

# Fortgeschrittenenklausur: Großer Streit, keine Erholung

Von Wiss. Mitarbeiter **Simon Schwichtenberg**, Bremen\*

*Der nachfolgende Sachverhalt war mit geänderter erster Aufgabenstellung Gegenstand der Abschlussklausur des Moduls „Sachenrecht/vertragliche Schuldverhältnisse“ im dritten Semester an der Universität Bremen.*

## Sachverhalt

A betreibt in Bremen eine Tankstelle und ist Mitglied im Bremer-Tankstellen-Verband (BTV). Der BTV hat mit der Marketingagentur M einen Kooperationsvertrag geschlossen, auf dessen Grundlage M in den Tankstellen der Mitglieder des BTV Videogerätesysteme zur Bewerbung verschiedener Produkte aufstellen darf. Die Betreiber der Tankstellen erhalten im Gegenzug einen Teil der Werbeeinnahmen. Die Geräte bleiben dabei im Eigentum der M, die die Geräte nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit von den Betreibern der Tankstellen wieder heraus verlangen kann. Auf der Grundlage dieses Kooperationsvertrages stellt M am 15.1.2016 ein Videogerätesystem in der Tankstelle des A auf. Im Sommer gerät M in finanzielle Schwierigkeiten. Sie veräußert daher alle Videogerätesysteme im August 2016 an K. Dazu übergibt sie K eine Liste, auf der alle Videogerätesysteme und deren aktuelle Standort genannt werden, und tritt die Herausgabeansprüche infolge eines Zeitablaufs aus dem Kooperationsvertrag an K ab. A wird über den Eigentümerwechsel informiert. Mit dem Wissen des A wird der Kooperationsvertrag zum 30.9.2016 wirksam beendet. Am 1.10. verlangt K von A Herausgabe des Videogerätesystems mit der Begründung, dass diesem durch die Beendigung des Vertrages kein Recht zum Besitz mehr zustünde. Da A die Herausgabe verweigert, setzt K ihm eine Frist bis zum 30.11.2016. Nach dem erfolglosen Verstreichen der Frist hat K kein Interesse mehr am Videogerätesystem und verlangt stattdessen Schadensersatz i.H.v. 500 € mit der zutreffenden Begründung, dass er das Videogerätesystem bei Herausgabe bis zum 30.11. für 500 € hätte veräußern können.

## Frage 1

Steht K gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 500 € zu?

## Fortsetzung

Erholung verspricht sich A von einer Busrundreise durch die Türkei zum Jahresende 2016. Die Busreise hat A im November 2016 beim Reiseveranstalter R für 1.200 € gebucht. Sie setzt sich aus der Fahrt in einem Reisebus, der Unterbringung in verschiedenen Hotels, der Verpflegung und weiteren Aktionen zusammen. Den Flug nach Antalya als Ausgangspunkt der Busreise hat A ebenfalls im November separat bei der sog. Billigfluggesellschaft F zum Preis von 30 € zuzüglich Steuern und Gebühren gebucht. Der Vertrag mit F sieht ausschließlich die Beförderung des A vor, darüber hinausgehende Leistungen, wie etwa eine Verpflegung, bietet F nicht an.

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht der Universität Bremen (Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. [UCLA]).

Vor den Buchungen hat sich A über den Putschversuch in der Türkei im Juli 2016, den Raketeneinschlag in Antalya am 14.10.2016 sowie über die terroristischen Anschläge informiert. Die Sicherheitslage beurteilte A als ausreichend, so dass er keine Bedenken gegen die Reise hatte.

Aufgrund von im Bekanntenkreis geäußerten Sorgen entstehen derartige Bedenken aber zwei Tage vor Reiseantritt. Mit Verweis auf die Terrorgefahr und die allgemein bedenkliche Sicherheitslage erklärt A daher gegenüber R und F, dass er die Reise nicht antreten werde und sich von den jeweiligen Verträgen löse.

R verlangt daraufhin Stornokosten in Höhe der im Vertrag vereinbarten Entschädigungspauschale von angemessenen 50 %. A hält dem entgegen, dass die Terrorgefahr und die bedenkliche Entwicklung der Sicherheitslage eine Form der höheren Gewalt darstellen, infolge derer R kein Anspruch auf die Entschädigungspauschale zustünde. F verlangt von A die Zahlung des gesamten Flugpreises. Sie verweist A auf die entsprechende und wirksam in den Vertrag einbezogene AGB:

„§ 7 Stornierung: Wird ein gebuchter Flug storniert, bleibt der Fluggast zur Begleichung des Flugpreises verpflichtet, es sei denn, der zur Stornierung führende Umstand ist von F zu vertreten.“

A entgegnet, dass nach seiner Auffassung derartige Klauseln unwirksam seien. Zudem verweist A zu Recht darauf, dass der freigewordene Sitzplatz von einem anderen Reisenden zu einem höheren Preis gebucht wurde und F somit infolge der Stornierung keine Verluste erlitt.

## Frage 2

Steht R gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 600 € zu?

## Frage 3

Steht F gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 30 € zu?

## Lösungsvorschlag zu Frage 1

### I. Anspruch des K auf Zahlung von 500 €

1. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.<sup>1</sup>

#### a) Vindikationslage

Zunächst müsste für einen derartigen Anspruch eine Vindikationslage zwischen K und A bestehen. K muss mithin Eigentümer des Videogerätesystems sein und A Besitzer ohne Recht zum Besitz.

<sup>1</sup> Hinweis: Der dingliche Anspruch wird hier entgegen der üblichen Reihenfolge ausnahmsweise zuerst geprüft, da er der eigentlich naheliegende Anspruch ist.

## aa) Eigentums des K

Ursprünglich war M Eigentümerin des Videogerätesystems. M könnte ihr Eigentum jedoch nach §§ 929 S. 1, 931 BGB auf K übertragen haben. M und K einigten sich im August über den Eigentumsübergang an K. Dass sich diese Einigung auf mehrere Videogeräte bezog, ist mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz vorliegend nicht problematisch, da sämtliche Geräte samt ihrem Standort in der Liste, die K übergeben wurde, aufgeführt waren. Damit war hinreichend bestimmt, welche Sachen von der Einigung erfasst wurden.<sup>2</sup> Des Weiteren wurden die sich auf dem Kooperationsvertrag zwischen M und dem BTV ergebenden Herausgabeansprüche an K abgetreten und M war außerdem als ursprünglicher Eigentümer zur Verfügung berechtigt. Folglich ist nunmehr K Eigentümer des Videogerätesystems.<sup>3</sup>

## bb) Besitz des A

Das Videogerätesystem befindet sich nach wie vor im unmittelbaren Besitz des A, da er die Sachherrschaft über das System innehat.

## cc) Kein Recht zum Besitz

Ein Besitzrecht des A könnte sich allenfalls nach § 986 Abs. 1 Var. 1 BGB aus dem Kooperationsvertrag ergeben. Ein solches könnte er über § 986 Abs. 2 BGB auch gegenüber K geltend machen. Der Kooperationsvertrag wurde allerdings zum 30.9.2016 wirksam beendet. A steht mithin kein Recht zum Besitz zu.

## dd) Zwischenergebnis

Eine Vindikationslage zwischen K und A liegt vor.

## b) Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den „Nicht-mehr-berechtigten-Besitzer“

Umstritten ist jedoch, ob die § 987 ff. BGB nach Beendigung eines vormals bestehenden Besitzrechts Anwendung finden.<sup>4</sup> A stand zunächst aus dem Kooperationsvertrag ein Recht zum Besitz zu. Dieses ist erst durch die Kündigung entfallen. Bei A handelt es sich folglich um einen sog. „Nicht-mehr-Berechtigten“. Die Vertreter der Subsidiaritätslehre gehen in diesem Fall von einem Vorrang vertraglicher Regelungen aus und verneinen daher eine Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den nicht mehr berechtigten Besitzer.<sup>5</sup> Dieser Auffassung

<sup>2</sup> Vgl. *Schulte-Nölke*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 929 Rn. 5; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 31. Aufl. 2016, § 7 Rn. 6.

<sup>3</sup> Im zugrundeliegenden BGH-Sachverhalt war indes strittig, ob die Klägerin tatsächlich Eigentum erworben hat, siehe BGH NJW 2016, 3235 (3237) m. Bspr. *Riehm*, JuS 2016, 1024.

<sup>4</sup> Siehe zu diesem Streit beispielsweise *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 987 Rn. 18 ff.

<sup>5</sup> So beispielsweise *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 3; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2009, § 12 I 3b. Vgl. dazu auch *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 18 m.w.N.

schließen sich weitere Stimmen in der Literatur mit dem Argument an, dass während der Vertragsdauer unstreitig das Vertragsrecht Vorrang habe und daher auch Störungen innerhalb der vertraglichen Beziehung nach dem Vertragsrecht zu behandeln seien.<sup>6</sup> Das Vertragsrecht kenne jedoch, anders als die §§ 987 ff. BGB, keine Privilegierung des redlichen Besitzers. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass der Nicht-mehr-Berechtigte nach Beendigung seines Besitzrechts als redlicher Besitzer infolge einer Anwendung der §§ 987 ff. BGB u.U. besser stünde als während seines Besitzrechts.<sup>7</sup> Die h.M. wendet hingegen die §§ 987 ff. BGB auch nach der Beendigung eines Besitzrechtsverhältnisses an.<sup>8</sup> Dafür spricht neben den Argumenten, dass der Nicht-mehr-Berechtigte wie auch jeder andere nichtberechtigte Besitzer einer Vindikation ausgesetzt ist<sup>9</sup> und, dass das Gesetz keine Einschränkung hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den Nicht-mehr-Berechtigten vorsieht, auch die Selbstständigkeit des Eigentumsschutzes, die von Vertragsrechtsnormen grds. nicht berührt wird, es sei denn, eine Norm ordnet dies explizit an.<sup>10</sup> Mit der h.M. finden die §§ 987 ff. BGB daher auch auf den nicht mehr berechtigten Besitzer und somit auch in diesem Fall Anwendung.

## c) Untergang oder Verschlechterung der Sache

Weiterhin müsste das Videogerätesystem nach § 989 BGB untergegangen sein, sich verschlechtert haben oder aus anderen Gründen nicht herauszugeben sein. Das Videogerätesystem hat sich im Besitz des A jedoch nicht verschlechtert und kann von A herausgegeben werden. K macht hier einen Vorenthaltungsschaden geltend, der ihm entstanden ist, da A das Gerät trotz Möglichkeit nicht herausgegeben hat. Ein derartiger Vorenthaltungsschaden wird allerdings nicht von § 989 BGB erfasst.<sup>11</sup>

## d) Ergebnis

Demzufolge besteht kein Anspruch des K gegen A aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.

## 2. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

K könnte allerdings ein Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB gegen A zustehen.

<sup>6</sup> Siehe dazu *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 19.

<sup>7</sup> So beispielsweise *Michalski*, Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag, 1995, S. 577 (585 f.).

<sup>8</sup> So beispielsweise *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Auflage 2017, Vorb. § 987 Rn. 10; *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 2), § 22 Rn. 38. Siehe dazu auch *Fritzsche* (Fn. 4), § 987 Rn. 20 m.w.N.

<sup>9</sup> H.M., zum Streit, ob ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB neben vertraglichen Herausgabeansprüchen besteht, siehe *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 985 Rn. 127 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 38.

<sup>11</sup> BGH NJW 2016, 3235 (3236); *Raff* (Fn. 10), § 989 Rn. 19.

## a) Schuldverhältnis

Fraglich ist, worin das für diesen Anspruch erforderliche Schuldverhältnis zwischen K und A zu sehen ist.

## aa) Vertraglicher Herausgabeanspruch

Der Begriff des Schuldverhältnisses wird im BGB nicht definiert, sondern von ihm vorausgesetzt.<sup>12</sup> Differenziert werden kann insbesondere zwischen einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne und einem Schuldverhältnis im engeren Sinne. In einem engeren Sinne sind mit einem Schuldverhältnis nur die einzelnen Leistungsbeziehungen gemeint, so dass ein Schuldverhältnis und eine Forderung als Synonym zu verstehen sind.<sup>13</sup> Im weiteren Sinne erfasst der Begriff des Schuldverhältnisses die gesamte Rechtsbeziehung zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger.<sup>14</sup> § 280 Abs. 1 BGB ist dabei auf jedwedes Schuldverhältnis anwendbar.<sup>15</sup> Ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB läge mithin vor, wenn infolge der Beendigung des Kooperationsvertrages ein vertraglicher Herausgabeanspruch entstünde, der auf K übertragen wurde. Der Kooperationsvertrag sieht keinen expliziten Herausgabeanspruch infolge seiner Kündigung vor. Fraglich ist allerdings, ob er als Vertrag sui generis aufgrund seiner mietrechtlichen Elemente nach den §§ 535 ff. BGB behandelt werden kann, so dass für den Zeitraum nach Beendigung des Vertrages der Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB Anwendung findet.<sup>16</sup> Insoweit könnte darauf abgestellt werden, dass sich der Vertrag auf einen Teil der Raumfläche der Tankstelle bezieht, die A bereitzustellen hat, wofür er im Gegenzug einen Teil der erzielten Werbeeinnahmen als Mietzins bekommt. Dagegen ist indes anzuführen, dass die Zurverfügungstellung der vom Videogerätesystem beanspruchten Fläche nicht den Schwerpunkt des Vertrages bildet.<sup>17</sup> Vielmehr geht es bei dem Kooperationsvertrag um die Eingliederung des Videosystems in einen gewerblichen Betrieb.<sup>18</sup> Käme dieser zum Erliegen, wäre die Zurverfügungstellung der Fläche für den Werbetreibenden, hier M, ohne jegliches Interesse, da sich ein Gewinn aus Werbemaßnahmen nur erzielen lässt, wenn die Fläche auch von Publikum frequentiert wird.<sup>19</sup> Das wesentliche und charakterisierende Merkmal des Kooperationsvertrages ist demnach nicht

in dem mietrechtlichen Element der Gewährung des Gebrauchs einer Aufstellfläche für das System, sondern in dessen Einbettung in einen gewerblichen Betrieb zu sehen. Aufgrund dessen kann § 546 Abs. 1 BGB zumindest nicht direkt angewendet werden. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob § 546 Abs. 1 BGB nicht zumindest analog auf den Kooperationsvertrag anzuwenden ist. Für eine analoge Anwendung besteht vorliegend jedoch kein Bedarf. Es wurde ausdrücklich vereinbart, dass M Eigentümerin der Geräte bleiben soll, so dass ihr nach Ablauf des Besitzrechts ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB zusteht. Ihr Schutz muss folglich nicht durch die analoge Anwendung eines vertraglichen Herausgabeanspruchs intensiviert werden.<sup>20</sup> In der Konsequenz existiert kein vertraglicher Herausgabeanspruch, der ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB begründen könnte.

*Hinweis:* a.A. gut vertretbar.

## bb) Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

K steht gegen A allerdings ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB zu. Umstritten ist, ob das allgemeine Leistungsstörungenrecht auf einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB anwendbar ist.<sup>21</sup> Nach einigen Literaturstimmen soll die Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs nach erfolgloser Fristsetzung zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB führen können.<sup>22</sup> Andere Stimmen wenden dagegen ein, dass dadurch die Sonderregelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach §§ 987 ff. BGB missachtet würden. Es entstünde dabei vor allem ein Widerspruch mit der Privilegierung des redlichen Besitzers.<sup>23</sup> Nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB ist ein Besitzer nur zum Schadensersatz bei Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses verpflichtet, während die §§ 280 ff. BGB eine derartige Differenzierung zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer nicht kennen. Als weiteres Argument gegen eine Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB wird darüber hinaus angeführt, dass der Vindikationsanspruch und das allgemeine Leistungsstörungenrecht eine andere Funktion hätten – während der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB den Zweck der Zusammenführung von Besitz und Eigentum verfolge, diene das allgemeine Leistungsstörungenrecht der Kompensation einer nicht möglichen Verwertung einer Sache und gehe damit über die eigentliche Intention des § 985 BGB hinaus, ohne aber dessen eigentlichen Zweck zu erfüllen.<sup>24</sup> Der BGH hat sich nunmehr allerdings derjenigen Auffassung angeschlossen, welche die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB infolge eines nicht erfüllten Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB bejaht. Für diese Auffassung führt der BGH insbesondere an, dass das Gesetz keine Anhaltspunkte gegen eine Anwendbarkeit des Scha-

<sup>12</sup> *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 241 Rn. 3; *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 4.

<sup>13</sup> *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 3; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>14</sup> *Sutschet* (Fn. 12), § 241 Rn. 3; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 2.

<sup>15</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 6.

<sup>16</sup> BGH NJW 2016, 317 (320, Helmut-Kohl-Fall) m. Bspr. *Schmidt*, JuS 2016, 357; *Gehrlein/Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 311 Rn. 19.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>18</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>19</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 1414 (1415).

<sup>20</sup> Vgl. *Riehm*, JuS 2016, 1024 (1025).

<sup>21</sup> Siehe dazu umfassend *Gursky*, Jura 2004, 433.

<sup>22</sup> So bspw. *Gruber/Lösche*, NJW 2007, 2815 (2817 f.).

<sup>23</sup> So bspw. *Baldus* (Fn. 9), § 985 Rn. 149; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 985 Rn. 82.

<sup>24</sup> Vgl. *Baldus* (Fn. 9), § 985 Rn. 149.

densersatzanspruches statt der Leistung bei einem nicht erfüllten Herausgabeanspruch nach § 985 BGB beinhalte<sup>25</sup> und dass bereits wiederholt Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf Verletzung von Pflichten angewandt wurden, die sich aus dinglichen Ansprüchen ergeben, wie z.B. § 275 Abs. 1 BGB auf § 1004 BGB.<sup>26</sup> Darüber hinaus setzt sich der BGH auch mit dem Problem eines sog. „Zwangskaufs“ auseinander, zu dem es kommt, wenn der unrechtmäßige Besitzer als Konsequenz eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung gezwungen wird, dem Käufer den Wert der Sache zu ersetzen, diese aber sodann auch aufgrund des Untergangs des Primäranspruches auf Herausgabe behalten kann.<sup>27</sup> Tatsächlich finde dann zwar eine Art „Zwangskauf“ statt, doch sei der unrechtmäßige Besitzer durch das Fristsetzungserfordernis des § 281 BGB vor diesem ausreichend geschützt und verdiene nach erfolglosem Ablauf der Frist keinen weiteren Schutz, da er durch die Verweigerung der Herausgabe den „Zwangskauf“ selbst herbeigeführt habe.<sup>28</sup> Auch die in §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB fehlende Privilegierung des redlichen Besitzers spricht nach Ansicht des BGH nicht gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den dinglichen Herausgabeanspruch. Der Privilegierung des redlichen Besitzers nach den §§ 987 ff. BGB könne dadurch ausreichend Rechnung getragen werden, dass die Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB von vorneherein auf den verklagten oder bösgläubigen Besitzer beschränkt werde.<sup>29</sup> Nach Ansicht des BGH kann somit die Verweigerung der Herausgabe nach § 985 BGB trotz Möglichkeit bei einem unredlichen Besitzer zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung führen. A hat vorliegend Kenntnis davon, dass der Kooperationsvertrag, aus dem sich vormals sein Recht zum Besitz ergab, gekündigt und sein Recht zum Besitz infolgedessen beendet wurde. Er ist somit ein bösgläubiger Besitzer im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB. Da der BGH die Argumente entkräftet hat, die gegen eine Anwendbarkeit eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB auf einen dinglichen Herausgabeanspruch sprechen, kann mit ihm und der entsprechenden Literaturansicht das Vorliegen eines Schuldverhältnisses in Form des Herausgabeanspruches nach § 985 BGB bejaht werden.

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

#### cc) Zwischenergebnis

Ein Schuldverhältnis liegt damit vor.

#### b) Pflichtverletzung

Indem A das Videogerätesystem trotz Möglichkeit nicht herausgibt, verletzt er seine Herausgabepflicht aus § 985 BGB. Eine Pflichtverletzung ist somit gegeben.

#### c) Vertretenmüssen

Zu vertreten hat der Schuldner nach § 276 Abs. 1 BGB grds. Vorsatz und Fahrlässigkeit. A wurde vorliegend sowohl über den Eigentümerwechsel als auch über die Kündigung des Kooperationsvertrages informiert. Er weiß daher, dass er gegenüber K zur Herausgabe des Videogerätesystems verpflichtet ist. Indem er trotz dieser Kenntnis die Herausgabe verweigert, begeht er die Pflichtverletzung vorsätzlich.

#### d) Frist

Um einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen zu können, muss K zudem nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt haben, die erfolglos verstrichen ist. K hat am 1.10.2016 eine Frist bis 30.11.2016 gesetzt. Innerhalb dieser Zeitspanne hätte A ohne Weiteres leisten können, so dass die gesetzte Frist angemessen im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist.<sup>30</sup> Da A das Gerät noch nicht herausgegeben hat, ist eine angemessene Frist erfolglos verstrichen.

#### e) Schaden

Ferner müsste K ein Schaden in Form einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße erlitten haben. Hätte A seine Herausgabepflicht ordnungsgemäß erfüllt, wäre es K möglich gewesen, das Videogerätesystem für 500 € zu veräußern. K erlitt mithin infolge der Pflichtverletzung eine Vermögenseinbuße i.H.v. 500 €. Der Sachverhalt differenziert insoweit nicht zwischen dem Wert des Videogerätesystems und dem Gewinn als Differenz zwischen dem objektiven Sachwert des Videogerätesystems und dem erzielbaren Kaufpreis, wobei auch letzterer über § 252 BGB zu ersetzen ist. Daher ist K insgesamt ein Schaden i.H.v. 500 € entstanden.<sup>31</sup>

#### f) Ergebnis

K steht gegen A ein Anspruch auf 500 € als Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3236).

<sup>27</sup> Siehe BGH NJW 2016, 3235 (3237); zum Erlöschen des Herausgabeanspruches siehe § 281 Abs. 4 BGB.

<sup>28</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>29</sup> BGH NJW 2016, 3235 (3237).

<sup>30</sup> Eine Frist im Sinne des § 281 BGB ist angemessen, wenn sie den Schuldner in die Lage versetzt, seine Leistung zu vollenden, siehe dazu *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 15.

<sup>31</sup> Hinweis: Vertreten wird allerdings auch, dass ein Verzugschaden, der vor der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung entstanden ist, nur nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersetzbar ist. Insoweit wäre der entgangene Gewinn infolge des Verzugs nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zu ersetzen. So *Ernst* (Fn. 15), § 281 Rn. 114 ff.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 511.

3. Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB

Gem. § 990 Abs. 2 BGB bleibt beim Vorliegen einer Vindikationslage eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs unberührt. In der Höhe des entgangenen Gewinns kann K somit grds. auch einen Anspruch aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geltend machen, da aufgrund des Verzugs des A der Verkauf gescheitert ist.<sup>32</sup> Dieser Anspruch hat jedoch keine eigenständige Bedeutung mehr, da der entgangene Gewinn bereits durch den Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB erfasst wird.<sup>33</sup>

4. Ergebnis

K steht gegen A ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 500 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu.

**Lösungsvorschlag zu Frage 2**

**II. Anspruch des R auf Zahlung von 600 € aus § 651i Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BGB**

Ein Anspruch des R auf Zahlung von 600 € könnte sich als Erstattungsanspruch aus § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB ergeben.

1. Reisevertrag

Dazu müsste zwischen A und R zunächst ein Reisevertrag nach § 651a BGB vorliegen. Ein Reisevertrag ist durch eine Gesamtheit von Reiseleistungen geprägt. Dies setzt voraus, dass mindestens zwei Einzelleistungen vom Reiseveranstalter gebündelt werden und dass es sich bei diesen Teilleistungen nicht um unbedeutende Nebenleistungen handelt.<sup>34</sup> Die Busreise setzt sich aus mehreren gleichwertigen Komponenten, der eigentlichen Busfahrt, der Unterbringung, der Verpflegung und weiteren Aktionen, zusammen. Diese Komponenten prägen die Leistung des R und stellen daher auch keine unbedeutenden Nebenleistungen dar. R bündelte mithin mehrere Einzelleistungen, so dass ein Reisevertrag vorliegt.

2. Auswirkungen des § 651j BGB

Ein Erstattungsanspruch könnte allerdings von vorneherein ausgeschlossen sein, wenn A aufgrund einer Terrorgefahr oder einer instabilen Sicherheitslage die Reise wegen höherer Gewalt kündigen konnte. Nach § 651j Abs. 2 i.V.m. § 651e

Abs. 3 BGB stehen dem Reiseveranstalter bei Kündigung einer Reise wegen höherer Gewalt Entschädigungsansprüche nur für bereits erbrachte oder bis zur Beendigung der Reise noch zu erbringende Leistungen zu. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass er bei Kündigung vor Reisebeginn mangels erbrachter Leistungen keine Entschädigung erhält. Eine Kündigung wegen höherer Gewalt würde vorliegend mithin dazu führen, dass R kein Entschädigungsanspruch zustünde. Höhere Gewalt ist ein von außen kommendes, nicht dem Risikobereich des Veranstalters entstammendes und durch äußerste und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.<sup>35</sup> Dieses Ereignis berechtigt nach § 651j BGB allerdings nur dann zur Kündigung, wenn es bei Vertragsabschluss nicht voraussehbar war und die Reise erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt.

a) Höhere Gewalt

Ob eine Terrorgefahr oder allgemeiner eine instabile Sicherheitslage eine Form der höheren Gewalt im Sinne des § 651j BGB darstellen, wird anhand folgender Grundlinie beurteilt.<sup>36</sup> Bei lediglich einzelnen Terroranschlägen werden diese regelmäßig als eine Art „allgemeines Lebensrisiko“ der Risikosphäre des Reisenden zugeordnet und das Vorliegen höherer Gewalt verneint; bei gehäuften Anschlägen insbesondere in den Urlaubsregionen eines Landes und einer allgemeinen inneren Unruhe wird eine höhere Gewalt hingegen angenommen. Unter Berücksichtigung mehrerer Terroranschläge in der Türkei vor allem in der zweiten Jahreshälfte, dem Raketenanschlag in der Urlaubsregion Antalya und einer allgemeinen instabilen Lage infolge des gescheiterten Putschversuches im Sommer 2016 einschließlich der von der Regierung eingeleiteten Konsequenzen ist nicht nur von vereinzelten Anschlägen und Unruhen zu sprechen. Zwar wurden bis Ende 2016 aus den touristischen Reisezielen entlang der Mittelmeerküste keine sicherheitsrelevanten Ereignisse bekannt, bei denen ausländische Touristen zu Schaden gekommen sind.<sup>37</sup> Eine Busrundreise führt jedoch über mehrere Orte und über Land und kann infolgedessen leichter in einen Anschlag oder eine gewaltsame Auseinandersetzung geraten als ein Urlauber, der sich permanent an einem touris-

<sup>32</sup> So auch bei vorausgesetzter Eigentümerstellung des Anspruchstellers BGH NJW 2016, 3235 (3238 Rn. 39).

<sup>33</sup> Nach *Huber*, AcP 210 (2010), 319 (343) geht der Verzugschaden in dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf, vgl. auch *Schulze*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 286 Rn. 30; folgt man dieser Ansicht nicht, gelangt der Anspruch indes hinsichtlich des entgangenen Gewinns eine eigenständige Bedeutung. Die erforderliche Mahnung kann dabei in der Fristsetzung gesehen werden.

<sup>34</sup> *Geib*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 651a Rn. 7 ff.; *Oetker/Maultzsch*, (Fn. 13), § 9 Rn. 5.

<sup>35</sup> *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 2; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 13), § 9 Rn. 104.

<sup>36</sup> Siehe *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 5; *Führich*, VersR 2004, 445. Eine Übersicht der einschlägigen Rspr. ist zu finden bei *Rodegra*, NJW 2012, 3546 (3549).

<sup>37</sup> Siehe Reise- und Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes, abrufbar unter

<https://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/00-SiHi/TuerkeiSicherheit.html> (19.3.2017). Einer fehlenden Reisewarnung seitens des Auswärtigen Amtes kommt lediglich eine Indizwirkung zu, nach der ihr Fehlen ein Anhaltspunkt gegen höhere Gewalt darstellt. Maßgeblich bleibt immer der Einzelfall; vgl. *Staudinger/Bauer*, NJW 2016, 913 (915). Als höhere Gewalt im Sinne des § 651j BGB wurden z.B. auch die politischen Unruhen im Frühjahr 2011 in Ägypten eingestuft; siehe dazu *Bergmann*, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 18 A Rn. 195.

tischen Ort mit hohen Sicherheitsvorkehrungen aufhält. Die Reisenden sind daher in besonderer Weise mit der instabilen Sicherheitslage konfrontiert. Erschwerend kommt hinzu, dass es in Antalya, dem Ausgangspunkt der Rundreise, bereits zu einem Raketeneinschlag und mithin zumindest zu einer abstrakten Gefährdung auch von Touristen gekommen ist. Trotz der vermeintlich akzeptablen Sicherheitslage in Urlaubsorten kann die Gefahr eines Terroranschlags oder eines u.U. bewaffneten Konfliktes zwischen verschiedenen Gruppierungen zumindest bei einer Busrundreise somit nicht mehr als allgemeines Lebensrisiko zu betrachten werden. In diesem Fall stellen die bislang erfolgten Anschläge und die allgemeine Unruhe in der Türkei eine Form der höheren Gewalt nach § 651j BGB dar.<sup>38</sup>

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

#### b) Vorhersehbarkeit

Entscheidend für eine Kündigung nach § 651j BGB ist daneben aber auch das Kriterium der Vorhersehbarkeit. Nur wenn die Gefährdungslage nicht vorhersehbar war, war A zur Kündigung nach § 651j BGB berechtigt. Abzustellen ist bei dieser Beurteilung auf den Kenntnishorizont des Kündigenden.<sup>39</sup> Angesichts der weltweiten Terrorgefahr darf das Kriterium der Vorhersehbarkeit zwar nicht extensiv ausgelegt werden, da anderweitig das Kündigungsrecht nach § 651j BGB ausgehebelt werden würde,<sup>40</sup> vorliegend erfolgte die Buchung aber zu einem Zeitpunkt, in dem die Gefährdungslage in der Türkei und insbesondere für das Reisegebiet der Allgemeinheit wie auch dem A bekannt war. Dabei hat die Gefährdungslage nach der Buchung keine unvorhersehbare Veränderung erlangt. Sie war somit für A vorhersehbar.

#### c) Zwischenergebnis

Aufgrund der Voraussehbarkeit der Terrorgefahr und der instabilen Sicherheitslage zum Zeitpunkt der Reise bei Vertragsschluss kann A den Vertrag nicht wegen höherer Gewalt nach § 651j BGB kündigen. Demzufolge hat § 651j BGB keine Auswirkungen auf den Entschädigungsanspruch.

#### 3. Rücktritt nach § 651i Abs. 1 BGB

Für einen Entschädigungsanspruch nach § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB kommt es mithin darauf an, dass A nach § 651i Abs. 1 BGB vom Reisevertrag zurückgetreten ist. A hat gegenüber R den Rücktritt erklärt, indem er zu verstehen gab, dass er die Reise nicht antreten und sich vom Vertrag lösen wolle. Da jeder Reisende nach § 651i Abs. 1 BGB vor Reisebeginn die Möglichkeit hat, vom Vertrag zurückzutreten, ist

der zwei Tage vor Beginn der Reise erklärte Rücktritt auch wirksam.

#### 4. Höhe der Entschädigungspauschale

Nach § 651i Abs. 3 BGB kann der Entschädigungsanspruch, der dem Reiseveranstalter zusteht, pauschal als Prozentsatz im Vertrag vereinbart werden. Im Reisevertrag zwischen R und A wurden als Pauschale angemessene 50 % des Reisepreises vereinbart.<sup>41</sup> Folglich beläuft sich die Entschädigungshöhe auf 600 €.

#### 5. Ergebnis

R steht gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 600 € aus § 651i Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB zu.

#### Lösungsvorschlag zu Frage 3

#### III. Anspruch F auf Zahlung von 30 € aus § 7 des Vertrages i.V.m. § 649 S. 2 BGB

F könnte gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 30 € aus § 7 des Vertrages i.V.m. § 649 S. 2 BGB zustehen.

#### 1. Werkvertrag

Erforderlich ist für einen derartigen Anspruch ein Werkvertrag zwischen F und A. Mit der Beförderung nach Antalya schuldet F einen konkreten Erfolg, wie er für einen Werkvertrag typisch ist. Diese Beförderung prägt den gesamten Vertrag zwischen F und A, so dass F auch nicht mehrere Einzelleistungen bündelt und das Vorliegen eines Reisevertrages zu verneinen ist. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob auf den vorliegenden Vertrag das Reiserecht analog anzuwenden ist.<sup>42</sup> Eine analoge Anwendung des Reiserechts erfolgt beispielsweise bei der Miete eines Ferienhauses oder eines Wohnmobils, obwohl auch hier mit der Bereitstellung der Mietsache nur eine Leistung im Vordergrund steht.<sup>43</sup> Gerade bei dem Flug mit einer sog. Billigfluggesellschaft ist die vereinbarte Leistung jedoch nicht mit der Buchung eines Ferienhauses oder eines Wohnmobils vergleichbar. In letzteren Fällen spielt der erstrebte Erholungszweck bei dem Ausuchen und der Buchung des Mietobjektes eine entscheidende Rolle, wohingegen bei der Buchung eines Billigfluges weniger der Erholungszweck, sondern vielmehr das Angebot einer kostengünstigen Beförderung ausschlaggebend ist. Komforteinbußen werden aufgrund des günstigen Preises dabei hingenommen. Die Buchung eines Billigfluges ähnelt daher nicht denjenigen Fällen, auf die das Reiserecht analog ange-

<sup>38</sup> So für eine Rundreise durch die Türkei, die u.a. nach Istanbul führte, auch AG Augsburg, Urt. v. 7.7.2016 – 15 C 89/16.

<sup>39</sup> AG Augsburg, Urt. v. 7.7.2016 – 15 C 89/16; *Geib* (Fn. 34), § 651j Rn. 3.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Führich*, Terror, Angst und höhere Gewalt – Antworten des Reiserechts, abrufbar unter [www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13702/terror\\_reiserecht.pdf](http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13702/terror_reiserecht.pdf) (19.3.2017).

<sup>41</sup> Für Beispiele einer unangemessenen Entschädigungspauschale siehe *Tonner*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 651i.

<sup>42</sup> Dafür AG Offenbach, Urt. v. 11.01.1995 – Az. 350 C 5863/94. Kritisch zu diesem Urteil *Schmid*, RRA 1995, 92.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Tonner* (Fn. 41), § 651a Rn. 32 ff. m.w.N.

wendet wird.<sup>44</sup> Folglich ist der vorliegende Beförderungsvertrag nach Werkvertragsrecht zu behandeln.<sup>45</sup>

### 2. Kündigung des Werkvertrages

Diesen Werkvertrag müsste A gekündigt haben. Indem A bekannt gab, er wolle die Reise nicht antreten und sich vom Vertrag mit F lösen, erklärte er die Kündigung. Da A nach § 649 S. 1 BGB den Werkvertrag bis Abwicklung des Fluges kündigen konnte, ist die erklärte Kündigung auch wirksam.

### 3. Vergütung

Nach § 649 S. 2 BGB kann der Unternehmer bei Kündigung durch den Besteller grds. Vergütung verlangen. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er erspart oder anderweitig durch eine andere Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt.

#### a) Gesetzlicher Vergütungsanspruch

Hier konnte F den frei gewordenen Sitz einem anderen Reisenden zur Verfügung stellen, der einen höheren Preis zahlte als ihn zuvor A gezahlt hat. Diesen Gewinn muss sich F auf den Vergütungsanspruch anrechnen lassen. Da der Gewinn infolge der Neubuchung durch einen anderen Fluggast denjenigen übersteigt, den F aus dem Vertrag mit A hätte erzielen können, ist die Kündigung des Vertrages durch A für F sogar vorteilhaft. Ein Vergütungsanspruch ergibt sich daher nicht aus § 649 S. 2 BGB.

#### b) Vergütungsanspruch aus § 7 des Vertrages

Ein Vergütungsanspruch könnte sich jedoch aus § 7 des Vertrages ergeben. § 7 wurde als AGB wirksam in den Vertrag einbezogen. Um einen Vergütungsanspruch zu begründen, müsste § 7 jedoch auch wirksam sein, d.h. der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhalten.

##### aa) Anwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB

Indem § 7 einen pauschalen Vergütungsanspruch in voller Höhe vorsieht, weicht er von der gesetzlichen Regelung des § 649 S. 2 BGB ab. Nach § 307 Abs. 3 BGB kann daher eine Inhaltskontrolle anhand der §§ 308, 309 BGB durchgeführt werden.

##### bb) Verstoß gegen § 308 Nr. 7 BGB

Pauschalisierungen über die Höhe der Vergütung in AGB haben sich an § 308 Nr. 7 BGB zu messen.<sup>46</sup> § 308 Nr. 7

BGB weißt dabei Ähnlichkeit zu § 309 Nr. 5 BGB auf und überschneidet sich z.T. mit Letzterem.<sup>47</sup> Während § 309 Nr. 5 BGB bei pauschalisierten Schadens- und Wertersatzansprüchen greift, erklärt § 308 Nr. 7 BGB AGB-Bestimmungen für unwirksam, durch die sich der Verwender für den Fall der Beendigung des Vertrags eine unangemessen hohe Vergütung zugesprochen wird.<sup>48</sup> Sofern dieser Vergütungsanspruch in AGB pauschalisiert wird, sind bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 308 Nr. 7 BGB die Wertungen des § 309 Nr. 5 BGB zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Ergibt sich dabei, dass die Pauschalisierung des Vergütungsanspruchs nicht mit der Wertung des § 309 Nr. 5 BGB zu vereinbaren ist, folgt daraus auch ein Verstoß gegen § 308 Nr. 7 BGB.<sup>50</sup> § 7 des Vertrages könnte insoweit unvereinbar mit der Wertung des § 309 Nr. 5b BGB und damit auch mit § 308 Nr. 7 BGB sein. Nach § 309 Nr. 5b BGB ist eine Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen unzulässig, wenn dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Die Übertragung der Wertung des § 309 Nr. 5b BGB auf § 308 Nr. 7a BGB hat zur Folge, dass eine Pauschalisierung von Vergütungsansprüchen nur zulässig ist, wenn dem Schuldner bei Vertragsbeendigung die Möglichkeit eingeräumt wird, eine geringere, d.h. eine den durch die Pauschale festgesetzten Wert unterschreitende, Einbuße aufseiten des Verwenders nachzuweisen. § 7 des Vertrages gestattet den Kunden der F jedoch einen derartigen Nachweis nicht. Aus diesem Grund ist die Klausel nicht mit § 308 Nr. 7a BGB vereinbar.<sup>51</sup>

Darüber hinaus könnte ein weiterer Verstoß gegen § 307 Nr. 7a BGB vorliegen, indem die Höhe der vorgesehenen Vergütung unangemessen ist.<sup>52</sup> Unangemessene ist dabei nicht automatisch jede Pauschalisierung, die vom Maßstab des § 649 S. 3 BGB abweicht.<sup>53</sup> Sie wird allerdings dann unangemessen, wenn die Vergütung nach der Pauschalisierung

Unternehmer nach § 649 S. 2 BGB eine Vergütung auch für nicht erbrachte Leistungen berechnen kann. Es besteht aber sachlich kein Unterschied zwischen einer unangemessen hohen Vergütung für erbrachte und für nicht erbrachte Leistungen, so dass § 308 Nr. 7a BGB entsprechend angewendet wird.

<sup>47</sup> *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 309 Rn. 4.

<sup>48</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4.

<sup>49</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4.

<sup>50</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 309 Rn. 4; *Becker*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.5.2016, § 309 Nr. 5 Rn. 16.

<sup>51</sup> So in ähnlichen Fällen auch BGH NJW 1985, 633; AG Rüsselsheim, Urt. v. 16.05.2015 – Az. C 119/12 (36), Rn. 27.

<sup>52</sup> Das LG Köln (Urt. v. 03.11.2010 – Az. 26 O 57/10) und das LG Hamburg (Urt. v. 23.04.2013 – Az. 312 O 330/12) bemessen eine derartige Klausel im Falle eines Reisevertrages direkt an § 309 Nr. 5b BGB, obgleich es weder im Falle des § 651i Abs. 3 BGB noch im Falle des § 649 S. 2 BGB um einen Schadensersatzanspruch geht.

<sup>53</sup> *Voit* (Fn. 46), § 649 Rn. 33.

<sup>44</sup> So in vergleichbarer Weise für eine Fährüberfahrt AG München NJW 2016, 3458.

<sup>45</sup> Vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 248; *Schmitt*, VuR 2014, 457 (457).

<sup>46</sup> BGH NJW 2011, 1954 (1955); BGH NJW 2011, 3030 (3030); *Voit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.2.2015, § 649 Rn. 33; *Ebert/Scheuch*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 649 Rn. 11. Zwar betrifft § 308 Nr. 7a BGB nach seinem Wortlaut allein Vergütungsregelungen für erbrachte Leistungen, während der

zung wesentlich höher ausfällt als nach § 649 BGB zu erwarten wäre. Daher sind insbesondere Stornopauschalen unzulässig, die eine Vergütung i.H.v. 100% des ursprünglich vereinbarten Preises festsetzen. Derartige Pauschalen sehen, anders als § 649 S. 2 BGB, keinerlei Ausgleich für den Vorteil vor, welchen der Unternehmer infolge der Kündigung erlangt, so dass bei derartigen Klauseln die Vergütung wesentlich höher ausfällt als nach § 649 BGB zu erwarten ist.<sup>54</sup> Infolgedessen verstößt § 7 des Vertrages nicht nur wegen der fehlenden Möglichkeit eines Nachweises über eine geringere Einbuße gegen § 308 Nr. 7 BGB, sondern auch aufgrund der vorgesehenen Höhe der Pauschalisierung.

*cc) Zwischenergebnis*

§ 7 des Vertrages ist mithin unwirksam und begründet ebenso wie vorliegend § 649 S. 2 BGB keinen Vergütungsanspruch.

*4. Ergebnis*

Folglich steht F gegen A kein Vergütungsanspruch zu.

---

<sup>54</sup> *Wurmnest* (Fn. 47), § 308 Nr. 7 Rn. 12; LG Hamburg, Urt. v. 23.04.2013 – Az. 312 O 330/12; OLG Nürnberg NJW 1999, 3128; OLG Celle RRA 1995, 52.