

Hausarbeit im Rahmen der Fortgeschrittenenübung im Bürgerlichen Recht

Lösungshinweise

Im Folgenden werden Hinweise zur Lösung gegeben, für die (vor allem auch hinsichtlich der Darstellung abweichender Auffassungen und alternativer Lösungswege) kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird, die aber in den Einzelheiten so von den Bearbeitenden keinesfalls erwartet werden konnten. Sollte eine Frage nicht berücksichtigt sein, die von Bearbeitenden behandelt worden ist, wurde die Vertretbarkeit der Argumentation vom Korrektor überprüft. Bei der Korrektur wurde besonders auf Aufbau und Subsumtion des Gutachtens, auf Verstöße gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip sowie auf die Verarbeitung der einschlägigen Literatur geachtet.

I. Aufgabe 1

Anspruch des F gegen die B-GbR aus § 631 I BGB auf Zahlung der Vergütung für den Einbau sämtlicher Bionik-Fenster

1. Entstehung des Anspruchs

a) Abschluss eines Vertrages zwischen F und der B-GbR

F und die B-GbR haben sich geeinigt, dass F in dem Hochhaus, das die B-GbR an ein Unternehmen vermietet, Bionik-Fenster in bestimmter Ausführung zu einem bestimmten Preis einbaut. Auf Seiten der B-GbR handelt der geschäftsführende Gesellschafter G in Vertretung der B-GbR. Anhaltspunkte dafür, dass G keine Vertretungsmacht gemäß § 714 BGB hat, enthält der Sachverhalt nicht. Dass die B-GbR als eine nach außen als solche am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft selbst rechtsfähig und daher auch selbst Vertragspartnerin sein kann, wird von der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur seit der Entscheidung BGHZ 146, 341 (Weisses Ross I) nicht mehr angezweifelt.

b) Qualifizierung des Vertrages als Werkvertrag

Der von F und der B-GbR geschlossene Vertrag muss vor allem im Hinblick auf mögliche Gegenansprüche wegen Mängeln (siehe unten) rechtlich qualifiziert werden. Die Verpflichtung des F erschöpft sich nicht in der Lieferung der Bionik-Fenster, sondern erstreckt sich auf den Einbau dieser Fenster in das bestimmte Hochhaus. Dies genügt allerdings für die Qualifizierung als Werkvertrag noch nicht, wie § 434 II BGB zeigt (Kauf mit Montageverpflichtung, bei dem die Übertragung von Eigentum und Besitz im Vorder-

grund steht). Sofern man betont, dass der Schwerpunkt des Vertrages und der vertraglichen Leistung des F im Einpassen der Fenster in ein Gesamtbauwerk und im darin bestehenden Gesamterfolg liegt¹ und dass zudem nicht F der Hersteller der Fenster ist, so dass es sich nicht um eine Lieferung „herzustellender“ Fenster handelt, kann der Vertrag nicht als ein Werklieferungsvertrag qualifiziert werden, auf den gemäß § 651 BGB Kaufrecht anzuwenden wäre. Den Einbau der Bionik-Fenster bestimmter Ausführung schuldet F dann auch nicht nur als bloße Tätigkeit, sondern als Erfolg. Insgesamt ist der Vertrag nach dieser Argumentation als Werkvertrag zu qualifizieren. Dies wird den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt. Bei guter Begründung kann aber möglicherweise auch die Anwendung von Kaufrecht bejaht werden mit Konsequenzen für den weiteren Verlauf des Gutachtens insbesondere für die Frage, ob die Nacherfüllung auch den Ausbau der mangelhaften Fenster umfasst (siehe unten).²

Zugleich kann mit der Vertragsqualifizierung festgestellt werden, dass die Bestandteile des Vertrages zwischen F und der B-GbR (siehe oben a) die essentialia negotii eines Werkvertrages darstellen.

c) Fälligkeit des Vergütungsanspruches nach § 641 I BGB

Laut Sachverhalt ist die Abnahme sämtlicher Fenster durch die B-GbR erfolgt. Der Werklohnanspruch des F ist deshalb gemäß § 641 I BGB fällig.

2. Leistungsverweigerungsrecht der B-GbR gemäß § 641 III BGB wegen Bestehen eines Mangelbeseitigungsanspruches?

a) Charakter des § 641 III BGB

Wegen einer Mangelhaftigkeit der eingebauten Fenster entfielen der Werklohnanspruch des F noch nicht automatisch (vgl. auch § 326 I 2 BGB). Jedoch könnte der B-GbR gegen den Werklohnanspruch ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 III BGB zustehen, das eine spezialgesetzliche Ausformung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 I BGB darstellt.³ Nicht falsch, aber ungenau wäre ein Abstellen allein auf § 320 I BGB. Ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB wird verdrängt.

b) Voraussetzung des § 641 III BGB: Nacherfüllungsanspruch der B-GbR

Die Vorschrift des § 641 III BGB setzt nach ihrem Wortlaut voraus, dass der B-GbR ein Anspruch auf Beseitigung eines Werkmangels zusteht. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber bei einem Anspruch auf Neuherstellung (§ 635 I, 2. Alt. BGB) die Anwendbarkeit von § 641 III BGB ausschließen wollte. Vielmehr ist die Norm im Zuge der

¹ Siehe z.B. die Argumentation von Palandt-*Sprau*, BGB, § 651 Rn. 4.

² Vgl. BGH NJW 2009, 2877 (2878, Tz. 14), der die Frage allerdings nicht entscheiden musste.

Schuldrechtsreform 2002 nicht an die Neufassung von § 635 BGB angeglichen worden. Auch nach dem Zweck der Norm passt § 641 III BGB auf den Neuherstellungsanspruch. Eine historisch-systematisch-teleologische Auslegung des § 641 III BGB ergibt daher, dass das Leistungsverweigerungsrecht nach dieser Vorschrift insgesamt dann gegeben ist, wenn der Besteller Nacherfüllung im Sinne von § 635 I BGB (Mangelbeseitigung oder Neuherstellung) verlangen kann.⁴ Auch wenn man dem nicht folgen würde, wäre bei Ansprüchen auf Neuherstellung jedenfalls das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 I BGB einschlägig.

c) Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs der B-GbR nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB

aa) Dadurch dass die Hälfte der von F eingebauten Fenster wegen der Inkompatibilität von Fugendichtungsmaterial und Bionik-Glasoberfläche undicht sind, liegt an diesen Fenstern ein **Sachmangel** vor. Zwar ist die Dichtigkeit der Fenster nicht ausdrücklich vereinbart worden, doch liegt zumindest eine Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit im Sinne von § 633 II 2 Nr. 1 BGB vor. Denn auch die undichten Bionik-Fenster waren nach dem Willen der Vertragsparteien zum Einbau in Gebäude bestimmt und erfüllen ihre Funktion als Gebäudefenster jedenfalls nicht vollständig. Hilfsweise kann auch auf § 633 II 2 Nr. 2 BGB abgestellt werden. Die Anordnung der Fenster im Dachterrassenbereich stellt dagegen keinen Sachmangel dar, weil dies auf den architektonischen Planungen des A beruhte und nicht zu den werkvertraglichen Pflichten des F gehörte.

Nicht zum Werk gehört ferner eine etwaige sich aus dem Vertragszweck ergebende Verpflichtung des F, die B-GbR auf die fehlerhafte Planung des A hinzuweisen, die dazu geführt hat, dass sogar bei optimaler Fugendichtung allein wegen der Anordnung der Fenster Feuchtigkeitsschäden auf längere Sicht aufgetreten wären. Aus der Verletzung einer solchen leistungsbezogenen Nebenpflicht gemäß § 241 II BGB zur Aufklärung oder zur Beratung würde F der B-GbR (neben der Nacherfüllung hinsichtlich des Werks) im Übrigen allenfalls auf Schadensersatz gemäß § 280 I BGB haften.

bb) Nach § 635 I BGB hat die B-GbR einen Anspruch auf Nacherfüllung. Wie nacherfüllt werden muss, kann grundsätzlich der Unternehmer wählen (im Kaufrecht hat demgegenüber der Käufer das Wahlrecht). Gemäß dem Hinweis in Aufgabe 1 ist eine Reparatur der Undichtigkeiten ohne Aus- und Neueinbau der undichten Fenster mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden. Würde die B-GbR Mangelbeseitigung in dieser Form beanspruchen, hätte F ein **Verweigerungsrecht nach § 635 III BGB**. Weil es sich um eine Einrede handelt, müsste sich F darauf berufen.

cc) Nicht mit unverhältnismäßig hohen Kosten und auch möglich ist aber der Ausbau der undichten Fenster und der neue Einbau korrekt abgedichteter Bionik-Fenster verbunden.

³ Vgl. z. B. *Oechsler*, Schuldvertragsrecht, Rn. 596.

⁴ So auch *Oechsler*, aaO.; *Lorenz/Riehm*, Neues Schuldrecht, Rn. 640.

In dieser Hinsicht hat die B-GbR daher einen Anspruch auf Nacherfüllung in Gestalt der **Neuherstellung** nach § 634 Nr. 1, 635 I, 2. Alt. BGB. Anhaltspunkte dafür, dass die Neuherstellung einen in grobem Missverhältnis zum Leistungsinteresse stehenden Aufwand erfordert (§ 275 II BGB) oder die persönliche Erbringung der Leistung dem F unzumutbar ist, sind nicht ersichtlich. Außerdem ist eine Neuherstellung laut Sachverhaltshinweis nicht mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden, weshalb F in dieser Hinsicht kein Verweigerungsrecht aus § 635 III BGB hat (siehe oben).

- dd) Ein Nacherfüllungsverlangen seitens der B-GbR liegt vor.
- ee) Ein Verschulden des F ist für das Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs nicht notwendig. Daher ist irrelevant, dass die Undichtigkeit im Herstellungsprozess bei der H-GmbH entstanden ist. (Wer anderer Auffassung ist, müsste dies gut begründen und im Hilfspgutachten weiterprüfen.) Eine scheinbar anders lautende Passage in den Gesetzesmaterialien, die auf die Berücksichtigung eines fehlenden Verschuldens von Herstellerfehlern hinweist,⁵ wird ganz überwiegend so gedeutet, dass ein Verschulden allenfalls bei § 275 II 2 BGB zu berücksichtigen wäre, was hier aber nicht in Betracht kommt.
- ff) Der Umfang der Nacherfüllung umfasst auch die vorbereitenden Maßnahmen der Feststellung, welche der eingebauten Fenster undicht sind.

3. **Einschränkungen des Leistungsverweigerungsrechts der B-GbR**

- a) Gegen-Einrede des F nach § 242 BGB und entsprechend § 273 I BGB wegen Mitverursachung des Mangels durch die B-GbR?

Laut Sachverhalt hätten auf längere Sicht die architektonischen Entscheidungen über die Anordnung der Fenster dazu geführt, dass auch bei optimaler Abdichtung Feuchtigkeitsschäden aufgetreten wären. Dadurch könnte dem F der Mangel möglicherweise nicht zurechenbar sein oder die B-GbR könnte den Mangel mitverursacht haben, weil die architektonischen Entscheidungen A getroffen hat, der von der B-GbR beauftragt und dessen Verschulden sich die B-GbR daher nach § 278 BGB zurechnen lassen müsste. Die schadensrechtlichen Grundsätze über hypothetische Schadensursachen oder § 254 BGB (insbesondere dessen Abs. 2 i.V.m. § 278 BGB, was nach h. M. auch für Abs. 1 des § 254 BGB gilt) sind im Rahmen von Gewährleistungsansprüchen nicht anwendbar.⁶ Jedoch wird jedenfalls bei einer Mitverursachung des Mangels durch den Besteller dem Unternehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Recht gegeben, eine Beteiligung des Bestellers an den Kosten der Nachbesserung zu verlangen.⁷ Die Rechtsprechung gewährt dem Unternehmer dann eine dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 I BGB ähnliche Ein-

⁵ Siehe BT-Drucks. 14/6040, S. 265.

⁶ Vgl. z. B. *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 254 Rn. 23.

⁷ Vgl. z. B. BGHZ 90, 354 (355); BGH, NJW 1999, 416 (417).

rede, weil der Unternehmer sonst die Nachbesserung als Vorleistung durchführen müsste und die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers nach der Abnahme des Werks (auch wenn es mangelhaft ist) endet (vgl. § 641 I BGB).⁸ Prozessual würde die B-GbR „doppelt Zug-um-Zug“ zur Werklohnzahlung verurteilt (Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung, diese Zug um Zug gegen Zahlung der Kostenbeteiligung). Außerprozessual könnte F aus dem zurückbehaltungsähnlichen Recht lediglich Sicherheitsleistung verlangen.⁹

Allerdings haben die Planungen des A den Mangel in Gestalt der Undichtigkeit der Fenster (s.o.) nicht mitverursacht. Vielmehr hat A lediglich eine Ursache für Feuchtigkeitsschäden an anderen Rechtsgütern der B-GbR gesetzt. Solche Schäden sind offenbar nicht in nennenswertem Umfang entstanden und werden von B auch nicht beziffert. Dass F u.U. verpflichtet gewesen wäre, die B-GbR auf die fehlerhafte Planung des A hinzuweisen, würde nur zu einem Schadensersatzanspruch der B-GbR führen, in dessen Rahmen dann die Fragen nach einer möglichen Beachtlichkeit der hypothetischen Schadensursache (hier abzulehnen) und eines möglichen Mitverschuldens zu stellen wäre. Einen solchen Schadensersatzanspruch zu prüfen, war zwar nicht falsch, jedoch aufgrund der Sachverhaltsangaben fern liegend.

- b) Gegen-Einrede des F nach § 242 BGB und entsprechend § 273 I BGB wegen „Sowieso-Kosten“, die F nach dem Werkvertrag von vornherein nicht schuldet

Soweit bei dem Einbau der neuen dichten Fenster dem F Mehrkosten deshalb entstehen, weil diese Fenster aus Planungsgründen neu angeordnet werden müssen, trägt diese Kosten die B-GbR. In dieser Hinsicht liegen „Sowieso-Kosten“ vor, die F nach dem ursprünglichen Vertrag nicht schuldet. Dies gilt auch für die Mehrkosten, die deshalb anfallen, weil die B-GbR verschiedene Innenarchitekturmaßnahmen durchführte. Ob man nun den Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung oder den des Mitverschuldens aus dem (hier im Rahmen von § 635 BGB nicht anwendbaren) Schadensrecht bemüht, jedenfalls muss die Nacherfüllung i.S. von § 635 I BGB so ausgelegt werden, dass sie nicht solche Leistungen umfasst, die der Werkunternehmer vertraglich nicht übernommen hatte. In dieser Hinsicht muss dem F eine Gegen-Einrede nach § 242 BGB und entsprechend § 273 I BGB gegeben werden.

Problematisch ist, ob die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Fenster „Sowieso-Kosten“ im o.g. Sinne sind. Nach dem Vertrag hatte die B-GbR die Kosten für den Ausbau der ursprünglichen Fenster zu tragen. Für die Lösung dieses Problems helfen parallele Überlegungen zum Kaufrecht¹⁰ nicht, weil ein Verkäufer nicht den Einbau der Fenster

⁸ Vgl. BGHZ 90, 354 (357).

⁹ Vgl. z. B. BGHZ 90, 354 (357 ff.); ferner BGHZ 90, 344 (349 ff.).

¹⁰ Siehe ausführlich BGH NJW 2009, 1660. Diese Überlegungen wären hier natürlich anzustellen, wenn der Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert worden wäre (siehe oben).

schuldet. Insbesondere ist die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht anwendbar.¹¹ Der Umfang der Nacherfüllungspflicht umfasst beim Werkvertrag von vornherein auch den Ausbau der mangelhaften Sache, wenn dies zur Neuherstellung des Werks gehört. F schuldet als Erfolg ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk in Gestalt eingebauter und dichter Bionik-Fenster in dem betreffenden Hochhaus. Dass F nach dem ursprünglichen Vertrag nicht den Ausbau der alten Fenster schuldet, spielt demgegenüber keine Rolle, weil es nun um die mangelhaften Fenster geht. Deren Ausbau ist Voraussetzung für die Neuherstellung des Werks. Nach der hier vertretenen Auffassung hat F wegen der Ausbaukosten daher kein zurückbehaltungsähnliches Recht entsprechend § 273 I BGB. Eine andere Ansicht ist freilich gut vertretbar.

4. Ergebnis (zu Aufgabe 1):

Die Zahlung des Werklohns des F kann die B-GbR in angemessener Höhe verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Neuherstellung erforderlichen Kosten. F kann jedoch vor Ausführung der Neuherstellung Sicherheitsleistung in Höhe der wegen der Neuordnung der Fenster erforderlichen Mehrkosten verlangen. Im Prozess käme es zu einer „doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung“ der B-GbR.

II. Aufgabe 2

Anspruch der H-GmbH gegen die B-GbR auf Zahlung der Werklohnforderung aus abgetretenem Recht gemäß § 631 I BGB i.V.m. § 398 BGB

1. Bestehen der Werklohnforderung

Nach der Aufgabenstellung war hier zu unterstellen, dass dem F ein Vergütungsanspruch aus § 631 I BGB wenigstens teilweise gegen die B-GbR zusteht.

2. Wirksame Abtretung von F an die H-GmbH?

a) Antizipierte Sicherungszession im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts

Noch bevor F die von der H-GmbH hergestellten und gelieferten Bionik-Fenster in die Gebäude seiner Kunden einbaut, hat F zugunsten der H-GmbH über seine künftig aus dem Einbau resultierenden Vergütungsansprüche verfügt, um ihr eine Ersatzsicherheit für das wegen § 946 BGB verlorene Eigentum an den Fenstern zu gewähren. Eine solche den Eigentumsvorbehalt verlängernde, antizipierte Sicherungszession ist in den allgemeinen

¹¹ Siehe insbesondere Art. 1 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 2, 3 der Richtlinie 1999/44/EG. Zur Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertragsrecht siehe bereits oben I.1.b.

Grenzen, insbesondere der Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen möglich. Da sämtliche Vergütungsansprüche aus dem Einbau bestimmter Fenster abgetreten sein sollen, ist dem Erfordernis der Bestimmbarkeit genügt. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit nach § 138 I BGB wegen Übersicherung sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

- b) Unwirksamkeit der Abtretung wegen einer Ausschlussvereinbarung nach § 399, 2. Alt. BGB?

Der Wirksamkeit der Vorausabtretung der Werklohnforderungen von F gegen die B-GbR an die H-GmbH könnte entgegenstehen, dass F und die B-GbR ein *pactum de non ceden-do* geschlossen haben. Dieses *pactum* ist in den AGB der B-GbR enthalten, die gemäß § 305 II BGB Bestandteil des Werkvertrages zwischen F und der B-GbR geworden sind. Problematisch ist die Wirksamkeit dieses Abtretungsverbotes im Hinblick auf den Prioritätsgrundsatz, auf § 138 I BGB, auf die Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB und auf § 354a HGB.

- aa) Prioritätsgrundsatz?

Man könnte der Auffassung sein, im Zeitpunkt der Forderungsentstehung sei die Forderung schon abgetreten, so dass das Abtretungsverbot ins Leere gehe. Dem widerspricht jedoch die Rechtsprechung, indem sie die Frage der Abtretbarkeit als eine der Vorausabtretung vorgelagerte Frage ansieht.¹² Bei ihrer Entstehung ist daher die Werklohnforderung mit dem Abtretungsverbot gewissermaßen „vorbelastet“.

- bb) Nichtigkeit des Abtretungsverbots nach § 138 I BGB?

Ausgehend von der vom BGH für Globalzessionen von Banken entwickelten „Vertragsbruchtheorie“ könnte eine Sittenwidrigkeit darin liegen, dass die B-GbR mit der Vereinbarung eines Abtretungsverbots ihren Vertragspartner F dazu verleite, seine vertraglichen Verpflichtungen zu seinem Vorlieferanten (hier die H-GmbH) zu verletzen. Denn wie G (dessen Wissen der B-GbR analog § 166 I BGB zuzurechnen ist) wissen musste, ist die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts beim Bezug von Baustoffen üblich und kann ein Fensterunternehmer sonst keine Baustoffe beziehen bzw. erhält für den Einbau der Fenster nicht die Zustimmung des Fensterherstellers. Dass dem G und damit analog § 31 BGB auch der B-GbR grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist, genügt jedoch nicht für die Annahme einer Sittenwidrigkeit. Auch der BGH hat den vorliegenden Fall ausdrücklich von den Fällen einer Globalzession abgegrenzt und eine Anwendung von § 138 I BGB abgelehnt.¹³

¹² Vgl. z. B. BGHZ 30, 176 (179); 108, 172 (176).

¹³ Siehe ausführlich BGHZ 51, 113 (116 ff.).

cc) Unwirksamkeit des Abtretungsverbots nach § 307 I 1 BGB?

Die Klausel in den AGB der B-GbR weicht von dem Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen ab und könnte wegen unangemessener Benachteiligung des F gemäß § 307 I 1, III 1 BGB unwirksam sein.¹⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH benachteiligt der Ausschluss der Abtretung in AGB den Vertragspartner nur dann unangemessen, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Abtretungsausschluss fehlt oder wenn die berechtigten Belange des Vertragspartners an der freien Abtretbarkeit seiner vertraglichen Ansprüche das Interesse des Verwenders überwiegen.¹⁵ Ein schützenswertes Interesse der B-GbR kann schon darin gesehen werden, dass durch das Abtretungsverbot und die Gewissheit über die Identität und die Zahl ihrer Gläubiger die Vertragsabwicklung klar und übersichtlich ist. Dass das Abtretungsverbot die Sicherheit der Vorlieferantin H-GmbH in Gestalt des verlängerten Eigentumsvorbehalts vereitelt, tangiert zwar mittelbar auch die Belange des F als Vertragspartner der B-GbR. Doch spiegelt dies nach Ansicht des BGH nur die typische Interessenlage beim Werkvertrag wider, weil der Werkunternehmer zur Vorleistung verpflichtet sei.¹⁶

Von den Übungsteilnehmenden wird verlangt, dass sie sich mit dem Problem auseinandersetzen, ob sich an den Entscheidungen des BGH (vor allem NJW 2006, 3486) etwas ändert, weil der B-GbR grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Üblichkeit von verlängerten Eigentumsvorbehalten vorzuwerfen ist, und dass sie Argumente für die Entscheidung dieses Problems finden. Ggf. muss ein Hilfsgutachten erstellt werden. Im Folgenden wird im Ergebnis die Auffassung des BGH unterstellt.

c) Wirksamkeit der Abtretung trotz des Abtretungsverbotes in Analogie zu § 354a HGB?

Eine direkte Anwendung des § 354a HGB scheidet aus, weil der Werkvertrag zwischen F und der B-GbR kein beidseitiges Handelsgeschäft darstellt. Denn nach ganz überwiegender Ansicht betreibt eine Personengesellschaft, die nicht schon Handelsgesellschaft ist, nicht allein deshalb ein Handelsgewerbe, weil sie sich darauf beschränkt, wie hier ein Hochhaus an ein Unternehmen zu vermieten.¹⁷

Teilweise wird in der Literatur eine analoge Anwendung des § 354a HGB auf bestimmte Nicht-Kaufleute befürwortet. Der BGH lehnt dies wegen Fehlens einer planwidrigen Re-

¹⁴ Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift war hier im Übrigen auch dann zu bejahen, wenn man F als Unternehmer qualifiziert (hier wohl unproblematisch zu bejahen), weil auch dann jedenfalls § 307 BGB wegen § 310 Abs. 1 S. 2 BGB gilt.

¹⁵ Vgl. vor allem BGH NJW 2006, 3486 (3487); ferner z.B. bereits BGHZ 108, 52 (55).

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 3486 (3487).

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 3486 (3487); ferner z.B. BGH NJW-RR 1990, 798 (799).

gelungslücke ab.¹⁸ Selbst wenn man sich auf eine Typisierung nach Arten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts einließe, wäre wohl im vorliegenden Fall bei einer reinen Vermietungsgesellschaft die Vergleichbarkeit mit einer Personenhandelsgesellschaft zu gering, um eine Analogie zu rechtfertigen.

3. Ergebnis und Ausblick auf andere Prüfungspunkte

Nach der hier zugrunde gelegten Auffassung ist das Abtretungsverbot wirksam und damit der Anspruch der H-GmbH gegen die B-GbR nicht gegeben.

Wäre man anderer Ansicht, müsste man noch mögliche Einwendungen prüfen, die der B-GbR dem F zustanden und welche die B-GbR gemäß § 404 BGB auch der H-GmbH entgegenhalten könnte. Dies deckt sich mit den Einwendungen, die im Rahmen von Aufgabe 1 zu prüfen waren.

Die Frage, ob die H-GmbH berechtigt war, die Werklohnforderung gegen die B-GbR geltend zu machen, ist allerdings keine Frage des Könnens gegenüber der B-GbR, sondern des Dürfens im Verhältnis zu F. Die Antwort auf diese Frage richtet sich nach der Sicherungsvereinbarung zwischen der H-GmbH und F und nach den Voraussetzungen für den Sicherungs- und Verwertungsfall. Diese Voraussetzungen dürften hier vorliegen, weil F den Kaufpreis laut Aufgabenstellung immer noch nicht bezahlt hat.

III. Aufgabe 3

1. Anspruch der H-GmbH gegen die B-GbR auf Herausgabe der Fenster aus § 985 BGB

- a) Die H-GmbH behielt zwar ihr Eigentum an den Fenstern auch nach deren Übergabe an F, weil dieser nicht vollständig bezahlte und damit die aufschiebende Bedingung für den Eigentumsübergang gemäß §§ 929 S. 1, 158 I BGB (vgl. § 449 I BGB) nicht eintrat.
- b) Die H-GmbH verlor ihr Eigentum an den Fenstern jedoch gemäß § 946 BGB i.V.m. § 94 BGB in dem Augenblick, als F die Fenster in das Hochhaus der B-GbR einbaute. Sie hat das Eigentum auch nicht schon vorher verloren. F hat die Fenster nicht vor dem Einbau an die B-GbR gemäß § 929 S. 1 BGB übereignet. Hierzu fehlt es schon am Einigungswillen des F (er weiß, dass ihm die H-GmbH die Ermächtigung nur für den Fall des Einbaus gegeben hat), an der Übergabe (vor dem Zeitpunkt des Einbaus hat die B-GbR nicht die tatsächliche Sachherrschaft über die Fenster erhalten) und an der Berechtigung des F. Im

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2006, 3486 (3487).

Übrigen wäre die B-GbR auch bösgläubig i.S. von § 932 II BGB (siehe näher unten).

Damit ist die rei vindicatio zu verneinen. Es besteht im Übrigen im Zeitpunkt des Einbaus kein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, so dass im Grundsatz auch keine Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB gegeben sind und Ansprüche nicht etwa wegen § 993 I, 2. Hs. BGB gesperrt sind.

2. Anspruch der H-GmbH gegen die B-GbR auf Wertersatz für die eingebauten Fenster aus §§ 951 I, 812 I 1, 2. Alt. BGB

- a) Die H-GmbH hat infolge des § 946 BGB einen Rechtsverlust erlitten. Die Rechtsänderung trat zugunsten der B-GbR ein. Da § 951 I BGB Rechtsgrundverweisung ist, müssen zusätzlich die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 812 I 1 BGB, nach h.M. diejenigen einer Nichtleistungskondiktion nach § 812 I 1, 2. Alt. BGB vorliegen.
- b) Die B-GbR hat Eigentum und Besitz an den Fenstern erlangt. Dies geschah ohne Rechtsgrund auf Kosten der H-GmbH und, da ein Leistungsverhältnis zwischen der H-GmbH und der B-GbR fehlte, in sonstiger Weise als durch Leistung.
- c) An sich wäre der Anspruch jedoch wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Bereicherungsausgleichs im jeweiligen Leistungsverhältnis abzulehnen, weil zwischen der H-GmbH und der B-GbR keine Leistung erfolgte und der Rechtsgrund für den Einbau der Fenster im Werkvertrag zwischen F und der B-GbR zu sehen ist („Vorrang der Leistungskondiktion vor der Nichtleistungskondiktion“).
- d) Dabei sollte man aber nicht stehen bleiben, sondern diskutieren, ob nicht von diesen Grundsätzen eine Ausnahme zu machen ist. Manche Autoren machen schon generell eine Ausnahme analog § 816 I 1 BGB (und kommen so zur Direktkondiktion), weil der Einbau wie eine Verfügung zu behandeln sei. Der Verfügungsbegriff liegt jedoch dem gesamten System des BGB zugrunde und erstreckt sich niemals auch auf reine Realakte (wie z.B. den Einbau). Es können noch weitere Argumente gefunden werden, die gegen diese Auffassung sprechen.

Erwägenswert ist jedoch, im vorliegenden Fall eine Ausnahme vom Grundsatz der Kondiktion „über das Dreieck“ aufgrund eines wertenden Vergleichs mit den §§ 932 ff. BGB, 366 I HGB zuzulassen. Wenn F die Fenster nicht eingebaut, sondern der B-GbR zunächst geliefert und übereignet hätte und sodann (aufgrund eines nachgelagerten Werkvertrags) eingebaut hätte, wäre die B-GbR bösgläubig im Sinne von § 932 II BGB (i.V.m. einer Analogie zu § 166 I BGB), sofern sie damit rechnen musste, dass F mit der H-GmbH als

Herstellerin der Fenster einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart hatte.¹⁹ Eine im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts erteilte Verfügungsermächtigung nach § 185 I BGB stünde unter der Voraussetzung, dass die Abtretung gelingt. Diese Wertung, dass die B-GbR die Fenster nicht gutgläubig erworben hätte, wenn F sie ihr übereignet hätte, kann auch hier im Rahmen des Anspruches aus §§ 951 I, 812 I 1, 2. Alt. BGB Geltung beanspruchen. Insoweit kann eine Parallele zum so genannten „Jungbullen-Fall“²⁰ gezogen werden.

Dann ist ein Anspruch auf Vergütung in Geld in Höhe des Vermögenszuwachses durch die Fenster bei der B-GbR gegeben. Als sehr gut sind Ausführungen zu bewerten, die sich mit der Frage beschäftigen, ob die B-GbR nicht durch Abtrennung und Herausgabe der (mangelhaften!) Fenster der Wertersatzpflicht entgehen kann. Dem könnte zwar § 951 I 2 BGB entgegenstehen, der den Bereicherten aber gerade schützen soll. Will sich die B-GbR nicht auf diesen Schutz berufen, ist er daher nach zutreffender Auffassung nicht zum Wertersatz verpflichtet, sondern kann stattdessen die Fenster zurück übertragen.

3. Weitere Ansprüche der H-GmbH gegen die B-GbR

- a) aus § 951 II 2 BGB i.V.m. § 997 BGB auf Duldung der Wegnahme der Fenster?

Hier ist vor allem die umstrittene Frage zu erörtern, ob der H-GmbH als Nicht-Besitzerin des Hochhauses ein selbstständiges Wegnahmerecht zusteht.²¹ Die wohl herrschende Literaturauffassung bejaht dies. Die Voraussetzungen des § 951 I 1 BGB liegen ferner vor. Somit wäre, wenn man dieser Ansicht folgt, ein Anspruch der H-GmbH gegen die B-GbR auf Duldung der Trennung und Wegnahme der Fenster zu bejahen. Die B-GbR ist über § 951 II 2 BGB i.V.m. §§ 997 I 2, II, 258 BGB geschützt.

- b) aus § 951 II 1 BGB i.V.m. § 823 I BGB oder § 826 BGB auf Schadensersatz?

Die B-GbR könnte das Eigentum der H-GmbH an den Fenstern dadurch grob fahrlässig verletzt haben, dass G den Einbau der Fenster geduldet hat, obwohl ein Abtretungsverbot vereinbart wurde. Dieses Unterlassen wäre analog § 31 BGB zuzurechnen. Jedoch dürfte eine Handlungspflicht des G zu verneinen sein, den F am Einbau der Fenster der H-GmbH zu hindern.²² Die Vereitelung des verlängerten Eigentumsvorbehalts stellt keine Rechtsgutsverletzung dar. Für § 826 BGB fehlt es an einer Sittenwidrigkeit (s.o.).

¹⁹ Vgl. dazu grsl. BGHZ 77, 274 (278); BGH NJW 1999, 425 (426).

²⁰ BGHZ 55, 176; vgl. auch BGHZ 56, 228 (242), ferner zum Ganzen ausführlich U. Huber, NJW 1968, 1905 ff.

²¹ Vgl. z.B. Wieling, Sachenrecht, § 11 II 5c; Staudinger-Gursky, § 951 BGB Rn. 67; BGHZ 40, 272 (280 f.).

²² Eine andere Auffassung ist bei guter Begründung vertretbar.