach Möglichkeit die Originalverpackung, auch wenn diese durch eine Öffnung zur Funktionsprüfung beschädigt sein sollte.

(2) Bitte verwenden Sie zur Rücksendung den der Warenlieferung beigefügten, vollständig frankierten und adressierten Rücksendaufkleber. Es handelt sich dabei um die einfachste und kostengünstigste Versandmöglichkeit. Sie trifft keine Verpflichtung zur Verwendung dieses Rücksendeverfahrens. Wenn Sie allerdings eine unnötig teure Versandart wählen, können Sie unter Umständen verpflichtet sein, die gegenüber einer günstigen Versandart erhöhten Kosten an uns zu zahlen.

§ 10 Eigentumsvorbehalt

Bis zur vollständigen Begleichung aller gegen den Kunden bestehender Ansprüche aus dem Kaufvertrag bleibt die gelieferte Ware im Eigentum von ... [Name des Online-Shops]. Solange dieser Eigentumsvorbehalt besteht, darf der Kunde die Ware weder weiterveräußern noch über die Ware verfügen; insbesondere darf der Kunde Dritten vertraglich keine Nutzung an der Ware einräumen.

§ 11 Mängelrechte

(1) Ein bereits bei der Lieferung mangelhaftes Produkt (Gewährleistungsfall) wird ... [Name des Online-Shops] nach Wahl des Kunden auf Kosten von ... [Name des Online-Shops] durch ein mangelfreies ersetzen oder fachgerecht reparieren lassen (Nacherfüllung). Der Kunde wird darauf hingewiesen, dass kein Gewährleistungsfall vorliegt, wenn das Produkt bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hatte. Ein Gewährleistungsfall liegt insbesondere in folgenden Fällen nicht vor:

- bei Schäden, die beim Kunden durch Missbrauch oder unsachgemäßen Gebrauch entstanden sind,
- bei Schäden, die dadurch entstanden sind, dass die Produkte beim Kunden schädlichen äußeren Einflüssen ausgesetzt worden sind (insbesondere extremen Temperaturen, Feuchtigkeit, außergewöhnlicher physikalischer oder elektrischer Beanspruchung, Spannungsschwankungen, Blitzschlag, statischer Elektrizität, Feuer).

(2) ... [Name des Online-Shops] leistet ferner keine Gewähr für einen Fehler, der durch unsachgemäße Reparatur durch einen nicht vom Hersteller autorisierten Servicepartner entstanden ist.

(3) Erfordert die vom Kunden gewünschte Art der Nacherfüllung (Ersatzlieferung oder Reparatur) einen Aufwand, der in Anbetracht des Produktpreises unter Beachtung des Vertragsinhaltes und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Kunden steht – wobei insbesondere der Wert des Kaufgegenstandes im mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen sind, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Kunden zurückgegriffen werden kann – beschränkt sich der Anspruch des Kunden auf die jeweils andere Art der Nacherfüllung. Das Recht von ... [Name des Online-

Shops], auch diese andere Art der Nacherfüllung unter der vorgenannten Voraussetzung zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Sowohl für den Fall der Reparatur als auch für den Fall der Ersatzlieferung ist der Kunde verpflichtet, das Produkt auf Kosten von ... [Name des Online-Shops] unter Angabe der Auftragsnummer an die von ihr angegebene Rücksendeadresse einzusenden. Vor der Einsendung hat der Kunde von ihm eingefügte Gegenstände aus dem Produkt zu entfernen. ... [Name des Online-Shops] ist nicht verpflichtet, das Produkt auf den Einbau solcher Gegenstände zu untersuchen. Für den Verlust solcher Gegenstände haftet ... [Name des Online-Shops] nicht, es sei denn, es war bei Rücknahme des Produktes für ... [Name des Online-Shops] ohne Weiteres erkennbar, dass ein solcher Gegenstand in das Produkt eingefügt worden ist (in diesem Fall informiert ... [Name des Online-Shops] den Kunden und hält den Gegenstand für den Kunden zur Abholung bereit; der Kunde trägt die dabei entstehenden Kosten). Der Kunde hat zudem, bevor er ein Produkt zur Reparatur oder zum Austausch einsendet, gegebenenfalls separate Sicherungskopien der auf dem Produkt befindlichen Systemsoftware, der Anwendungen und aller Daten auf einem separaten Datenträger zu erstellen und alle Passwörter zu deaktivieren. Eine Haftung für Datenverlust wird nicht übernommen. Ebenso obliegt es dem Kunden, nachdem ihm das reparierte Produkt oder das Ersatzprodukt zurückgesandt worden ist, die Software und Daten zu installieren und die Passwörter zu reaktivieren.

(5) Sendet der Kunde die Ware ein, um ein Austauschprodukt zu bekommen, richtet sich die Rückgewähr des mangelhaften Produktes nach folgender Maßgabe: Sofern der Kunde die Ware zwischen Lieferung und Rücksendung in mangelfreiem Zustand benutzen konnte, hat dieser den Wert der von ihm gezogenen Nutzungen zu erstatten. Für einen nicht durch den Mangel eingetretenen Untergang oder die weitere Verschlechterung der Ware sowie für die nicht durch den Mangel eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe der Ware im Zeitraum zwischen Lieferung der Ware und Rücksendung der Ware hat der Kunde Wertersatz zu leisten. Der Kunde hat keinen Wertersatz für die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Ware entstandene Verschlechterung der Ware zu leisten. Die Pflicht zum Wertersatz entfällt für die Rücksendung eines mangelhaften Produktes im Gewährleistungsfall ferner,

- a) wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung gezeigt hat,
- b) wenn ... [Name des Online-Shops] die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden auch bei ... [Name des Online-Shops] eingetreten wäre,
- c) wenn die Verschlechterung oder der Untergang beim Kunden eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

(6) Die Schadensersatzpflicht des Kunden bei einer vom Kunden zu vertretenden Verletzung der Rücksendungspflicht richtet sich nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen.

(7) Der Kunde kann nach seiner Wahl vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, wenn die Reparatur oder Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist nicht zu einem vertragsgeerten Zustand des Produktes geführt hat.

(8) Darüber hinaus können auch Ansprüche gegen den Hersteller im Rahmen einer von diesem eingeräumten Garantie bestehen, die sich nach den entsprechenden Garantiebedingungen richten.

(9) Die gesetzliche Gewährleistung von ... [Name des Online-Shops] endet zwei Jahre ab Lieferung der Ware. Die Frist beginnt mit dem Erhalt der Ware.

§ 12 Haftung

(1) Bei leichter Fahrlässigkeit haftet ... [Name des Online-Shops] nur bei der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten und beschränkt auf den vorhersehbaren Schaden. Diese Beschränkung gilt nicht bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit. Für sonstige leicht fahrlässig durch einen Mangel des Kaufgegenstandes verursachte Schäden haftet ... [Name des Online-Shops] nicht.

(2) Unabhängig von einem Verschulden von [Name des Online-Shops] bleibt eine Haftung von [Name des Online-Shops] bei arglistigem Verschweigen des Mangels oder aus der Übernahme einer Garantie

unberührt. Die Herstellergarantie ist eine Garantie des Herstellers und stellt keine Übernahme einer Garantie durch ... [Name des Online-Shops] dar.

(3) ... [Name des Online-Shops] ist auch für die während ihres Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Lieferung verantwortlich, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten wäre.

(4) Ausgeschlossen ist die persönliche Haftung der gesetzlichen Vertreter, Erfüllungsgehilfen und Betriebsangehörigen von ... [Name des Online-Shops] für von ihnen durch leichte Fahrlässigkeit verursachte Schäden.

§ 13 Anwendbares Recht

Der zwischen Ihnen und ... [Name des Online-Shops] abgeschlossene Vertrag unterliegt ausschließlich dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts. [ggf. ergänzen: Unberührt davon bleiben die zwingenden Bestimmungen des Staates, in dem Sie Ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.]

§ 14 Gerichtsstand

Sofern Sie entgegen Ihren Angaben bei der Bestellung keinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben oder nach Vertragsabschluss Ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen oder Ihr Wohnsitz zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist, ist Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis ... [Sitz des Betreibers des Online-Shops].

§ 15 Salvatorische Klausel, Schriftform

(1) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam oder nichtig sein oder werden, so wird dadurch die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt. Die Parteien verpflichten sich, die unwirksame oder nichtige Bestimmung durch eine wirksame Bestimmung zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Dasselbe gilt im Fall einer Lücke.

(2) Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. ◀

C. Vergütung des Anwalts

Die Vergütung des Anwalts für außergerichtliche Angelegenheiten im Zusammenhang mit der 136 Vertragsgestaltung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des RVG (→ § 1 Rn. 132 f.).

§ 1 Einleitung

Literatur: *Bamberger/Roth*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2012; *Brand*; Probleme mit der „IKEA-Klausel“, ZGS 2003, 96 ff; *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, NK-BGB (Band 2 – Schuldrecht, 3. Aufl. 2016); *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Aufl. 2014; *Graf von Westphalen*, AGB-Recht im Jahr 2005, NJW 2006, 2228 ff; *Graf von Westphalen*, Vertragsrechte und AGB-Klauselwerke, 28. Aufl. 2011; *Gutzeit*, Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?, NJW 2007, 956 ff; *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 2002; *Heidel/Pauly/Amend*, Anwaltsformulare, 8. Aufl. 2015; *Herresthal*, Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf, NJW 2008, 2475 ff; *Herrler/Tomasic*, Keine Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neu lieferung, BB 2008, 1245 ff; *Huber*, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 ff; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; *Jauernig*, BGB-Kommentar, 15. Aufl. 2014; *Kaeding*, Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung, NJW 2010, 1031 ff; *Klöhn*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB), NJW 2007, 2811 ff; *Koch*, Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein?, NJW 2010, 1636 ff; *Kothe/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann*, Das neue Schuldrecht, 2003; *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I 2016; *Mankowski*, Nachbesserung und Verbesserung beim Kauf, NJW 2011, 1025 ff; *Musielak*, Die Nacherfüllung beim Stückkauf, NJW 2008, 2801 ff; *Ostendorf*, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833 ff; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017; *Schall*, Nochmals: Die Anwendbarkeit des Sachmangelrechts im Falle unbehebbarer Mängel der Kaufsache, NJW 2011, 343 ff; *Schulte-Nölke/Flohr*, Formularbuch Vertragsrecht, 2010; *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002; *Westermann*, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 ff.

A. Vorbemerkung	1	XI. Rechtskauf	41
B. Die das Kaufrecht prägenden Rechtsbegriffe	2	XII. Verbrauchsgüterkauf	43
I. Hauptpflichten beim Kaufvertrag	2	C. Individualvereinbarung/Formularvertrag	50
II. Nebenpflichten beim Kauf	5	(AGB)	50
III. Sachmangel	6	I. Allgemeines	50
IV. Rechtsmangel	11	II. Einbeziehung von AGB gegenüber Verbrauchern	54
V. Rechte des Käufers bei Mängeln	12	III. Einbeziehung von AGB gegenüber Unternehmern/kollidierende AGB	58
1. Nacherfüllung	13	IV. Transparenzgebot	61
2. Rücktritt	16	V. Haftungsfreizeichnungs-, Gewährleistungs klauseln	62
3. Minderung	19	VI. Schriftformklauseln	66
4. Schadensersatz	21	VII. Salvatorische Klauseln	69
VI. Verjährung	27	VIII. Unternehmensverkehr	71
VII. Garantie	30		
VIII. Gefahrübergang	33		
IX. Eigentumsvorbehalt	36		
X. Schiffskauf	40		

A. Vorbemerkung

Die nachfolgende Einleitung soll der kurzen Erklärung einzelner im Kaufrecht relevanter Begriffe und damit der Einführung dienen. In den nachfolgenden Kapiteln werden dann diese rechtlichen Begriffe entsprechend ihrer Relevanz für die einzelnen Verträge näher erläutert.

B. Die das Kaufrecht prägenden Rechtsbegriffe

I. Hauptpflichten beim Kaufvertrag

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag schuldrechtlicher Art. Er stellt die rechtliche Grundlage für den Erwerb von Sachen bzw. Rechten gegen Geld dar. Der Kaufvertrag kommt durch **Antrag und Annahme** zustande und begründet für den Verkäufer die Pflicht, die gekaufte Ware

(Sache oder Recht) dem Käufer zu verschaffen, sie ihm also frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben und zu übereignen. Den Käufer trifft dagegen die Pflicht, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, § 433 BGB.¹ Die in § 433 BGB aufgeführten **Hauptpflichten** des Käufers und des Verkäufers stehen im **Gegenseitigkeitsverhältnis**. Bei Kaufgeschäften des täglichen Lebens, wie zB dem Kauf von Obst, sind sie zumeist sogar Zug um Zug zu erbringen. In diesen Fällen bedarf es in der Regel auch keines schriftlichen Kaufvertrages.

- 3 Die **Hauptpflichten** der Kaufvertragsparteien können von diesen freilich auch in einer Vielzahl verschiedener Variationen vereinbart werden, so etwa in Form einer (teilweisen) Stundung der Kaufpreiszahlung für bestimmte Zeitabschnitte bei der Ratenzahlung oder durch Abtretung des Herausgabebeanspruchs gegen einen dritten Besitzer statt der Übergabe der gekauften Sache.
- 4 Durch den Kaufvertrag werden aber nur die Verpflichtungen zum Austausch der gegenseitigen Leistungen begründet. Der eigentliche Austausch der Waren, also die Verfügung über die Kaufsache und damit die Änderung der dinglichen Rechtslage, wird hierdurch nicht geändert. Hierzu bedarf es noch der **Übereignung** der gegenseitig geschuldeten Waren (Kaufsache, Geld),² die wegen des geltenden Abstraktionsprinzips streng von der schuldrechtlichen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu trennen ist.

II. Nebenpflichten beim Kauf

- 5 Daneben normiert das Gesetz eine Reihe von **Nebenpflichten**, die vor allem den Verkäufer treffen. Dieser ist zB verpflichtet, die verkauften oder noch zum Verkauf stehenden Sachen sachgerecht zu lagern, zu verpacken und zu verladen oder den Käufer über die gekaufte Sache zu beraten.³ § 448 Abs. 1 BGB normiert daneben die Pflicht des Verkäufers zur Übernahme der Kosten für die Übergabe der Sache und § 453 Abs. 2 BGB die Pflicht des Verkäufers, die Kosten für die Begründung und Übertragung eines verkauften Rechts zu übernehmen. Ferner ist der Verkäufer verpflichtet, zu dem Verkaufsgegenstand gehörende Urkunden (zB den Fahrzeugbrief bei dem Verkauf eines Kraftfahrzeugs) mit zu übergeben. Den Käufer trifft dagegen die Nebenpflicht, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu tragen, § 448 Abs. 1, 2. Hs. BGB. Eine allgemeine **Erklärungs- oder Beratungspflicht** des Verkäufers, etwa über den Sinn des Kaufs, normiert das Gesetz dagegen nicht.⁴ Die Übergabe einer ordnungsgemäßen **Montageanleitung** bei Verkauf einer zur Montage bestimmten Sache stellt gemäß § 434 Abs. 2 BGB keine Neben- sondern – genau wie die Verschaffung ohne Sach- und Rechtsmängel – eine Hauptpflicht des Verkäufers dar.

III. Sachmangel

- 6 Gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache frei von Sachmängeln zu übergeben. Der Begriff des Sachmangels ist allerdings nicht mit einer Legaldefinition versehen. Sein Inhalt ergibt sich aus § 434 BGB. Zu unterscheiden sind sieben Arten von Sachmängeln:
 - die Abweichung von der vereinbarten **Beschaffenheit** bei Gefahrübergang, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB,
 - die Nichteignung zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten **Verwendung**, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB,
 - die Nichteignung zu der **gewöhnlichen Verwendung** der Sache, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB,
 - die unsachgemäß durchgeföhrte **Montage**, § 434 Abs. 2 S. 1 BGB,
 - die mangelhafte **Montageanleitung**, wenn nicht die Montage fehlerfrei ist, § 434 Abs. 2 S. 2 BGB,

1 Vgl. statt vieler: Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 433, Rn. 1.

2 Reinicke/Tiedtke, Rn. 2.

3 Vgl. BGH NJW 2007, 2396; BGH NJW 2011, 3640; BGH NJW 2004, 2301; BGHZ 87, 88 ff.

4 Vgl. BGH NJW 1997, 3227; BGH NJW 2004, 2301.

- die Lieferung einer **anderen Sache**, § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB,
- die Lieferung einer **zu geringen Menge**, § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB.⁵

Die Vorschrift des § 434 BGB ist mehrstufig aufgebaut, wobei im Gegensatz zu der Definition eines **Sachmangels** vor der Schuldrechtsreform die **subjektiven Elemente** hervorgehoben wurden.⁶ Maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens eines Sachmangels ist vorrangig die **vereinbarte Beschaffenheit**, also der Zustand bzw. die körperlichen Merkmale der Sache, welche Inhalt des zwischen den Vertragsparteien geschlossenen Kaufvertrags geworden sind⁷, und zwar ohne Rücksicht auf allgemeine Qualitätsstandards. Sind ein bestimmter Zustand oder bestimmte Eigenschaften einer Sache nicht vertraglich vereinbart, so kann ein Mangel der Sache nicht auf der Abweichung von einem Zustand oder dem Fehlen dieser Eigenschaften beruhen. Fehlt es an einer vereinbarten Beschaffenheit der gekauften Sache, was regelmäßig bei Geschäften des täglichen Lebens der Fall ist,⁸ kommt es darauf an, ob sich die Sache für die nach dem Vertrag **vorausgesetzte Verwendung** eignet. Auch bei dieser Alternative steht also das subjektive Merkmal der vom Käufer gewünschten **Beschaffenheitsanforderung** im Vordergrund, wobei die gewünschte Eigenschaft dabei nicht ausdrücklich vereinbart sein muss sondern bei den Vertragsverhandlungen auch anderweitig zum Ausdruck gekommen sein kann, jedenfalls aber beim Vertragsabschluss vorausgesetzt worden sein muss.⁹

Gibt es weder eine **Beschaffenheitsvereinbarung** noch eine vertraglich vorausgesetzte **Verwendung**, fehlt es also an einer subjektiven Festlegung einer bestimmten **Beschaffenheit**, ist die gekaufte Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die **gewöhnliche Verwendung** eignet und eine **Beschaffenheit** aufweist, die bei gleichartigen Sachen üblich ist und daher vom Käufer nach der Art der Sache erwartet werden kann. Bei dieser Art des Sachmangels kommt es also auf eine rein **objektive Bewertung** aus dem Blickwinkel eines Durchschnittskäufers an.¹⁰ Die Erwartung des Käufers muss hier objektiv berechtigt sein und orientiert sich regelmäßig an der üblichen **Beschaffenheit** gleichartiger Sachen.¹¹ Zusätzlich geschützt wird hierbei durch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB die Erwartungshaltung des Käufers, die dieser aufgrund **öffentlicher Äußerungen** von Verkäufer oder Hersteller der Sache in der Werbung oder der Sachbeschreibung zB in Prospekten oder Katalogen haben kann, es sei denn, diese öffentlichen Äußerungen wirken sich nicht auf die Erwartungen des Käufers aus, weil er sie nicht kannte, nicht kennen musste, sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt waren oder den Kaufentschluss ohnehin nicht beeinflussen konnten.¹²

Dem Mangel der Sache selbst gleichgesetzt ist ein Mangel bei der **Montage** der Sache, also bei dem Aufbauen, Zusammensetzen oder der Installation. Voraussetzung ist, dass die Montage der Sache vom Verkäufer aufgrund der vertraglichen Vereinbarung geschuldet ist. Die **Montage** ist unsachgemäß im Sinne von § 434 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn sie nicht der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung entspricht oder nicht zur vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendung führt oder wenn durch die fehlerhafte Montage die Sache selbst mangelhaft wird, weil sie beispielsweise anlässlich der Montage beschädigt wird.¹³ Gemäß § 434 Abs. 2 S. 2 BGB fällt auch eine **mangelhafte Montageanleitung** unter den Sachmängelbegriff. Danach liegt ein Sachmangel dann vor, wenn eine zur Montage bestimmte Sache wegen mangelhafter Montageanleitung nicht montiert werden kann, sei es, weil die Montagelanleitung die Montage nicht nachvollziehbar beschreibt, verwirrend, in einer fremden Sprache oder unvollständig abgefasst ist.¹⁴ Typische Anwendungsfälle sind die Selbstmontage von in Teilen gelieferten Möbeln oder die Installation von Software. Ob auch **Gebrauchs- und Bedienungsanleitungen** Montageanleitungen im Sinne von § 434 Abs. 2 S. 2 BGB darstellen, ist umstritten, weil

5 Vgl. hierzu Tröger, JuS 2005, 503.

6 Schulte-Nölke/Vogel, Teil 4 Abschnitt 1 Rn. 8.

7 Reinicke/Tiedtke, Rn. 300.

8 Vgl. Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 20.

9 RegE BT-Drs. 14/6040, S. 213.

10 Reinicke/Tiedtke, Rn. 326.

11 Vgl. BGHZ 2011, 2872 mwN.

12 Vgl. Schulte-Nölke/Vogel, Teil 4 Abschnitt 1 Rn. 33–35.

13 Vgl. Reinicke/Tiedtke, Rn. 338 mwN.

14 Brand, ZGS 2003, 96 f.

diese eben nicht nur bei der (einmaligen) Montage sondern ggf. mehrfach bei der Anwendung der Sache benötigt werden.¹⁵

- 10 Schließlich sind – im Gegensatz zu den Regelungen vor der Schuldrechtsreform – auch die Lieferung einer anderen Sache sowie einer Mindermenge einem Sachmangel gleichgestellt (begrifflich ist es kein Sachmangel), wobei bei der Lieferung eines *aliuds* hinsichtlich der Rechtsfolge von Bedeutung ist, ob es sich um einen *Stückkauf* oder einen *Gattungskauf* handelt. Der Gesetzgeber wollte mit der Gleichstellung von Schlecht- und Falschlieferung die vor der Schuldrechtsreform oft bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten aufheben. Dem Käufer stehen also auch in diesen beiden Fällen die kaufrechtlichen Rechte zu,¹⁶ während im Falle der Mehrmenge lieferung die Abwicklung nach dem allgemeinen Schuldrecht bzw. Bereicherungsrecht erfolgt.

IV. Rechtsmangel

- 11 Gemäß § 435 S. 1 BGB ist eine Sache frei von **Rechtsmängeln**, wenn dritte Personen in Bezug auf diese Sache überhaupt keine oder nur die in dem Kaufvertrag selbst übernommenen Rechte geltend machen können, also – umgekehrt ausgedrückt – ein Dritter weder das Eigentum, noch den Besitz oder den unbeschränkten Gebrauch der Sache aufgrund eines in ihm oder für ihn bestehenden Rechts beeinträchtigen kann.¹⁷ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Vorliegens eines Rechtsmangels ist der **Eigentumsübergang**, unabhängig davon, wann die Preisgefahr übergeht.¹⁸ Da der **Rechtsmangel** hinsichtlich der Rechtsfolgen nunmehr (im Gegensatz zu der Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) dem Sachmangel gleichgestellt ist – der Verkäufer ist gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet, dem Käufer die verkauft Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen –, bedarf es einer konkreten Abgrenzung zu diesem im Einzelfall nicht mehr.

V. Rechte des Käufers bei Mängeln

- 12 Die dem Käufer bei Vorliegen eines Mangels zustehenden Rechte sind in § 437 Nr. 1–3 BGB aufgezählt, wobei hinsichtlich der Rechtsfolgen – wie oben bereits aufgeführt – kein Unterschied zwischen einem Sach- und einem Rechtsmangel besteht. Die Rechte des Käufers unterteilen sich in **Nacherfüllung**, **Rücktritt**, **Minderung** und **Schadensersatz**. Obwohl diese Gewährleistungsrechte in § 437 BGB nebeneinander aufgeführt sind, besteht wegen der Voraussetzungen von Rücktritt, Minderung und Schadensersatz grundsätzlich ein **Vorrang der Nacherfüllung**.¹⁹ Vor Ausübung der anderen Rechte muss der Käufer also erfolglos eine **Frist zur Nacherfüllung** gesetzt haben, §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB. Das Recht auf Nacherfüllung (und damit auch die Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz) verliert der Käufer allerdings, wenn er den Mangel selbst behebt.²⁰ Er kann in diesem Fall auch nicht die Kosten, die dem Verkäufer für die Nacherfüllung entstanden wären, auf den Kaufpreis anrechnen.²¹
- 13 **1. Nacherfüllung.** Gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer von dem Verkäufer die Nacherfüllung verlangen, und zwar nach seiner Wahl in Form der **Mangelbeseitigung** oder durch **Lieferung einer mangelfreien Sache**. Bei der **Nacherfüllung** handelt es sich im Prinzip um eine Modifikation des ursprünglich bestehenden Erfüllungsanspruchs nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB.²² Das **Wahlrecht** des Käufers zwischen Lieferung einer mangelfreien Sache und Beseitigung des Mangels kann aber aus tatsächlichen Gründen eingeschränkt sein, wenn eine der bei-

15 Bejahend zB NK-BGB/Büdenbender, § 434 Rn. 19 und MüKo/Westermann, § 434, Rn. 33; verneinend zB Faust in: Bamberger/Roth, Rn. 96.

16 So noch einmal ausdrücklich Schall, NJW 2011, 343 ff.

17 Palandt/Weidenkaff, § 435, Rn. 5.

18 MüKo/Westermann, BGB, § 434 Rn. 16; Soergel/Huber, § 434 Rn. 82 f.

19 Reinicke/Tiedtke, Rn. 396; Pade in Heidel/Pauly/Amend, Teil I, II, Rn. 46; BGH, NJW 2005, 1348; OLG Saarbrücken, NJW 2009, 369.

20 Vgl. zB Ebert, NJW 2004, 1761.

21 BGH NJW 2005, 1348 ff.

22 Bamberger/Roth, § 439 Rn. 6; Huber/Faust Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 11.

203 2. Muster: Verkaufsangebot für gebrauchtes Kraftfahrzeug

13

► Verkaufsangebot für ein gebrauchtes Kraftfahrzeug

Zu den nachfolgenden Geschäftsbedingungen bietet hiermit

Herr/Frau

Name: ...

Adresse: ...

Geburtsdatum/-ort: ...

Telefon/Telefax/E-Mail: ...

im Folgenden „Verkäufer“ genannt

dem Autohaus

Name, Firma: ...

Adresse: ...

Telefon/Telefax/ E-Mail: ...

das nachstehend näher beschriebene Kraftfahrzeug zum Kauf an:

Fahrzeugart/Fabrikat/Modell: ...

Amtliches Kennzeichen: ...

Fahrzeug-Ident.-Nr.: ...

Nr. Zulassungsbescheinigung Teil II: ...

Motor ccm/kW: ...

Karosserie/Aufbau: ...

Farbe: ...

Gesamtfahrleistung: ...

Stand des Kilometerzählers: ...

Zahl der Halter: ...

Erstzulassung: ...

Sonderausstattung: ... [zB Bluetooth-Verbindung, Anhängerkupplung etc]

Dem Verkäufer sind folgende Mängel des Fahrzeugs bekannt: ...

Der Verkäufer erklärt, dass das Fahrzeug nach seinem Wissen

unfallfrei ist ja nein,

falls nein, Zahl, Art und Umfang der Unfallschäden ...,

repariert durch ...,

am ...

Das Fahrzeug wurde gewerbl. genutzt ja nein,

falls ja, als Taxi

Mietfahrzeug

Fahrschulwagen

sonstiges (angeben)

Das Fahrzeug steht im alleinigen Eigentum des Verkäufers und ist frei von Rechten Dritter. ja nein;

falls nein:

Das Fahrzeug ist mit folgenden Rechten Dritter belastet ...

Das Fahrzeug ist noch mit dem ersten Motor

ausgestattet ja nein;

falls nein:

Stand des Kilometerzählers beim Einbau des neuen

Motors und Datum des Einbaus ...

Das Fahrzeug hat noch den ersten Tachometer/Kilometerzähler: ja nein;

falls nein:

Stand des Kilometerzählers beim Einbau des neuen

Tachos/Kilometerzählers und Datum des Einbaus ...

Der Gesamtkaufpreis beträgt ... EUR.

Der Kaufpreis wird an den Verkäufer ausgezahlt;

mit einer Neuwagenbestellung verrechnet

mit einer Gebrauchtwagenbestellung verrechnet.

Liefertermin: .../mit Übernahme des Neuwagens/Gebrauchtwagens

Das Fahrzeug wird von dem Käufer bei der Zulassungsstelle abgemeldet

am: ...

Sonstige Vereinbarungen: ...

Ort, Datum: ...

(Unterschrift des Verkäufers)

Der Käufer nimmt das Kaufangebot hiermit an.

Ort, Datum: ...

(Stempel, Unterschrift des Käufers) ◀

V. Gebrauchtwagenkauf/Neuwagenkauf eines Unternehmers bei einem Unternehmer

1. Beratungssituation/Rechtliche Ausgangssituation. Bei dem Verkauf eines Kraftfahrzeuges seitens eines Unternehmers an einen anderen Unternehmer sind in der Vertragsgestaltung nur wenige Grenzen gesetzt. In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass der gänzliche Ausschluss der Sachmängelhaftung des Verkäufers eines gebrauchten Kraftfahrzeugs außerhalb eines Verbrauchsgüterkaufs prinzipiell zulässig ist. Dies folgt bereits aus § 309 Nr. 8 lit. b BGB, wonach der formularmäßige Ausschluss der Haftung nur für neu hergestellte Sachen unwirksam ist. Daher kann der Verkäufer einer gebrauchten Sache die Sachmängelhaftung innerhalb bestimmter Grenzen sogar formularmäßig vollständig ausschließen, wenn kein Fall des Verbrauchsgüterkaufs vorliegt.¹⁵³

Die von den Fachverbänden empfohlenen Gebrauchtwagenverkaufsbedingungen machen im Gegensatz zu den zuvor gängigen Mustern, in denen der Ausschluss der Sachmängelhaftung ohne zwingenden Grund auf den Erwerb von Nutzfahrzeugen beschränkt war, von dieser Möglichkeit in den ab November 2015 verwendeten und auch in den hier zugrunde gelegten Bedingungen von Dezember 2016 in vollem Umfang Gebrauch. Gemäß Abschnitt VI Ziff. 1 Abs. 2 GWVB erfolgt, wenn der Käufer eine juristische Person oder ein Unternehmer ist, der Verkauf unter Ausschluss jeglicher Sachmängelansprüche, es sei denn, diese beruhen auf grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Pflichtverletzung oder betreffen die Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit.

Dabei ist auch hier – wie beim privaten Direktgeschäft – der Ausschluss jeglicher Sachmängelhaftung für jedes Fahrzeug zulässig. Dies gilt allerdings – wie ausgeführt – auch bei Formularverträgen, die üblicherweise bei Verkäufen zwischen Unternehmen verwendet werden, hinsichtlich des Haftungsausschlusses bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit und bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichen Verschulden nicht, da § 309 Nr. 7 lit. a und 7 lit. b BGB,

¹⁵³ Vgl. Haas in: Das neue Schuldrecht, Kapitel 5, Rn. 295; vgl. auch BGH NJW 2006, 1066.