

## Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

### Lösungshinweise zum 3. Besprechungsfall

#### Aufgabe 1:

#### I. Anspruch des R gegen S auf Zahlung von 90% seines Werklohns aus § 631 I BGB

##### 1. Abschluss eines Werkvertrages

Zwischen R und S kam ein Werkvertrag zustande, da die Restaurierungspflicht erfolgsbezogen i.S.v. § 631 II BGB ist. Die Grundlage für einen Werklohnanspruch des R ist daher nach § 631 I BGB gelegt. Fraglich ist, ob dieser Anspruch wegen des Wasserschadens untergegangen und ob er durchsetzbar ist.

##### 2. (Teil-)Untergang des Werklohnanspruchs nach § 326 I 1 BGB?

###### a) Wegen Unmöglichkeit der Werkleistung nach §§275 I, 326 I 1, Hs. 1 BGB?

Es stellt sich das Problem, ob eine Werkleistung dadurch unmöglich wird, dass bereits vor der Abnahme nach § 640 BGB der bisher fertiggestellte Werkerfolg größtenteils vernichtet wird. Da die Vernichtung nur teilweise eingetreten ist, kommt eine Teilunmöglichkeit nach § 326 I 1, Hs. 2 BGB in Betracht:

###### b) Wegen Teilunmöglichkeit nach § 326 I 1, Hs. 2 BGB?

Von einer Teilunmöglichkeit kann allerdings nur gesprochen werden, wenn das Werk zumindest teilweise „konkretisiert“, d. h. nach § 640 BGB abgenommen worden ist. Erst mit der Abnahme erlischt der Erfüllungsanspruch und es tritt der Nacherfüllungsanspruch an seine Stelle. Da die Abnahme noch nicht erfolgt ist, kommt eine Teilunmöglichkeit nicht in Betracht.<sup>1</sup>

###### c) Wegen §§ 275 II, 326 I 1, Hs. 2 BGB?

Von einem groben Missverhältnis zwischen dem (durch den Wasserschaden bedingten) Leistungsmehraufwand und dem Leistungsinteresse des Gläubigers (S) kann solange nicht gesprochen werden, als die Abnahme noch nicht erfolgt und deshalb die Leistungsgefahr noch nicht auf S übergegangen ist (vgl. § 644 I 1 BGB). Im Übrigen hat R die Fertigstellung der Restaurierung nicht unter Hinweis auf erhöhte Kosten berufen. Einer Anwendbarkeit von §§ 275 II, 326 I 1, Hs. 2 BGB widerspräche im Übrigen unter systematischen Gesichtspunkten, dass auch § 275 I BGB vor der Abnahme nicht anwendbar ist (siehe oben).

---

<sup>1</sup> In den Fällen einer vom Besteller missbräuchlich verweigerten Abnahme kann der Werkunternehmer den Anspruch auf Abnahme nach § 640 I BGB geltend machen oder (empfehlenswerter) sofort auf Zahlung des Werklohns klagen.

### **3. Fehlende Fälligkeit mangels Abnahme**

Jedoch hat eine Abnahme nach § 640 BGB noch nicht stattgefunden. Der Werklohnanspruch des U besteht zwar, ist aber **nach § 641 I 1 BGB noch nicht fällig**.

## **II. Anspruch des R gegen S auf Zahlung von 90% seines Werklohns gemäß oder analog § 645 I 1 BGB?**

### **1. Abschluss eines Werkvertrages**

Ein Werkvertrag wurde geschlossen (siehe oben).

### **2. Voraussetzungen des § 645 I 1 BGB**

Der Wasserschaden ist zwar ein Mangel, der das Werk teilweise verschlechtert hat und den der Unternehmer R nicht zu vertreten hat. Er ist jedoch kein Mangel des von S „gelieferten Stoffes“. Der Mangel ist auch nicht auf eine von S erteilte Anweisung zurückzuführen.

### **3. Analoge Anwendung von § 645 I 1 BGB?**

Insbesondere die Rechtsprechung wendet § 645 I 1 BGB analog auf vergleichbare Situationen an.<sup>2</sup> Grundsätzlich muss zwar der Werkunternehmer das Risiko tragen, dass der Werk-erfolg auf dem von ihm frei gewählten Weg (vgl. § 635 I BGB) durch einen Zufall vereitelt wird (§ 644 I 1 BGB). Eine Ausnahme könnte dann gelten, wenn der Besteller die Freiheit des Werkunternehmers durch eigene Vorgaben einschränkt, wie hier der S dadurch, dass die Restaurierung in den von ihm angemieteten Räumen stattfinden sollte. Doch wird eine Zuweisung des genannten Risikos je nachdem, ob es aus der Sphäre des Bestellers oder aus der des Unternehmens stammt, in der Literatur teilweise abgelehnt.<sup>3</sup> Insbesondere dann, wenn sich in der Verschlechterung des Werks das allgemeine Lebensrisiko allein durch das Verhalten eines Dritten (hier des M) verwirklichte, scheidet eine analoge Anwendbarkeit von § 645 I 1 BGB aus und müsste es bei dem Grundsatz nach § 644 I 1 BGB bleiben.

### **4. Ergebnis**

Je nachdem, wie man zur analogen Anwendbarkeit des § 645 I 1 BGB steht (siehe oben), ist der Anspruch des R zu bejahen oder zu verneinen (beide Ansichten sind vertretbar, nur müssen sie gut begründet werden).

## **III. Anspruch des R gegen S analog §§ 255, 285 BGB auf Abtretung von dessen Ansprüchen gegen M**

Zunächst müssten dem S Ansprüche wegen des Wasserschadens gegen M zustehen. Außerdem müsste R einen Anspruch gegen S haben, dass dieser ihm die Ansprüche gegen M abtritt.

---

<sup>2</sup> Vgl. z. B. BGHZ 40, 71; BGHZ 83, 197; BGHZ 137, 35.

<sup>3</sup> Vgl. näher z. B. *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. A., 2007, Rn. 651 ff., 657 ff.

## 1. Bestehen von Ansprüchen des S gegen M

### a) Anspruch aus § 823 I BGB

Die Vasarély-Gemälde stehen im Eigentum des S. S hat daher einen Anspruch aus § 823 I BGB, sofern M den Wasserschaden schuldhaft verursacht hat. Problematisch ist, ob S ein Schaden hinsichtlich der Gemälde entstanden ist, weil er von R die Fertigstellung der Restaurierung verlangen kann (siehe oben). Dieser Vorteil soll aber gerade einen Drittschädiger nicht entlasten, so dass eine Vorteilsausgleichung ausgeschlossen ist.<sup>4</sup> Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man die Grundsätze einer Drittschadensliquidation unter dem Aspekt der zufälligen Schadensverlagerung anwendet.

### b) Anspruch analog § 906 II 2 BGB

Darüber hinaus hat S nach Auffassung der Rechtsprechung und einem großen Teil der Literatur einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB, weil S an der Abwehr des eindringenden Wassers aus besonderem Grund gehindert war und daher einem „faktischen Duldungszwang“ unterlag. Dieser Anspruch steht nach Auffassung des BGH auch einem Besitzer zu.<sup>5</sup> Es schadet daher nicht, dass S die Räumlichkeiten im V-Museum lediglich gemietet hat.

## 2. Anspruch auf Abtretung analog oder aufgrund des Rechtsgedankens der §§ 255, 285 BGB?

R müsste ferner einen **Anspruch gegen S auf Abtretung** von dessen Forderung gegen M haben. Problematisch ist die Anspruchsgrundlage, weil die §§ 255, 285 BGB von ihrem Wortlaut her nicht anwendbar sind und ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 I BGB wegen der vertraglichen Risikoverteilung ausscheidet. Den Vorschriften der §§ 255, 285 BGB liegt aber der **allgemeine Rechtsgedanke** zugrunde, dass eine (Vertrags-)Partei, die aufgrund eines schädigenden Ereignisses, insbesondere einer Eigentumsverletzung, oder aufgrund einer Leistungsstörung im Erfüllungsstadium einen Ersatzanspruch erlangt, diesen Ersatzanspruch an die andere (Vertrags-)Partei abtreten muss, wenn sie von der anderen Partei den vollen Ausgleich für die Schädigung oder Leistungsstörung (entweder in Gestalt eines Schadensersatzes oder in Gestalt der vollen Vergütung) erhält. Dieser Rechtsgedanke kann hier angewendet werden. Ansonsten stünde S besser als ohne den Verkehrsunfall (er könnte die Restaurierung der Gemälde von R ohne zusätzliche Vergütung verlangen und außerdem Ersatz des Schadens von M).

---

<sup>4</sup> Vgl. zu dieser **Anknüpfung der Vorteilsausgleichung an den Zweck des Schadensersatzes** und zur Kritik näher z. B. *Schiemann*, Staudinger, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 138 ff.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, NJW 2003, 2377.

## Aufgabe 2:

### I. Anspruch des V gegen R auf Herausgabe der Vasarély-Gemälde nach §§ 562b II 1, 578 II 1, I BGB

#### 1. Mietvertrag und Anwendbarkeit von §§ 562 ff. BGB

Zwischen V und S besteht ein Mietvertrag hinsichtlich der Räumlichkeiten des V-Museums. Nach § 578 II 1, I BGB sind die §§ 562 ff. BGB auch für Mietverhältnisse über Räume anwendbar, die wie hier das V-Museum keine Wohnräume sind.

#### 2. Voraussetzungen des § 562b II BGB

##### a) Entstehung eines Vermieterpfandrechts an den Gemälden nach § 562 BGB und Zeitpunkt der Entstehung

Nach der Ausstellung im B-Museum hat S die in seinem Eigentum stehenden Vasarély-Gemälde in die von V gemieteten Räumlichkeiten eingebracht. Die Gemälde gehören zu den pfändbaren Sachen. Hinsichtlich der gesicherten Mietforderungen des V ist § 562 II BGB zu beachten. Ein vor der Ausstellung im B-Museum entstandenes Vermieterpfandrecht des V war nach § 562a S. 1 BGB erloschen, weil V mit der zwischenzeitlichen Entfernung der Gemälde laut Sachverhalt einverstanden war. Das Vermieterpfandrecht entstand daher erneut erst nach der Rückkehr aus dem B-Museum.<sup>6</sup>

##### b) Entfernung der Gemälde

R hat die Gemälde ohne Wissen des V aus den Räumlichkeiten des V-Museums entfernt.

##### c) Kein Erlöschen des Vermieterpfandrechts nach § 562b II 2 BGB

V muss die Ausschlussfrist von einem Monat nach der Entfernung der Gemälde gemäß § 562b II 2 BGB beachten und sein Pfandrecht wahren, indem er seinen Herausgabeanspruch gegen R insbesondere durch Klage oder einstweilige Verfügung geltend macht.

##### d) Inhalt des Herausgabeanspruchs

Da S aus den Räumlichkeiten des V-Museums noch nicht ausgezogen ist, kann V nicht Herausgabe an sich, sondern nur Zurückschaffung der Gemälde in die von S gemieteten Räumlichkeiten des V-Museums verlangen.

##### e) R als richtiger Anspruchsgegner?

Der Herausgabeanspruch nach § 562b II 1 BGB richtet sich nicht nur gegen den Mieter, sondern auch gegen Dritte, also hier gegen R.

---

<sup>6</sup> Vgl. z. B. MünchKomm-Artz, § 562a BGB Rn. 5; a. A. z. B. OLG Frankfurt a. M., ZMR 2006, 609.

### 3. Gutgläubiger vermierterpfandrechtsfreier Erwerb des Vorrangs durch R?

R könnte seinerseits ein Unternehmerpfandrecht an den Vasarély-Gemälden und gutgläubig den Vorrang dieses Pfandrechts vor dem Vermieterpfandrecht erworben haben. Eine Anwendung von § 1208 S. 1 BGB wird aber für das Unternehmerpfandrecht wie für jedes gesetzliche Pfandrecht des BGB ausgeschlossen, weil § 1257 BGB ein bereits entstandenes Pfandrecht voraussetzt.<sup>7</sup> Eine Ausnahme sei nur in den Fällen des § 366 III HGB zu machen, der aber hier nicht in Betracht kommt.

### 4. Entgegenstehen eines vor- oder gleichrangiges Unternehmerpfandrechts des R?

#### a) Entstehen eines Unternehmerpfandrechts des R

Zwischen S und R bestand ein Werkvertrag hinsichtlich der Restauration der Vasarély-Gemälde.<sup>8</sup> Zur Sicherung der Forderungen des R aus dem Werkvertrag steht dem R ein Pfandrecht nach § 647 BGB an den von ihm ausgebesserten beweglichen Sachen, d. h. hier an den zu restaurierenden Gemälden zu, wenn sie zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Auch wenn man mit einer verbreiteten Ansicht den mittelbaren Besitz genügen lässt,<sup>9</sup> hat R an den Gemälden auf dem Transportweg **keinen mittelbaren Besitz** nach § 868 BGB erlangt, weil der Spediteur den Transport für S durchführt und kein Besitzmittlungsverhältnis zu R besteht. Jedoch hat R in dem Augenblick **die tatsächliche Sachherrschaft i.S.v. § 854 I BGB** an den Gemälden erlangt, als ihm S einen Schlüssel für den Raum übergab, in den die Gemälde im V-Museum verbracht wurden. Dass V von der Schlüsselübergabe an R nichts weiß, berührt die tatsächliche Sachherrschaftsposition des R nicht, sondern begründet allenfalls Ansprüche des V gegen seinen Mieter S.

Dass S einen weiteren Schlüssel behielt, führt dazu, dass R lediglich (schlichten) **Mitbesitz** an den Gemälden hatte. Ob Mitbesitz für den Erwerb eines Unternehmerpfandrechts genügt, ist bislang nicht geklärt. § 1206 BGB ist nicht auf gesetzliche Pfandrechte anwendbar, weil § 1257 BGB ein entstandenes gesetzliches Pfandrecht voraussetzt. Wenn dem Unternehmer die ausgebesserten Sachen selbstständig zugänglich sind, dürfte dies für § 647 BGB ausreichen. Dass S sich einen Schlüssel vorbehält, schadet nicht, weil wegen der Restaurierungsarbeiten von vornherein nicht damit zu rechnen ist, dass S die Gemälde seinerseits an einen anderen Ort verbringt; passierte dies dennoch, wäre nur ein entstandenes Unternehmerpfandrecht wieder erloschen. Ein anderes, an § 1206 BGB angelehntes Ergebnis ist hier aber gut vertretbar, dann müsste im Hilfsgutachten weitergeprüft werden.

#### b) Rang des Unternehmerpfandrechts nach §§ 1209, 1257 BGB

Für die Frage des Rangs verschiedener gesetzlicher Pfandrechte untereinander ist mangels abweichender Sonderregelung<sup>10</sup> entsprechend §§ 1209, 1257 BGB die Zeit der Entstehung nach dem **Prioritätsgrundsatz** maßgebend. Da R von dem Raum im V-Museum „sofort“ zwei Schlüssel bekommen hat, entsteht sein Unternehmerpfandrecht in dem gleichen Augenblick wie auch das Vermieterpfandrecht des V, nämlich als die Gemälde in den gesonderten Raum im V-Museum gebracht wurden. Es besteht daher ein **Gleichrang zwischen**

---

<sup>7</sup> Vgl. z. B. BGHZ 34, 154; BGHZ 87, 280.

<sup>8</sup> Siehe oben, Aufgabe 2a, A I.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. Palandt-Sprau, § 647 BGB Rn. 3.

<sup>10</sup> § 562d BGB regelt nur die Konkurrenz zwischen Vermieterpfandrecht und gesetzlichem Pfändungspfandrecht und ist hier nicht einschlägig.

**dem Vermieterpfandrecht des V und dem Unternehmerpfandrecht des R.** Vertretbar erscheint aber auch die Lösung, dass das Vermieterpfandrecht je nach Auslegung des Sachverhalts einen Augenblick vor dem Unternehmerpfandrecht entstanden ist.

**c) Besitzrecht nach § 986 I 1 BGB?**

Das Unternehmerpfandrecht könnte dem R ein Besitzrecht nach § 986 I 1 BGB einräumen. Jedoch gilt dies nur im Verhältnis zum Eigentümer (hier S).<sup>11</sup>

**d) Dolo-petit-Einrede des R wegen eines Gegenanspruchs aus §§ 985, 1227, 1257 BGB?**

Wenn R ein vorrangiges Unternehmerpfandrecht hätte, könnte er gemäß §§ 985, 1227, 1257 BGB die Rückgabe der Gemälde von V verlangen. V könnte dann von R nicht herausverlangen, was er sofort wieder an R zurückgeben müsste. Dies könnte R dem V als Einrede entgegenhalten („dolo petit qui petit quod statim redditurus esse“).

Problematisch ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn R nur ein mit dem Vermieterpfandrecht des V gleichrangiges Unternehmerpfandrecht erworben hat. Es entsteht eine Pattsituation, die weder einen Herausgabeanspruch des V gegen R noch umgekehrt einen Herausgabeanspruch des R gegen V rechtfertigen würde. In Betracht kommt insoweit nur ein Anspruch des V auf Ablieferung der Gemälde an einen gemeinschaftlichen Verwahrer (vgl. § 1231 S. 2 BGB).

**5. Ergebnis**

Nach der hier vertretenen Auffassung kann V von R keine Herausgabe der Gemälde an sich oder Zurückschaffung in die Räume des V-Museums verlangen. Mit guter Begründung ist aber auch ein anderes Ergebnis vertretbar.

**II. Anspruch des V gegen R auf Herausgabe der Vasarély-Gemälde nach §§ 985, 1227, 1257, 562 BGB**

Für diesen Anspruch gilt das Gleiche wie für den Anspruch aus § 562b II 1 BGB (siehe oben), der eine besondere Ausprägung des allgemeinen Anspruchs aus §§ 985, 1227, 1257 BGB darstellt.

**III. Anspruch des V gegen R auf Herausgabe der Vasarély-Gemälde nach §§ 1231 S. 1, 1257, 562 BGB**

Diesen Anspruch hat auch der Inhaber eines Vermieterpfandrechts. Voraussetzung ist zunächst der Eintritt der Pfandreife nach § 1228 II BGB. Geht man hiervon aus, kann jedoch V die Herausgabe der Gemälde zum Zweck des Pfandverkaufs nach §§ 1233 ff., 1257 BGB nur dann verlangen, wenn sein Vermieterpfandrecht dem Unternehmerpfandrecht des R im Rang vorgeht (vgl. § 1232 S. 1 BGB). Wenn man dies verneint und nur einen Gleichrang annimmt (siehe oben), kann er zwar bei einem Pfandverkauf durch R mitwirken, er kann aber einem Pfandverkauf durch R entsprechend § 1232 S. 2 BGB nicht widersprechen. Al-

---

<sup>11</sup> Vgl. z. B. BGH, NJW 1999, 3716 (3717).

lenfalls bleibt ein Anspruch auf Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer entsprechend § 1231 S. 2 BGB.

#### **IV. Anspruch des V gegen R nach §§ 1249 S. 1, 1251 I, 1257 BGB**

Da bei einem Pfandverkauf durch R der V nach § 1242 II 1 BGB sein Vermieterpfandrecht verlieren würde und sich sein Pfandrecht lediglich am Erlös fortsetzen würde (§ 1247 S. 2 BGB), kann V den R nach § 1249 S. 1 BGB i.V.m. § 1257 BGB befriedigen. V wird dann Inhaber der Forderungen des R gegen S nach § 1249 S. 2, 268 III 1 BGB und damit nach § 1250 I 1 BGB auch Inhaber des Unternehmerpfandrechts und kann dann nach § 1251 I BGB Herausgabe der Gemälde an sich verlangen.