

03/2026

29. Jahrgang
Seiten 145 - 216



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Aufrechnungslage bei Drittschadensliquidation: Wo ist denn nun der Anspruch?
- Keine Nutzungsentschädigung bei fehlendem Rückerlangungswillen des Vermieters
- Reichweite der Vermutungswirkung bei einem zerrissenen Testament

STRAFRECHT

- Fahrzeug als Waffe oder gefährliches Werkzeug i.S.d. § 113 II S. 2 Nr. 1 StGB?
- StPO: Zur Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen und der Möglichkeit des Ausschlusses eines Staatsanwalts von der Ausübung der Sitzungsvertretung

ÖFFENTLICHES RECHT

- Besitz eines Smartphones bei Erster Juristischer Staatsprüfung (grundsätzlich) kein schwerer Fall des Unterschleifs
- Versammlungsrecht: Untersagung des Verwendens diverser pro-palästinensischer Parolen

AKTUELLE GESETZGEBUNG

- Die Änderungen der ZPO und des GVG mit Wirkung zum 01.01.2026 durch das „Gesetz zur Änderung des Zuständigkeitsstreitwerts der Amtsgerichte, zum Ausbau der Spezialisierung der Justiz in Zivilsachen sowie zur Änderung weiterer prozessualer Regelungen“

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Das Problem: Das Verhältnis der Mängelrechte beim Kauf- und Werkvertrag

GRUNDFÄLLE

- Der Widerruf eines Testaments (§§ 2253 ff. BGB)

HEMMER.LIFE

- Prüfungen als Herausforderung - Mentale Stärke im Examen
Interview mit Dr. Bertold Ulsamer



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

E-book Life&LAW März 2026

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

1 AUFRECHNUNGSLAGE BEI DRITTSCHADENSLIQUIDATION: WO IST DENN NUN DER ANSPRUCH?

A) Sound

B) Problemaufriss

I. Die klassischen drei Fälle der Drittschadensliquidation

1. Mittelbare Stellvertretung
2. Obligatorische Gefahrentlastung
3. Obhutsfälle

II. Rechtsfolge

III. Fallgruppe der konzerninternen Schadensverlagerung

C) Lösung

I. Anspruch aus §§ 675 I, 611 I HS 2 BGB

1. Anspruch entstanden und fällig
2. Anspruch infolge Aufrechnung entfallen, § 389 BGB?
 - a) Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB
 - b) Aufrechnungslage, § 387 BGB? Problem: Gegenanspruch des B gegen A?
 - aa) Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB?
 - bb) Problem: Hat B überhaupt einen Schaden erlitten?
 - (1) Räume wurden von W-KG angemietet
 - (2) Auch Haftungsschaden bei B vorliegend (-)
 - (3) Schaden bei B nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation?
 - cc) Im Hinblick auf Aufrechnung reicht der über DSL gewonnene Schaden aus
 - c) Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB?

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

2 KEINE NUTZUNGSENTSCHÄDIGUNG BEI FEHLENDEM RÜCKERLANGUNGSWILLEN DES VERMIETERS

A) Sound

B) Problemaufriss

I. Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach § 546 BGB (Räumung) und auf Herausgabe

II. Inhalt des Rückgabeanspruchs nach § 546 BGB im Unterschied zu den Ansprüchen auf Herausgabe

1. „Räumung“ bei der Raum- und Grundstücksmitte

- a) Rückgabe auch erfüllt, wenn Mietsache im beschädigten Zustand herausgegeben wird
- b) Kein Zurückbehaltungsrecht bei Miete von Wohnraum, Grundstücken und sonstigen Räumen, §§ 570, 578 I, II S. 1 BGB

2. Anspruch gegen Dritte, § 546 II BGB

III. Rechtsfolgen bei Verletzung der Rückgabepflicht

1. Kein „echtes“ Selbsthilferecht

2. Aber: Recht zur „kalten“ Räumung

3. Entschädigungsanspruch nach § 546a I BGB

4. Geltendmachung eines weiteren Schadens, § 546a II BGB

- a) Ansprüche auf Schadensersatz
- b) Konkurrenz zu Nutzungsersatzansprüchen aus Bereicherungsrecht und EBV

C) Lösung

I. Anspruch auf Entschädigung gem. §§ 549 I, 546a I BGB

1. Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. August 2017

2. Vorenthaltung der Wohnung durch M?

- a) Rechtsprechung des BGH zum fehlenden Rückerlangungswillen des Vermieters
- b) Kritik von einer M.M. in der Literatur
- c) BGH hält an seiner Rechtsprechung fest
- d) Ergebnis

II. Anspruch auf Nutzungsersatz nach § 987 I BGB

1. Vorliegen eines EBV in der Zeit von Februar bis August 2018

2. Anwendbarkeit des § 987 BGB neben § 546a I BGB

- a) Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 987, 292 II bzw. §§ 990 I S. 2, 987 BGB
 - aa) Die Subsidiaritätstheorie (M.M.)
 - bb) Kumulationstheorie (BGH und h.L.)
- b) Vorliegend aber keine Rechtshängigkeit bzw. Bösgläubigkeit
 - aa) Keine Rechtshängigkeit i.S.d. § 987 BGB
 - bb) Keine Bösgläubigkeit i.S.d. § 990 I BGB

4. Ergebnis

III. Anspruch auf Nutzungsersatz nach §§ 812 I S. 2 Alt. 1, 818 II Alt. 1 BGB

1. Tatbestand des § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB

2. Anwendbarkeit von Bereicherungsrecht neben § 546a I BGB

3. Rechtsfolge: Wertersatzpflicht für die Gebrauchsvorteile, § 818 II Alt. 1 BGB

- a) Maßgeblich sind die tatsächlich gezogenen Nutzungen
- b) Berechnung des Wertersatzes im konkreten Fall

3. Ergebnis

IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) hemmer-background

F) Wiederholungsfrage

G) Zur Vertiefung

3 REICHWEITE DER VERMUTUNGSWIRKUNG BEI EINEM ZERRISSENEN TESTAMENT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Gesetzliche Erbfolge

II. Vorrangige gewillkürte Erbfolge

1. Vorliegen einer wirksamen Verfügung von Todes wegen

2. Inhalt der Verfügung

3. Widerruf der Verfügung

a) Vernichtung des Testaments

b) Vernichtung durch den Erblasser

c) Widerrufsabsicht

4. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

STRAFRECHT

4 FAHRZEUG ALS WAFFE ODER GEFÄHRLICHES WERKZEUG I.S.D. § 113 II S. 2 NR. 1 STGB?

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. § 315b I Nr. 3 StGB i.V.m. §§ 315b III, 315 III Nr. 1 lit. a StGB

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Verkehrsfremder Eingriff von außen

bb) Verkehrsfremder Eingriff von innen durch Pervertierung

cc) Dadurch Beeinträchtigung der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs

dd) Konkrete Gefahr für Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert

b) Subjektiver Tatbestand

Qualifikation, § 315b III i.V.m. § 315 III StGB

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

II. § 113 I, III S. 2 Nr. 1 StGB

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

3. Besonders schwerer Fall, § 113 II S. 2 Nr. 1 StGB

a) Fahrzeug als Waffe (Alt. 1)

b) Fahrzeug als gefährliches Werkzeug (Alt. 2)

III. § 114 I StGB

IV. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 22, 23 StGB

V. Ergebnis / Konkurrenzen

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

5 STPO: ZUR VORFÜHRUNG VON BILD-TON-AUFZEICHNUNGEN UND DER MÖGLICHKEIT DES AUSSCHLUSSES EINES STAATSANWALTS VON DER AUSÜBUNG DER SITZUNGSVERTRETUNG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Verfahrenshindernisse

II. Verfahrensverstöße

1. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO (Ersetzung der persönlichen Vernehmung der Z)

2. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO (Vorführung der Bild-Ton-Aufnahme der polizeilichen Vernehmung)

3. Verstoß gegen § 22 Nr. 5 StPO analog, § 258 I StPO

III. Verletzung materiellen Rechts

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

6 BESITZ EINES SMARTPHONES BEI ERSTER JURISTISCHER STAATSPRÜFUNG (GRUNDSÄTZLICH) KEIN SCHWERER FALL DES UNTERSCHLEIFS

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Eigenschaft des schweren Falles als unbestimmter Rechtsbegriff
- II. Anforderungen unter dem Bestimmtheitsgebot
- III. Prüfungsmaßstab bei unbestimmten Rechtsbegriffen
 1. Grundsatz: Volle gerichtliche Überprüfbarkeit des Tatbestands
 2. Ausnahme: Funktionsgrenzen der Rechtsprechung
 - a) Besonderheit der Fallgruppe „Prüfungsentscheidung“
 - b) Begrenzung der Nachprüfung auf Beurteilungsfehler
- IV. Einordnung als unbestimmter Rechtsbegriff
 1. Abgrenzung zu Ermessensnormen
 2. Verschränkung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensnormen

C) Lösung

- I. Unterschleif i.S.d. § 11 JAPO
 1. Abstrakter Besitz als Unterschleif
 2. Vorsatz oder Fahrlässigkeit
 3. Zwischenergebnis
- II. Einfacher Unterschleif oder schwerer Fall
 1. Anforderungen an das Vorliegen eines schweren Falles
 - a) Argumente für einen schweren Fall
 - b) Argumente gegen einen schweren Fall
 2. Reiner Besitz keine Form des schweren Falles
 3. Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses von der gesamten Prüfung
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Background

F) Wiederholungsfragen

G) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

7 VERSAMMLUNGSRECHT: UNTERSAGUNG DES VERWENDENS DIVERSE PRO-PALÄSTINENSISCHER PAROLEN

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Passivlegitimation

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

III. Abwägung von Suspensiv- und Vollzugsinteresse

1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

a) Ermächtigungsgrundlage

b) Formelle Rechtmäßigkeit

c) Materielle Rechtmäßigkeit

2. Besonderes Vollzugsinteresse (in Bezug auf die Parole „Yallah, Yallah, Intifada“)

3. Interessenabwägung (in Bezug auf die Parole „From the river to the sea“)

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

AKTUELLE GESETZGEBUNG

Die Änderungen der ZPO und des GVG mit Wirkung zum 01.01.2026 durch das „Gesetz zur Änderung des Zuständigkeitsstreitwerts der Amtsgerichte, zum Ausbau der Spezialisierung der Justiz in Zivilsachen sowie zur Änderung weiterer prozessualer Regelungen“

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

DAS PROBLEM: DAS VERHÄLTNISS DER MÄNGELRECHTE BEIM KAUF- UND WERK-VERTRAG

A) Der Anspruch auf Nacherfüllung

I. Erlöschen des Wahlrechts

II. Verlust des Nacherfüllungsanspruches durch Geltendmachung von Minderung, Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung

B) Verhältnis Minderung und Rücktritt

C) Verhältnis des Rücktrittsrechts zu dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung

D) Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung

I. Minderung und (kleiner) Schadensersatz statt der Leistung sind nebeneinander möglich

II. Minderung und (großer) Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich aber gegenseitig aus

1. Mit der Minderung wird auch erklärt, am Vertrag festhalten zu wollen

2. Durch wirksame Gestaltungserklärung ist das Wahlrecht verbraucht

III. Zusammenfassung

E) Verhältnis von Minderung und dem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung beim Werkvertrag

I. § 281 IV BGB gilt nicht entsprechend

1. Sinn und Zweck des § 281 IV BGB

2. § 281 IV BGB schließt aber nicht Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB aus

II. Auch Minderung und Kostenvorschuss nach § 637 I, III BGB sind parallel möglich

1. Durch Erklärung der Minderung entfällt der Nacherfüllungsanspruch, der Rücktritt und der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung

2. Erklärung der Minderung lässt den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung („kleiner Schadensersatz“) nicht entfallen

3. Daher muss neben der Minderung auch der Anspruch auf Kostenvorschuss bestehen bleiben

4. Ergebnis

GRUNDFÄLLE

DER WIDERRUF EINES TESTAMENTS (§§ 2253 FF. BGB)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

1. Wirksame Erbeinsetzung des F

2. Widerruf durch Vernichtung, § 2255 BGB

3. Konkludenter Widerruf, § 2258 I BGB

4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 11.09.2025, III ZR 274/23, NJW-RR 2025, 1336 FF. = JURISBYHEMMER

1 AUFRECHNUNGSLAGE BEI DRITTSCHADENSLIQUIDATION: WO IST DENN NUN DER ANSPRUCH?

+++ Fallgruppen der Drittschadensliquidation +++ Rechtsfolge der Drittschadensliquidation und Konsequenz für Aufrechnung +++ Aufrechnungsverbot bei Dienstleistung durch Freiberufler +++ §§ 280 I, 285, 387 ff. BGB; §§ 850 I, II, 850c I ZPO +++

Sachverhalt (stark abgewandelt und vereinfacht): Die Firma X hat diverse Forderungen aus Geschäftsbeziehungen zu Dritten. B erwirbt diese Forderungen und beauftragt Rechtsanwalt A damit, ihm bei der Einziehung der entsprechenden Forderungen zu helfen. Aufgrund des großen Umfangs vereinbaren B und A im Rahmen eines Dienstvertrages, dass A monatlich 1.000 € für seine Tätigkeit erhält und B ihm Räumlichkeiten zur Verfügung stellt, in denen A den umfangreichen Aktenbestand sichten kann.

B ist Geschäftsführer der W-GmbH, die ihrerseits Komplementärin der W-GmbH & Co KG (W-KG) ist. Aus steuerrechtlichen Gründen mietete die W-KG bei V Räume für 1.000 € monatlich an, die B dem A für seine Arbeiten zur Verfügung stellt.

B zahlte dem A bis einschließlich Januar 2019 die vereinbarte monatliche Vergütung in Höhe von 1.000 €. Danach stellte er die Zahlungen ein und kündigte das Vertragsverhältnis mit A wirksam zum 30. November 2019. Gleichzeitig kündigte die W-KG den Mietvertrag mit V (ebenfalls wirksam) zum 30. November 2019. A gab die ihm überlassenen Räume gleichwohl erst 10 Monate später an B zurück.

Er verlangt nun Zahlung der ausstehenden Vergütung für die Monate Februar bis einschließlich November 2019 in Höhe von 10.000 €.

B erklärte im Dezember 2020 die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in identischer Höhe, da A die Räumlichkeiten unberechtigt 10 Monate weitergenutzt habe. A tritt dem entgegen. B habe doch gar keinen Schaden erlitten. Vielmehr sei es die W-KG, welche gegenüber V ersatzpflichtig sei.

Im Übrigen sei die Aufrechnung ohnehin unwirksam, da er – der A – (was zutrifft) als Freiberufler für B bis zur Kündigung Ende November jede Woche 40 Stunden gearbeitet habe und nicht über sonstige Einkünfte verfüge. Er brauche die 1.000 € monatlich, um seine bescheidene Lebenshaltung zu finanzieren.

Besteht ein Anspruch des A gegen B auf Zahlung von 10.000 €?

A) Sound

1. In den Fällen der Drittschadensliquidation ist der Inhaber des Anspruchs grundsätzlich zur Aufrechnung gegenüber dem Schädiger berechtigt.

2. Das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB in Verbindung mit §§ 850 I, II, 850c I ZPO kann auch dann bestehen, wenn die vergüteten Dienstleistungen von einem freiberuflich Tätigen erbracht werden.

B) Problemaufriss

Der Fall befasst sich mit einer interessanten Fragestellung im Rahmen der Drittschadensliquidation.

Im Studium ist man gewohnt, die Drittschadensliquidation über die verschiedenen Fallgruppen zu erarbeiten. In der vor-

liegenden Entscheidung macht sich der BGH (genau wie die Vorinstanz) nicht mit einer Silbe die Mühe, die Fallgruppe zu benennen, die im vorliegenden Fall einschlägig sein soll. Und in der Tat: eine Zuordnung zu den klassischen Fällen ist im vorliegenden Fall nicht möglich.

Gibt es etwa noch weitere Fälle? In der Literatur wird die Etablierung anderer Fallgruppen z.T. skeptisch betrachtet;¹ insbesondere gehe die Trennschärfe zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verloren, so dass in anderen Konstellationen, in denen der Schutz eines Dritten aus Wertungsgesichtspunkten heraus zwingend erscheint, lieber mit diesem Institut gearbeitet werden soll.

Sozusagen „klammheimlich“ hat der BGH in den vergangenen Jahren an der Entwicklung einer weiteren Fallgruppe gearbeitet, die dem vorliegenden Fall am nächsten zu stehen scheint. Geht der BGH davon aus, dass diese Fallgruppe schon so etabliert ist, dass sie keiner Erwähnung mehr bedarf? Für den Studenten ist die Lektüre des Originals nicht besonders hilfreich, um die Problematik zu erfassen.

Damit der Einstieg erleichtert wird, werden zunächst die klassischen Fallgruppen kurz dargestellt, die sich etabliert haben. Sodann wird zu der neuen Fallgruppe übergeleitet. Danach sollte die eigentliche Lösung des Falles leichter fallen.

I. Die klassischen drei Fälle der Drittschadensliquidation

Im Studium wird klassisch zwischen drei Fällen der Drittschadensliquidation differenziert: „mittelbare Stellvertretung“, „obligatorische Gefahrentlastung“ und „Obhutsfälle“.

1. Mittelbare Stellvertretung

In dieser Variante schließt jemand einen Vertrag im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Der Begriff „Stellvertretung“ ist in diesem Zusammenhang eigentlich verwirrend, da es darum gerade nicht geht.

Beispiel: A betraut den B damit, bei C ein Gemälde zu erwerben. Da C den A nicht mag, soll B im eigenen Namen handeln und das Gemälde sodann an A weiterüberreichen. B erhält von A den erforderlichen Kaufpreis und schließt den Vertrag mit C im eigenen Namen. Auf dem Heimweg wird das Gemälde von D zerstört.

Verlangt nun A Schadensersatz wegen der durch die Beschädigung bedingten Werteinbuße, kann er nicht gegen B vorgehen, da dieser das Gemälde nicht beschädigt hat. Auch ein Anspruch gegen D scheidet mangels Rechtsgutsverletzung bei A aus.

B hat zwar eine Rechtsgutsverletzung zu beklagen (Eigentum, § 823 I BGB), kann gegen D aber nicht vorgehen, weil ihm wegen der Erstattung des Kaufpreises kein Schaden entstanden ist. Für D wäre diese Situation „ein Geschenk“ des Himmels; die Schadensverlagerung auf A hängt ja allein von der vertraglichen Vereinbarung zwischen A und B ab.

2. Obligatorische Gefahrentlastung

(a) Hier kommt es zum Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden durch die Anwendung der Gefahrtragungsregelungen des Schuldrechts.

Beispiel: A kauft das Gemälde direkt bei C und vereinbart die Versendung zu ihm nach Hause. Die von C eingesetzte Transportperson B zerstört das Gemälde.

Aufgrund der Verständigung auf eine Schickschuld, muss A den Kaufpreis gem. § 433 II Alt. 1 BGB an C in Ausnahme zu § 326 I S. 1 HS 1 BGB wegen § 447 I BGB begleichen, obwohl die Leistungserbringung ihm gegenüber unmöglich geworden ist. C hat daher keinen Schaden, den er gegenüber B erstattet verlangen kann. A hingegen hat gegen B keinen Anspruch, da es sowohl an einem Schuldverhältnis fehlt (daher kein Anspruch aus § 280 I BGB) als auch an einer Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 I BGB. Gegen C kann er nicht aus §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB vorgehen, weil dieser den Eintritt der Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Insbesondere kann das Verschulden des B nicht gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zugerechnet werden, da B kein Erfüllungsgehilfe ist: Bei der Schickschuld gehört der Transport nicht zum Pflichtenkreis des Verkäufers.

Wiederum für B ein „Geschenk des Himmels“. Trotz schuldhafter Schädigung müsste er nicht haften, was ersichtlich unbillig ist. Er würde von § 447 I BGB, und damit von der Tatsache, dass eine Schickschuld vereinbart wurde, profitieren. Hätten A und C eine Bringschuld vereinbart, wären Anspruch und Schaden problemlos bei Verkäufer C.

(b) Zudem kann in dieser Fallgruppe der „Vermächtnisfall“ verortet werden, in dem der schuldrechtliche Anspruch aus

¹ Staudinger/Schiemann, vor § 249 BGB, Rn. 76.

§ 2174 BGB betroffen ist.

Beispiel: E ist testamentarischer Erbe des verstorbenen X. In dem Testament wurde E mit einem Vermächtnis zugunsten des V belastet. Vermächtnisgegenstand ist ein Gemälde. Noch bevor E das Gemälde an V übereignet, wird dieses von D schuldhaft zerstört.

V hat hier keinen Anspruch gegen D. Ein allein in Betracht kommender Anspruch aus § 823 I BGB scheitert an einer Rechtsgutsverletzung. Der lediglich schuldrechtliche Anspruch auf Übereignung aus § 2174 BGB stellt kein absolut geschütztes Recht dar, da es sich nur um ein relatives Recht gegenüber dem Erben E handelt.

E hat zwar eine Rechtsgutsverletzung erlitten, hat aber keinen Schaden. Die Zerstörung führt dazu, dass der gegen ihn gerichtete Anspruch aus § 2174 BGB erloschen ist, § 275 I BGB. „Wirtschaftlich“ wäre überdies das Gemälde ohnehin verloren gewesen, da E zur Übereignung an V verpflichtet war.

Hier ergibt sich jedoch aus normativen Gründen nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation gem. § 242 BGB ein Schaden, indem der Schaden des V zum Anspruch des E gezogen wird, denn die Schadensverlagerung auf V ist für Schädiger D rein zufällig erfolgt.

V kann von E gem. § 285 I BGB daher die Abtretung des Anspruchs aus § 823 I BGB gegen D verlangen.

3. Obhutsfälle

Beispiel: A verleiht sein Gemälde an B. Dieser gibt es mit Einverständnis des A zur Restaurierung an C. C betraut den stets zuverlässigen Mitarbeiter D damit, das Gemälde zu restaurieren. D zerstört das Gemälde fahrlässig.

B hat hier gegen C einen Anspruch aus Pflichtverletzung des Werkvertrags. Die Verschaffung des Werks ist unmöglich geworden (§ 633 I BGB, Zweckfortfall), so dass eine Haftung aus §§ 275 IV, 280 I, III, 283 S. 1 BGB besteht. C muss sich das Fehlverhalten von D gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechnen lassen. Gleichwohl fehlt es B am Schaden, da es sich nicht um seine Sache handelt. Ein Schaden bei B ergibt sich auch nicht aus einer Haftung gegenüber A (sog. Haftungsschaden), da B die Unmöglichkeit der Rückgabe nicht zu vertreten hat. Die Restauration erfolgte mit Zustimmung des A. Eine Zurechnung gem. § 278 S. 1 Alt. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil C/D nicht im Pflichtenkreis des B gegenüber A tätig geworden sind.

A seinerseits kann nicht einmal deliktisch gegen C vorgehen, da sich C exkulpieren kann, § 831 I S. 2 HS 1 BGB. Es verbliebe einzig ein Anspruch aus § 823 I BGB gegen D, der in der Praxis jedoch oft wertlos ist.

Obwohl A also sowohl Anspruch als auch Schaden (gegenüber D) hat, wird vom BGH in dieser Konstellation die Drittschadensliquidation herangezogen.²

Aus der Sicht von C wäre es wiederum ein „Geschenk des Himmels“, wenn die ihm gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechenbare schuldhafte Pflichtverletzung des D sanktionslos bliebe. Wäre nämlich B Eigentümer gewesen, bestünde an der Haftung auf Schadensersatz kein Zweifel.

II. Rechtsfolge

In allen Fällen wird die Unbilligkeit, die sich aus der zufälligen Schadensverlagerung ergäbe, dadurch beseitigt, dass der Schaden zum Anspruch gezogen wird. Erreicht wird dieses Billigkeitsergebnis über eine auf § 242 BGB gestützte normative Betrachtung des Schadensbegriffs.

Der Geschädigte kann aufgrund seiner vertraglichen Beziehung zum Anspruchsinhaber gem. § 285 I BGB (analog)³ die Abtretung des so gewonnenen Surrogatsanspruchs gegen den Schädiger verlangen, um so dann doch Schadensersatz aus abgetretenem Recht (§ 398 S. 2 BGB) verlangen zu können.

Die Drittschadensliquidation gewährt mit ihrer Rechtsfolge („Schaden wird zum Anspruch gezogen“) also nicht unmittelbar Zugriff gegen den Schädiger. Sie ist vielmehr nur Mittel zu dem Zweck, einen kompletten Anspruch zu konstruieren, auf welchen der Geschädigte gem. § 285 I BGB zugreifen kann. Bis zur Abtretung steht dieser Anspruch aber dem „Mittelsmann“ zu.

Genau diese Frage ist Gegenstand der Betrachtung im vorliegenden BGH-Fall, weil es um das Bestehen einer Aufrechnungslage geht (dazu in der Lösung).

Doch welcher Fall der Drittschadensliquidation liegt nun vor? Wie gesagt, trifft der BGH keine Zuordnung. Möglicherwei-

2 BGH, NJW-RR 2001, 1612 ff. = [jurisbyhemmer](#); die Literatur ist hier z.T. kritisch, da es nicht Aufgabe des Instituts der Drittschadensliquidation sei, den Geschädigten von Liquiditätsproblemen beim Schädiger zu befreien, vgl. MüKo, § 249, Rn. 25.

3 Ob § 285 BGB direkt oder analog greift, wird unterschiedlich betrachtet, ist in der Lösung aber erst einmal zweitrangig. Jedenfalls in Fällen der Unmöglichkeit der Leistung (anders ggfs. bei bloßer Beschädigung) erscheint eine direkte Anwendung überzeugend.

se ging er von einer ganz anderen Fallgruppe aus?

III. Fallgruppe der konzerninternen Schadensverlagerung

Vornehmlich in der Literatur wird eine weitere Fallgruppe der sog. konzerninternen Schadensverlagerung diskutiert.

Beispiel: Die A GmbH bezieht bei X Filter, die sie in Katalysatoren einbaut, welche sodann von der A GmbH & Co KG vertrieben werden. Die A GmbH ist die Komplementärin der A GmbH & Co KG (A-KG). Ein Kunde nimmt die A-KG wegen Mängeln an dem Katalysator in Anspruch. Es stellt sich heraus, dass die Mängel auf Defekte an den durch X gelieferten Filtern zurückzuführen sind. Die A GmbH verlangt Schadensersatz von X.

Ein Schadensersatzanspruch besteht dem Grunde nach gem. §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB. Fraglich ist allerdings, ob die A GmbH einen Schaden erlitten hat. Wäre sie ihrerseits der A GmbH & Co KG verantwortlich, hätte sie einen sog. Haftungsschaden erlitten, der in der Regresskette einfach weitergereicht werden könnte.

Oftmals wird konzernintern allerdings die Haftung ausgeschlossen,⁴ da die GmbH & Co KG überwiegend verwaltende Aufgaben übernimmt und keine im produzierenden Bereich.

Hätte die A GmbH selbst auch den Vertrieb übernommen, wäre der Schaden aufgrund der Inanspruchnahme durch die Kunden direkt bei ihr. Aufgrund der für Z zufälligen Arbeitsteilung zwischen GmbH und KG fallen Anspruch und Schaden auseinander.

Der vorliegende Fall scheint Berührungspunkte zu dieser Fallgruppe zu haben, in dem nur aus steuerrechtlichen Gründen nicht B, sondern die W-GmbH & Co KG die Anmietung der Räumlichkeiten vornahm. Eine gewisse Nähe zur Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung lässt sich ebenfalls nicht leugnen. Bei seinen (textbausteinartigen) Ausführungen zur Drittschadensliquidation zitiert der BGH ein älteres Urteil, welches sich auf den Fall der mittelbaren Stellvertretung bezog. Möglicherweise sieht der BGH die vorliegende Konstellation wie selbstverständlich als einen entsprechenden Unterfall an?

Die eigentlichen Probleme des Falles setzen erst an dieser Stelle an. Unabhängig davon, welchen Fall der Drittschadensliquidation man annimmt: Kann der Anspruchsinhaber überhaupt aufrechnen, obwohl er ja (zunächst) den Schaden gar nicht erlitten hat? Überdies geht es um Fragen des Abtretungsverbots des § 394 S. 1 BGB.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob A von B die Zahlung von 10.000 € verlangen kann.

I. Anspruch aus §§ 675 I, 611 I HS 2 BGB

Ein Anspruch des A könnte sich aus §§ 675 I, 611 I HS 2 BGB ergeben.

1. Anspruch entstanden und fällig

A hat sich in dem Vertrag verpflichtet, den B bei der Geltendmachung von Ansprüchen zu unterstützen, ohne für den Erfolg des Eintreibens der Ansprüche verantwortlich zu sein. Die Leistungspflicht des A beschränkte sich auf die Erbringung der Dienstleistung als solcher.

Bei dem zwischen A und B geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag in Form des Dienstvertrages, §§ 675 I, 611 ff. BGB.

Wirksamkeitshindernisse lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Da A die Dienste auch verrichtet hat, war der Anspruch auf die Vergütung in den Monaten Februar bis einschließlich November 2019 auch fällig, § 614 S. 1 BGB, so dass B die Vergütung jeweils zum Monatsende hätte entrichten müssen, § 614 S. 2 BGB.

⁴ Bei dem konzerninternen Vertragsverhältnis wird es i.d.R. um einen Geschäftsbesorgungsvertrag gehen, § 675 I BGB.

2. Anspruch infolge Aufrechnung entfallen, § 389 BGB?

Möglicherweise ist der Anspruch infolge Aufrechnung jedoch mit ex-tunc-Wirkung entfallen, § 389 BGB.

Anmerkung: Die Wirkung ex-tunc ist insbesondere von Bedeutung für die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen. Da es ab Entstehung der Aufrechnungslage keine Forderung (mehr) gab, kann ab diesem Zeitpunkt auch kein Verzug bestanden haben. Hintergrund: Sobald die Aufrechnungslage besteht, muss jederzeit (grds. wechselseitig) mit der Aufrechnungserklärung gerechnet werden.⁵

a) Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB

B hat die Aufrechnung gegenüber A im Dezember 2020 erklärt, § 388 S. 1 BGB.

b) Aufrechnungslage, § 387 BGB? Problem: Gegenanspruch des B gegen A?

Fraglich ist jedoch, ob eine Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB bestand. Dazu wäre erforderlich, dass im Gegenseitigkeitsverhältnis ein gleichartiger Anspruch des B gegen A bestanden hätte.

aa) Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB?

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 280 I BGB ergeben.

Zwar hatte A gegenüber B einen Anspruch darauf, die von ihm geschuldete Tätigkeit in Räumlichkeiten erbringen zu dürfen, die B dem A stellt. Da der Geschäftsbesorgungsvertrag jedoch wirksam zum 30.11.2019 gekündigt worden war, bestand das entsprechende Nutzungsrecht über diesen Zeitpunkt hinaus nicht mehr.

Die Pflichtverletzung des A bestand darin, die Räume nicht zum 30.11.2019 an B zurückgegeben zu haben. Während die Verpflichtung zur Rückgabe im Mietrecht in § 546 I BGB geregelt ist, wird man den Anspruch im vorliegenden Fall jedenfalls aus ergänzender Vertragsauslegung ableiten können.

Das Vertretenmüssen des A wird vermutet, § 280 I S. 2 BGB. Entlastendes lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

bb) Problem: Hat B überhaupt einen Schaden erlitten?

Fraglich ist jedoch, ob B überhaupt einen Schaden erlitten hat.

Er selbst hatte die Räume nicht bei V angemietet. Hätte er dies getan, läge der Schaden des B darin, dem V gegenüber jedenfalls aus § 546a I BGB zur Entschädigung i.H.v. 1.000 € verpflichtet zu sein.

(1) Räume wurden von W-KG angemietet

Wie A zutreffend einwendet, hatte jedoch die W-KG die Räumlichkeiten bei V angemietet, so dass diese zur Zahlung der Entschädigung gem. § 546a I BGB verpflichtet war.

(2) Auch Haftungsschaden bei B vorliegend (-)

Ein Schaden des **B** selbst könnte sich nur dann ergeben, wenn er der W-KG gegenüber wiederum zum Ersatz verpflichtet sein würde (sog. Haftungsschaden). Davon kann im vorliegenden Fall jedoch nicht ausgegangen werden. Die Anmietung durch die KG erfolgte lediglich aus steuerrechtlichen Gründen. Es lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass zwischen B und der KG wiederum ein entsprechendes Nutzungsverhältnis begründet wurde, aus dem ein eigenständiger Herausgabeanspruch der W-KG gegenüber B begründet sein könnte.

(3) Schaden bei B nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation?

⁵ Beachten Sie in prozessualer Hinsicht jedoch Folgendes: Wird die Aufrechnung erst im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erklärt, ändert sich an der beschriebenen ex-tunc-Wirkung zwar nichts. Allerdings kann der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklären, um so einer Kostentragungspflicht zu entgehen. Für die (einseitige) Erledigungserklärung muss ein Ereignis nach (!) Rechtshängigkeit dafür gesorgt haben, dass die Klage unbegründet geworden ist. Würde man auch hier die Wirkung des § 389 BGB heranziehen, wäre das nicht der Fall. Dies wäre im Hinblick auf die Kostentragung unbillig, so dass man für diese prozessuale Fragestellung auf den Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung abstellt, vgl. BGH, Life&LAW 11/2003, 765 ff.

Möglicherweise kann jedoch nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation von einem Schaden bei B ausgegangen werden. Liegen die Voraussetzungen des Instituts vor, wird der Schaden des Dritten (hier W-KG) aus normativen Gründen gem. § 324 BGB zum Anspruch des Anspruchsinhabers (hier B) gezogen und komplettiert damit den vollständigen Anspruch gegen den Schädiger (hier A). Wie ausgeführt, hat B zwar einen Anspruch, jedoch keinen Schaden. Die geschädigte W-KG hat ihrerseits zwar einen Schaden (Entschädigungspflicht gem. § 546a I BGB gegenüber V), jedoch steht ihr kein Anspruch gegen A zu. Die allein in Betracht kommenden deliktischen Ansprüche scheitern am Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung.

Anmerkung: An dieser Stelle hätte man kurz auf den „berechtigten Besitz“ der W-KG aufgrund des Mietverhältnisses mit V eingehen können. Der berechtigte Besitz ist – vergleichbar dem Eigentum – mit einer Ausschluss- und Nutzungsfunktion versehen und stellt daher anerkanntermaßen ein sonstiges absolut geschütztes Recht i.S.d. § 823 I BGB dar. Da aber laut Sachverhalt das Mietverhältnis zwischen der W-KG und V zum 30.11.2019 gekündigt worden war, war die W-KG ab diesem Zeitpunkt auch nicht mehr berechtigte Besitzerin.⁶

Zusätzlich müsste der Umstand, dass der Schaden bei der W-KG und nicht bei B eingetreten ist, aus Sicht des Schädigers zufällig sein (sog. zufällige Schadensverlagerung).

Auch wenn vorliegend keine der klassischen Fallgruppen der Drittschadensliquidation einschlägig ist (siehe dazu den Problemaufriss), muss vorliegend aufgrund der „konzerninternen“ Vertragsgestaltung vom Vorliegen der zufälligen Schadensverlagerung ausgegangen werden. B ist gesellschaftsrechtlich mit der B-GmbH und der W-KG verflochten. Wenn aus rein steuerrechtlichen Gründen eine Anmietung durch die W-KG und nicht durch B erfolgte, kann dies aus Sicht des A nicht entlastend wirken. Es wäre für ihn ein „Geschenk des Himmels“, von dieser für ihn nicht beeinflussbaren Vertragsgestaltung dergestalt zu profitieren, trotz eindeutiger Pflichtverletzung nicht haftbar gemacht werden zu können.

Der BGH führt dazu (nur knapp) aus: „Die Drittschadensliquidation greift ein, wenn das durch einen Vertrag geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen dergestalt auf einen Dritten verlagert ist, dass der Schaden – aus Sicht des Schädigers zufällig – den Dritten und nicht den Gläubiger trifft... . Dass der Schädiger hieraus keinen Vorteil ziehen darf, liegt auf der Hand“.

Zwischenergebnis: Daher ist nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation davon auszugehen, dass B einen Schaden und damit einen (vollständigen) Anspruch aus § 280 I BGB gegen A hat.

cc) Im Hinblick auf Aufrechnung reicht der über DSL gewonnene Schaden aus

Fraglich ist, ob die durch die Drittschadensliquidation vorgenommene wertende Korrektur im Rahmen der Beurteilung der Aufrechnungslage maßgeblich ist, d.h. ob tatsächlich von der **Gegenseitigkeit** der Ansprüche zwischen A und B ausgegangen werden kann. Faktisch liegt der Schaden ja bei der W-KG.

Bei der Aufrechnung muss die Gegenforderung eine eigene Forderung des Schuldners sein. Das ist hier jedoch der Fall.

Denn Gläubiger des Schadensersatzanspruchs ist bei der Drittschadensliquidation nicht derjenige, der den Schaden erlitten hat, sondern der Inhaber des Anspruchs, vorliegend also B.

Die grundsätzliche Berechtigung dazu ergibt sich daraus, dass der Schaden des Dritten (W-KG) nach § 242 BGB kraft Gesetzes aus Wertungsgründen zum Anspruch des B gezogen wird. Dazu bedarf es keiner Gestaltungs- oder Einverständniserklärung.

Zwischenergebnis: Eine Aufrechnungslage hat daher zwischen A und B grundsätzlich bestanden.

c) Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB?

Möglicherweise steht der wirksamen Aufrechnung jedoch das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB entgegen.

Nach dieser Vorschrift ist eine Aufrechnung gegen (!) eine Forderung nicht zulässig, die der Pfändung nicht unterworfen ist. Der Sinn und Zweck der Pfändungsverbote, einen tatsächlichen Mittelfluss zu gewährleisten, würde andernfalls unterlaufen werden.

Zu prüfen ist daher, ob der Anspruch des A gegen B auf die Vergütung aus § 611 I HS 2 BGB pfändbar wäre. In Betracht kommt das Pfändungsverbot des §§ 850 I, 850c I ZPO, wonach Arbeitseinkommen in der hier relevanten Höhe nicht pfändbar ist.

Fraglich ist, ob es sich bei dem Vergütungsanspruch des A um Arbeitseinkommen i.S.d. Normen handelt. Dabei hat der

⁶ Überdies hat der BGH bereits in der Vergangenheit die Drittschadensliquidation nicht daran scheitern lassen, dass ein deliktischer Anspruch bestand. Dies ähnelt der Rechtslage beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, wo die Schutzwürdigkeit des Dritten auch nicht scheitert, falls er deliktische Ansprüche haben sollte. Die „Schwächen des Deliktsrechts“ sollen dadurch zurückgedrängt werden.

BGH bereits früher klargestellt, dass der Begriff nicht nach einem Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne verlangt. Vielmehr wird nicht danach unterschieden, ob die vergüteten Dienste in abhängiger oder in freier Stellung geleistet werden.⁷

Die Tatsache, dass A vorliegend freiberuflich gearbeitet hat, steht daher der Einschlägigkeit des Pfändungsverbots nicht entgegen.

Anmerkung: Diese Sichtweise ist absolut überzeugend. Für die Sicherung des Existenzminimums (und nur darum geht es im Rahmen der §§ 850 I, 850c ZPO) kann nicht relevant sein, ob die Tätigkeit in sozialer Abhängigkeit verrichtet wird oder „frei“.

Maßgeblich für den Begriff des Arbeitseinkommens im Sinne der Pfändungsbeschränkungen ist allein § 850 II ZPO.

Danach handelt es sich u.a. dann um Arbeitseinkommen, wenn es um „Arbeits- oder Dienstlöhne“ geht, die die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen.

A arbeitete im Umfang von 40 Stunden pro Woche für B. Im Übrigen verfügt A nicht über weitere Einkünfte und ist auf die Vergütung für die Lebensführung angewiesen. Daher ist der Anspruch des A gegen B gem. §§ 850 I, II, 850c I ZPO nicht pfändbar, so dass gegen diesen Anspruch gem. § 394 S. 1 BGB auch nicht aufgerechnet werden konnte.

Der Anspruch des A ist daher nicht durch Aufrechnung erloschen. Einreden des B sind nicht ersichtlich, so dass der Anspruch auch durchsetzbar ist.

II. Endergebnis

A hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus § 611 I HS 2 BGB.

D) Kommentar

(cda). Die Folge des Aufrechnungsverbots ist, dass sich B um die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs selbst kümmern muss, d.h. den Anspruch titulieren lassen muss, um ihn in der Zwangsvollstreckung geltend machen zu können. Ob dies bei den Vermögensverhältnissen des A dann erfolgreich verläuft, ist höchst fraglich.

Die Aufrechnung wird häufig als „private Zwangsvollstreckung“ beschrieben, weil man mit ihr den Anspruch „ohne großen Aufwand“ geltend machen kann. Wenn aber die „echte“ Zwangsvollstreckung wegen Einschlägigkeit eines Pfändungsverbots nicht funktionieren würde, ist es nur konsequent, dass der Gesetzgeber für diesen Fall die Aufrechnung gem. § 394 S. 1 BGB ausschließt.

E) Wiederholungsfrage

- **Warum genügt für den Begriff des Arbeitseinkommens i.S.d. § 850 II ZPO auch eine freie Tätigkeit?**

Sinn und Zweck des Pfändungsverbots aus § 850 I i.V.m. § 850c I ZPO bestehen darin, dem Schuldner das Existenzminimum zu belassen. Für diesen Gedanken kann daher nicht maßgeblich sein, wie die Einkünfte erzielt wurden.

F) Zur Vertiefung

Zur Drittschadensliquidation allgemein

- Hemmer/Wüst/d'Alquen, Skript Basics ZR I, Rn. 389 ff.
- Hemmer/Wüst/d'Alquen, Skript Schadensersatzrecht III, Rn. 221 ff.