

## Fall 11

### Teil 1: Ansprüche U gegen H

#### A. Schadensersatz gem. § 280 I BGB

##### I. Bestand eines Schuldverhältnisses

Dazu muss zwischen U und H zum Zeitpunkt des Brandes ein Schuldverhältnis bestanden haben.

##### 1. (Unmittelbares) Vertragliches Schuldverhältnisses

Denkbar ist zunächst, dass zwischen U und H ein unmittelbares vertragliches Schuldverhältnis in Gestalt einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB bestand.

Schließen sich mehrere Bauunternehmen zu einer Arbeitsgemeinschaft zur Realisierung größerer Vorhaben zusammen, wird darin nach h.M. eine GbR gesehen (aus der Rspr. z.B. BGH NJW 1997, 2754).

Hier haben sich U und H allerdings nicht zur gemeinsamen Erbringung von Bauleistungen an die B zusammengeschlossen, vielmehr wurden sie unabhängig voneinander von der B mit ihren Leistungen beauftragt. Unter diesen Umständen liegt kein Gesellschaftsverhältnis zwischen ihnen vor.

##### 2. Schuldverhältnis nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Jedoch könnte U nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (VSD) in den Schutzbereich des zwischen B und H geschlossenen Werkvertrags einbezogen worden sein, mit der Folge, dass dann H die Schutz- und Sorgfaltspflichten nach § 241 II BGB, die er gegenüber seiner Vertragspartnerin B schuldet, auch gegenüber dem Dritten U schuldet.

Die Rechtsgrundlage des VSD ist zwar im Einzelnen umstritten (§ 328 BGB analog, ergänzende Vertragsauslegung, § 242 BGB oder gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut), doch besteht über seine Voraussetzungen und die Rechtsfolgen weitgehende Einigkeit.

##### a) Bestand eines Hauptvertrags

Ein Hauptvertrag (= Vertrag, in dessen Schutzbereich der Dritte einbezogen wird) besteht vorliegend in Gestalt eines Werk- bzw. Bauvertrags gemäß § 631 (i.V.m. § 650a) BGB [näher zur Abgrenzung unten] zwischen B und H.

##### b) Leistungsnähe des Dritten

Zunächst muss der in den vertraglichen Schutzbereich einzubeziehende Dritte (hier: U) in gleicher Weise der Gefahr einer Schlechterfüllung durch den Schuldner (hier: H) ausgesetzt sein wie der Hauptgläubiger des Vertrags selbst (hier: B).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, da U seine Leistung in den Räumlichkeiten der B erbringt und damit in gleicher Weise dem Risiko etwaiger Sorgfaltspflichtverletzungen durch H ausgesetzt ist wie die B selbst.

### c) Gläubigernähe

Der Hauptgläubiger muss ein besonderes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags haben.

Dies ist typischerweise der Fall, wenn der Hauptgläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich ist (z.B. Eltern im Verhältnis zu ihren Kindern, Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern). Hier besteht kein solches Wohl-und-Wehe-Verhältnis zwischen B und U. Sofern man bei einem Werkvertrag eine Fürsorgepflicht des Werkbestellers analog § 618 I BGB annehmen sollte, bezöge sich diese nur auf die Person des Unternehmers sowie auf die Integrität seiner Gerätschaften und nicht auf den Schutz der von ihm erbrachten Leistungen (arg. Wortlaut § 618 I BGB).

Mangels Gläubigernähe ist damit U nicht in den Schutzbereich des zwischen B und H geschlossenen Werkvertrags einbezogen worden, so dass zwischen U und H kein Schuldverhältnis nach den Grundsätzen über den VSD konstruiert werden kann.

**II. Ergebnis:** Ein Schadensersatzanspruch des U gegen H aus § 280 I BGB scheidet damit aus.

### B. Schadensersatz gem. § 831 BGB

U könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 831 I BGB für den Schaden haben, den er durch das unachtsame Verhalten des Mitarbeiters des H erlitten hat.

§ 831 I BGB setzt voraus, dass der Verrichtungsgehilfe den Tatbestand einer unerlaubten (aber nicht notwendigerweise schuldhaften) Handlung i.S.d. §§ 823 ff. BGB verwirklicht hat.

Hier ist schon fraglich, ob U die Verletzung eines deliktisch geschützten Rechtsguts erlitten hat. Es kommt nur eine Eigentumsverletzung in Betracht. Allerdings stellt die Zerstörung des von U hergestellten Verkaufstresens keine Eigentumsverletzung zulasten des U dar, da der Tresen in die Räume der B eingebaut worden ist, so dass diese daran originär nach §§ 946, 94 BGB das Eigentum erworben hat.

Mangels Rechtsgutsverletzung i.S.v. § 823 I BGB in der Person des U kommt ein Schadenersatzanspruch nach § 831 I BGB nicht in Betracht.

## 2. Teil: Ansprüche U gegen B

### A. Anspruch aus §§ 631 I, 650a BGB auf Zahlung des Werklohns

U könnte gegen B möglicherweise ein Anspruch auf Zahlung des Werklohns gemäß § 631 I, 650a BGB zustehen.

## I. Anspruch entstanden

Die Entstehung des Vergütungsanspruchs setzt das Zustandekommen eines wirksamen Bauvertrags gemäß § 650a BGB voraus.

**Hinweis:** § 650a BGB wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts von 2017 (BGBl. 2017 I 969) eingeführt und ist am 1.1.2018 in Kraft getreten. Wie aus der systematischen Stellung des § 650a BGB hervorgeht, handelt es sich beim Bauvertrag um eine spezielle Form des Werkvertrags, auf die gemäß § 650a I 2 BGB ergänzend zu den allgemeinen werkvertraglichen Vorschriften der §§ 631 ff. BGB die Sonderregeln der §§ 650a ff. BGB Anwendung finden. Hervorzuheben ist, dass das neue Recht in den §§ 650i ff. BGB weitere Sonderregeln für den sog. Verbraucherbauvertrag vorsieht.

Nach § 650a I 1 BGB ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Der Begriff des Bauwerks ist nicht legaldefiniert, doch soll er im gleichen Sinne wie im Rahmen der Verjährungsvorschrift des § 634a I Nr. 2 BGB zu verstehen sein, die bereits vor dem 1.1.2018 galt. Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift hat die Rspr. den Bauwerksbegriff bereits näher konkretisiert. Unter einem Bauwerk wird demzufolge eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache verstanden.

Im vorliegenden Fall könnten U und B den *Umbau* eines Bauwerks vereinbart haben. Von einem Umbau ist dabei auszugehen, wenn die nach der vertraglichen Vereinbarung vorgesehenen Arbeiten nach Art oder Umfang für das ganze Bauwerk oder einen Bauwerksteil im Hinblick auf Konstruktion, Bestand, Erhaltung, Erneuerung oder Benutzbarkeit wesentliche Bedeutung haben; die Arbeiten müssen gewissermaßen selbst ein Bauwerk darstellen, insbesondere mit dem bestehenden Bauwerk fest verbunden sein. Entscheidendes Kriterium soll ein wesentlicher Eingriff in Konstruktion oder Bau sein. Die von U geschuldeten Umbauarbeiten erfüllen vorliegend diese Merkmale, da der einzubauende Verkaufstresen zum einen fest mit dem Mauerwerk verbunden werden soll und U darüber hinaus eine tragende Wand abreißen und durch einen Stahlträger ersetzen muss. Ein wesentlicher Eingriff in die Konstruktion des Hauses liegt also vor. B und U haben damit einen Bauvertrag i.S.v. § 650a BGB abgeschlossen. Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Vertrags bestehen vorliegend nicht.

Der Vergütungsanspruch aus §§ 631 I, 650a BGB ist durch das Zustandekommen des wirksamen Bauvertrags zwischen B und U entstanden.

## II. Anspruch erloschen?

Der Anspruch könnte hier jedoch nach § 326 I 1 BGB erloschen sein, sofern dem U die Erbringung seiner eigenen synallagmatischen Hauptleistung gemäß § 275 BGB unmöglich geworden ist.

### 1. Zeitliche Anwendbarkeit des § 326 I 1 BGB

Zunächst stellt sich die Frage, ob das allgemeine Leistungsstörungenrecht vorliegend in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist.

Das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist jedenfalls nicht mehr ab Abnahme des Werkes anwendbar, da dann – sofern ein Mangel gegeben ist – das besondere Leistungsstörungenrecht eingreift und der Werklohnanspruch des Werkunternehmers im Fall der Unmöglichkeit nur infolge des Rücktritts durch den Besteller nach §§ 634 Nr. 3, 636, 323 und 326 V BGB erlischt.

**Hinweis:** Nach h.M. und dem BGH soll der Zeitpunkt der *Abnahme* der Werkleistung durch den Besteller den Zeitpunkt des Übergangs vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu den besonderen Rechtsbehelfen des § 634 BGB markieren (z.B. BGH NJW 2017, 1607, s. m.w.N. *Voit*, in: BeckOK, BGB, § 634 Rn. 2). Nach a.A. soll hingegen bereits der Zeitpunkt der abnahmereifen *Fertigstellung* des Werks maßgebend sein (so etwa MüKo/Busche, § 634 Rn. 4). In der Praxis dürfte sich dieser Meinungsstreit nur selten auswirken. So auch im vorliegenden Fall: Die Werkleistung des U war nicht fertiggestellt und auch nicht abgenommen worden.

Hier ist jedenfalls noch keine Abnahme der Werkleistung erfolgt, so dass das allgemeine Leistungsstörungenrecht und damit auch § 326 I 1 BGB nicht verdrängt werden.

### 2. Wirksamer gegenseitiger Vertrag

§ 326 I 1 BGB ist gemäß seiner systematischen Stellung nur auf gegenseitige (synallagmatische) Verträge anwendbar. Hier liegt ein gegenseitiger Vertrag in Gestalt des Werkvertrags vor.

### 3. Unmöglichkeit nach § 275 I bis III BGB in Bezug auf synallagmatische Leistung

Die synallagmatische Leistung des Gläubigers des Werklohnanspruchs (hier: U) muss wegen Unmöglichkeit gemäß §§ 275 I bis III BGB ausgeschlossen sein.

Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Leistung ein dauerndes Leistungshindernis entgegensteht.

Da vorliegend das Haus zerstört wurde, in dem der Verkaufstresen einzubauen war, ist dem U die geschuldete Werkleistung objektiv i.S.v. § 275 I Fall 2 BGB unmöglich geworden. Die Werkleistung steht auch mit der Zahlung des Werklohns in einem synallagmatischen Verhältnis.

#### 4. Rechtsfolge

Gemäß § 326 I 1 BGB erlischt wegen der Unmöglichkeit der von U geschuldeten Leistung sein Anspruch auf die Gegenleistung, es sei denn, es greift zu seinen Gunsten eine vergütungserhaltende Norm ein.

##### a) § 326 II Fall 1 BGB

Als vergütungserhaltende Norm kommt hier zunächst § 326 II Fall 1 BGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift erlischt der Anspruch auf die Gegenleistung trotz Unmöglichkeit der eigenen Leistung nicht, wenn der Vertragspartner allein oder ganz überwiegend für die Unmöglichkeit verantwortlich ist.

Verantwortlichkeit i.S.v. § 326 II Fall 1 BGB ist gegeben, bei:

##### aa) Verschulden des Vertragspartners

Verschulden in diesem Sinne setzt eine Pflichtverletzung voraus. Vorliegend kann aber nicht davon die Rede sein, B habe gegenüber U eine Sorgfaltspflicht verletzt, da sie den Brand weder selbst verursacht hat noch Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, sie habe fahrlässig einen unzuverlässigen Handwerker (hier: H) beauftragt.

Auch das Verhalten des H und das seiner Mitarbeiter braucht sie sich nicht gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen, da H nicht als Erfüllungsgehilfe der V zur Wahrnehmung ihrer Sorgfaltspflichten gegenüber U angesehen werden kann.

##### bb) Obliegenheitsverletzungen des Vertragspartners

Den Gläubiger (der unmöglich gewordenen Leistung) treffen nicht nur (echte) Rechtspflichten, sondern auch die Obliegenheit, bei Meidung der Rechtsfolge des § 326 II 1 BGB die Leistung des Schuldners nicht durch sein eigenes, freiwilliges Verhalten unmöglich zu machen. Eine Obliegenheitsverletzung in diesem Sinn ist etwa anzunehmen, wenn der Gläubiger einen Bauunternehmer mit bestimmten Bauleistungen an seinem Haus beauftragt, sodann aber beschließt, das Haus abzureißen – da er als Eigentümer mit dem Haus so verfahren darf, wie er möchte, ist er dem Bauunternehmer gegenüber nicht dazu *verpflichtet*, das Haus zu erhalten, damit dieser seine Bauleistung erbringen kann. Wohl aber trifft den Besteller eine entsprechende Obliegenheit.

Hier hat die B die Leistung des U nicht durch ein eigenes, freiwilliges Verhalten unmöglich gemacht, so dass eine Obliegenheitsverletzung ausscheidet.

Nach h.M. kann der Begriff der Verantwortlichkeit des Gläubigers in § 326 II Fall 1 BGB nicht so weit verstanden werden, dass er sämtliche in der Sphäre des Gläubigers liegenden Risiken umfasst. Ein solcher Ansatz würde zu großer Unsicherheit führen, da sich nicht klar bestimmen

lässt, welche Umstände im Einzelnen in die Risikosphäre einer Vertragspartei fallen. Der Begriff der „Verantwortlichkeit“ impliziert vielmehr, dass die Unmöglichkeit auf ein dem Gläubiger zu-rechenbares Verhalten zurückzuführen sein muss. Folglich lässt sich eine Verantwortlichkeit der B nicht mit dem Argument begründen, sie stehe dem H „näher“ als U, da sie (und nicht U) H beauftragt hat, und müsse sich deshalb dessen Verhalten unabhängig von einem eigenen Fehl-verhalten zurechnen lassen.

§ 326 II Fall 1 BGB greift vorliegend nicht ein.

#### **b) § 644 BGB**

Als vergütungserhaltende Norm kommt ferner § 644 BGB in Betracht. Als allgemeine werkver-tragliche Vorschrift findet § 644 BGB auch auf Bauverträge i.S.v. § 650a BGB Anwendung (s. Wortlaut § 650a I 2 BGB „ergänzend“). Allerdings war vorliegend die Preisgefahr (= das wirt-schaftliche Risiko für die zufällige Zerstörung oder Verschlechterung des Werks) noch nicht nach § 644 I 1 BGB auf die B übergegangen, da sie die Werkleistung des U noch nicht gemäß § 640 BGB abgenommen hatte.

Auch ein Preisgefahrübergang nach § 644 I 2 BGB scheidet vorliegend aus, da sich die B nicht im Annahmeverzug befand.

Die vergütungserhaltende Norm des § 644 BGB greift vorliegend also nicht ein.

#### **c) § 645 BGB**

Als vergütungserhaltende Norm könnte jedoch § 645 BGB zugunsten des U eingreifen.

##### **aa) Direkte Anwendung des § 645 BGB**

§ 645 BGB ist zwar als allgemeine werkvertragliche Vorschrift gemäß § 650a I 2 BGB auch auf Bauverträge anwendbar. Eine direkte Anwendung des § 645 BGB scheidet vorliegend allerdings aus, da die Werkleistung des U nicht „infolge eines Mangels des vom Bestellers gelieferten Stof-fes“ (sog. Werksubstrat) zerstört wurde. Auch beruht der Untergang der Werkleistung nicht auf einer von der Bestellerin B erteilten (fehlerhaften) Anweisung.

##### **bb) Analoge Anwendung des § 645 BGB**

Denkbar ist es jedoch, § 645 BGB dahingehend erweiternd auszulegen, dass der Besteller für alle aus seiner Risikosphäre entspringenden Umstände einzustehen hat, die zur Unmöglichkeit der Leistung des Werkunternehmers führen, unabhängig davon, ob diese Umstände dem Werksubstrat unmittelbar anhaften oder nicht. Nach dieser Ansicht ist der Besteller also nicht nur für „Mängel des gelieferten Stoffes“ oder für fehlerhafte Anweisungen verantwortlich, son-dern auch für andere Umstände, die seiner „Verantwortungssphäre“ zuzuordnen sind. Nach diesen Grundsätzen könnte man die U hier für das Verhalten des Handwerkers H einstehen las-sen, da sie ihn ausgesucht hat.

Die h.M. lehnt allerdings eine solche extensive Auslegung des § 645 BGB ab. Als Begründung wird in erster Linie die erhebliche Rechtsunsicherheit angeführt, die mit der Bestimmung einer „Risikosphäre“ einhergeht. Welche Umstände noch der Verantwortung des Bestellers zuzuordnen sind und welche nicht, ließe sich nicht rechtssicher bestimmen. Eine analoge Anwendung des § 645 BGB lässt sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn der Besteller durch sein Verhalten die Gefahr einer Vereitelung der Werkleistung erhöht hat. Hiervon kann im vorliegenden Kontext jedoch nicht die Rede sein.

Eine Gefahrtragung der B nach § 645 BGB scheidet vorliegend ebenfalls aus.

Da keine vergütungserhaltende Norm zugunsten des U eingreift, bleibt es bei der Rechtsfolge des § 326 I 1 BGB, wonach der Werklohnanspruch des U erloschen ist.

**III. Ergebnis:** U hat damit gegen B keinen Anspruch aus §§ 631 I, 650a BGB auf Zahlung des Werklohns.

**B. Anspruch auf Abtretung der Ansprüche, die B gegen H hat gemäß § 285 BGB analog bzw. § 242 BGB (Drittschadensliquidation)**

U könnte allerdings möglicherweise gemäß § 285 BGB bzw. § 242 BGB nach den Grundsätzen über die Drittschadensliquidation von B die Abtretung ihrer Schadensersatzansprüche gegen H im Zusammenhang mit dem Brand verlangen.

B stehen gegen H Schadensersatzansprüche wegen des Brandes aus §§ 280 I, 631 BGB (Pflichtverletzung im Rahmen des Werkvertrags) sowie ggf. aus § 831 BGB (Eigentumsverletzung durch Verrichtungsgehilfen, sofern H den Exkulpationsbeweis gemäß § 831 I 2 BGB nicht führen kann) *dem Grunde nach* zu. Fraglich ist jedoch, ob die B hinsichtlich des von U hergestellten Teilwerks einen *Schaden* erlitten hat.

I. Legt man die Differenzhypothese zugrunde hat die B keinen wirtschaftlichen Schaden erlitten, da sie noch nicht das wirtschaftliche Risiko für das von U hergestellte Teilwerk trug. Gemäß § 326 I 1 BGB (s. oben) ist sie infolge des Brandes nicht zur Zahlung der Vergütung an U verpflichtet.

II. Allerdings ist hier eine normative Korrektur der Differenzhypothese nach den Grundsätzen über die Drittschadensliquidation geboten, da die Risikozuweisung im internen Verhältnis zwischen B und U nicht zu einer unbilligen Entlastung des H führen kann.

1. Voraussetzung für die Drittschadensliquidation ist zunächst ein **Auseinanderfallen von Schaden und Anspruchsberechtigung**.

Dies ist hier der Fall, da U einen wirtschaftlichen Schaden erlitten hat, jedoch keine Schadensersatzansprüche gegenüber H geltend machen kann (s. oben). Hingegen hat B dem Grunde nach Schadensersatzansprüche gegenüber H aus § 280 I und § 831 I BGB zu, doch hat sie rechnerisch keinen wirtschaftlichen Schaden erlitten, da sie gemäß § 326 I 1 BGB von der Pflicht zur Zahlung der Vergütung frei war.

2. Zweitens muss aus Sicht des Schädigers (hier: H) eine **zufällige Schadensverlagerung** eingetreten sein. Die Schadensverlagerung war hier insofern für H zufällig, als sie aus den Gefahrtragungsregeln im internen Verhältnis zwischen B und U (§§ 326 I 1, 644 BGB) resultierte, mit dem H als vertragsfremde Person nichts zu tun hat.
  3. Schließlich ist aufgrund der Bauvertrags ein **besonderes Rechtsverhältnis** zwischen U und B gegeben, das es rechtfertigt, dass B den von U erlittenen wirtschaftlichen Schaden wie einen eigenen geltend macht.
- III. Aufgrund der normativen Korrektur der Differenzhypothese wird ein Schaden der B fingiert, damit sie einen vollwertigen Schadensersatzanspruch aus § 280 I bzw. § 831 I BGB erlangt, den sie dann an U abtreten kann.
- IV. **Ergebnis:** U kann im Wege des abgetretenen Schadensersatzanspruchs von H Schadenersatz für das zerstörte Teilwerk verlangen.