

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller/Jan Lukas Werner*

Aktuelle Rechtsprechung zum Vertragsrecht im Prüfungsaufbau

Abstract

Jura lebt von Fällen. Nichts bildet die Lebenswirklichkeit besser ab als Rechtsprechungsentscheidungen. Dementsprechend verwundert es nicht, dass sich die meisten Prüfungsaufgaben an Judikaten orientieren – seien es alte „Klassiker“ oder aktuelle Urteile. Das Vertragsrecht gehört dabei zu den in Studium und Praxis wichtigsten Rechtsgebieten, zu dem besonderes viele Entscheidungen ergehen. Der Beitrag behandelt drei aktuelle und u.E. examensrelevante Entscheidungen und versucht exemplarisch aufzuzeigen, wie diese im Prüfungsaufbau einzubetten sind.

* Professor *Dr. Marc-Philippe Weller*, Licencié en droit (Montpellier) ist Direktor und *Jan Lukas Werner* ist Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Der Beitrag wurde anlässlich der Heidelberger Examensvorbereitungsvorlesung „HeidelPräp! – Schuldrecht“ verfasst, die der *Erstverf.* im Sommersemester 2016 gehalten hat.

I. Einleitung

Der Vertrag gilt als der „König des Privatrechts“.¹ Dementsprechend hat das Schuldvertragsrecht für Wissenschaft, Praxis und Ausbildung erhebliche Relevanz. Insbesondere in der Fortgeschrittenenübung und im Examen sind vertragliche Schuldverhältnisse ein beliebter Prüfungsgegenstand. Da sich Prüfungsaufgaben häufig an der aktuellen Rechtsprechung orientieren, sollen nachfolgend exemplarisch aktuelle Urteile des *EuGH* und *BGH* zu den bedeutsamsten Vertragstypen des BGB, nämlich Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, besprochen und für die Klausurbearbeitung aufbereitet werden.

II. Kaufrecht

Der Kauf, Herzstück des Vertragsrechts, ist für das moderne Wirtschaftsleben von überragender Bedeutung und steht deshalb mit den §§ 433 ff. BGB systematisch am Beginn der gesetzlich geregelten Vertragstypen.² Das Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs des Jahres 1900 wurde mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 grundlegend neu gefasst und insbesondere mit dem Allgemeinen Schuldrecht (§§ 280 ff., 323 ff. BGB) verzahnt (vgl. die Verweise in § 437 BGB). Zugleich wurde mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden: VerbrGK-RL) gemäß Art. 288 AEUV in nationales Recht umgesetzt. Vor diesem Hintergrund ist bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs an eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 433 ff., 474 ff. BGB zu denken.³ So hat der *EuGH* etwa bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache in Ein- und Ausbaukonstellationen (Fliesen, Parkettstäbe) zugunsten der Verbraucher deren Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB ausgedehnt: Er erfasst im Rahmen der Ersatzlieferung auch den Ausbau der defekten und den Einbau der neu zu liefernden Sache.⁴ Zu einem ähnlich umstrittenen Problem mit Bezug zur VerbrGK-RL ist im Jahr 2015 – auf Vorlage eines niederländischen Gerichtes (Art. 267 AEUV) – die *EuGH*-Entscheidung „Faber“ ergangen.⁵

1 So *Jahn*, FAZ vom 3.5.2010, S. 12.

2 *Beckmann*, in: Staudinger, 2013, Vor §§ 433 ff. Rn. 1; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1.

3 *Westermann*, in: MüKo-BGB III, 6. Aufl. 2012, Vor § 433 Rn. 5; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, BT, 17. Aufl. 2014, Rn. 22.

4 Siehe hierzu den „Bodenfliesen-Fall“, *EuGH*, Urt. v. 16.6.2011, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 – *Weber und Putz*, sowie die anschließende „Parkettstäbe-Entscheidung“ *BGHZ* 177, 244 ff.; aus der Literatur mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Faust*, in: BeckOK-BGB, Ed. 39, Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 18 ff.

5 *EuGH*, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – *Faber* = NJW 2015, 2237 ff. m. Anm. *L. Hübner*.

1. Der Sachmangel als Ausgangspunkt der Gewährleistungsrechte des Käufers

Aus deutscher Sicht war insbesondere die Frage des niederländischen Gerichts zur Reichweite der Beweislastumkehr in Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL von Interesse. Diese Richtlinienbestimmung wird durch § 476 BGB umgesetzt.⁶ Dessen Auslegung ist für die praktisch wichtigen „Grundmangel-Konstellationen“ umstritten. Paradigmatisch hierfür ist der „Zahnriemen-Fall“ des *BGH*:⁷ Ein Verbraucher hatte von einem Unternehmer einen Gebrauchtwagen gekauft. Einige Monate nach Übergabe (und damit nach Gefahrübergang) trat ein Motorschaden an dem Pkw auf, welcher auf einem gelockerten Zahnriemen beruhte. Ob der Zahnriemen aufgrund eines Materialmangels oder wegen eines Fahrfehlers des Käufers gelockert war, ließ sich nicht mehr feststellen. Der Käufer verlangte Rückzahlung des Kaufpreises.

Eine Klausurlösung wäre mit folgendem Obersatz einzuleiten: „Der Käufer könnte gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 1. Alt. BGB haben.“

Der Anspruch würde neben einem wirksamen Kaufvertrag zunächst einen zum Rücktritt berechtigenden Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB voraussetzen. Dazu müsste zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die tatsächliche Beschaffenheit der Sache von der vereinbarten Beschaffenheit nachteilig abweichen.⁸ Das Problem erwächst daraus, dass der Motorschaden bei Gefahrübergang indes unstreitig noch nicht vorlag. Es würde zwar genügen, dass der den Motorschaden verursachende Grundmangel in Gestalt eines defekten Zahnriemens bereits bei Gefahrübergang vorlag. Dies ließ sich aber in casu wegen in Frage kommender alternativer Schadensursachen nicht nachweisen. Da die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mangels nach § 363 BGB den Käufer trifft, konnte sich dieser an sich nicht auf einen Mangel als Rücktrittsgrund stützen.⁹

2. § 476 BGB

Zugunsten des Käufers könnte jedoch die Beweislastumkehr des § 476 BGB greifen. Dieser bildet nach § 474 Abs. 2 S. 1 BGB eine Ausnahme zur Beweislastregel des § 363 BGB. Anwendungsvoraussetzung wäre allerdings, dass es sich um einen Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 Abs. 1 BGB handelt. Wenn sich der Klausursachverhalt um eine bewegliche Sache (Auto) dreht und der Käufer als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB¹⁰ und der Verkäufer als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB angesehen werden können, wäre der Anwendungsbereich des § 476 BGB eröffnet.

6 *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 2), § 476 Rn. 1.

7 BGHZ 159, 215 ff.

8 *Looschelders*, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 34.

9 *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2013, Rn. 161.

10 In der *Faber*-Entscheidung hat der *EuGH* den Gerichten auch aufgetragen, die Verbrauchereigenschaft von Amts wegen zu prüfen, vgl. *EuGH*, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, Rn. 48 – *Faber*: „(...) in einem Rechtsstreit über einen Vertrag, der

a) *Nur zeitliche Reichweite der Vermutung*

Nach § 476 BGB ist, wenn sich sechs Monate nach Gefahrübergang ein Mangel zeigt, zu vermuten, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Der konkret aufgetretene „Mangel“ (Motorschaden) lag freilich *bei Gefahrübergang* unstreitig noch nicht vor und ist daher kein Sachmangel i.S.d. Legaldefinition des § 434 BGB. Der Wagen wäre nur dann mangelhaft i.S.d. § 434 BGB, wenn der Motorschaden auf einen Grundmangel (defekter Zahnriemen) zurückzuführen wäre, der seinerseits schon bei Gefahrübergang angelegt war.

Ob man bei einem späteren Schadenseintritt nach § 476 BGB vermuten kann, dass dieser auf einen Grundmangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zurückzuführen ist, ist in Konstellationen, in denen *mehrere Schadensursachen* in Frage kommen, freilich umstritten.

Der *BGH* meint seit der Zahnriemenentscheidung, die Vermutungsregel wirke nur in *zeitlicher* Hinsicht und umfasse nur dann den Grundmangel, wenn keine alternativen Ursachen für den später auftretenden Schaden (hier: Motorschaden) in Frage kämen:¹¹

Da bei Motorschäden in der Regel auch Fahrfehler als Schadensursache in Frage kommen, erstreckt sich die Vermutung nach der *BGH*-Ansicht nicht auf einen etwaigen Grundmangel. Für diese Ansicht kann ins Feld geführt werden, dass eine noch weiter reichende Vermutung faktisch einer Haltbarkeitsgarantie gleichkäme.¹² Diese würde das fein abgestufte Gewährleistungsregime des § 437 BGB unterlaufen, wonach Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB nur bei Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) oder einer Garantiezusage (vgl. § 276 Abs. 1 BGB) verlangt werden kann.

möglicherweise in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt, (hat) das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, sofern es über die dafür nötigen rechtlichen und tatsächlichen Anhaltspunkte verfügt oder darüber auf ein einfaches Auskunftsersuchen hin verfügen kann, die Frage zu prüfen (...), ob der Käufer als Verbraucher im Sinne dieser Richtlinie eingestuft werden kann, selbst wenn er sich nicht ausdrücklich auf diese Eigenschaft berufen hat.“

- 11 BGHZ 159, 215 (218): „Soweit § 476 BGB für den – hier gegebenen – Verbrauchsgüterkauf die Beweislast zugunsten des Käufers umkehrt, betrifft das nicht die Frage, ob überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Die Vorschrift setzt vielmehr einen binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangel voraus und enthält eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, daß dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.“; bestätigt in BGHZ 167, 40 (48).
- 12 *Ruckteschler*, Haltbarkeitsgarantie durch die Hintertür, ZEuP 2016, 528 (541); dies erkennen auch *L. Hübner* (Fn. 5), S. 2241 („De-facto-Haltbarkeitsgarantie“) und *Lorenz*, in: MüKo-BGB III, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 4 an. Um den faktischen Beweisschwierigkeiten des Unternehmers Rechnung zu tragen, könnte man erwägen, das Beweismaß zu reduzieren. Dann wäre der Gegenbeweis leichter möglich und die Gefahr einer faktischen Haltbarkeitsgarantie gebannt. Siehe zu diesen Überlegungen *Sagan/Scholl*, § 476: Rückwirkungs- oder Grundmangelvermutung?, JZ 2016, 501 (508 ff.).

b) *Inhaltliche Reichweite der Vermutung*

Zahlreiche Literaturstimmen haben demgegenüber ein erweitertes Verständnis von der Vermutungswirkung und sehen jeden sich innerhalb von sechs Monaten zeigenden Mangel als von § 476 BGB erfasst an.¹³ Der Vermutung wird also eine inhaltliche, über die zeitliche Komponente hinausgehende Reichweite zugemessen, so dass nicht nur der konkret aufgetretene Mangel der Vermutung des § 476 BGB unterfällt, sondern auch ein vorgelagerter Grundmangel.¹⁴

Die Vermutungsregel des § 476 BGB würde sich hiernach auch auf den Zahnriemen erstrecken. Da die Vermutung hinsichtlich des lockeren Zahnriemens nicht widerlegt werden kann, wäre ein Sachmangel gegeben.

Zahlreiche Argumente streiten für diese Ansicht: Nach dem Wortlaut des § 476 BGB ist beim Auftreten eines Sachmangels sechs Monate nach Gefahrübergang zu vermuten, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Damit spricht der Wortlaut der deutschen Vorschrift eher für eine weite Auslegung. Denn es ist gerade nicht geregelt, dass vermutet wird, der *aufgetretene Mangel* habe schon bei Gefahrübergang bestanden. Vielmehr wird die *allgemeine Mangelhaftigkeit* der Sache vermutet.¹⁵

Auch der Normzweck des § 476 BGB, den Verbraucher bei der Darlegung des Sachmangels zu privilegieren, spricht für eine weite Auslegung.¹⁶ Rechtfertigen lässt sich die Privilegierung des Verbrauchers mit der typischerweise überlegenen Sachkenntnis des gewerblichen Verkäufers.¹⁷ Nur er kann in der Regel die Qualität und damit Mangelfreiheit der Sache bei Übergabe einschätzen.¹⁸

Wenn man dagegen der engen (nur zeitlichen) Auffassung des *BGH* folgte, marginalisierte man den Anwendungsbereich von § 476 BGB. Die Norm wäre nur auf Fälle des verdeckten Mangels anwendbar, soweit nur der Zeitpunkt der Mangelhaf-

13 Siehe z. B. *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 9 ff.: „ME spricht mehr für eine weite Auslegung der Vermutung, der zentrale Bedeutung für einen effektiven Verbraucherschutz zukommt. Die Ansicht des *BGH* stellt den Verbraucher gerade in den praktisch besonders wichtigen Fällen, in denen eine Sache innerhalb der Sechsmonatsfrist kaputtgeht, vor große Beweisprobleme. Es besteht deshalb kein Anlass, die Vorschrift entgegen ihrem klaren Wortlaut einzuschränken.“; *Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, 3020 (3021): „Die Vermutung betrifft aber nicht nur den Zeitpunkt des Vorliegens eines (vom Verbraucher nachgewiesenen) Mangels, sondern gerade auch die Frage, ob der zwar vorliegende, aber erst nach Gefahrübergang eingetretene Sachmangel (hier: der Motorschaden) auf einen bereits bei Gefahrübergang vorliegenden „Grundmangel“ zurückzuführen ist. Insoweit wird – entgegen der Ansicht des *BGH* – nach Maßgabe von § 476 BGB gerade auch das Vorliegen eines Sachmangels und nicht nur der Zeitpunkt seines Vorliegens vermutet.“

14 *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 11.

15 *Medicus/Lorenz* (Fn. 3), Rn. 244; *Lorenz* (Fn. 13), S. 3021.

16 *Lorenz*, in: MüKo-BGB III (Fn. 12), § 476 Rn. 4.

17 H. M., siehe nur *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, 2013, § 476 Rn. 4; a. A. *Oechsler*, (Fn. 9), Rn. 161, der auf die Beweisnot des Käufers abstellt.

18 *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 476 Rn. 4.

tigkeit streitig ist. Der wesentlich häufigere Fall, dass der Verbraucher ein technisches Gerät erwirbt und das Gerät nach wenigen Monaten versagt, wäre hingegen nicht erfasst, obgleich hier die Beweisprobleme des Verbrauchers mindestens genauso schwer wiegen.¹⁹

c) *Richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB*

Schützenhilfe erhält die Literaturansicht nun vom *EuGH*.²⁰ Denn bei der Interpretation des § 476 BGB ist die dieser Bestimmung zugrunde liegende VerbrGK-RL²¹ zu berücksichtigen.

Zwar spricht der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL – gerade bei Beachtung der Abweichung zu § 476 BGB – eher für die enge Auslegung,²² allerdings ist die Norm im Kontext der Richtlinie zu verstehen. Die Richtlinie hat sich gerade dem Verbraucherschutz verschrieben. Dieser würde durch die enge Auffassung „vollkommen unterlaufen“. ²³ Die im Lichte der Faber-Entscheidung vorzunehmende richtlinienkonforme Auslegung streitet somit für eine weite Interpretation der Vermutungswirkung in § 476 BGB. In casu wird die Mangelhaftigkeit des Autos bei Gefahrübergang hiernach vermutet.

d) *Kein Ausschluss, § 476 Halbs. 2 BGB*

Die Vermutung dürfte nicht gem. § 476 Halbs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Danach gilt die Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers nicht, wenn die Vermutung

19 *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 9.

20 *EuGH*, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, Rn. 75 – *Faber*: „Daher ist auf die sechste Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 dahin auszulegen ist, dass die Regel, wonach vermutet wird, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand, (1.) zur Anwendung gelangt, wenn der Verbraucher den Beweis erbringt, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist und dass die fragliche Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, d. h., sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Der Verbraucher muss weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist; (2.) von der Anwendung nur dadurch ausgeschlossen werden kann, dass der Verkäufer rechtlich hinreichend nachweist, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der nach der Lieferung des Gutes eingetreten ist.“

21 Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL lautet wie folgt: „Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, daß Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar.“

22 Denn danach wird nur vermutet, dass der konkret aufgetretene Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag, vgl. *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 12; *Lorenz* (Fn. 13), S. 3021. Jedoch normiert Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL nur die Mindeststandards für den Verbraucherschutz; die Mitgliedsstaaten können freiwillig ein höheres Verbraucherschutzniveau festlegen, Art. 8 Abs. 2 VerbrGK-RL. Deshalb besteht insoweit kein europarechtlicher Zwang zur engen Auslegung. Vgl. hierzu *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 10.

23 Schlussanträge GA *Sharpston* vom 27.11.2014, Rs. C-497/13 – *Faber*, Rn. 88.

mit der „Art der Sache oder des Mangels“ unvereinbar ist. Gebrauchte Sachen führen indes nicht schon dazu, dass die Vermutung nach der „Art der Sache“ zu verneinen wäre.²⁴ Die Ausnahme betrifft vielmehr verderbliche Waren und Verschleißteile.²⁵ Nach der „Art des Mangels“ wäre die Vermutung z. B. in folgenden Fällen zu verneinen: offensichtliche Mängel (etwa Karoserieschäden)²⁶ oder nach Gefahrübergang erkrankte Tiere, wenn die typische Inkubationszeit der Vermutung widerspricht²⁷.

Im eingangs erwähnten Zahnriemenfall liegen diese Ausnahmetatbestände des letzten Halbsatzes des § 476 alle nicht vor.

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB kann daher in Kombination mit § 476 BGB zugunsten des Käufers angenommen werden.

3. Zusammenfassung

Die Faber-Entscheidung des *EuGH* ist ein „heißer Tipp“ für eine Klausur in der Fortgeschrittenen-Übung oder im Examen. Zum einen kollidiert die im nationalen Recht kritisierte Rechtsprechung mit dem Europarecht. Zum anderen lassen sich über den europäischen Bezug methodische Aspekte prüfen. Dazu gehört einerseits das Stichwort der „richtlinienkonformen Auslegung“. Andererseits ist die Erkenntnis, dass es sich vorliegend um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, erst im Rahmen des Mangelbegriffs anlässlich des § 476 BGB und nicht vorher zu prüfen.

III. Mietrecht

Der Wohnraummietvertrag gehört zu den praktisch und volkswirtschaftlich bedeutendsten Vertragstypen des Bürgerlichen Rechts.²⁸ Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung nehmen Entscheidungen über Mietstreitigkeiten einen weiten Raum ein. Dennoch gilt das zahlreichen Gesetzesänderungen unterliegende Mietrecht als schwer systematisierbar („enfant terrible der Privatrechtsdogmatik“).²⁹ Das ist zum einen auf die soziale Überformung zugunsten des Mieters zurück-

24 *Faust*, in: BeckOK-BGB (Fn. 4), § 476 Rn. 18 m.w.N.: „So liegt Unvereinbarkeit mit der Art der Sache keineswegs stets bei gebrauchten oder leicht verderblichen Sachen vor. (...) Nur wenn der konkrete Sachzustand entweder nach einem allgemeinen Erfahrungssatz bei der betreffenden Sache erst nach Gefahrübergang eintrat oder sich nicht von dem Zustand unterscheidet, den eine bei Gefahrübergang mangelfreie Sache typischerweise zum betreffenden Zeitpunkt gehabt hätte, ist die Beweislastumkehr unanwendbar.“ Siehe auch *Looschelders* (Fn. 8), Rn. 273.

25 *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 476 Rn. 41, 43.

26 *Ebd.*, § 476 Rn. 46.

27 *Lorenz*, in: MüKo-BGB III (Fn. 12), § 476 Rn. 19.

28 *Looschelders* (Fn. 8), Rn. 392; *Oechsler* (Fn. 9), Rn. 802.

29 Vgl. aber *Weller*, Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik? – Ein Systematisierungsversuch im Licht der allgemeinen Dauerschuld-Doktrin, JZ 2012, 881 ff.

zuführen.³⁰ Zum anderen kommt dem Wohnraummietrecht bspw. durch den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB oder die Formel „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 566 BGB) eine Mittelstellung zwischen Schuld- und Sachenrecht zu, die v. *Gierke* treffend als „Brückenstellung“ bezeichnete.³¹ Diese beiden Funktionen waren jüngst Gegenstand zweier Entscheidungen des *BGH*. Die eine betraf das Vermieterpfandrecht gem. § 562 BGB, die andere das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB.

1. Vermieterpfandrecht, § 562 BGB

a) Überblick

Der Vermieter hat zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters, § 562 BGB. Damit ist die Rechtsnatur des Vermieterpfandrechts offenkundig: Es entsteht unabhängig vom Willen der Beteiligten, ist also als gesetzliches Pfandrecht zu klassifizieren.³² Deshalb sind gem. § 1257 BGB die §§ 1204 ff. BGB auf das Vermieterpfandrecht anwendbar. Darüber hinaus stellt das Vermieterpfandrecht insofern eine Besonderheit dar, als es entgegen der Wertung des § 1205 BGB ein sog. besitzloses Pfandrecht ist.³³

Besonders bedeutsam ist das Verhältnis von Vermieterpfandrecht und Sicherungseigentum (nach §§ 929 S. 1, 930 BGB) im Kollisionsfall.³⁴ Dabei ist – wie im Übrigen bei Kollisionen von Sicherungsmitteln auch – im Ausgangspunkt auf den Prioritätsgrundsatz abzustellen.³⁵ Jedoch ergibt sich regelmäßig die Schwierigkeit, dass sowohl das Vermieterpfandrecht als auch die (antizipierte) Sicherungsübereignung mit Einbringung der Sache, also *gleichzeitig* entstehen. Diesen Konflikt hat der *BGH* und ihm weitgehend folgend die Literatur dahingehend aufgelöst, dass das Vermieterpfandrecht Vorrang vor der Sicherungsübereignung genießt.³⁶ Dafür spricht entscheidend, dass ansonsten das Vermieterpfandrecht bei der Gewerberaummieta ausgehöhlt würde.³⁷

b) *BGH-Entscheidung vom 15.10.2014*

An eine ähnliche Konstellation knüpft der dem Urteil des *BGH* vom 15.10.2014 zugrunde liegende und hier vereinfacht dargestellte Sachverhalt an:³⁸ Eine Mieterin

30 *Looschelders* (Fn. 8), Rn. 392; *Weller* (Fn. 29), S. 881.

31 *Gierke*, in: *JherJb.* 64 (1914), 355 (407); *Weller* (Fn. 29), S. 885.

32 *Looschelders* (Fn. 8), Rn. 475. Ein anderes wichtiges gesetzliches Pfandrecht ist das Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB.

33 Der Vermieter hat zunächst keinen Besitz – nicht einmal mittelbaren, vgl. *Dötsch*, in: *BeckOK-Mietrecht*, Ed. 4, Stand: 15.5.2016, § 562 Rn. 13 m.w.N.

34 *Looschelders* (Fn. 8), Rn. 475.

35 *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus, Miete – Kommentar*, 4. Aufl. 2014, § 562 BGB Rn. 24.

36 *BGHZ* 117, 200 (207); *Ehlert*, in: *BeckOK-BGB*, Ed. 39, Stand: 1.8.2012, § 562 Rn. 17a mwN.

37 *Artz*, in: *MüKo-BGB III* (Fn. 3), § 562 Rn. 18.

38 *BGHZ* 202, 354 ff. = *JZ* 2015, 366 ff.

(M) hatte im August 2006 mit der damaligen Grundstückseigentümerin (E) einen Mietvertrag über Gewerberaum abgeschlossen. M schloss kurz danach, im Oktober 2006, mit der B-Bank einen Raumsicherungsübereignungsvertrag über die in den Mieträumen befindlichen Sachen ab, um eine Forderung der Bank aus einem Darlehensvertrag zu sichern. Im Dezember 2006 veräußerte E das Grundstück wirksam an V.

Nachdem im Februar 2008 über das Vermögen der M das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, macht V geltend, ihm stehe ein Vermieterpfandrecht und damit ein Absonderungsrecht zu.

V könnte von M Absonderung der in die Gewerberäume eingebrachten Sachen nach § 50 InsO verlangen.

Voraussetzung wäre, dass ihm ein Pfandrecht an diesen Sachen zusteht. Als Pfandrecht kommt hier ein Vermieterpfandrecht nach §§ 578 Abs. 2, 562 Abs. 1 BGB in Betracht.

aa) Mietverhältnis

Dazu müsste zunächst zwischen M und V ein Mietverhältnis bestehen. Einen Vertrag haben M und V freilich nicht abgeschlossen; der Mietvertrag wurde vielmehr nur zwischen E und M geschlossen. Jedoch könnte im Verhältnis zu V ein Mietverhältnis kraft Gesetzes gem. §§ 578 Abs. 2, 566 Abs. 1 BGB entstanden sein. Gem. § 578 Abs. 2 BGB findet § 566 BGB auch auf Gewerberaummietverhältnisse Anwendung. Der Erwerber des Grundstücks tritt nach § 566 Abs. 1 BGB anstelle des Veräußerers als Vermieter in die sich aus dem Mietverhältnis zwischen Mieter und Vermieter ergebenden Rechte und Pflichten ein. Damit entsteht durch den Eigentumsübergang am Grundstück zwischen Mieter und Neueigentümer ein neues Mietverhältnis mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zwischen Mieter und Veräußerer bestanden hat.³⁹

E hat das Grundstück im Dezember 2006 an V veräußert. Durch den Eigentumsübergang am Grundstück von E auf V ist mithin ein neues Mietverhältnis zwischen V und M entstanden. Dieses hat den gleichen Inhalt wie das Mietverhältnis zwischen E und M.

bb) Einbringung von Sachen des Mieters

Die Entstehung des Vermieterpfandrechts setzt weiterhin voraus, dass M Eigentümer der in die gemieteten Räume eingebrachten Sachen ist („Sachen des Mieters“, § 562 Abs. 1 BGB). Zwar hat M zunächst ihr gehörende Sachen in die vermieteten Räume eingebracht. Allerdings hat M die Sachen später im Oktober 2006 per Siche-

³⁹ *BGH*, NJW 2012, 3032 (3033 f.): „Gemäß §§ 566 I, 578 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat.“

rungsübereignung gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB an die B-Bank übereignet und damit das Eigentum verloren. Dies könnte dem gesetzlichen Erwerb des Vermieterpfandrechts durch V entgegenstehen, weil dessen Mietvertrag erst danach, im Dezember 2006, begründet wurde.

Im Grundsatz ist bei der Kollision zwischen Sicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht das Prioritätsprinzip heranzuziehen.⁴⁰ Danach setzt sich das zuerst entstandene Sicherungsmittel durch. Um zu ermitteln, wann das Vermieterpfandrecht entstanden sein könnte, ist zu klären, auf welchen Zeitpunkt bei der Begründung des Vermieterpfandrechts des Grundstückserwerbers abzustellen ist. Dabei kommen insbesondere zwei Momente in Betracht: der Eigentümerwechsel (hier: Dezember 2006) oder das Einbringen der Sache (hier: August/Oktober 2006).

(1) Zeitpunkt des Eigentümerwechsels

Das Berufungsgericht entschied, dass es auf den Zeitpunkt des Eigentümerwechsels ankomme und verneinte deshalb das Entstehen des Vermieterpfandrechts.⁴¹ Mit dem Eigentümerwechsel an dem Grundstück sei eine Zäsur eingetreten.⁴² Diese Zäsur betreffe nicht nur die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Forderungen aus dem Mietverhältnis, sondern auch die dafür bestehenden Sicherungsrechte. Der Vermieter trete nach § 566a BGB nur dann in frühere Sicherheiten ein, wenn diese *rechtsgeschäftlich* begründet worden seien.

Beim Vermieterpfandrecht handelt es sich allerdings um ein *gesetzliches* Sicherungsrecht, auf das sich § 566a BGB gerade nicht erstrecke. Von daher trete der Erwerber nicht automatisch in die Sicherheit ein; vielmehr müsse das Vermieterpfandrecht nach dem Eigentumswechsel neu begründet werden.

Hiernach ist durch den Eigentümerwechsel eine Zäsur eingetreten, nach der das Vermieterpfandrecht des V erst (neu) begründet werden müsste. Dies würde das

40 Siehe dazu bereits oben III. 1. a).

41 OLG Hamm, ZMR 2013, 434 (435).

42 Die nachfolgende Argumentation geht auf OLG Hamm, ZMR 2013, 434 (435) zurück: „Mit dem Eigentumsübergang und dem Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber tritt gemäß § 566 BGB hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche gegen den Mieter eine Zäsur ein. Diese Zäsur betrifft aber nicht nur die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis, sondern auch die dafür bestehenden Sicherungsrechte. Der Veräußerer der Mietsache behält sein gesetzliches Vermieterpfandrecht für die in seiner Person begründeten Forderungen, für den Erwerber entsteht mit der Begründung des neuen Mietverhältnisses gemäß § 566 BGB ein neues Vermieterpfandrecht an den eingebrachten Sachen, soweit sie dem Mieter gehören. (...) Nur für die dem Veräußerer rechtsgeschäftlich – i.S.v. § 232 BGB – „geleisteten“ Sicherheiten, ordnet die Sonderregelung des § 566a BGB den Eintritt des neuen Vermieters in die daraus begründeten Rechte und Pflichten, die nicht aus dem Mietvertrag, sondern aus der Sicherungsvereinbarung folgen (so BGHZ 141, 160), an. (...) Zweck des Anspruchs auf die vertraglich vereinbarte Sicherheit ist danach die Sicherung aller vermierterseitigen Ansprüche, auch der des Erwerbers[,] aus dem mit dem gleichen Inhalt entstandenen Mietvertrag. Für das gesetzlich durch § 562 BGB begründete, nicht „geleistete“ Vermieterpfandrecht gibt es eine dem § 566 a BGB entsprechende Sonderregelung nicht.“

Eigentum der M an den Sachen zum Zeitpunkt des Eigentümerwechsels, also im Dezember 2006, voraussetzen. M hat die Sachen allerdings bereits im Oktober 2006 an die B-Bank übereignet und damit das Eigentum daran verloren. Mithin konnte nach dieser Ansicht kein Vermieterpfandrecht entstehen.

(2) Zeitpunkt des Einbringens

Dagegen hat der *BGH* entschieden, dass es für den Zeitpunkt des Entstehens des Vermieterpfandrechts auf den Zeitpunkt des Einbringens der Sachen ankomme.⁴³ Die Eigentumslage beim Eigentümerwechsel ist damit unbeachtlich.

Vorliegend hat M die Sachen eingebracht, als sie noch Eigentümerin der Sachen war. Demnach ist das Vermieterpfandrecht bereits damals entstanden. Die nachträgliche Sicherungsübereignung ändert wegen des geltenden Prioritätsprinzips nichts daran. Folglich hätte V nach Ansicht des *BGH* das Vermieterpfandrecht an den Sachen erworben.

Die Argumente des *BGH* überzeugen:

Der Erwerber tritt gem. § 566 Abs. 1 BGB in das Vermieterpfandrecht des Veräußerers ein, ohne dass es dafür einer besonderen Regelung wie der des § 566a BGB bedürfte.⁴⁴ § 566a BGB ist deshalb erforderlich, weil die Rechte und Pflichten aus *rechtsgeschäftlich* bestellten Sicherheiten nicht „aus dem Mietverhältnis“ resultieren und somit von § 566 Abs. 1 BGB nicht erfasst werden.⁴⁵ Um eine umfassende Beibehaltung des *status quo ante* zu gewährleisten, wird der Eintritt des Erwerbers in rechtsgeschäftliche Sicherungsverhältnisse also gem. § 566a BGB angeordnet.⁴⁶

Beim *gesetzlichen* Vermieterpfandrecht tritt der Erwerber dagegen bereits gem. § 566 BGB in das Vermieterpfandrecht des Veräußerers ein. Folglich bedarf es einer Regelung wie der des § 566a BGB für das Vermieterpfandrecht nicht.

43 BGHZ 202, 354 (359) Rn. 18: „Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist der Eigentumsübergang auch nicht der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine in die Mieträume eingebrachte Sache dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers unterfällt. Vielmehr kommt es gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB auch insoweit auf den Zeitpunkt der Einbringung der Sache in die Mieträume an. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum zwischen ihrer Einbringung in die Mieträume und dem Eigentumswechsel verhindert daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasst.“

44 BGHZ 202, 354 (364) Rn. 29: „Daraus, dass in § 566a BGB eine ausdrückliche Regelung für vom Mieter geleistete vertragliche Sicherheiten getroffen ist, folgt nichts zugunsten der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung. Mit dieser (...) Bestimmung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgabe der Sicherheit nicht zu den von § 571 BGB a. F. (als der Vorgängervorschrift des § 566 BGB) erfassten Rechten und Pflichten gehörte (...). Für das Vermieterpfandrecht als gesetzliche Sicherheit bedurfte es keiner gesonderten Regelung, weil es zu den sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechten gehört, die schon von der Bestimmung des § 566 Abs. 1 BGB erfasst sind. Mithin verbleibt es mangels Sonderregelung insoweit bei den allgemeinen Grundsätzen zum Eintritt des Erwerbers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten.“

45 Häublein, in: MüKo-BGB III (Fn. 3), § 566a Rn. 1.

46 *Ebd.*, § 566a Rn. 1.

Auch der Normzweck von § 566 BGB spricht für die Ansicht des *BGH*: § 566 BGB soll den Mieter dahingehend schützen, dass er gegenüber dem neuen Vermieter die gleiche Stellung wie gegenüber dem alten Vermieter hat; eine Besserstellung des Mieters ist jedoch nicht beabsichtigt.⁴⁷

Aus der Ansicht des *OLG Hamm* würde aber genau eine solche Privilegierung resultieren. Denn das Vermieterpfandrecht würde wegen des Eigentümerwechsels untergehen.

Das Einbringen der Sachen ist also der relevante Zeitpunkt für die Eigentumslage und die davon abhängige Entstehung des Vermieterpfandrechts, in das der Erwerber nach § 566 BGB eintritt

Somit ist im vorliegenden Fall das Vermieterpfandrecht entstanden. V kann folglich von M Absonderung der in die Gewerberäume eingebrachten Sachen nach § 50 InsO verlangen.

2. Vorkaufsrecht des Mieters, § 577 BGB

a) Einführung

Das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB verfolgt den Zweck, der spekulativen Umwandlung von Wohnräumen in Wohnungseigentum und der sich daraus ergebenden Verdrängung der Mieter entgegenzuwirken.⁴⁸ Regelungstechnisch wird dabei gem. § 577 Abs. 1 S. 3 BGB weitgehend auf das Vorkaufsrecht beim Kauf in den §§ 463 ff. BGB verwiesen. Flankierend wird die Mitteilungspflicht des Vermieters über den Inhalt des Kaufvertrages gem. §§ 577 Abs. 1 S. 3, 469 Abs. 1 BGB noch um die Pflicht zur Aufklärung über das Vorkaufsrecht ergänzt, § 577 Abs. 2 BGB.

b) *BGH-Entscheidung vom 21.1.2015*

Dem Urteil des *BGH* vom 21.1.2015 lag – vereinfacht – die folgende Fallkonstellation zugrunde:⁴⁹ Mieter M hatte im Februar 1992 einen Mietvertrag mit V über eine Wohnung auf einem im Eigentum von V stehenden Grundstück abgeschlossen. Im Jahre 1996 wurde an der Wohnung Wohnungseigentum nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG)⁵⁰ begründet.

47 BGHZ 202, 354 (362) Rn. 25 f.: „Dieses Ergebnis entspricht zudem Sinn und Zweck des § 566 Abs. 1 BGB. (...) [Die Norm] bezweckt, dem Mieter gegenüber dem neuen Vermieter die Rechtsposition zu erhalten, die er aufgrund des Mietvertrages hätte, wenn der frühere Vermieter Eigentümer geblieben wäre (...). Dagegen soll sie keine Besserstellung des Mieters, dessen Vermieter veräußerungsbedingt gewechselt hat, gegenüber dem Mieter ohne Vermieterwechsel bewirken. Eine derartige Besserstellung wäre aber die Folge der vom Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassung.“

48 Häublein, in: MüKo-BGB III (Fn. 3), § 577 Rn. 1.

49 *BGH*, NJW 2015, 1516 ff., JA 2015, 705 ff. m. zust. Anm. *Looschelders* = JZ 2015, 464 ff. m. abl. Anm. *Sittmann-Hawry*.

50 Vgl. § 1 Abs. 2 WEG: „Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in

Mit notariellem Kaufvertrag vom 17.5.2011 wurde die Wohnung von V an Erwerber E zum Preis von 180 000 € veräußert. Dabei wurde M von V weder über dessen Veräußerungsabsicht noch über den Kaufvertrag unterrichtet. Auf ein möglicherweise bestehendes Vorkaufsrecht wurde M ebenfalls nicht hingewiesen. E wurde im Juli 2011 als neue Eigentümerin der Wohnung in das Grundbuch eingetragen.

Erst im August 2011 informierte E die M über die Wohnungsveräußerung. Weiterhin bot E der M die Wohnung im Januar 2012 gegen eine Zahlung von 260 000 € zum Kauf an. Dies entspreche – was zutrifft – dem Marktwert der Wohnung.

M verlangt nun von V Schadensersatz in Höhe von 80 000 €, weil sie „von V nicht über den Verkauf der Wohnung unterrichtet“ wurde.

M könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 80 000 € gem. § 280 Abs. 1 BGB haben.⁵¹

aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB

Dafür müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen M und V bestanden haben. Dieses bestand in Gestalt des Mietvertrages von Februar 1992. Weiterhin müsste V eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Vorliegend kommt dafür einerseits die Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung des Inhalts des von V mit E geschlossenen Kaufvertrages gem. §§ 577 Abs. 1 S. 3, 469 Abs. 1 BGB und andererseits die Pflicht zur Unterrichtung über das Vorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 2 BGB in Betracht.

Beide Informations- bzw. Unterrichtungspflichten setzen das Bestehen eines Vorkaufsrechts des M nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB und den Eintritt eines Vorkaufsfalles voraus. Ein Vorkaufsrecht des Mieters am vermieteten Wohnraum entsteht gem. § 577 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn nach der Überlassung Wohnungseigentum an den Mieträumen begründet wird. Der Vorkaufsfall tritt ein, wenn die Wohnung danach verkauft wird. Vorliegend wurde 1996, also vier Jahre nach der Wohnraumüberlassung, Wohnungseigentum an den Räumen begründet. Das Vorkaufsrecht ist also entstanden. Da V die Wohnung mit notariellem Kaufvertrag vom 17.5.2011 an E verkauft hat, ist auch der Vorkaufsfall eingetreten.

Mithin bestanden die Pflichten des V gem. §§ 577 Abs. 1 S. 3, 469 Abs. 1, 577 Abs. 2 BGB. V hat die M weder über den Kaufvertrag unterrichtet und noch ihn auf das Vorkaufsrecht hingewiesen. Eine Pflichtverletzung seitens des V liegt mithin vor. Das Vertretenmüssen des V wird vermutet, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Anhaltspunkte für eine Widerlegung der Vermutung sind nicht ersichtlich.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB sind damit erfüllt.

Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört.“ Dazu *Commichau*, in: MüKo-BGB VI, 6. Aufl. 2013, § 1 WEG Rn. 6 ff. m.w.N.

51 Der *BGH* zitiert als Anspruchsgrundlage die §§ 280 Abs. 1, 577 Abs. 1 S. 3, 469 Abs. 1, 577 Abs. 2, 249 BGB. Ob die Normen, aus denen sich die Pflichtverletzung ergibt, bei der Anspruchsgrundlage zitiert werden müssen, ist letztlich eine Geschmacksfrage. Allerdings kommt es dabei auf Stringenz an.

bb) Schaden

Fraglich ist allerdings, ob (und wenn ja: in welcher Höhe) bei M ein Schaden entstanden ist.

(1) Differenzhypothese

Für die Schadensberechnung ist im Ausgangspunkt die Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB heranzuziehen. Nach dieser ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Es ist also die tatsächliche mit der hypothetischen Vermögenslage zu vergleichen.⁵² Die Differenz zwischen den beiden Vermögenslagen bildet den Schaden.

Hätte V die M ordnungsgemäß unterrichtet, hätte M das Vorkaufsrecht ausüben und hypothetisch einen Gewinn von 80 000 € erzielen können (Einkaufspreis: 180 000 €, objektiver Wert der Wohnung (Marktwert): 260 000 €). Im Vergleich dazu hat M tatsächlich keinen Gewinn.

Fraglich ist aber, ob der Gewinn von 80 000 € der hypothetischen Vermögenslage entspricht. Wenn V die M ordentlich unterrichtet hätte, hätte M die *Möglichkeit* gehabt, das Vorkaufsrecht auszuüben und damit einen Kaufvertrag mit V zustande zu bringen. Die von M verlangten 80 000 € sind aber der entgangene Gewinn aus der *Nichterfüllung des Kaufvertrages*, der gerade nicht zustande gekommen ist. Die Anspruchsgrundlage dafür wären eigentlich §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.⁵³ Von daher ließe sich vertreten, dass der von M geltend gemachte Schaden nicht von der hypothetischen Vermögenslage umfasst ist und damit nicht gem. § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist.⁵⁴

Allerdings verkennt diese Argumentation, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die M lediglich ein „sinnloser Zwischenschritt“ wäre.⁵⁵ Denn zum Zeitpunkt der Benachrichtigung hatte M nur zwei Möglichkeiten:

Erstens könnte sie das Vorkaufsrecht ausüben und damit den Kaufvertrag mit V zum Entstehen bringen. Dessen Erfüllung ist aber anfänglich subjektiv unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB): V hatte die Wohnung bereits an E veräußert. Zwar führt die fehlende Eigentümerstellung allein nicht zur Annahme von subjektiver Unmöglichkeit.⁵⁶ Bei der Weiterveräußerung wird jedoch die Unmöglichkeit als anspruchsbegründende Voraussetzung vermutet, wenn der Schuldner nicht nachweist, zur

52 *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2015, Rn. 962.

53 *Sittmann-Haury* (Fn. 49), S. 469.

54 In diesem Sinne *Sittmann-Haury* (Fn. 49), S. 469.

55 *BGH*, JZ 2015, 464 (466) Rn. 28: „Da die Ausübung des Vorkaufsrechts die Kl. somit nicht in die Lage versetzt hätte, ihr Erfüllungsinteresse durchzusetzen, ist hier die Ausübung dieses Rechts (§§ 577 Abs. 1 S. 3, 464 Abs. 1 BGB) als sinnloser Zwischenschritt zu werten.“

56 *BGHZ* 141, 179 (181 f.): „Hat der Schuldner die geschuldete Sache veräußert, ist die Leistung nicht schon deswegen unmöglich, weil der Schuldner über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat (...). Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, daß der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann.“

Leistung willens und imstande zu sein.⁵⁷ Vorliegend hat V diesen Nachweis nicht erbracht. Damit greift die Vermutung der Unmöglichkeit. Ferner wäre die Unmöglichkeit auch vor Vertragsschluss gegeben. Denn die Weiterveräußerung erfolgte vor der hypothetischen Ausübung des Vorkaufsrechts und damit vor Zustandekommen des möglichen Kaufvertrages. Folglich könnte M nach § 311a Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 80 000 € verlangen.

Als *zweite* Möglichkeit könnte M direkt den Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 577 Abs. 2 BGB bei V geltend machen. Diese zweite Variante hat M in casu gewählt. In der vorliegenden Sonderkonstellation, dass durch die Ausübung des Vorkaufsrechts wegen Unmöglichkeit keine Erfüllung mehr eintreten kann, kommt die verspätete Mitteilung der Vereitelung des Vorkaufsrechts gleich.⁵⁸ Denn Erfüllung kann M von V nicht mehr erwarten. Deshalb handelt es sich bei der Ausübung des Vorkaufsrechts – wie sie von der Gegenansicht gefordert wird (s.o.) – um einen sinnlosen Zwischenschritt.⁵⁹ Die 80 000 € sind also als entgangener Gewinn von der hypothetischen Vermögenslage umfasst und bilden deshalb den Schaden.

(2) Verursachung des Schadens

Weiterhin müsste V den Schaden durch seine Pflichtverletzung verursacht haben (Kausalität und Zurechnung). Dabei ist auf die Äquivalenztheorie, die Adäquanz und den Schutzzweck der Norm abzustellen.⁶⁰

Die Verletzung der Mitteilungspflichten durch V ist eine Verletzung von vertraglichen Aufklärungspflichten. Für diese greift die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens.⁶¹ Damit kann adäquat vorhersehbar davon ausgegangen werden,

57 BGHZ 141, 179 (182): „Ist die Unmöglichkeit – wie bei den Ansprüchen nach §§ 280, 281, 325, 326, 327, 347, 989 BGB – anspruchsbegründende Voraussetzung, wird es dem Gläubiger häufig nicht möglich sein, Umstände vorzutragen, aus denen sich ergibt, daß ein Rückerwerb des geschuldeten Gegenstandes durch den Schuldner ausgeschlossen ist. (...) In diesen Fällen hat der Senat daher angenommen, daß die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert, sofern der Schuldner nicht darlegt, daß er zur Erfüllung willens und in der Lage ist.“

58 BGH, JZ 2015, 464 (466) Rn. 28: „(...) die vorliegend zu beurteilende Fallkonstellation, bei der die Kenntniserlangung erst nach Übereignung des Anwesens an den Dritten erfolgte und bei der daher die Verletzung der Mitteilungspflichten unmittelbar zur Vereitelung des Vorkaufsrechts führte.“

59 BGH, JZ 2015, 464 (466) Rn. 28: „Da die Ausübung des Vorkaufsrechts die Kl. somit nicht in die Lage versetzt hätte, ihr Erfüllungsinteresse durchzusetzen, ist hier die Ausübung dieses Rechts (§§ 577 Abs. 1 S. 3, 464 Abs. 1 BGB) als sinnloser Zwischenschritt zu werten.“

60 Zur Verursachung im Schadensrecht siehe *Looschelders* (Fn. 52), Rn. 971 ff.

61 St. Rspr. seit BGHZ 61, 118 (118): „Wer eine vertragliche Aufklärungs- oder Beratungspflicht verletzt, den trifft die Beweislast dafür, daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, weil sich der Geschädigte über jeden Rat oder Hinweis hinweggesetzt hätte (Leitsatz).“ Jüngst bestätigt in BGHZ 193, 193 (206) Rn. 36. Aus der Literatur *Schwab*, Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten, NJW 2012, 3274 ff.; *Emmerich*, in: *MüKo-BGB II*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 192 ff. m.w.N. zur Kritik in Rn. 195.

dass M bei ordnungsgemäßer Unterrichtung das Vorkaufsrecht ausgeübt und damit den Gewinn i.H.v. 80 000 € realisiert hätte.

Fraglich ist jedoch, ob der geltend gemachte Schadensposten, hier der entgangene Gewinn, auch vom Schutzzweck der verletzten Normen (§§ 577 Abs.1 S.3, 469 Abs.1, 577 Abs.2 BGB, s.o.) gedeckt ist.⁶²

Telos des Vorkaufsrechts nach § 577 BGB und damit der flankierenden Informationspflichten des Vermieters ist zunächst der Schutz des Mieters vor dem unfreiwilligen Wohnungsverlust.⁶³ Darin erschöpft sich der Zweck des § 577 BGB aber nicht. Denn der Gesetzgeber wollte, dass der Mieter darüber hinaus die Möglichkeit erhält, die Wohnung zu erwerben.⁶⁴ Auch systematisch findet dies eine Stütze: Denn wenn es dem Gesetzgeber einzig um den Schutz vor dem Wohnungsverlust gegangen wäre, hätte er die Regel des § 577a BGB ausbauen können, welche Kündigungsbeschränkungen bei der Begründung von Wohnungseigentum statuiert. Das darüber hinausgehende Vorkaufsrecht belegt dessen mieterschützende doppelte Zielsetzung.⁶⁵ Die Vereitelung des Vorkaufsrechts durch die unterlassenen Mitteilungen verhindert damit das gesetzlich geschützte Erwerbsinteresse, weil es nicht mehr erfüllt werden kann.⁶⁶ Der Schutzzweck der Mitteilungspflichten umfasst demnach auch das Erfüllungsinteresse aus dem potentiellen Kauf der Wohnung. Damit unterfällt der entgangene Gewinn aus dem Kaufvertrag auch dem Schutzzweck der das Vorkaufsrecht flankierenden Informationspflichten. Folglich kann M von V Schadensersatz i.H.v. 80 000 € verlangen.

62 *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 30 Rn. 12.

63 *Hannapel*, in: BeckOK-BGB, Ed. 39, Stand: 1.5.2016, § 577 Rn. 3.

64 BT-Drucks. 12/3254, S. 40.

65 *BGH*, JZ 2015, 464 (467) Rn. 38: „(...) Dass er stattdessen das Instrument des Vorkaufsrechts gewählt hat, belegt seine Zielsetzung, dem Mieter die Wohnung nicht nur zur Nutzung zu erhalten, sondern dessen Interesse an einem Erwerb der Wohnung, insbesondere wenn dieser aus seiner Sicht günstig ist, zu schützen.“

66 *BGH*, JZ 2015, 464 (467) Rn. 39: „Das Interesse des Mieters an der Verwirklichung seines Vorkaufsrechts wird aber nicht nur dann verletzt, wenn der durch Ausübung des Vorkaufsrechts zu Stande gekommene Kaufvertrag vom Vermieter wegen anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung nicht vollzogen wird, sondern auch dann, wenn – wie hier die Bekl. – der Mitteilungsverpflichtete den Mieter so spät vom Verkaufsfall und dem Vorkaufsrecht unterrichtet, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts im Hinblick auf die bereits erfolgte Übereignung an einen Dritten leerliefe. Denn auch die Mitteilungspflichten nach §§ 577 Abs. 1 S. 3, 469 Abs. 1, 577 Abs. 2 BGB dienen – wie bereits ausgeführt – dazu, das Erfüllungsinteresse des Vorkaufsberechtigten zu sichern; dieser wird erst durch die Mitteilung vom Eintritt des Verkaufsfalls (und durch die Belehrung über seine Vorkaufsberechtigung) in die Lage versetzt, sein Vorkaufsrecht auszuüben und damit seinen Erfüllungsanspruch zu begründen (...). Er kann daher auch in diesen Fällen Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen Kaufpreis und Wert der Wohnung haben (...).“

IV. Werkvertragsrecht

1. Einführung

Der Werkvertrag ist häufig der zivilrechtliche Ausgangspunkt für die Problematik der „Schwarzarbeit“. Regelmäßig „verzichtet“ der Unternehmer (z. B. der Handwerker) dabei auf die Ausstellung einer Rechnung, um auf diese Weise die Entrichtung der Umsatz- und mittelbar auch der Einkommenssteuer für das geschuldete Werk zu umgehen („Ohne-Rechnung-Abrede“). Dadurch kann er die Leistung zu einem günstigeren Preis anbieten, wovon auf den ersten Blick auch der Besteller profitiert. Der Schwarzarbeit soll durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) entgegengewirkt werden, z. B. indem verstärkt Kontrollen durchgeführt werden sollen.

Zur Diskussion über die Schwarzarbeit hat auch der *BGH* maßgeblich beigetragen: Denn seit den 1980er Jahren hat er eine von der Literatur heftig kritisierte Rechtsprechung zur Lösung von Schwarzarbeitsfällen entwickelt.⁶⁷ Seit 2013 sind jedoch zwei Grundsatzentscheidungen ergangen, die eine Kehrtwende in der *BGH*-Rechtsprechung bedeuten.⁶⁸ Diese soll nachfolgend skizziert werden.

Im Kern geht es bei den aktuellen Fällen um Werkverträge, bei denen die Parteien auf eine Rechnung „verzichten“, um zu vermeiden, dass auf die Nettovergütung die Umsatzsteuer von 19 % erhoben wird. Paradigmatisch hierfür ist der folgende Grundfall:

Besteller B und Unternehmer U verhandeln über die Pflasterung der Grundstücksauffahrt. U bietet B an, das Geschäft „ohne Rechnung“ abzuwickeln und ihm dann beim Preis „entgegenzukommen“. B stimmt zu. Ein paar Wochen nach Abnahme des Werkes treten Unebenheiten in der Auffahrt auf, die auf unsachgemäße Arbeit durch U zurückzuführen sind.

Dabei sind drei Anspruchskonstellationen zu unterscheiden: Erstens Gewährleistungsrechte des Bestellers, zweitens die Werklohnforderung des Unternehmers und schließlich die Rückforderung des Geleisteten durch den Besteller.

67 Siehe dazu nur BGHZ 85, 39 ff.; 111, 308 ff.; 176, 198 ff. Insbesondere vertrat der *BGH* die Auffassung, dass der Vertrag nicht gem. § 134 BGB nichtig war, sondern § 139 BGB einschlägig sei. Siehe dazu unten IV. 2. Auch hielt der *BGH* die Rückforderung des bereits Geleisteten gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB für möglich: Denn der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB greife wegen § 242 BGB nicht. Siehe dazu unten IV. 3. Zur Kritik daran vgl. Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 817 Rn. 10 (BGHZ 111, 308 sei *contra legem*); Pauly, Die neue *BGH*-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit, MDR 2008, 1196 (1197); Tiedke, Baubetreuungsvertrag und Schwarzarbeit, NJW 1983, 713 (715 f.).

68 BGHZ 198, 141 ff. = JZ 2014, 463 ff. m. Anm. Spickhoff/Franke; BGHZ 201, 1 ff.; 206, 89 ff.

2. Gewährleistungsrechte des Bestellers (BGHZ 198, 141)

Gewährleistungsrechte des Bestellers nach § 634 BGB setzen zunächst einen wirksamen Werkvertrag voraus. Zwar haben sich U und B über die Herstellung eines Werkes geeinigt. Allerdings könnte der Werkvertrag gem. § 134 BGB nichtig sein.

Dies setzt einen Verstoß gegen ein rechtliches Verbot voraus. Als solches Verbots-gesetz kommt § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG in Betracht.⁶⁹ Danach leistet Schwarzarbeit, wer Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Vorliegend haben B und U vereinbart, dass das Geschäft „ohne Rechnung“ abgewickelt und dafür ein Preisnachlass gewährt wird. Das legt nahe, dass U seine Umsatzsteuererhebungs- und -abführungspflicht umgehen möchte. Jedenfalls verletzt er aber seine steuerliche Pflicht zur Ausstellung von Rechnungen nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 UStG. Damit verstößt U gegen das Verbot zur Schwarzarbeit. Ein einseitiger Gesetzesverstoß liegt damit jedenfalls vor.

Dieser löst die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB aus, wenn der Zweck des Gesetzes dies erfordert und der Vertragspartner den Gesetzesverstoß kennt und zum eigenen Vorteil ausnutzt.⁷⁰ Da U und B die Zahlung „ohne Rechnung“ ausdrücklich vereinbaren und U dafür sogar einen Preisnachlass gewährt, kennt B den Verstoß des U gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG und zieht auch einen monetären Vorteil daraus. Ferner gebietet der Zweck des SchwarzArbG die Nichtigkeit, um die Schwarzarbeit effektiv zu bekämpfen.⁷¹ Der einseitige Gesetzesverstoß des U reicht also bereits aus, um § 134 BGB zu aktivieren.⁷² Damit ist die Ohne-Rechnung-Abrede nichtig.

Fraglich ist aber, ob darüber hinaus auch der ganze Vertrag nichtig ist.

Nach der früheren Rechtsprechung des *BGH* handelt es sich bei der Rechnungsabrede lediglich um einen vom Rest des Werkvertrags abtrennbaren Teil des Rechtsgeschäftes.⁷³ Damit greift § 139 BGB mit der Vermutung der Gesamtnichtigkeit.

69 BGHZ 198, 141 (145) Rn. 17; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB I, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 77 m.w.N. Man könnte alternativ auch auf § 370 AO abstellen, s. dazu *Lorenz*, „Brauchen Sie eine Rechnung?“, Ein Irrweg und sein gutes Ende, NJW 2013, 3132 (3133).

70 St. Rspr., siehe nur BGHZ 89, 369 (375); NJW 1985, 2403 (2404); *Lorenz* (Fn. 69), S. 3133.

71 BGHZ 85, 39 (44): „Der Sinn und Zweck des SchwArbG geht somit dahin, nicht nur als Ordnungsvorschrift den tatsächl. Vorgang der Schwarzarbeit einzuschränken, sondern darüber hinaus im Interesse der wirtschaftl. Ordnung dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft die rechtl. Wirkung zu versagen. (...) Die in Rechtspr. und Schrifttum nahezu einhellig vertretene Meinung hält denn auch zumindest Verträge, durch die beide Vertragspartner gegen das SchwArbG verstoßen, gemäß § 134 BGB für nichtig (...).“ Siehe auch BGHZ 111, 308 (311).

72 Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob B ebenfalls gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen hat. Auch der *BGH* hat dies offen gelassen, BGHZ 198, 141 (147) Rn. 22. Weiterhin kann ein möglicher Verstoß des B gegen § 14b Abs. 1 S. 5 Nr. 1 UStG sowie eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung gem. § 370 AO i.V.m. § 27 StGB dahinstehen.

73 BGHZ 176, 198 (201) Rn. 8: „Gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede (...). Damit ist ein Teil des Vertrages nichtig und der Anwendungsbereich von § 139 BGB eröffnet.“

Die Vermutung wird zwar bei typischen Schwarzarbeitsfällen regelmäßig erhärtet, weil die Steuerhinterziehung unmittelbaren Eingang in die Preisbildung gefunden hat und damit die *essentialia negotii* des Vertrages betroffen sind.⁷⁴ Der Ansatz über § 139 BGB hat gleichwohl den Nachteil, dass § 139 BGB disponibel ist und außerdem gem. § 242 BGB die Berufung auf § 139 BGB ausgeschlossen werden kann.⁷⁵

Deshalb ist es überzeugend, mit der neuen *BGH*-Rechtsprechung und unter Zustimmung der überwiegenden Literatur nicht nur die Rechnungsabrede, sondern gleich den ganzen Vertrag gem. § 134 BGB für nichtig zu halten.⁷⁶ Dies folgt schon aus dem Zweck des SchwarzArbG. Der effektiven Bekämpfung der Schwarzarbeit (§ 1 Abs. 1 SchwarzArbG) ist nämlich nur dann gedient, wenn im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den auf Schwarzarbeit beruhenden Rechtsgeschäften umfassend die rechtliche Wirkung genommen wird.⁷⁷ Dies ist über § 134 BGB zu konstruieren.⁷⁸ Damit ist der Werkvertrag als Ganzes gem. § 134 BGB nichtig. Mit hin bestehen auch keine Gewährleistungsrechte des B gegen U aus § 634 BGB.

3. Werklohnforderung des Unternehmers (BGHZ 201, 1)

Fraglich ist, ob in Schwarzarbeitskonstellationen U von B den vereinbarten Werklohn bzw. zumindest die getätigten Aufwendungen ersetzt verlangen kann, nachdem er die Werkleistung erbracht hat.

a) Kein Werklohnanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB

Dabei gilt es zunächst zu erkennen, dass wegen des nichtigen Werkvertrages⁷⁹ kein Anspruch auf die Werklohnforderung aus § 631 Abs. 1 BGB besteht. Somit kommen allenfalls gesetzliche Ansprüche in Betracht.

b) Anspruch aus GoA, §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB

U könnte gegen B einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB haben.

74 Lorenz (Fn. 69), S. 3133; Spickhoff/Franke (Fn. 68), 466; a. A. Abrens, LMK 2008, 266104: Durch den Parteienkonsens ist das steuerliche Risiko auf den Unternehmer übergegangen. Dieser müsse sich i.R.d. § 139 BGB daran festhalten lassen.

75 Spickhoff/Franke (Fn. 68), S. 466.

76 BGHZ 198, 141 (143 Rn. 12, 144 f. Rn. 15); Wendtland, in: BeckOK-BGB, Ed. 39, Stand: 1.5.2016, § 134 Rn. 7, 29; Spickhoff/Franke (Fn. 68), S. 466; Lorenz (Fn. 69), 3134. Als Grund für den Rechtsprechungswechsel gibt der *BGH* eine Änderung von § 1 Abs. 2 SchwarzArbG an. Dies kann aber als Vermeidung der offenen Abkehr von der alten Rechtsprechung verstanden werden, vgl. Spickhoff/Franke (Fn. 68), S. 466; Lorenz (Fn. 69), S. 3134.

77 Armbrüster, in: MüKo-BGB I (Fn. 69), § 134 Rn. 77.

78 BGHZ 198, 141 (149) Rn. 30 m.w.N.: „Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse und zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs angeordnete Nichtigkeit kann – anders als die Nichtigkeitsfolge aus § 139 BGB – allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (...).“

79 Siehe dazu bereits oben IV.2.

Dazu müssten die Voraussetzungen der berechtigten GoA vorliegen. U müsste zunächst ein fremdes Geschäft mit Fremdgeschäftsführungswillen geführt haben. Die Pflasterung der Garageneinfahrt des B scheint auf den ersten Blick ein fremdes Geschäft für U zu sein. Allerdings möchte U damit seine vermeintliche Verbindlichkeit aus dem nichtigen Werkvertrag erfüllen. U hat also auch ein Eigeninteresse an dem Geschäft. Fraglich ist, ob das Tätigwerden aufgrund eines nichtigen Vertrages von den Vorschriften über die GoA umfasst wird.⁸⁰

Die Rechtsprechung greift bei nichtigen Verträgen auf die Figur des sog. auch-fremden Geschäfts zurück.⁸¹ Danach ist bei Tätigwerden im Doppelinteresse der Fremdgeschäftsführungswille zu vermuten; das Eigeninteresse steht der GoA hiernach nicht entgegen.⁸² Der Fremdgeschäftsführungswille des U würde hiernach vermutet.

Allerdings wird diese Ansicht in der Literatur kritisiert.⁸³ Die Annahme des Fremdgeschäftsführungswillens sei eine reine Fiktion.⁸⁴ Außerdem werde die GoA durch die extensive Auslegung zum Generalregressinstitut, das die spezielleren Wertungen des Bereicherungsrechts umgehe.⁸⁵ In der Tat spricht die Gesetzgebungshistorie für eine Lösung der Problematik der nichtigen Verträge über das Bereicherungsrecht: Denn der Gesetzgeber hat die Rückabwicklung von Leistungen auf nichtige Verträge dem Bereicherungsrecht zugewiesen.⁸⁶ Vor diesem Hintergrund ließe sich die Subsidiarität bzw. Unanwendbarkeit der GoA auf nichtige Verträge vertreten.

Wenn man allerdings mit dem *BGH* den Fremdgeschäftsführungswillen vermutet, müsste man bei den Schwarzarbeitsfällen später die Voraussetzungen des § 670 BGB, auf den § 683 S. 1 BGB verweist, verneinen. Denn dazu müsste U die Aufwendungen „für erforderlich halten“ dürfen. Dies ist aber bei gesetzeswidrigen Leistungen gerade nicht der Fall.⁸⁷

Die Voraussetzungen der GoA liegen also letztlich nach keiner Ansicht vor.

80 Näher zum auch-fremden Geschäft siehe *Seiler*, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 677 Rn. 5 ff. m.w.N.; zur GoA bei nichtigen Verträgen vgl. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2015, § 3 Rn. 7 f.

81 St. Rspr., siehe nur BGHZ 37, 258 (263): „Es ist daher davon auszugehen, daß bei der Nichtigkeit des Auftrags (oder des sonst in Betracht kommenden Vertrages) unbeschränkt auf die Grundsätze der §§ 677 ff. BGB zurückgegriffen werden kann, wenn ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (...)“. Siehe auch BGHZ 111, 308 (311).

82 *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, Ed. 39, Stand: 1.5.2015, § 677 Rn. 15.

83 *Mansel*, in: Jauernig, 16. Aufl. 2015, § 677 Rn. 6; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 412; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 40. Aufl. 2016, § 36 Rn. 21; *Loo-schelders* (Fn. 8), Rn. 853.

84 *Lorenz*, Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?, NJW 1996, 883 (885); *Medicus/Lorenz* (Fn. 3), Rn. 1114.

85 *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 83), § 677 Rn. 6; *Medicus/Petersen* (Fn. 83), Rn. 412.

86 *Lorenz*, in: Staudinger, 2007, Vor §§ 812 ff. Rn. 45; *Lorenz* (Fn. 69), S. 3134.

87 BGHZ 111, 308 (311): „Die ‚Aufwendungen‘ des S. bestanden hier aber aus einer vom Gesetz verbotenen Tätigkeit. Diese durfte er nicht ‚den Umständen nach für erforderlich

c) *Leistungskondiktion*, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Möglicherweise besteht aber ein Wertersatzanspruch von U gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB.

B hat durch Leistung von U, also dessen bewusster und zweckgerichteter Mehrung des Vermögens von B, die Werkleistung (Pflasterung der Grundstücksauffahrt) erlangt. Auch besteht hierfür kein Rechtsgrund, da der Vertrag nichtig und die GoA nicht einschlägig ist. Da die Werkleistung nicht herausgegeben werden kann, ist für sie an sich nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten.

Allerdings könnte die auf Wertersatz gerichtete *condictio indebiti* gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein.

(aa) § 817 S. 2 BGB ist nach Wortlaut und Systematik zwar auf den ersten Blick nur auf die *condictio ob turpem vel iniustam causam* nach § 817 S. 1 BGB anwendbar.⁸⁸ Jedoch liegt ihm der für alle Leistungskonditionen verallgemeinerungsfähige Grundsatz *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (niemand wird angehört, der aus seiner Schändlichkeit [Positives] herleitet) zugrunde und ist damit auch auf die *condictio indebiti* anwendbar.⁸⁹

(bb) Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt.⁹⁰ Nach allgemeiner Auffassung setzt § 817 S. 2 BGB in entsprechender Anwendung nicht voraus, dass ein beidseitiger Gesetzesverstoß vorliegt.⁹¹ Der Verstoß des U gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG reicht mithin aus.⁹² Damit wäre die Leistungskondiktion an sich ausgeschlossen.

Allerdings könnte der Kondiktionssperre nach § 817 S. 2 BGB der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenstehen. Dies hatte der *BGH* in seiner bisherigen Rechtsprechung angenommen.⁹³ Das SchwarzArbG verfolge in erster Linie

halten; schon daher entfällt ein Vergütungsanspruch nach Maßgabe der §§ 683, 670 BGB“; bestätigt in BGHZ 201, 1 (5) Rn. 14.

88 *Wandt* (Fn. 80), § 10 Rn. 34.

89 Dabei ist die Methodologie jedoch ungeklärt. Überwiegend wird die Anwendbarkeit schlicht festgestellt, vgl. BGHZ 44, 1 (6); *Schwab*, in: MüKo-BGB V, 6. Aufl. 2013, § 817 Rn. 10. Zum Teil wird auch eine Analogie bejaht, vgl. *Wandt* (Fn. 80), § 10 Rn. 34.

90 BGHZ 201, 1 (5) Rn. 18.

91 Das Wort „gleichfalls“ ist also unerheblich, wenn der Leistende verwerflich handelt, siehe BGHZ 201, 1 (5) Rn. 18; *Wandt* (Fn. 80), § 10 Rn. 35.

92 Siehe dazu bereits oben IV. 1.

93 Der folgende Absatz beruht auf BGHZ 111, 308 (312 f.): „Die Bereicherungsansprüche gehören indessen dem Billigkeitsrecht an und stehen daher in besonderem Maße unter den Grundsätzen von Treu und Glauben (...). Mit diesen wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Bekl. den Wert des rechtswidrig Erlangten nicht erstatten müsste, sondern unentgeltlich behalten könnte. (...) Denn der Ausschluß vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfaltet bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung. Die Gewährung eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichs (...) steht dieser generalpräventiven Wirkung nach Auffassung des Senats nicht entgegen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte der wirtschaftlich meist stärkere Auftraggeber zudem

einen generalpräventiven Zweck. Diesem sei bereits durch den Ausschluss der vertraglichen Ansprüche zur Genüge Rechnung getragen. Dass der Besteller die Leistung unentgeltlich behalten dürfe, sei jedoch nicht mehr vom Zweck erfasst. Dies wäre treuwidrig, weil der Unternehmer in der Regel der wirtschaftlich stärkere Vertragsteil sei. Die Begünstigung des Bestellers, der zudem durch die werkvertragliche Regel der Vorleistung des Unternehmers privilegiert sei, müsse daher über das Bereicherungsrecht korrigiert werden. Deshalb schließe § 817 S.2 BGB die Leistungskondition nicht aus.⁹⁴

Die Annahme des *BGH*, mit dem Ausschluss der vertraglichen Ansprüche sei der generalpräventiven Zielrichtung des SchwarzArbG Genüge getan, wurde in der Literatur kritisiert.⁹⁵ Diese Kritik hat der *BGH* nun aufgegriffen und seine Rechtsprechung zur teleologischen Reduktion des § 817 S.2 BGB über § 242 BGB aufgegeben.⁹⁶ Denn durch die Gestattung der Kondition wird dem Unternehmer das Risiko genommen, das mit der Schwarzarbeit einhergeht. Zur effektiven Bekämpfung der Schwarzarbeit ist daher den darauf beruhenden Rechtsgeschäften in Gänze die rechtliche Anerkennung zu versagen. Dass ggf. Härten zu Lasten des Unternehmers auftreten, der seine Leistung unentgeltlich verliert, wird nunmehr in Kauf genommen.⁹⁷ Auf diese Weise wird die Schwarzarbeit zu einem ernsthaften wirtschaftlichen Risiko und damit unattraktiv, wodurch eine Verhaltenssteuerung bewirkt werden soll.⁹⁸

Der Bereicherungsanspruch von U gegen B ist daher gem. § 817 S.2 BGB ausgeschlossen.

U hat also keine Ansprüche gegen B.

keinesfalls günstiger behandelt werden als der wirtschaftlich schwächere Schwarzarbeiter (...). Unter diesen Umständen gewinnt aber der an Treu und Glauben orientierte Gesichtspunkt entscheidend an Gewicht, daß es nicht der Billigkeit entspräche, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller den durch nichts gerechtfertigten Vorteil unentgeltlich zu belassen.“

94 BGHZ 111, 308 (313).

95 Lorenz, in: Staudinger (Fn. 67), § 817 Rn. 10, m.w.N.; siehe auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, 13. Aufl. 1994, § 68 III. 3. g): „Daß das [Urteil BGHZ 111, 308] der Präventionsfunktion von § 817 S.2 BGB geradezu Hohn spricht, liegt auf der Hand.“

96 BGHZ 201, 1 (8) Rn. 25: „Die (...) Annahme des Senats, der Ausschluss vertraglicher Ansprüche (...) entfalte bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung, [hat sich] nicht bewahrheitet.“

97 BGHZ 201, 1 (8) Rn. 29: „Der Ausschluss auch eines bereicherungsrechtlichen Anspruches mit der ihm zukommenden abschreckenden Wirkung (...) ist ein geeignetes Mittel, die (...) Zielsetzung des Gesetzgebers mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern (...)“

98 BGHZ 201, 1 (8) Rn. 27: „Wer bewusst gegen das SchwarzArbG verstößt, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen (...)“ Dieser verhaltenssteuernden Argumentation i.R.d. § 817 S.2 BGB hat sich der *BGH* bereits in BGHZ 118, 182 (193) bedient.

4. Rückforderung der Leistung des Bestellers (*BGH*, MDR 2015, 823)

Die dritte Konstellation betrifft den Fall, dass der Besteller bereits den Werklohn gezahlt hat. Wenn der Besteller diesen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB herausverlangt, greift auch hier der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB. Der obigen Argumentation treu bleibend, muss man auch in dieser Konstellation den Gedanken hochhalten, dass nur durch eine konsequente rechtliche Missbilligung der Schwarzarbeit der Anreiz zu derselben minimiert werden kann.⁹⁹

99 *BGH*, MDR 2015, 823 (824) Rn. 17 nimmt dabei ausdrücklich auf die Argumentation des Urteils zur Konstellation II (= BGHZ 201, 1 ff.) Bezug. Bereits im Leitsatz verkündet der *BGH*, dass er in diesem Urteil an BGHZ 201, 1 ff. anknüpft.