

Examensklausurenkurs Zivilrecht

Klausur vom 15. Juni 2012

B ist Eigentümer eines von ihm bewohnten Hausgrundstücks, an welches das Grundstück des N grenzt, der dort sein Einfamilienhaus bewohnt. B hat ein großes Sicherheitsbedürfnis, so dass er sich für die Installation von Überwachungskameras entschied. Er ließ deshalb U, der sich auf Sicherheitstechnik (Alarmanlagen, Kameras, Bewegungsmelder etc.) spezialisiert hat, im August 2011 auf sein Grundstück kommen. U besichtigte die örtlichen Gegebenheiten und schlug B verschiedene Möglichkeiten der Überwachung seines Grundstücks vor. Sie kamen überein, dass U auf dem Gelände des B sieben Überwachungskameras aufbauen sollte, welche ferngesteuert geschwenkt werden können. Die weiteren Details der Montage überließ B dem U. Dieser installierte die Kameras technisch einwandfrei so, dass B ausschließlich sein eigenes Grundstück beobachten kann. Kurz bevor die Kameras beim Schwenken das Grundstück des N erreichen, werden sie mechanisch blockiert. B ließ sich von U die fertiggestellte Anlage, bei der Bilder auf einem ständig laufenden Recorder aufgezeichnet werden, vorführen und erklären und war zunächst sehr zufrieden, so dass er im September 2011 die vereinbarte Vergütung in Höhe von 10.000,00 € zahlte.

Schnell fand N jedoch heraus, dass es technisch möglich ist, den jeweiligen Kamerawinkel durch mechanische Veränderungen an den Kamerabefestigungen so verändern zu lassen, dass auch sein Grundstück (nicht aber Geschehnisse im Haus) beobachtet werden kann. N ist von den Kameras nicht begeistert und will B auf Entfernung, zumindest aber Unterlassung der Benutzung der Kameras verklagen. Er meint, die Kameras verletzen sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Sein Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit werde bereits dadurch eingeschränkt, dass er nun jederzeit damit rechnen müsse, beobachtet zu werden. Zutreffend weist er darauf hin, dass er den Kameras nicht ansehen könne, ob Veränderungen an den Kamerabefestigungen vorgenommen worden seien, die eine Beobachtung seines Grundstücks ermöglichen. Er führt weiter aus, er fühle sich schon länger von B in seiner Privatsphäre beeinträchtigt; die Montage der Kameras sei nur die Fortsetzung des seit Jahren schwelenden Nachbar-

streits, der zuletzt – was zutrifft – darin gipfelte, dass B vergeblich versucht hatte, die Entfernung einer Sichtschutzwand auf dem Grundstück des N gerichtlich durchzusetzen. B konfrontierte U im Oktober 2011 mit dem Problem, dessen sich weder B noch U bei Inbetriebnahme der Anlage bewusst waren. Nachdem U sich innerhalb der folgenden Woche nicht um die Angelegenheit gekümmert hatte, forderte B ihn am 15.11.2011 auf, die Anlage „unverzüglich“ so umzurüsten, dass das Grundstück des N unter keinen Umständen mehr beobachtet werden könne. Ansonsten werde er seinen Anwalt aufsuchen. Am 01.12.2011 schrieb B dem U, er solle ihm nun sein Geld zurückzahlen, was jedoch nicht geschieht. B sucht am 15.12.2011 seinen Anwalt R auf und bittet um Prüfung, ob er sein Geld zurückbekommen könne.

1. Frage: Steht dem N der von ihm behauptete Beseitigungsanspruch zu ?

2. Frage: Erstellen Sie das Gutachten des R. Unterstellen Sie dabei, dass N wegen des geschilderten Sachverhalts die Beseitigung der Kameras von B verlangen kann.

Fortsetzung des Falles:

Unterstellen Sie, dass B sich vom Vertrag mit U lösen kann, weil die Kameras wegen des zu den Fragen 1. und 2. geschilderten Sachverhalts als mangelhaft anzusehen sind. Auf das Rückzahlungsverlangen des B wegen des Werklohns erklärt U umgehend die Aufrechnung mit einem behaupteten Anspruch in Höhe von 10.000,00 €, den er mit folgendem (zutreffenden) Sachverhalt begründet: Im Jahr 2003 hatte U im Haus des B eine aufwändige Alarmanlage eingebaut, welche jedoch mit Mängeln behaftet war, die mit geringem Arbeitsaufwand, aber teuren Ersatzteilen hätten beseitigt werden können. Da B die Mängel im Wege der Selbstvornahme beseitigen wollte, hatte U an B einen Vorschuss (§ 637 III BGB) in Höhe von 10.000,00 € gezahlt. Nachdem U von B in der Folgezeit nichts gehört hatte, forderte er am 13.03.2004 ihn (den B) auf, die Mängel an der Anlage binnen einer (angemessenen) Frist von 2 Monaten zu beseitigen und über den erhaltenen Vorschuss Abrechnung zu erteilen. B hatte den Vorschuss jedoch nie für die Instandsetzung der Alarmanlage, welche immer noch defekt ist, benutzt. Vielmehr hatte er von dem Betrag im Juli 2004 eine Luxus-

kreuzfahrt gemacht, weil er kein Interesse mehr an der Alarmanlage hatte. Als U – der sich zunächst um die Angelegenheit nicht mehr gekümmert hatte – von dieser Verwendung des Vorschusses im Dezember 2011 erfährt, meint er, er könne die Summe von B zurückfordern. Das ergebe sich aus der Natur dieser zweckgebundenen Zahlung. B entgegnet ihm, nach so langer Zeit denke er gar nicht mehr daran, noch etwas zurückzuzahlen oder die Mängel beseitigen zu lassen.

3. Frage: Steht U der behauptete (Rückzahlungs-)Anspruch zu und kann er mit diesem aufrechnen ?

Lösungsskizze**Schwerpunkte der Klausur:**

- **Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Dritter durch sog. „Überwachungsdruck“ bei der Installation einer Kameraanlage zur Videoüberwachung / Vorliegen eines Sach- bzw. Rechtsmangels in diesem Fall**
- **Rückzahlungsanspruch eines nach § 637 Abs. 3 BGB geleisteten Vorschusses an den Besteller eines Werkes bei Nichtweiterverfolgung des Beseitigungsbegehrens vorhandener Mängel / Hemmung der Verjährung des Anspruchs wegen grob fahrlässiger Unkenntnis**

Teil 1 des Falles nach BGH, NJW 2010, S. 1533 ff.; Teil 2 des Falles angelehnt an BGH, NJW 2010, S. 1192 ff. und NJW 2010, S. 1195 ff.

1. Frage: Beseitigungsanspruch des N

A. Anspruch des N gegen B auf Entfernung bzw. Unterlassung der Benutzung der Kameras aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog

I. Analoge Anwendung des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf alle deliktsrechtlich geschützten Rechte /Rechtsgüter (+) , (vgl. schon RGZ 6, S. 60 ff.; BGH NJW 1992, S. 1958 (1959))

II. Eingriff in den Schutzbereich

1. § 22 KunstUrhG (-), B verbreitet etwaige Bilder von N nicht und stellt diese auch nicht öffentlich zur Schau

2. **Recht am eigenen Bild (allgemeines Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) (-)**, dafür ist eine tatsächliche Betroffenheit bzgl. von Aufnahmen Voraussetzung (*BGH, NJW 1995, S. 1955 (1956 f.)*)

3. **Recht auf Schutz der Privatsphäre (als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

- ... umfasst denjenigen Lebensbereich, zu dem andere Menschen nach der sozialen Anschauung nur mit Zustimmung des Betroffenen Zugang haben, insbesondere auch das Leben im eigenen häuslichen Bereich, zu dem auch das umfriedete Besitztum zählt (*Palandt/Sprau, 71. Auflage 2012, § 823 Rn. 87*)

(hier (-) dagegen: *Intimsphäre* als die innere Gefühls- und Gedankenwelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen (vgl. *Palandt/Sprau, a. a. O.*))

- Gegenstand ist auch die Achtung und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit, die sowohl das Recht umfasst, für sich zu sein, sich selber zu gehören, in Ruhe gelassen zu werden (Rückzugsort), als auch das Recht auf freie Entfaltungsmöglichkeit und aktive Entschließungs- und Handlungsfreiheit (*BGH NJW 2010, S. 373 (374); BGH, NJW 1995, S. 1955 (1956)*)

↳ in diese Rechtsposition wird eingegriffen, wenn sich der Betroffene jederzeit kontrolliert und überwacht fühlen muss, weil

durch die stets vorhandene Möglichkeit der Videoüberwachung ein „Überwachungsdruck“ erzeugt wird (*BGH, a. a. O.; LG Bonn, NJW-RR 2005, S. 1067 (1068)*); insoweit ist für eine Beeinträchtigung bereits ausreichend, dass der Betroffene eine Videoüberwachung objektiv ernsthaft befürchten muss (*BGH, NJW 2010, S. 373 (374)*)

↳ es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an; vorliegen müssen konkrete Anhaltspunkte, welche die Befürchtung einer Überwachung als nachvollziehbar und verständlich erscheinen lassen (Erstbegehungsgefahr), etwa im Hinblick auf einen eskalierenden Nachbarstreit (*vgl. OLG Köln, NJW 2009, S. 1827 (1827)*) oder aufgrund objektiv Verdacht erregender Umstände (*BGH, a. a. O.*)

↳ hier sprechen *Gegenstand, Dauer* und mittlerweile erreichte *Intensität* (bereits gerichtliche Auseinandersetzung um einen Sichtschutz) des Nachbarschaftsstreits für eine zu befürchtende Überwachung durch B

A. A. vertretbar (siehe z. B. BGH, NJW-RR 2012, S. 140 (141), wonach auch mehrere bereits geführte Rechtsstreitigkeiten im Einzelfall nicht zwingend die Annahme eines „Überwachungsdrucks“ begründen müssen)

4. Zwischenergebnis (+)

III. B als Störer

Nur zu erörtern, wenn ein Eingriff bejaht wurde.

- mittelbarer Handlungsstörer = wenn er die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten adäquat verursacht hat (*Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 1004 Rn. 17*); hier (+)

A. A., Zustandsstörer, vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass die Beeinträchtigung von einer Sache ausgeht, die sich im Eigentum des B befindet und wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückzuführen ist (vgl. BGH, NJW-RR 2011, S. 739 (739); Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 1004 Rn. 19)

(Dass U hier ggf. unmittelbarer Handlungsstörer ist (vgl. dazu Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 1004 Rn. 17), ist insoweit unbeachtlich, da der Anspruch aus § 1004 BGB sich gegen jeden Störer richtet, nur der Inhalt ist abhängig vom Tatbeitrag (Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 1004 Rn. 26); gemessen daran würde B in jedem Fall die Beseitigung bzw. die Unterlassung der Benutzung der Anlage schulden)

IV. Rechtswidrigkeit

Nur zu erörtern, wenn ein Eingriff bejaht wurde

- als Rahmenrecht stellt das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen offenen Tatbestand dar, dessen Rechtswidrigkeit in einer umfassenden Gü-

ter- und Interessenabwägung aller Umstände des Einzelfalles positiv festgestellt werden muss

↳ Kriterien auf Seiten des Schädigers: *Zweck* des Eingriffs, *Intensität* sowie die *Art und Weise*; auf Seiten des Verletzten: *Eingriff in die Intim-, Privat- oder Individualsphäre*, dessen *Schwere*, aber auch das eigene Verhalten (*Palandt/Sprau, 71. Auflage 2012, § 823 Rn. 95 ff.*)

↳ hier spricht die Intensität des Eingriffs (s. o.) für dessen Rechtswidrigkeit; demgegenüber kann B auch nicht geltend machen, dass er etwa aufgrund bereits erfolgter Straftaten (Einbrüche, Sachbeschädigungen etwa) auf seinem Grundstück ein nachvollziehbares hohes Sicherheitsbedürfnis besitzt (*dazu etwa LG Bielefeld, NJW-RR 2008, S. 327 (328)*); da der Eingriff des B zwar nicht in der Intimsphäre des N, wohl aber in dessen Privatsphäre erfolgt (s. o.), müsste zudem etwa die wahrheitsgemäße Aufklärung über Vorgänge in dessen privatem Lebensbereich aus besonderen Gründen für die Allgemeinheit von Bedeutung sein (*BGH, NJW 1964, S. 1471 (1471)*), um einen entsprechenden Eingriff zu rechtfertigen, hier (-)

↳ (+)

A. A. vertretbar

V. Rechtsfolge

Nur zu erörtern, wenn die übrigen Voraussetzungen bejaht wurden

▪ Beseitigung der Störung, also deren Abstellung für die Zukunft (*Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 1004 Rn. 27*)

↳ *AG Königs-Wusterhausen*: Unterlassung der Benutzung der Kameras; *LG Potsdam*: Beseitigung der Kameras (vgl. *LG Potsdam, BeckRS 09078*)

↳ für eine Beseitigung der Kameras spricht, dass der „Überwachungsdruck“, auf den vorliegend abgestellt wird, bei einem Verbleib der Kameras auf dem Grundstück des B subjektiv nur bedingt abnehmen dürfte

Hier sind beide Ergebnisse vertretbar; zu beachten ist, dass auch die „Unterlassung“ der Benutzung der Kameras lediglich eine Beseitigung der bereits eingetretenen Störung darstellt (anders formuliert könnte man auch schlicht vom „Abschalten“ der Kameras sprechen), insoweit durchaus vergleichbar mit deren Entfernung; ein Anspruch auf die Unterlassung zukünftiger Beeinträchtigungen (nicht von der Fallfrage umfasst !) ist damit nicht zwingend verbunden

B. Anspruch des N auf Entfernung der Kameras aus § 823 Abs. 1 BGB

Nur von den Bearbeitern zu erörtern, die einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bejaht haben.

I. Rechts- / Rechtsgutverletzung nach hier vertretener Ansicht (+)

II. Zurechenbare Verursachung durch ein Handeln des B (+), Beauftragung des U mit der Installation der Kameras (*allgemein dazu Pa-*

landt/Sprau, 71. Auflage 2012, § 823 Rn. 2 und insb. zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rn. 94, 121).

Ebenso erscheint es vertretbar, B hier (nach h. M. nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abgrenzend) das Unterlassen der Nachbesserung bzw. der Beseitigung der Anlage vorzuwerfen; in diesem Fall dürfte das Bestehen einer entsprechenden Verkehrssicherungspflicht in Bezug auf das Grundstück und die darauf installierte Videoanlage zu bejahen sein, die B verletzt hat

III. Rechtswidrigkeit (+), s. o.

IV. Verschulden

- eigenes Verschulden des B, Fahrlässigkeit gemäß § 276 BGB, (-), da er weder erkennen konnte noch musste, dass durch die Installation ein entsprechender „Überwachungsdruck“ erzeugt wird; insoweit konnte B sich auf die fachmännische Installation der Kameras durch U verlassen

A. A. an dieser Stelle nur schwer vertretbar: Selbst wenn man darauf abstellt, dass N laut Sachverhalt schnell bemerkt hat, dass sich die Kameras mit entsprechendem Aufwand auf das benachbarte Grundstück ausrichten lassen, so wird einem technischen Laien doch abstrakt eher keine rechtliche Pflicht zur Überprüfung einer technischen Anlage, für deren Installation er eigens einen Fachmann beauftragt hat, im Hinblick auf mögliche mechanische Manipulationen auferlegt werden können

- Zurechnung eines etwaigen Verschuldens des U gemäß § 278 BGB (-), dieser ist kein Erfüllungsgehilfe des B

V. Ergebnis (-)

C. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Prüfung dieses Anspruchs wird von den Bearbeitern nicht erwartet.

↳ (-), U ist als selbständiger Unternehmer (wenngleich er sich hinsichtlich der Durchführung des Auftrags letztlich den Anweisungen des B unterwirft) nicht in dessen Organisationssphäre eingegliedert und somit nicht dessen Verrichtungsgehilfe (vgl. *Larenz/Canaris, Schuldrecht Besonderer Teil/2, 13. Auflage 1994, § 79 III 2 a; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 15. Auflage 2010, Rn. 1345*)

D. Ergebnis

Je nachdem, ob die Bearbeiter unter A. eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bejaht haben, hat N gegen B einen Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung der Benutzung der Kameras analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

2. Frage: Gutachten des R

A. Anspruch des B gegen U auf Rückzahlung des Werklohns in Höhe von 10.000,00 € gemäß §§ 634 Nr. 3, 636, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB

I. Wirksamer Werkvertrag, § 631 Abs. 1 BGB (+), dieser wurde im August 2011 geschlossen

II. Sach- oder Rechtsmangel

↳ abzustellen ist auf den – zu unterstellenden – Beseitigungsanspruch des N gegen B gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog

1. Rechtsmangel, § 633 Abs. 1, 3 BGB

- Recht darf nicht nur geltend gemacht werden, sondern muss dem Dritten auch tatsächlich zustehen (*jurisPK-BGB/Genius, 5. Auflage 2010, § 633 Rn. 41*); hier (+)
- umfasst sind von § 633 Abs. 1, 3 BGB dingliche, sonstige absolute oder obligatorische Rechte privater Dritter, die geeignet sind, Besitz und Nutzung des Werkes durch den Besteller zu vereiteln oder zu beeinträchtigen (*Staudinger/Peters/Jacoby, 2008, § 633 Rn. 198*)
- entscheidend für das Vorliegen eines Rechtsmangels ist, dass das spezielle Werk, welches der Besteller erwirbt, individuell belastet ist (*BeckOK-BGB/Faust, Stand 01.03.2011, § 435 Rn. 6*;

Anmerkung: Rechtsprechung und Lit. zum Kaufrecht können insoweit auf das Werkvertragsrecht übertragen werden, da der Gesetzgeber den Rechtsmangelbegriff des § 435 BGB übernehmen wollte, BT-Drucks. 14/6040 S. 261 re. Sp.); Beschränkungen der Befugnisse, die jeden Eigentümer treffen und ihre Grundlage in allgemeinen gesetzlichen Eigentumsschranken haben, sind keine Rechtsmängel und vom Besteller hinzunehmen (BeckOK-BGB a. a. O.; jurisPK-BGB/Pammler, 5. Auflage 2010, § 435 Rn. 24; vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996. S. 1353 (1355)).

↳ insbesondere Nachbarrechte begründen daher nach der h. M. keinen Rechtsmangel (BGH, NJW 1981, S. 1982 (1982); jurisPK-BGB a. a. O. Rn. 10; BeckOK-BGB a. a. O. Rn. 16)

↳ **bei allgemeinem Persönlichkeitsrecht eines Dritten, welches diesem einen Beseitigungsanspruch gibt, str.**

a) Erste Ansicht:

Kein Rechts-, sondern allenfalls Sachmangel (vgl. zu § 435 BGB: BeckOK-BGB/Faust, Stand 01.03.2011, § 435 Rn. 11; ferner Faust, JuS 2010, S. 816 (817)).

b) Zweite Ansicht (h. M.)

Rechtsmangel (+), (vgl. etwa MüKo-BGB/Westermann, 6. Auflage 2012, § 435 Rn. 4; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 435 Rn. 17; Erman/Grunewald, BGB, 13. Auflage 2011, § 435 Rn. 6; Palandt/Weidenkaff, 71. Auflage 2012, § 435 Rn. 9; LG Potsdam, BeckRS 2010, 09078)

c) **Dritte Ansicht:**

Gleichzeitiges Vorliegen von Sach- und Rechtsmangel (vgl. *Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 435 Rn. 19; BeckOK/Faust, Stand 01.03.2011, § 435 Rn. 12, der für vorliegenden Fall allerdings nur einen Sachmangel annimmt*)

d) **BGH:** offengelassen in *NJW 2010, S. 1533 ff.*

e) **Stellungnahme**

▪ Argumente für die h. L.:

↳ Bestehen von Persönlichkeitsrechten hat mit der Vorgeschichte (u. U. der Entstehung) des Werks zu tun, nicht mit dessen Beschaffenheit zu einem bestimmten Zeitpunkt

↳ es geht um eine von der Sache selbst und dem Eigentum daran zu unterscheidende Rechtsposition (*Pahlow, JuS 2006, S. 289 (290)*).

▪ Argumente für die erste Ansicht:

↳ der Beseitigungsanspruch hat seinen Ursprung gerade doch in einer bestimmten Beschaffenheit des Werkes

↳ es geht um eine Beschränkung, welche jeden trifft: Das Werk darf das allgemeine Persönlichkeitsrecht Dritter nicht verletzen

(Anmerkung: Damit besteht nach dieser Ansicht hier unabhängig vom Bestehen eines Beseitigungsanspruchs des N kein Rechtsmangel)

- Entscheidung für die erste Ansicht; aus den gleichen Gründen ist auch der dritten Ansicht nicht zu folgen, nach der Sach- und Rechtsmangel nebeneinander nur vorliegen können, wenn das Recht des Dritten von der Beschaffenheit der Sache unabhängig ist, aber deren Verwendung ausschließt (und der Dritte sein Recht auch tatsächlich geltend macht) (vgl. *Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, a. a. O.; BeckOK/Faust, Stand 01.03.2011, a. a. O.*).

↳ Vorliegen eines Rechtsmangels (-)

Ebenso lässt sich argumentieren, dass das Werk nicht individuell belastet ist, weil der Beseitigungsanspruch vom Verhalten des B abhängt (für dieses Erfordernis der individuellen Belastung vgl. auch Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 2009, Rn. 392; BeckOK/Faust, a. a. O.; jurisprk-BGB/Pammler § 435 Rn. 25; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 435 Rn. 24); hinzu kommt, dass der BGH, wenn er in Fällen des sog. „Überwachungsdrucks“ einen Mangel annimmt, letztlich die Grenzen vom vorbeugenden Unterlassungsanspruch (der keinen Mangel begründet, weil die aktuelle Benutzbarkeit nicht eingeschränkt wird) zum Beseitigungsanspruch aufweicht; auch vor diesem Hintergrund wäre ein Rechtsmangel (und auch ein Sachmangel, siehe dazu sofort unten) abzulehnen

A. A. selbstverständlich vertretbar; eine vertiefte Auseinandersetzung mit der schwierigen und in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht durchweg klar gelösten Problematik des Verhältnisses von Sach- zu Rechtsmangel wird nicht erwartet; vertretbar ist sogar, die Frage offenzulassen

2. Sachmangel, § 633 Abs. 1, 2 BGB

Von den Bearbeitern zu prüfen, die einen Rechtsmangel ablehnen bzw. sowohl das Vorliegen von einem Rechts- als auch einem Sachmangel bejahen wollen

- kann jedenfalls dann vorliegen, wenn man den (möglichen) Beseitigungsanspruch in der physischen Beschaffenheit des Werkes (Konstruktion und Installation) begründet sieht, aufgrund derer bei entsprechender Veränderung Bilder vom Nachbargrundstück gemacht werden können; nach hier vertretener Ansicht (+)

↳ angesichts der Beratung durch U kann hier darauf abgestellt werden, dass sich die Überwachungsanlage, wenn sie aufgrund des Beseitigungsanspruchs nicht mehr genutzt werden kann, für die Überwachung des eigenen Grundstücks des B, mithin die vertraglich vorausgesetzte Verwendung, nicht eignet, vgl. § 633 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB

Vertretbar ist auch, in der Überwachung die gewöhnliche Verwendung (§ 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB) zu sehen; entscheidend ist stets, dass der Beseitigungsanspruch des N besteht und daher

die Verwendung der Kameras zur Überwachung nicht möglich ist

Auch an dieser Stelle ist es, da die Frage, ob ein „Überwachungsdruck“ erzeugt wird, ganz erheblich vom Verhalten des B abhängt, im Ergebnis gut vertretbar, einen Mangel zu verneinen; die Einschränkung der Benutzbarkeit des Werks, so könnte argumentiert werden, hat ihren Ursprung nicht in dessen Beschaffenheit, nämlich einer zusicherungsfähigen Eigenschaft (will man den Beschaffenheitsbegriff infolge der Schuldrechtsmodernisierung weit definieren, sind unter Beschaffenheit – hier ergebnisgleich – alle Beziehungen des Werks zur Umwelt zu verstehen); zum Vorwurf der Aufweichung der Grenzen von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch s. o.

Wer oben der dritten Ansicht gefolgt ist, nach der sowohl ein Sach- als auch ein Rechtsmangel vorliegen, muss an dieser Stelle mit der Begründung zum Vorliegen eines Sachmangels kommen, dass der Beseitigungsanspruch des N zwar unabhängig von der Beschaffenheit besteht, durch diesen aber die Verwendung der Videoanlage ausgeschlossen ist

3. Zwischenergebnis (+)

Bearbeiter, die einen Mangel insgesamt ablehnen, sollten aus Gründen anwaltlicher Vorsicht weiter prüfen

III. Bei Gefahrübergang, §§ 640, 641 BGB (+); es kann dahinstehen, ob B das Werk des U im Rahmen der Einweisung oder durch Inbetriebnahme abgenommen hat (§ 640 Abs. 1 BGB); zu beiden Zeitpunkten war der Mangel bereits vorhanden, so dass dieser in jedem Fall bei Gefahrübergang vorlag

IV. Weitere Voraussetzungen des § 323 BGB

1. Fristsetzung

= bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung (*Palandt/Grüneberg, 71. Auflage 2012, § 323 Rn. 12*), hier (+)

- Problem: B hat dem U keinen *konkreten Termin* genannt, bis zu welchem dieser die Nacherfüllung bewirken sollte; ob in der Formulierung, eine Leistung „*unverzüglich*“ zu erbringen, eine Fristsetzung erkannt werden kann, ist umstritten

a) Herrschende Lehre

(-) (*etwa Staudinger/Otto/Schwarze, 2009, § 323 Rn. B 60 m. w. N.*)

b) BGH

(+) (*NJW 2009, S. 3153 (3154)*)

c) Stellungnahme

▪ Argumente des BGH:

↳ unbestimmter Rechtsbegriff, da dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist (anders als § 286 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB etwa)

↳ bestimmbarer Zeitraum reicht aus; Aufforderung, „umgehend“, „in angemessener Zeit“ oder „so schnell wie möglich“ zu leisten, enthält zeitliche Grenze, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist

↳ Zweck der Fristsetzung, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass er nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt leisten kann, ist daher ebenfalls erfüllt

↳ Unsicherheit hinsichtlich des genauen Zeitraums, die dagegen sprechen mag, besteht etwa auch bei der Setzung einer zu kurzen Frist, die nach der Rspr. des BGH eine angemessene Frist in Gang setzt und die vom Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt gelassen werden sollte (*BT-Dr 14/6040, S. 138*)

↳ Fristsetzung soll keine Hürde darstellen, an welcher der Käufer aus formalen Gründen scheitert (*BT-Dr 14/6040, S. 185*)

- Argumente für die h. L.:

- ↳ nach dem Wortlaut muss eben doch ein konkreter Zeitraum bestimmt sein, entweder durch Mitteilung eines Termins, zu dem die Frist abläuft, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden

- ↳ Angabe eines bestimmten Zeitraums verdeutlicht dem Schuldner die Gefahr, dass er nach Fristablauf mit der Geltendmachung anderer Gewährleistungsrechte rechnen muss (= Warnfunktion); diese wird durch eine Aufforderung wie die hier vorliegende nicht in gleicher Weise erreicht, weil eine Unsicherheit hinsichtlich des Übergangs zu anderen Gewährleistungsansprüchen entsteht; diese hat aber der Gesetzgeber durch das Erfordernis einer Fristsetzung ausschließen wollen

- Entscheidung für die h. L.

- ↳ Frist (-)

A. A. selbstverständlich vertretbar; eine derart ausführliche Argumentation wie hier wird nicht erwartet; entscheidend ist, dass das Problem erkannt und mit vertretbaren Argumenten sauber gelöst wird

2. Angemessenheit der Fristsetzung

Bearbeiter, die eine Fristsetzung vorliegend bejahen, müssen ferner erörtern, ob diese auch angemessen war (diesbezüglich wird in Fällen wie dem vorliegenden teilweise das Vorliegen eines besonders dringlichen Falls gefordert (MüKo-BGB/Ernst, 6. Auflage 2012, § 323 Rn. 74); dagegen aber RGZ 75, S. 354 (357) zu § 326 a. F.)) bzw. zumindest eine angemessene Frist in Gang setzt (MüKo-BGB/Ernst, 6. Auflage 2012, § 323 Rn. 77, Soergel/Gsell, 13. Auflage 2005, § 323 Rn. 83, jeweils m. w. N.); dabei sind sie im Ergebnis frei; entscheidend ist die Argumentation

3. Entbehrlichkeit einer Fristsetzung gemäß §§ 634 Nr. 3, 326 Abs. 5, 275 Abs. 1 BGB

Nur von den Bearbeitern zu erörtern, die eine wirksame Fristsetzung ablehnen

- (+), wenn der Mangel nicht beseitigt werden kann; vorliegend spricht mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt viel dafür, von der technischen Möglichkeit zur sicheren Unterbindung der Beobachtung des Grundstücks des N und damit der Erforderlichkeit einer Fristsetzung auszugehen

A. A. mit entsprechender Begründung ggf. vertretbar

4. Zwischenergebnis (-)

Nach hier vertretener Ansicht müsste B bzw. dessen Rechtsanwalt R dem U daher noch eine entsprechende Frist setzen; gleichwohl ist an dieser Stelle weiter zu prüfen

V. Rücktritt nicht ausgeschlossen

1. § 640 Abs. 2 BGB (-), der Mangel war dem B weder bei der Einweisung durch U noch bei der späteren Inbetriebnahme der Anlage (s. o.) und damit nicht bei Abnahme bekannt

2. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB (-), soweit man im Beseitigungsanspruch des N einen Mangel sieht, liegt dieser Ausschlussgrund erkennbar nicht vor

3. Zwischenergebnis (+)

VI. Rücktrittserklärung, § 349 BGB (+), zumindest konkludent durch die Aufforderung zur Rückzahlung des Geldes

VII. Rechtsfolge, § 346 Abs. 1 BGB: Zahlung von 10.000,00 €, gemäß § 348 BGB Zug-um-Zug gegen Rückübereignung der Kameraanlage

VIII. Ergebnis

Je nach oben vertretener Ansicht hat B gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Vergütung in Höhe von 10.000,00 € aus § 346 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Rückübereignung der Kameraanlage oder nicht

B. Anspruch des B gegen U auf Rückzahlung des Werklohns gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB

- etwas erlangt (+)
 - durch Leistung (+)
 - ohne rechtlichen Grund: in Betracht kommt allenfalls das Entfallen des Rechtsgrundes in Form des Werkvertrages, § 631 Abs. 1 BGB, wegen einer möglichen Anfechtung, § 142 BGB
- ↳ Anfechtungsgrund des § 123 Abs. 1, 1. Fall BGB aber (-), keine Anhaltspunkte für eine Täuschung durch U; vielmehr ist laut Sachverhalt davon auszugehen, dass diesem die Problematik des Nachbarstreits nicht bekannt war
- ↳ Anfechtungsgrund des § 119 Abs. 2 BGB, Eigenschaftsirrtum (-), insoweit genießt aufgrund des erfolgten Gefahrübergangs das Gewährleistungsrecht Vorrang (*Palandt/Ellenberger, 71. Auflage 2012, § 119 Rn. 28*); eine Anfechtung ist damit insoweit ausgeschlossen
- Ergebnis (-)

3. Frage: Aufrechnung mit einem Rückforderungsanspruch wegen des geleisteten Vorschusses

Nach der Aufgabenstellung ist es gut vertretbar, zunächst das Bestehen des Anspruchs und dann die Aufrechnungsmöglichkeit getrennt zu untersuchen; ebenso scheint es vertretbar, die Voraussetzungen der Aufrechnung direkt zu prüfen und den Rückzahlungsanspruch dann inzident anzusprechen

A. Bestehen eines Anspruchs auf Rückzahlung des Vorschusses

I. Anspruch entstanden

1. Anspruch aus dem Vertragsverhältnis selbst

- die ganz h. M. billigt dem Werkunternehmer gegenüber dem Besteller einen Anspruch auf Rückforderung des nach § 637 Abs. 3 BGB geleisteten Kostenvorschusses aus dem Vertragsverhältnis selbst i. V. m. dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, zu (*st. Rspr.; etwa BGH, NJW 2010, S. 1192 (1193)*)

↳ er ergibt sich aus der Zweckbindung der Vorschusszahlung, die ihren Ursprung in der Rspr. des BGH (*NJW 1985, S. 2325 (2326); NJW 1998, S. 2728 (2728)*) hat, nach der dieser bereits den Anspruch des Gewährleistungsberechtigten auf Kostenvorschuss als vorweggenommenen und abzurechnenden Aufwendungsersatz gemäß § 633 Abs. 3 BGB a. F. (§ 637 Abs. 1 BGB n. F.) aus § 242 BGB herleitete (was mit § 637 Abs. 3 BGB obsolet geworden ist)

Auch ohne Kenntnis dieser Herleitung kann man erkennen, dass der Besteller nur berechtigt ist, den Vorschuss als vorläufige Zahlung entgegenzunehmen und dass sich aus dieser Zweckbindung eine Abrechnungspflicht (analog § 259 BGB) ergibt

↳ der Besteller soll mit dem Vorschuss nicht mehr erhalten, als zur Mangelbeseitigung erforderlich ist; hieraus folgt auch, dass der Besteller den Vorschuss für die Mangelbeseitigung verwenden muss und dass ein (vertraglicher) Rückforderungsanspruch wegen des nicht zweckentsprechend verbrauchten Vorschusses besteht

▪ unter welchen Voraussetzungen dieser Anspruch entsteht, ist in den Einzelheiten streitig:

↳ überwiegend wird eine Fristsetzung oder Kündigung durch den Unternehmer nicht für erforderlich gehalten (vgl. etwa *Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn. 1607*); maßgeblich ist aufgrund der Zweckbindung mit der ganz h. M., ob der Besteller die Mängel binnen einer angemessenen Zeit beseitigt hat (*BGH, NJW 2010, S. 1192 (1194); NJW 2010, S. 1195 (1196); Werner/Pastor, a. a. O.; Kniffka/Schmitz, Bauvertragsrecht, 2012 § 637 Rn. 89; MüKo-BGB/Busche, 5. Auflage 2009, § 637 Rn. 23; Staudinger/Peters/Jacoby, 2008, § 637 Rn. 96 jeweils m. w. N.*); der Rückforderungsanspruch wird mit Wegfall des mit der Vorschusszahlung verbundenen Zwecks fällig; das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber seinen Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen (*BGH, NJW 2010, S. 1192 (1193) m. w. N.*); dafür, dass der Besteller seinen Willen, die Mängel zu beseitigen, aufgegeben hat, kann eine

tatsächliche Vermutung sprechen, wenn er eine angemessene Frist für die Beseitigung der Mängel ablaufen lässt

↳ hier (+), B hat bereits mit Buchung der Kreuzfahrt seine Absicht, die Mängel beseitigen zu lassen, aufgegeben; zudem hat er eine angemessene Frist verstreichen lassen

↳ Ergebnis: U hat gegen B einen Rückforderungsanspruch in Höhe von 10.000,00 €.

2. § 667 BGB analog

Nur von den Bearbeitern zu prüfen, die einen Anspruch aus dem Vertragsverhältnis nicht herleiten wollen

- Andere leiten einen entsprechenden Anspruch aus § 667 BGB analog her (vgl. ohne nähere Begründung etwa *Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2008, § 634 Rn. 51*)

2. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB

Auch dieser Anspruch (sowie der sofort unter 3.) ist nur von Bearbeitern zu diskutieren, die eine Herleitung aus dem Vertragsverhältnis ablehnen

- a) **Etwas erlangt (+)**
- b) **Durch Leistung des U (+)**

c) **Ohne rechtlichen Grund (-)**, durch die Änderung der Willensrichtung des B ist der rechtliche Grund des § 637 Abs. 3 BGB nicht entfallen

d) **Ergebnis (-)**

3. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Fall BGB

▪ Voraussetzungen (+) (vgl. *ohne nähere Begründung Kaiser, FS Locher, S. 109 (113)*)

▪ Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB: Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt spricht viel dafür, im Hinblick auf die Kreuzfahrt von einer Luxusaufwendung des B auszugehen, so dass dieser grundsätzlich entreichert ist (vgl. *Palandt/Bassenge, 71. Auflage 2012, § 818 Rn. 41*); ab Kenntnis kann er sich hierauf aber nicht mehr berufen, § 819 Abs. 1 BGB; diesbezüglich kann unterstellt werden, dass B von vornherein wusste, dass er aufgrund der zweckgebundenen Zahlung des Geldbetrages diesen zurückerstatten muss, wenn er das Geld nicht zur Beseitigung der Mängel verwendet; daher Bösgläubigkeit im Zeitpunkt der Vornahme der Reise (bzw. wohl deren Buchung und der Zahlung des Entgelts) (+)

Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechendem Begründungsaufwand ggf. vertretbar

↳ Ergebnis: Anspruch (+)

II. Anspruch durchsetzbar

- Verjährung, § 214 BGB
- die Einrede wurde mit dem Hinweis des B, nach so langer Zeit nicht mehr zahlen zu wollen, zunächst erhoben

Sollte dies anders beurteilt werden, sollte an dieser Stelle auf die Möglichkeit hingewiesen werden, die Einrede noch zu erheben

- Fristberechnung: der Rückzahlungsanspruch verjährt innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB (*BGH, NJW 2010, S. 1195 (1196); Staudinger/Peters/Jacoby, 2009, § 634 a Rn. 10*); Beginn damit mit Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der U als Gläubiger Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB

↳ Entstehung des Anspruchs im Jahr 2004 mit Aufgabe des Instandsetzungswillens oder aber spätestens mit Ablauf der (angemessenen) Frist

↳ Kenntnis des U von den anspruchsbegründenden Tatsachen, also der Aufgabe des Instandsetzungswillens oder dem Ablauf einer unter Einzelfallgesichtspunkten angemessenen Instandsetzungszeit: Laut Sachverhalt hatte U keine Kenntnis vom fehlenden Willen des B; Kenntnis vom Ablauf einer angemessenen Frist nach

Ansicht des BGH ohne Nachfrage beim Besteller nicht möglich, da nur so besondere Umstände (Fachkunde etwa) erfahren werden können (*BGH, NJW 2010, S. 1195 (1196)*); gemessen hieran hatte U erst im Dezember 2011 Kenntnis

Eine andere Ansicht ist hier gut vertretbar

↳ grob fahrlässige Unkenntnis, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB; dann müsste U versäumt haben, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen (*st. Rspr.; vgl. BGH a. a. O.*); dazu gehört die Nachfrage beim Besteller nach Ablauf einer angemessenen Frist (verständige Sicht des Unternehmers maßgeblich, der regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten hat, die angemessene Frist zu bestimmen (*BGH, a. a. O.*)); hier spricht vor allem auch der geringe Arbeitsaufwand (der laut Sachverhalt nur notwendig ist) dafür, dass für U auf der Hand lag, dass die Mängelbeseitigung binnen einiger Monate und damit noch im Jahr 2004 hätte erledigt werden können; U fällt damit spätestens mit Ablauf des Jahres 2004 grobe Fahrlässigkeit zur Last; der Anspruch ist damit im Ergebnis, da die Verjährung mit Ablauf des Jahres 2004 begann, mit Ablauf des Jahres 2007 verjährt

Auch diesbezüglich ist eine andere Ansicht vertretbar

A. A. im Hinblick auf die Verjährungsfrist, § 634 a BGB analog, wohl ebenfalls vertretbar (vgl. MüKo-BGB/Busche, 5. Auflage 2009, § 634 a Rn. 9; Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2008, § 634 Rn. 51, § 634 a Rn. 4); dann erscheint sowohl Abs. 1 Nr. 1, also zwei Jahre, als auch Abs. 1 Nr. 3, dann wieder regelmäßige Verjährungsfrist, vertretbar (vgl. Lo-

renz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 658); wird unter Abs. 1 Nr. 1 subsumiert, beginnt die Verjährung gemäß § 200 S. 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs, hier also spätestens mit Ablauf der von U gesetzten angemessenen Frist am 13.05.2004; sie endet dann folglich am 13.05.2006

III. Ergebnis: Durchsetzbarer Anspruch (-)

B. Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB

I. Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB (+)

II. Aufrechnungslage

- setzt neben der Gleichartigkeit der Forderungen und der Erfüllbarkeit der Hauptforderung die Fälligkeit und *Durchsetzbarkeit* der Gegenforderung voraus, vgl. § 390 BGB

↳ nach hier vertretener Ansicht (-), weil der Anspruch des U bereits mit Ablauf des Jahres 2007 verjährt ist; § 215 BGB nach hier vertretener Ansicht ebenfalls (-), da der Anspruch des U im Zeitpunkt der erstmals möglichen Aufrechnung (der Anspruch des B auf Rückzahlung des Werklohns entstand im Dezember 2011) bereits verjährt war

↳ daher besteht keine Aufrechnungslage

Bearbeiter, welche die Verjährung des Anspruchs anders beurteilen - nämlich indem sie eine grobfahrlässige Unkenntnis des U verneinen - müssten hier ggf. zum Vorliegen einer Aufrechnungslage kommen; da

ein Aufrechnungsverbot gemäß §§ 391 ff. BGB nicht besteht, wäre die Aufrechnung in diesem Fall erfolgreich, der Anspruch dann gemäß § 389 BGB untergegangen

III. Zwischenergebnis (-)

C. Ergebnis (-)