

## Übungsfall 22 - Lösung:

### Der unwesentliche Motor

#### Vorüberlegung zur Lösung

Da in dieser Aufgabe nicht nach einem ganz bestimmten Anspruch, sondern allgemein nach den Rechten des U gefragt ist, muss zunächst überlegt werden, welche Rechte dies sein könnten. Dabei ist es sinnvoll, sich in die Position des U zu versetzen und zu überlegen, was U bei **wirtschaftlich vernünftiger Betrachtung** von B begehren könnte.

- Da keine Besonderheiten ersichtlich sind, ist davon auszugehen, dass U in erster Linie die **Bezahlung** seiner Arbeiten erhalten möchte. Denn damit hätte er das, was vertraglich vereinbart war.
- Wenn er diesen Anspruch nicht durchsetzen kann, wird U interessieren, ob ihm ein **Unternehmerpfandrecht** zusteht, um den Werklohn aus der Verwertung des Pkw zu erhalten.
- Schließlich könnte U ein Interesse daran haben, die eingebauten Teile wieder **herauszuverlangen**. Da der Ausbau mit weiterer Arbeit und mit weiteren Kosten verbunden ist, wird U dieses Ziel aber nur nachrangig verfolgen.

#### Lösung

##### 1. Anspruch auf Zahlung der Vergütung

U könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung aus §§ 631 Abs. 1, 632 BGB haben.

**1.1** Der Anspruch muss **entstanden** sein. U und B müssten einen Werkvertrag geschlossen haben. Nach dem Sachverhalt liegt ein Vertrag unter wirksamer Einbeziehung der „Werkstattbedingungen“ des U vor. Da dieser Vertrag auf die Herbeiführung eines **Erfolgs** in Form der Autoreparatur gerichtet ist, handelt es sich um einen **Werkvertrag** (§ 631 BGB). Mit dem Abschluss des Vertrags ist der Anspruch auf die Zahlung der Vergütung **entstanden**. Wenn die Parteien keine Vereinbarung zum „Ob“ und zur Höhe des Anspruchs getroffen haben, findet § 632 Abs. 1 BGB zum „Ob“ und Abs. 2 BGB zur Höhe Anwendung.



##### Klausurtyp

Da keine Einzelheiten zum Vertragsschluss mitgeteilt werden, ist insoweit auch keine Prüfung vorzunehmen (und auch gar nicht möglich). Also bitte kein Wort zu Angebot und Annahme, keine Definitionen und keine Subsumtionen! Sie könnten ohnehin nur spekulieren, wie es wohl gewesen sein könnte. Das ergibt aber keinen Sinn!

**1.2** Der Anspruch darf nicht **erloschen** sein. Nach **§ 362 Abs. 1 BGB** erlischt ein Schuldverhältnis – hier das Schuldverhältnis auf Zahlung der Vergütung –, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Bei einer Geldschuld ist, wenn keine andere Vereinbarung getroffen worden ist und sich aus den Umständen nichts anderes ergibt, eine Barzahlung zu leisten. Eine solche ist hier nicht erfolgt.

Vorliegend haben sich B und U auf die Zahlung im Wege des **Lastschriftverfahrens** geeinigt. In diesem Fall tritt Erfüllung mit vorbehaltloser Gutschrift des Zahlungsbetrags auf dem Gläubigerkonto ein. Da die Bank die Zahlung nicht ausführt, erfolgt keine Gutschrift auf dem Konto des U.

Der Vergütungsanspruch des U ist nicht durch Erfüllung erloschen.

**1.3** Der Anspruch auf die Zahlung der Werklohnvergütung müsste **durchsetzbar**, insbesondere fällig

sein. Nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Vergütung bei der **Abnahme** des Werkes zu entrichten. Eine Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn der Besteller das Werk als **im Wesentlichen vertragsgerecht anerkennt**. Dies kann auch durch schlüssiges Handeln geschehen, zum Beispiel durch Ingebrauchnahme, muss aber gegenüber dem Unternehmer zum Ausdruck kommen. Hier ist B mit dem reparierten Pkw weggefahren und nicht zurückgekommen, um eventuelle Mängel der Reparatur zu reklamieren. Dadurch hat er stillschweigend die Abnahme erklärt.

Der Vergütungsanspruch ist also **entstanden, nicht erloschen** und **durchsetzbar**, sodass U von B gemäß §§ 631 Abs. 1, 632 BGB die Zahlung des Werklohns verlangen kann. Wenn B nicht in der Lage oder nicht gewillt ist, die Zahlung zu leisten, stellt sich die Frage nach dem Bestehen eines Unternehmerpfandrechts, um den Werklohn durch eine Verwertung des Fahrzeugs zu erlangen.

## 2. Anspruch auf Verwertung aus einem Unternehmerpfandrecht

U könnte ein **Unternehmerpfandrecht** an dem Fahrzeug des B zustehen. Nach § 647 BGB entsteht ein solches gesetzliches Pfandrecht für die dem Unternehmer zustehenden Forderungen an denjenigen Sachen des Bestellers, die zur Herstellung oder Ausbesserung in den unmittelbaren Besitz des Unternehmers gelangt sind. Hier hatte U zu Reparaturzwecken den **unmittelbaren Besitz** an dem Pkw des B erlangt, sodass das gesetzliche Pfandrecht für die Werklohnforderung entstanden war.

Das Pfandrecht könnte aber durch die Rückgabe des Fahrzeugs an B **erloschen** sein. Für das gesetzliche Pfandrecht gelten nach § 1257 BGB die Regelungen für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht entsprechend. Gemäß § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB erlischt ein Pfandrecht, wenn der Pfandgläubiger das Pfand an den Verpfänder oder den Eigentümer zurückgibt. Mit der Rückgabe des Fahrzeugs von U an den Eigentümer B ist das Pfandrecht des U am Pkw erloschen, sodass U kein Unternehmerpfandrecht aus § 647 BGB mehr zusteht. U hat deshalb keine Möglichkeit, aus einer Verwertung des Fahrzeugs den Werklohn zu erhalten.

## 3. Anspruch des U gegen B aus §§ 985, 986 BGB auf Herausgabe des Austauschmotors

Deshalb ist zu klären, ob U aufgrund des nach dem Sachverhalt wirksam vereinbarten **Eigentumsvorbehalts** jedenfalls berechtigt ist, die eingebauten Gegenstände, insbesondere den Austauschmotor, von B herauszuverlangen.

Dieser Anspruch könnte sich für den Austauschmotor aus §§ 985, 986 BGB ergeben. Dann müsste

- U (noch) **Eigentümer** des Austauschmotors sein,
- B müsste dessen (unmittelbarer) **Besitzer** sein und
- B dürfte im Verhältnis zu U **kein Recht zum Besitz** haben.

**3.1** U war vor dem Einbau der **Eigentümer** des Motors. Er könnte sein Eigentum aber infolge eines **gesetzlichen** Eigentumserwerbs gemäß den §§ 946 ff. BGB an B verloren haben. In Betracht kommt § 947 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift setzt voraus, dass bewegliche Sachen so miteinander verbunden werden, dass sie **wesentliche Bestandteile** einer einheitlichen Sache werden. Das Fahrzeug des B – ohne Motor – und der Austauschmotor des U sind bewegliche Sachen, die durch den Einbau des Motors miteinander verbunden worden sind. Fraglich ist aber, ob Fahrzeug und Motor durch den Einbau wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache, nämlich des kompletten Fahrzeugs, geworden sind. Diese Frage ist für bewegliche Sachen nach § 93 BGB zu beurteilen. Nach dieser Vorschrift sind Bestandteile einer Sache, die nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere Bestandteil **zerstört** oder in **seinem Wesen verändert** wird, wesentliche Bestandteile der Sache. Entscheidend ist, ob der eine oder der andere Bestandteil nach der Trennung in der bisherigen Art – sei es auch erst nach einer Verbindung mit einer anderen Sache – wirtschaftlich genutzt werden kann.

Es kommt also (nur) darauf an, ob der Ausbau des Austauschmotors aus dem Pkw zu einer Zerstörung oder Wesensänderung des Fahrzeugs oder des Motors führt. Da der Austauschmotor in ein anderes

Fahrzeug eingesetzt und das Fahrzeug des B mit einem anderen Austauschmotor bestückt werden kann, können beide Bestandteile nach der Trennung weiter wirtschaftlich genutzt werden. Sie bilden damit **keinen wesentlichen Bestandteil** der einheitlichen Sache **Pkw**. U hat das Eigentum am Austauschmotor also nicht nach § 947 Abs. 1 BGB verloren.



### Merke

Das Ergebnis ist sicherlich überraschend, aber juristisch eindeutig. Sie dürfen also bei § 93 BGB nicht aus der Bedeutung einer Sache für eine andere Sache den Schluss auf einen wesentlichen Bestandteil ziehen. Bei § 94 BGB gilt ein anderer Maßstab.

In Betracht kommt, dass U sein Eigentum nach § 929 S. 1 BGB durch einen **rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb** an B verloren hat. Dann müsste eine entsprechende Einigung zwischen U und B vorliegen. U hat sich jedoch in den wirksam vereinbarten „Werkstattbedingungen“ das **Eigentum** bis zur vollständigen Zahlung **vorbehalten**. Dies bedeutet, dass die für einen rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb erforderliche Einigung vom Eintritt einer **Bedingung** abhängig gemacht wird. Nach §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB soll das Eigentum an dem Motor erst dann auf den B übergehen, wenn B den Werklohn vollständig an U gezahlt hat. Da dies bisher nicht geschehen ist, hat U das Eigentum nicht gemäß § 929 S. 1 BGB verloren.

U ist damit also immer noch der Eigentümer des Motors.

**3.2** B ist (unmittelbarer) **Besitzer** des Austauschmotors, da er die tatsächliche Gewalt über den Pkw einschließlich des Motors hat (§ 854 Abs. 1 BGB).

**3.3** B dürfte **im Verhältnis zu U kein Recht zum Besitz** haben. B ist aufgrund des mit U geschlossenen Werkvertrags jedoch der rechtmäßige Besitzer des Motors, ihm steht deshalb gegenüber U ein Besitzrecht zu.



### Merke

B hat den Besitz am Motor aufgrund des Werkvertrags und mit dem Willen des U erhalten. Im Zeitpunkt der Abholung des Pkw war B deshalb der rechtmäßige Besitzer des Motors. Allein dadurch, dass die Lastschrift nicht ausgeführt wurde, ist keine Änderung eingetreten. B ist also nach wie vor berechtigter Besitzer des Motors. Da sich das Besitzrecht aus dem Werkvertrag ableitet, muss dieser Vertrag „beseitigt werden“. Wie das geht, ergibt sich aus § 449 Abs. 2 BGB, nämlich durch einen Rücktritt vom Vertrag.

U kann das aus § 631 BGB abgeleitete Besitzrecht des B dadurch beseitigen, dass er gemäß § 349 BGB vom Werkvertrag **zurücktritt**.

Dafür müsste U ein Rücktrittsrecht zustehen. Ein solches Recht kann sich aus dem Gesetz oder aus dem Vertrag ergeben. Nach § 323 Abs. 1 BGB besteht ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgerecht erbringt. B ist als Schuldner des Werkvertrags, der ein gegenseitiger Vertrag ist, seiner Pflicht zur Zahlung des fälligen Werklohns bisher nicht nachgekommen. Weiterhin ist vor der Erklärung des Rücktritts erforderlich, dass U dem B eine **angemessene Frist** zur Bezahlung des Werklohns setzt. Dies ist auch deshalb sinnvoll, weil die Bezahlung für U vorteilhafter ist als der Ausbau des Motors, der – wie schon der Einbau – weitere Kosten verursacht. Eine Fristsetzung ist bisher nicht erfolgt.

Sie könnte aber nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Die in den Nr. 1 und Nr. 2 geregelten

Sachverhalte liegen hier nicht vor. Der Umstand, dass die Lastschrift nicht ausgeführt wurde, führt ohne Hinzutreten weiterer Umstände auch nicht dazu, dass die **Fristsetzung** nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB **entbehrlich** ist.

Deshalb ist U erst nach erfolglosem Ablauf einer dem B gesetzten Frist zur Zahlung des Werklohns zum Rücktritt vom Werkvertrag berechtigt. Nach Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) entfällt das Besitzrecht des B, da die empfangenen Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren (herauszugeben) sind. U hätte damit gemäß §§ 985, 986 BGB einen Anspruch gegen B auf die Herausgabe des Austauschmotors.



#### **Hinweis**

Dieser Anspruch ergibt sich nach dem Rücktritt vom Werkvertrag auch aus § 346 Abs. 1 BGB.

#### **4. Anspruch auf Herausgabe des Bodenblechs gemäß §§ 985, 986 BGB**

Hier ist im Wesentlichen auf die Ausführungen zu 3. zu verweisen. Ein Unterschied kann sich allein daraus ergeben, dass das Bodenblech **wesentlicher Bestandteil** des Fahrzeugs gemäß § 93 BGB geworden sein könnte. Dies ist anzunehmen, da der Ausbau des geschweißten Bodenblechs zu dessen Zerstörung führt. Da der Pkw im Verhältnis zum Bodenblech als Hauptsache anzusehen ist, hat B als Eigentümer des Fahrzeugs gemäß § 947 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB das **Alleineigentum** am Bodenblech erworben. Damit hat U sein Eigentum verloren, sodass ihm wegen des Blechs kein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 BGB gegen B zusteht.

Der in den „Werkstattbedingungen“ des U enthaltene **Eigentumsvorbehalt** führt zu keinem anderen Ergebnis, da § 947 BGB **zwingendes Recht** ist und durch eine Vereinbarung der Parteien nicht außer Kraft gesetzt werden kann.

## Übungsfall 22.2 - Lösung:

### Den Bürgen soll man würgen I

Fraglich ist, ob B gegen S einen Anspruch auf Zahlung aus § 765 Abs. 1 BGB hat. Dazu müsste zwischen B und S ein wirksamer Bürgschaftsvertrag geschlossen worden sein. Zur Wirksamkeit ist nach § 766 S. 1 BGB die Schriftform erforderlich. Aber Achtung! Lesen Sie genau! § 766 S. 1 BGB verlangt nur die Schriftform in Bezug auf die Erklärung des Bürgen! Das bedeutet: NICHT der Bürgschaftsvertrag insgesamt (zwei übereinstimmende WE → eine des Bürgschaftsgebers, eine des Bürgschaftsnehmers), sondern nur die (eine) Bürgschaftserklärung muss schriftlich sein. Entspricht die eMail des S der Schriftform?

Definition von „schriftlich“: in Worten niedergelegt **und** mit der Hand unterschrieben. Die Originalunterschrift muss bei **Zugang** der Willenserklärung gegeben sein. Selbst wenn S die Erklärung zunächst ausgedruckt und unterschrieben und dann als Anhang per Mail geschickt hätte, reicht das nicht aus. Die Unterschrift kommt so nämlich nur als Scan/Kopie bei B an und nicht mehr im Original. Eine eMail entspricht nicht der Schriftform. Damit wäre die Erklärung des S gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

Diese Rechtsfolge tritt aber nicht ein, wenn S als Kaufmann handelte. Denn Bürgschaftserklärungen von Kaufleuten sind gem. § 350 HGB auch formlos wirksam. Somit ist zu prüfen, ob S ein Kaufmann ist:

Nach § 1 Abs. 1 HGB muss S ein Handelsgewerbe betreiben. Prüfung s.o. Wenn im Sachverhalt „Großhändler“ steht, ist von einer Kaufmannseigenschaft auszugehen. Das Problem liegt dann woanders

Hier ist § 350 HGB genau zu lesen: Formfreiheit ist nur dann anzunehmen, wenn die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Handelsgeschäfte sind gem. § 343 HGB alle Geschäfte des Kaufmannes, die zum Betrieb *seines* Handelsgewerbes gehören. Die Bürgschaft für den Kredit seines Schwiegersohnes hat mit dem Betrieb des Gewerbes von S nichts zu tun. Deshalb greift § 350 HGB hier nicht. S fällt in Bezug auf die Bürgschaft für seinen Schwiegersohn nur unter das BGB. Diese Bürgschaftserklärung hätte schriftlich erfolgen müssen. Da dies nicht geschehen ist, ist die Bürgschaftserklärung per Mail nichtig. Somit ist kein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen und die B hat keinen Anspruch gegen S auf Zahlung.

## Übungsfall 22.3 - Lösung:

### Den Bürgen soll man würgen II

*Wenn Sie die Fälle zum HGB der Reihe nach durchgearbeitet haben, müssten Sie diesen jetzt ohne Probleme schaffen, auch wenn das Thema „Einrede der Vorausklage“ für Sie neu ist. Sie müssten das System erkennen und übertragen können. Versuchen Sie es einfach...*

Obersatz: Kann B von U Zahlung aus der Bürgschaft verlangen? Anspruchsgrundlage könnte § 765 Abs. 1 BGB sein. Voraussetzung ist, dass zwischen B und U ein wirksamer Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde. Hierzu sind zwei übereinstimmende WE nötig. Fraglich ist, ob die des Bürgen U schriftlich zu erfolgen hatte? Grundsätzlich nach § 766 S. 1 BGB ja. Da dies nicht erfolgt ist, wäre die WE des U gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

Allerdings wäre eine mündliche Bürgschaftserklärung wirksam, wenn U ein Kaufmann wäre. Da U nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist § 1 HGB zu prüfen:

Liegt ein Gewerbe nach § 1 Abs. 1 HGB vor:

P1: selbständig (+)

P2: Gewinnerzielungsabsicht (+)

P3: planmäßig (+)

P4: dauerhaft (+)

P5: nach außen erkennbar (+)

N1: und kein freier Beruf (+)

- U betreibt ein Gewerbe; Aber: Ist dieses Gewerbe ein Handelsgewerbe?

Dazu müsste es gem. § 1 Abs. 2 HGB nach Art (qualitative Kriterien) oder Umfang (quantitative Kriterien) kaufmännisch eingerichtet, also groß, sein.

Art:

- Produktpalette
- Qualifikation der Mitarbeiter
- Zahlungsarten, Bankgeschäfte
- Vielfältigkeit der Zulieferungen

Umfang:

- Anzahl der Mitarbeiter
- Anzahl der Betriebsstätten
- Anzahl der Zulieferer
- Umsatz

Diskutieren Sie, was spricht für, was gegen eine kaufmännische Einrichtung? Legen Sie die Argumente in die Waagschale der Justitia. Welche Seite schlägt nach unten ausschlägt, hängt von Ihrer Begründung ab.

Für den Fall, dass Sie zu dem Ergebnis kommen, dass U kein Kaufmann ist, endet die Prüfung hier. Die Bürgschaftserklärung des U war dann nach §§ 766 S. 1, 125 S.1 BGB nichtig und es ist kein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen, folglich auch kein Zahlungsanspruch der B entstanden.

Für den Fall, dass Sie zu dem Ergebnis kommen, dass U ein Kaufmann ist, ist seine Bürgschaftserklärung nach § 350 HGB mündlich wirksam, somit ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen und ein Zahlungsanspruch der B gegen U gegeben.

Bis hierhin ist nichts Neues hinzugekommen. Jetzt stellt sich nur noch die Frage, ob B die Zahlung unverzüglich verlangen kann?

Nach § 771 S. 1 BGB kann der Bürge die Zahlung so lange verweigern, wie der Gläubiger noch nicht alles versucht hat, um die Zahlung von dem Hauptschuldner, hier die Darlehensnehmer S, zu erhalten (bis zur erfolglosen Zwangsvollstreckung). Dieses Gegenrecht, das U geltend machen kann, nennt man **Einrede der Vorausklage**. Im Zivilprozess muss dieses Gegenrecht geltend gemacht werden. Es wird vom Gericht nicht automatisch geprüft! Das ist dasselbe Vorgehen wie bei der **Verjährungseinrede**.

Diese Einrede der Vorausklage gilt jedoch nach § 349 S. 1 HGB NICHT, wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist. Ein Handelsgeschäft ist nach § 343 HGB ein Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. U ist nach dieser Prüfungsalternative zwar ein Kaufmann (s.o.), aber die Gewährung von Bürgschaften, gehört nicht zum Betrieb eines Uhrmachers. Hier bürgt er für seine Tochter, also privat. Somit steht U die Einrede der Vorausklage nach § 771 S. 1 BGB zu. § 349 HGB ist nicht gegeben.

Ergebnis dieser Prüfungsalternative: U muss zwar als Bürge zahlen, aber er kann die Zahlung zunächst „schieben“, so lange die B noch nicht den gerichtlichen Weg bis zur Zwangsvollstreckung gegen T erfolglos gegangen ist.