

Entscheidungsanmerkung

Keine Aufgabe des Besitzes am reparierten Fahrzeug durch den Werkstattunternehmer während Probefahrt mit dem Auftraggeber

1. Bei einem Werkvertrag ist der Besteller, der nach erfolgter Reparatur seines Kraftfahrzeugs eine Probefahrt vornimmt, nicht Besitzdiener des Werkunternehmers.
2. Jedenfalls dann, wenn eine zur Vorbereitung der Abnahme eines reparierten Kraftfahrzeugs durchgeführte Probefahrt des Bestellers in Anwesenheit des Werkunternehmers oder dessen Besitzdieners stattfindet, erlangt der Besteller keinen unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug. Vielmehr bleibt der Werkunternehmer unmittelbarer Besitzer; sein Besitz wird lediglich gelockert.
3. Die Übergabe eines Schlüssels bewirkt nur dann einen Übergang des Besitzes an der dazugehörigen Sache, wenn der Übergeber die tatsächliche Gewalt an der Sache willentlich und erkennbar aufgeben und der Empfänger des Schlüssels sie in gleicher Weise erlangt hat. (Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 854, 855, 856, 985, 987, 990

BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16 (OLG Frankfurt, LG Kassel)¹

I. Einleitung

Das hier besprochene Urteil behandelt Fragen des Besitzschutzes und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Besitzrechtlich stellt sich die Frage, wer nach durchgeführter PKW-Reparatur bei einer gemeinsamen Probefahrt die tatsächliche Gewalt über den PKW innehat der Auftraggeber oder der Reparaturunternehmer. Bejaht man letzteres, so stellt sich in Bezug auf Ansprüche aus dem Eigentum die Frage, wie man ein Recht des Unternehmers zum Besitz begründen kann, wenn der Auftraggeber nicht mit dem Eigentümer identisch ist. Bereits jetzt sei ein *Warnhinweis an die Prüfungsämter* erlaubt: Ohne erhebliche Zusatzinformationen eignet sich dieser Fall nicht für eine Examensaufgabe! Denn im Bereich der §§ 985 ff. BGB hinterlässt die hier besprochene Entscheidung mehr Fragen als Antworten.

II. Sachverhalt (vereinfacht)

E ist Eigentümer eines PKW und verleiht diesen an B. B beauftragt U mit dem Einbau eines gebrauchten Austauschmotors. U führt den Auftrag aus. B trifft sich mit U zu einer Probefahrt. Diese wird in der Weise durchgeführt, dass B den Wagen fährt und U als Beifahrer danebensitzt. Nach Beendigung der Probefahrt streiten B und U über noch ausstehende Zahlungen auf den Werklohn. U zieht gegen den Willen des B den Autoschlüssel aus dem Zündschloss und steigt aus dem

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78231&pos=0&anz=1> (11.9.2017) und veröffentlicht u.a. in NJW-RR 2017, 818.

Wagen aus, um noch einmal den Motor zu inspizieren. Dann steigt auch B aus dem Wagen aus. U gelingt es daraufhin, auf der Fahrerseite einzusteigen und ohne B mit dem Wagen davonzufahren.² U baut den Austauschmotor wieder aus und stellt das Fahrzeug auf seinem Betriebsgelände ab. Dort befindet sich der Wagen bis heute. Ob die Werklohnforderung des U bezahlt wurde, kann nicht geklärt werden. E (!) verlangt nunmehr von U Herausgabe des Wagens mitsamt dem ursprünglich eingebauten Austauschmotor und außerdem eine Nutzungsausfallentschädigung für die Dauer der Vorenthaltung des Besitzes seit Beendigung der Probefahrt.

III. Entscheidung des Senats

1. Herausgabeanspruch E gegen U aus § 861 BGB?

Unter dem Gesichtspunkt des § 861 BGB war der Anspruch begründet, wenn B während der Probefahrt bereits Besitzer des PKW war und U ihm den Besitz gegen seinen Willen entzogen hat. Nach § 869 BGB kann in diesem Fall auch E, der kraft des Leihvertrags mit B mittelbarer Besitzer des Wagens ist, den Anspruch aus § 861 BGB geltend machen.

a) Keine Besitzdienerstellung des B

Der BGH fragt zunächst, ob U deshalb nach wie vor Besitzer des Wagens war, weil B während der Probefahrt nur Besitzdiener des U war. Diesen Gedanken hält der BGH für erwägenswert, weil die freilich umstrittene Ansicht vertreten wird, dass ein Kaufinteressent Besitzdiener des potentiellen Verkäufers sein soll, wenn dieser ihm das Fahrzeug für eine Probefahrt überlassen hat.³ Der BGH stellt freilich (und zwar mit Recht!) klar, dass Vergleichbares bei einer Probefahrt des Reparaturauftraggebers nicht auch nur ansatzweise in Betracht kommt.⁴ Denn kraft des Reparaturvertrags ist U Besitzmittler des B, B also Oberbesitzer des U. Dann kann er nicht zugleich Besitzdiener des U sein.

b) Keine Besitzaufgabe durch U

Unbestreitbar war U während des Reparaturvorgangs unmittelbarer Besitzer des PKW. Anknüpfend daran stellt der BGH die Frage, ob U den Besitz wieder aufgegeben hat, als er B nach Einbau des Austauschmotors eine Probefahrt mit dem Wagen gestattete (§ 856 Abs. 1 BGB). Das setzt einen Verlust der tatsächlichen Gewalt und einen Besitzaufgabewillen voraus. Am Verlust der tatsächlichen Gewalt fehlt es jedenfalls dann, wenn wie hier der Reparaturunternehmer an der Probefahrt als Beifahrer teilnimmt; in diesem Fall verbleibt

² Wie spektakulär sich die Ereignisse nach Beendigung der Probefahrt wirklich zugetragen haben, zeigt sich erst, wenn man das in erster Instanz ergangene Urteil liest (LG Kassel BeckRS 2015, 119577).

³ Dafür OLG Köln NZV 2006, 260; *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 42, Stand: 1.2.2017, § 855 Rn. 9; *Götz*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2017, § 854 Rn. 138.4; dagegen *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 14.

⁴ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 16.

ihm die Möglichkeit, auf das Fahrzeug einzuwirken.⁵ Und einen Besitzaufgabewillen hatte U ebenfalls nicht. Denn vor der Zahlung des Werklohns ist der Unternehmer typischerweise nicht bereit, den Reparaturgegenstand herauszugeben. Vielmehr will er den Besitz an jenem Gegenstand als Druckmittel behalten, um den Auftraggeber zur Zahlung des Werklohns zu bewegen.⁶ Der BGH erinnert zwar daran, dass nach seiner Ansicht ein Unternehmerpfandrecht nicht gutgläubig soll erworben werden können,⁷ hält dies aber im hier interessierenden Zusammenhang für unschädlich.⁸ Entscheidend sei vielmehr, dass der Unternehmer faktisch ein solches Recht für sich reklamiere und deshalb seinen Besitz nicht aufgeben wolle. In der Tat würde die Rückgabe des Reparaturgegenstandes nach §§ 1257, 1253 Abs. 1 BGB zum Erlöschen des Unternehmerpfandrechts führen, wenn denn ein solches bestünde; eine solche Rechtswirkung will der Unternehmer nicht herbeiführen.

c) Ergebnis

U hat nach alledem B den Besitz nicht entzogen denn nur U selbst, nicht aber B war Besitzer, als U den Schlüssel an sich nahm und mit dem Wagen davonfuhr. Ein Anspruch des E gegen U aus §§ 869, 861 BGB scheidet damit nach der (zutreffenden) Ansicht des BGH aus.

2. Herausgabeanspruch E gegen U aus § 985 BGB?

a) Wagen mit Austauschmotor?

Einen Anspruch auf Herausgabe des PKW mit dem von U eingebauten Austauschmotor könnte E nur dann auf § 985 BGB stützen, wenn dieser Motor mit dem Einbau wesentlicher Bestandteil des Wagens geworden wäre; in diesem Fall könnte man daran denken, dass das Eigentum an dem Austauschmotor nach § 947 Abs. 2 BGB auf E übergegangen ist. Indes ist ein Eigentumsübergang nach dieser Vorschrift zu verneinen: Motor und restliches Auto können nämlich durch Ausbau des Motors ohne Schaden für eine der beiden Sachen wieder voneinander getrennt werden. Ein Austauschmotor wird daher durch den Einbau nicht wesentlicher Bestandteil eines PKW.⁹ U ist daher Eigentümer des Austauschmotors geblieben.

b) Wagen ohne Austauschmotor?

Hinsichtlich des PKW ohne Austauschmotor ist E Eigentümer und U Besitzer. Worauf U ein Recht zum Besitz stützen könnte, wird dem Leser nur beiläufig im Rahmen der Ausführungen zur Beweislast mitgeteilt: Es soll sich aus einem Zurückbehaltungsrecht wegen der noch ausstehenden Zahlung des Werklohns ergeben können. Freilich habe U nicht bewiesen, dass die Zahlung des Werklohns noch ausstehe. Deshalb sei davon auszugehen, dass jedenfalls jetzt kein

Besitzrecht des U mehr bestehe.¹⁰ Der BGH unterstellt also offenbar zweierlei, nämlich erstens, dass ein Zurückbehaltungsrecht geeignet ist, ein Recht zum Besitz zu begründen, und zweitens, dass ein solches Zurückbehaltungsrecht auch auf eine Forderung soll gestützt werden können, die sich nicht gegen den Eigentümer selbst, sondern gegen dessen Besitzmittler richtet. Wir erinnern uns: Nicht E, sondern B hatte U mit dem Einbau eines Austauschmotors beauftragt. Nicht E, sondern B schuldet daher auch den Werklohn. Da also das angebliche Besitzrecht nicht bewiesen wurde, schuldet U nach Ansicht des BGH Herausgabe des Wagens ohne Austauschmotor.

3. Anspruch E gegen U auf Nutzungsausfallentschädigung aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB?

Ein Anspruch des E gegen U auf Nutzungsausfallentschädigung lässt sich allenfalls als Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Herausgabe begründen. Der Zugang zu §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB wird in diesem Fall über § 990 Abs. 2 BGB erschlossen. Daraus entnimmt der BGH (insoweit zu Recht), dass die Verzögerungshaftung nur den bösgläubigen Besitzer trifft.¹¹ Die Bösgläubigkeit des Besitzers muss der Eigentümer beweisen.¹² Da nun noch nicht einmal bewiesen war, ob U ein Besitzrecht zustand oder nicht, konnte erst recht nicht bewiesen werden, dass U um sein fehlendes Besitzrecht wusste. Deshalb schied nach Ansicht des BGH ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung aus.¹³

IV. Analyse

Die Ausführungen des BGH zum Anspruch E gegen U aus §§ 869, 861 BGB verdienen uneingeschränkt Beifall. Was der BGH dagegen zu einem möglichen Besitzrecht des U ausführt, ist in der Begründung schlicht falsch und wird auch im Ergebnis durch die vom BGH mitgeteilten Sachverhaltsangaben nicht getragen. Es fehlt jegliche Feststellung, ob E damit einverstanden war, dass B den Wagen U zum Zwecke des Einbaus eines Austauschmotors überließ (unten 1. und 3.). Jedenfalls aber hätte der Fall Anlass geboten, die Rechtsprechung zum gutgläubigen Erwerb eines Unternehmerpfandrechts zu überprüfen; dann aber hätte der Sachverhalt auch zu einem möglichen guten Glauben des U etwas sagen müssen (unten 2.).

1. Eigenes Besitzrecht des U aus § 647 BGB i.V.m. § 185 Abs. 1 BGB analog?

War die Beauftragung des U durch B vom Einverständnis des E gedeckt, konnte man U analog § 185 Abs. 1 BGB ein Unternehmerpfandrecht kraft Einwilligung des E zusprechen,

¹⁰ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 27.

¹¹ BGHZ 120, 204 (214); BGHZ 156, 170 (171); BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 25.

¹² BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 27 f.; *Fritzsche* (Fn. 3), § 990 Rn. 44; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 990 Rn. 59, 101; *Stadler*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 990 Rn. 26.

¹³ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 27 f.

⁵ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 20.

⁶ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 21.

⁷ BGHZ 34, 153 (154 ff.); dazu näher unten IV. 2.

⁸ BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 22.

⁹ BGHZ 61, 80 (81 ff.); BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 7.

und zwar mit folgender Begründung: Der Wagen sei aufgrund eines Werkvertrags zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des U gelangt. Es lägen damit an sich alle Voraussetzungen des § 647 BGB vor - mit Ausnahme des Umstandes, dass es sich nicht um eine Sache „des Bestellers“ handle (der Wagen gehört nicht B, sondern E). Doch sei E damit einverstanden gewesen, dass B den Wagen bei U zur Reparatur gebe. Dies sei zwar keine Verfügungsermächtigung; denn das Unternehmerpfandrecht entstehe nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes. Doch habe E in die Schaffung einer Situation eingewilligt, die nach § 647 BGB zur Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts führe. Das sei einer Verfügungsermächtigung rechtlich gleichzustellen. § 185 Abs. 1 BGB sei daher entsprechend anzuwenden. Damit habe U ein Unternehmerpfandrecht erworben. In der Literatur ist die Begründung eines Unternehmerpfandrechts mit dieser Konstruktion in der Tat versucht worden.¹⁴

Der BGH lehnt diese Konstruktion ab, weil dies einer im Gesetz nicht vorgesehenen Verpflichtungsermächtigung gleichkomme.¹⁵ Damit ist folgendes gemeint: Das Gesetz kennt zwei Wege, über eine fremde Sache zu verfügen, nämlich entweder im eigenen Namen mit Zustimmung des Berechtigten (§ 185 Abs. 1 BGB) oder im fremden Namen mit Vertretungsmacht des Berechtigten (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Wer aber zu Lasten eines anderen wirksam eine schuldrechtliche Verpflichtung begründen will, ist ausschließlich auf den Weg der Stellvertretung verwiesen. Es besteht also nicht die Möglichkeit, durch ein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft die Verpflichtung eines anderen zu begründen auch nicht mit dessen Zustimmung. Den BGH treibt nun die Sorge um, dass die Konstruktion eines analog § 185 Abs. 1 BGB begründeten Unternehmerpfandrechts auf eine solche Verpflichtungsermächtigung hinauslaufe. Aber das stimmt nicht.¹⁶ Der Eigentümer würde durch diese Konstruktion nicht persönlich zur Zahlung des Werklohns verpflichtet. Vielmehr würde nur der Reparaturgegenstand als dingliche Sicherheit für diese Forderung herangezogen. War also E mit dem Einbau eines Austauschmotors einverstanden, so stand nach vorzugswürdiger Ansicht U schon aus diesem Grunde ein Unternehmerpfandrecht aus § 647 BGB i.V.m. § 185 Abs. 1 BGB analog zu.

2. Eigenes Besitzrecht des U aus §§ 1257, 1207, 647 BGB?

War dagegen E mit dem Einbau des Austauschmotors *nicht* einverstanden, so hatte man wenigstens ein gutgläubig erworbenes Unternehmerpfandrecht in Erwägung zu ziehen. Der BGH verwirft diese Idee indes mit folgenden Argumenten:¹⁷ § 1257 BGB erkläre die Vorschriften über das rechts-

geschäftliche Pfandrecht nur auf ein kraft Gesetzes *entstandenes* Pfandrecht für anwendbar, lasse also nur den gutgläubigen Erwerb eines kraft Gesetzes *entstandenen* Pfandrechts zu. Im vorliegenden Fall gehe es aber darum, dass ein gesetzliches Pfandrecht überhaupt *erstmalig begründet* werden solle. Auf diesen Fall sei § 1257 BGB bereits seinem Wortlaut nach nicht anwendbar. Wo das Gesetz die erstmalige Begründung eines gesetzlichen Pfandrechts kraft guten Glaubens vom Nichtberechtigten zulasse, bringe es dies deutlich zum Ausdruck, so etwa in § 366 Abs. 3 HGB. Da eine dem § 366 Abs. 3 HGB vergleichbare Anordnung für das Unternehmerpfandrecht nicht getroffen worden sei, bleibe es im Bereich des § 647 BGB dabei, dass der Unternehmer das Unternehmerpfandrecht nicht vom nichtberechtigten Besteller erwerben könne. In der Literatur wird die Ansicht des BGH unter Hinweis auf die Interessenlage gestützt: Der Eigentümer habe der Reparatur weder zugestimmt, noch profitiere er von ihr; demgegenüber könne der Unternehmer sich gegen die fehlende Bonität des Bestellers absichern.¹⁸

Von anderen Autoren wird die Ansicht des BGH indes kritisiert,¹⁹ und dies zu Recht. Der Gesetzgeber wollte dem Unternehmer Sicherheit für die Werklohnforderung verschaffen. Um dieses Regelungsziel zu verwirklichen, standen ihm rechtstechnisch zwei Möglichkeiten offen: Der Gesetzgeber hätte zum einen dem Unternehmer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts zubilligen können. In diesem Falle hätte der nichtberechtigte Besteller dem gutgläubigen Unternehmer nach §§ 1205, 1207 BGB mühelos ein Pfandrecht bestellen können. Die Normierung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung eines Pfandrechts hätte aber für den Unternehmer den Nachteil gehabt, dass dieser Anspruch wegen Insolvenz des Bestellers uneinbringlich wird. Deshalb hat der Gesetzgeber sich für die andere Gestaltungsvariante entschieden: Das Unternehmerpfandrecht entsteht kraft Gesetzes. Die Position des Unternehmers soll dadurch gestärkt werden. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn der Unternehmer beim gutgläubigen Erwerb schlechter gestellt würde. Eben diese Folge würde aber eintreten, wenn man ihm nur deshalb, weil es sich um ein gesetzliches Pfandrecht handelt, den gutgläubigen Erwerb verwehren würde. Deshalb kann auch ein gesetzliches Unternehmerpfandrecht gutgläubig erworben werden. Man müsste dann freilich für den guten Glauben des U verlangen, dass U sich von B den Kfz-Schein (heute: Zulas-

Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 1257 Rn. 6; *Wiegand*, JuS 1974, 545 (546 f.).

¹⁸ Ausführlich *Peters/Jacoby* (Fn. 14), § 647 Rn. 16.

¹⁹ Zum Folgenden *Canaris*, NJW 1986, 1488 f.; für Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Unternehmerpfandrechts auch *Damrau*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1257 Rn. 3; *Förster*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2017, § 1257 Rn. 13-13.2.; *Habersack*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2001, § 1257 Rn. 6; *Kraft*, NJW 1963, 741 (742 ff.); *Kregel*, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1996, § 1257 Rn. 2; *Schärfl*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 42, Stand: 1.2.2017, § 1257 Rn. 5.

¹⁴ *Picker*, NJW 1978, 1417 (1418); *Stöber*, NJW 1958, 821 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 594; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 647 Rn. 11 ff.

¹⁵ BGHZ 34, 122 (125 ff.).

¹⁶ Zutreffende Kritik bei *Medicus/Petersen* (Fn. 14), Rn. 594.

¹⁷ BGHZ 34, 153 (154 ff.); bestätigt durch BGH, Urt. v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, Rn. 22; ebenso *Bülow*, in: Nomos

sungsbescheinigung Teil I) vorlegen lässt und dass B darin als Halter eingetragen ist.²⁰

3. Abgeleitetes Besitzrecht des B?

Konzediert man dem BGH indes, dass er mit Rücksicht auf seine bisherige Rechtsprechung den beiden vorstehenden Gedankengängen nicht nähergetreten ist, so wäre doch zumindest zu erwarten gewesen, dass er zur Besitzrechtskette etwas ausführt. B war gegenüber E kraft Leihvertrags und U gegenüber B kraft Werkvertrags zum Besitz berechtigt. Der Sachverhalt teilt nirgends mit, dass die Leihe gekündigt worden sei. Der Sachverhalt teilt ebenso wenig mit, dass B den Werkvertrag nach § 649 BGB gekündigt hat oder dass U etwa mangels Zahlung des Werklohns nach § 323 Abs. 1 BGB vom Werkvertrag zurückgetreten ist. Dann aber stand U ein abgeleitetes Besitzrecht zu, ohne dass die Frage, ob U von B noch ausstehenden Werklohn verlangen konnte, überhaupt eine Rolle spielte. Es ist zu bedauern, dass der BGH zu dieser Überlegung überhaupt nichts schreibt.

4. Die Untauglichkeit von Zurückbehaltungsrechten als Grundlage eines Besitzrechts

Stattdessen rekurriert der BGH auf die Idee, dass U ein Zurückbehaltungsrecht zustehen und dieses als Recht zum Besitz dem Herausgabeanspruch des E entgegenhalten könnte. Der BGH hatte schon früher ausgesprochen, dass sich aus einem Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz ergeben könne.²¹ Das überzeugt indes schon ganz allgemein nicht und schon gar nicht im hier gegebenen Fall:

a) Allgemeine Überlegungen

Der Versuch, aus einem Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz abzuleiten, mündet in einen Zirkelschluss: Das Zurückbehaltungsrecht setzt sein Objekt voraus. Dieses Objekt besteht in einem Anspruch, der dem Grunde nach gegeben ist. Wollte man nun aus dem Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz folgern, so würde eben jener Herausgabeanspruch, der das Objekt des Zurückbehaltungsrechts bilden soll, bereits dem Grunde nach entfallen ein unauflöslicher Widerspruch. Der BGH räumt selbst ein, dass das so begründete „Besitzrecht“ nicht zur Abweisung der Herausgabeklage führe; der Besitzer sei lediglich Zug um Zug gegen Erfüllung des Gegenanspruchs zur Herausgabe zu verurteilen.²² Dann aber sollte man sich gleich eingestehen, dass ein Zurückbehaltungsrecht nicht unter § 986 BGB fällt und folglich überhaupt kein Besitzrecht begründet²³.

²⁰ Siehe dazu BGHZ 68, 323 (330 f.).

²¹ BGHZ 64, 122 (124); BGHZ 149, 326 (333); BGH NJW-RR 1996, 282 (283); BGH NJW 1995, 2627 (2628); BGH NJW 2016, 3235 Rn. 35; ebenso *Schanbacher*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 986 Rn. 9 f.; *Westermann/Staudinger*, BGB-Sachenrecht, 13. Aufl. 2017, Rn. 294.

²² BGHZ 64, 122 (125); BGHZ 149, 326 (333); BGH NJW-RR 1996, 282 (283).

²³ Wie hier *Fritzsche* (Fn. 3), § 986 Rn. 16; *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 986 Rn. 45;

b) Insbesondere: Verweigerung der Herausgabe wegen Ansprüchen gegen Dritte?

Jedenfalls aber ist E nicht Gegner des Werklohnanspruchs, dessentwegen U die Herausgabe zurückhalten will. Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Schuldner (hier: U) einen fälligen Anspruch *gegen den Gläubiger* (hier: E) hat. U hat aber keinen Werklohnanspruch gegen E! Allenfalls könnte man überlegen, U habe ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber B und B ein Recht zum Besitz gegenüber E. Das würde indes nur durchgreifen, wenn E mit dem Einbau des Austauschmotors einverstanden war; dann aber hätte U, wie gesehen, allein schon wegen der Besitzrechtskette als solcher ein Besitzrecht, müsste sich also gar nicht erst auf die noch ausstehende Werklohnforderung berufen. Der BGH verstößt hier in gravierender Weise gegen das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse!

c) Zur Beweislast

Die Ausführungen des BGH zur Beweislast sind problematisch. Denn wir wissen nicht genau, weswegen die Werklohnforderung streitig war; angedeutet wird, dass sich der Streit um die Frage rankte, ob der Werklohn schon bezahlt war. Da U die Voraussetzungen jenes Anspruchs beweisen muss, auf den er sein Zurückbehaltungsrecht stützen möchte, muss er beweisen, dass entweder das Werk bereits abgenommen ist oder er das Werk abnahmereif hergestellt und die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB herbeigeführt hat. Ist ihm dies gelungen, so muss er indes *nicht* auch die Nichterfüllung dieses Anspruchs beweisen. Wenn ein Anspruch aktiv geltend gemacht wird, muss der Schuldner die Erfüllung beweisen. Das kann nicht anders liegen, wenn ein Anspruch als Hebel für ein Zurückbehaltungsrecht eingesetzt wird: Auch dann muss der Schuldner des Anspruchs, auf den das Zurückbehaltungsrecht gestützt wird, die Erfüllung dieses Anspruchs beweisen. Nun ist allerdings E, wie gesehen, nicht Schuldner des Werklohnanspruchs. Das entbindet ihn aber ebenfalls nicht von der Notwendigkeit, die Erfüllung des Werklohnanspruchs des U zu beweisen, wenn er das darauf gestützte Zurückbehaltungsrecht (so man es denn anerkennen wollte, siehe soeben unter b) aus dem Felde schlagen will.

V. Fazit und Ausblick

Es steht zu erwarten, dass die hier besprochene Entscheidung in absehbarer Zeit für Prüfungsaufgaben in der staatlichen Pflichtfachprüfung verwertet wird. Die vorstehenden Überlegungen haben indes gezeigt, dass der Sachverhalt so, wie ihn der BGH mitteilt, als Examensaufgabe ungeeignet ist, solange nicht wesentliche Informationen ergänzt werden.

Prof. Dr. Martin Schwab, Bielefeld

Gursky (Fn. 12), § 986 Rn. 28; *Medicus*, JZ 1996, 153 (154); *Roth*, JuS 2003, 937 (939 f.); *Spohnheimer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2017, § 986 Rn. 40; *Stadler* (Fn. 12), § 986 Rn. 9; bezüglich § 273 BGB auch *Seidel*, JZ 1993, 180 (182 ff.).