

Lösungshinweise

1. Frage: Ansprüche des U gegen B

I. aus Werkvertrag §§ 631, 632 BGB

1. Ein solcher Anspruch besteht, nur, wenn zwischen U und B ein **Werkvertrag** über die Arbeiten im Wintergarten zustande gekommen ist (eine Differenzierung zwischen den Arbeiten am Boden und der Verlegung der Sockelleisten ist hier noch nicht erforderlich). Dies ist hier zweifelhaft, weil B sich zunächst nicht mit U, sondern mit Z über die Ausführung der Arbeiten geeinigt hat. Die erste Möglichkeit eines Vertrages zwischen U und B ergibt sich, wenn Z **in Vertretung des B** (§ 164 I BGB) einen Antrag an U auf Abschluss eines Werkvertrages gerichtet hat. Dies könnte geschehen sein, als Z offenbar das Einverständnis des B mit der Übernahme der Arbeiten durch U an diesen weitergegeben hat. Ob darin jedoch eine Vertretererklärung des Z gesehen werden kann, ist nicht ohne weiteres erkennbar, da Z auch entweder im eigenen Namen den U als **Subunternehmer** eingeschaltet haben oder auch nur als **Vermittler** für einen Vertragsschluss unmittelbar zwischen U und B tätig geworden sein könnte.

2. Eine Entscheidung dieser **Auslegungsfrage** könnte unterbleiben, wenn ein Vertrag zwischen U und B schon aus anderen Gründen nicht zustande gekommen sein kann. Dazu ist zu prüfen, ob ein solcher Vertrag in der nach **Nr. 1 der AGB** des U vorgesehenen Form hätte abgeschlossen werden müssen, § 125 S. 2 BGB (kann auch unten bei 3. oder 4. erörtert werden). Diese Form ist hier nicht eingehalten, da U den Vertrag nicht schriftlich gegenüber B bestätigt hat. Dies ist aber nur relevant, wenn Nr. 1 der AGB für den Vertragsschluss maßgeblich ist.

a) Zweifeln kann man schon daran, dass es sich hierbei um eine **Vertragsbedingung** im Sinne des § 305 I BGB handelt. Die Klausel regelt nicht den Inhalt eines Vertrages, sondern eine Frage des Vertragsschlusses. Gerade in Fällen wiederholter Verträge zwischen denselben Parteien kann es aber durchaus sinnvoll sein, den Vertragsschluss selbst generell zu regeln. Vor allem würde die Ablehnung des Merkmals „Vertragsbedingung“ zur Folge haben, dass §§ 305 ff. BGB überhaupt nicht anwendbar wären, dann jedoch die Klausel wirksam sein könnte. Dies widerspräche der Schutzrichtung der §§ 305 ff. BGB. Mit Recht hat daher die Rechtsprechung (BGHZ 104, 99; OLG Celle NJW-RR 1986, 833) auch Regelungen über den Vertragsschluss unter § 305 I BGB subsumiert (ebenso z.B. Palandt/Heinrichs § 305 Rn. 5).

b) Zu prüfen ist daher, ob Nr. 1 ABG in den etwaigen Vertrag zwischen U und B **einbezogen** worden ist. Bei der dem B am 15.07. zugegangenen Rechnung ist das jedenfalls nicht der Fall: Auf die AGB muss (spätestens) bei Vertragsschluss (§ 305 II BGB) hingewiesen worden sein. Dafür ist die Rechnung zu spät. Erwägenswert ist jedoch eine Einbeziehung nach § 305 III BGB aufgrund der Rechnung des vorangegangenen Vertrages. Dazu müsste aber eine Art Rahmenvereinbarung zwischen U und B getroffen worden sein, was hier schon deshalb nicht der Fall ist, weil der – etwaige – zweite Vertrag zunächst gar nicht beabsichtigt war und – wenn überhaupt – eher zufällig zustande gekommen ist. Die einfache Tatsache, dass in einer früheren Vertragsbeziehung die AGB bekannt gemacht worden sind, reicht für die Einbeziehung jetzt nicht (BGHZ 117, 190, 195 ff.).

3. Somit bedarf es einer Entscheidung, wie die Erklärung des Z gegenüber B zu verstehen ist. Für einen Antrag als Subunternehmer für Z tätig zu werden (was trotz vielfach befürworteter analoger Anwendung der §§ 664 I 2, 613 BGB im Werkvertrag möglich ist) spricht die Tatsache, dass dann insbesondere für eine etwaige Nachbesserung gegenüber B Z zuständig bliebe; und Z sollte die Arbeiten ja gerade deshalb ausführen, weil B offenbar mit den vorangegangenen Arbeiten des Z nicht unzufrieden war. Gegen Subunternehmerschaft spricht freilich, dass sie bei derartigen Einzelwerken wie im vorliegenden Fall kaum üblich ist. Als objektiver Empfänger, der sich nach Treu und Glauben verhält, musste U aber erkennen, dass zum Zeitpunkt des Telefonats mit Z der B möglicherweise von einer Subunternehmerschaft ausging. Dann musste U als gewerblicher Unternehmer für die Art der Auftragserteilung die nötige Klarheit schaffen (vgl. Staudinger/Peters Bearb. 2003, § 631 Rn. 33).

Unterließ er dies, wie hier, konnte er jedenfalls **nicht** davon ausgehen, dass ihm Z als **Vertreter oder** gar als **Bote** einen „Auftrag“ des B übermittelte.

4. Als frühester Termin für den Abschluss eines Vertrages zwischen B und U kommt somit das Telefonat am 08.07. in Frage. Aus der subjektiven Sicht des U könnte es sich hierbei sowohl um die **Annahme** des – in Wahrheit (oben 3.) nicht vorliegenden – von Z übermittelten Antrages handeln als auch um einen **Antrag** auf der Grundlage der Vermittlung des Z (3. Alternative von oben 1.). Für B war aber nicht zwingend erkennbar, dass es sich überhaupt um eine Erklärung zum Zustandekommen eines Vertrages handelte. Aus seiner Sicht konnte das Telefonat am 08.07. auch so zu verstehen sein, dass U nunmehr die im Vertrag mit Z vereinbarte **Leistung** in zulässiger Subunternehmerschaft **ankündigte**. Wiederum liegt eine Unklarheit über den Erklärungsinhalt vor, so dass den Ausschlag geben muss, wer nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157) die **Obliegenheit zur Klarstellung** der Vertragsverhältnisse hatte. Diese Obliegenheit traf den fach- und geschäftskundigen U, nicht den B, der bis zu einer entsprechenden Klarstellung vom Weiterbestehen der Vereinbarung mit Z ausgehen durfte (vgl. Staudinger/Peters aaO.). Durch die unmittelbare Ausführung der Arbeiten konnte die erforderliche Klarstellung durch U offensichtlich ebenso wenig erfolgt sein.

5. **Ergebnis:** Ein Werkvertrag zwischen B und U ist nicht zustande gekommen.

II. aus ungerechtfertigter Bereicherung, Leistungskondiktion, § 812 I 1, 1. Alt. BGB

Hierfür ist zweckmäßigerweise zu differenzieren zwischen den Arbeiten am Fußboden und der Verlegung der Sockelleisten.

1. **Bodenarbeiten:** Hier könnte nochmals differenziert werden hinsichtlich der reinen Arbeitsleistung und der notwendigen Materialien wie Kleber und Fugen, für die dann erörtert werden könnte, ob die Leistungskondiktion über §§ 946, 951 BGB (Rechtsgrundverweisung) heranzuziehen ist oder ohne diesen „Umweg“. Für die Lösung ist dies irrelevant. Daher zeigen Erörterungen hierzu Mangel an Überblick.

Die Sachfrage, um die es geht, sollte jedem Examenskandidaten bekannt sein (vgl. BGHZ 36, 30; 40, 272 und dazu etwa Medicus, Bürgerliches Recht 20. Aufl. 2004, Rn. 687 ff.): U dürfte davon ausgegangen sein, auf einen eigenen Vertrag zu leisten, während d B darin einen Leistung auf „seinen“ Vertrag mit Z sehen dürfte. Fraglich ist daher, wessen **Sicht** beim **Irrtum über die Person des „Leistenden“** maßgeblich ist: die Sicht des Leistenden (so eine verbreitete Meinung der Literatur) oder des Empfängers (so der BGH aaO. Und z.B. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II 2, 13. Aufl. 1994, § 70 III 3c, 4). Beide Lösungen sind gleich gut vertretbar. Gerade die vorliegende Fallgestaltung mag aber einen Hinweis auf die Richtigkeit der Auffassung des BGH geben: Ein wichtiges Argument seiner Kritiker lautet, dass der BGH den Empfänger zu weitgehend schütze, wenn er seinerseits noch gar keine Gegenleistung erbracht hat. Dieses Argument greift aber dann möglicherweise etwas kurz, wenn es dem Empfänger – wie hier dem B – darauf ankommt (und ankommen darf), seinen Vertragspartner als Gewährleistungsschuldner zur Verfügung zu haben, dem er nach §§ 640, 641 BGB wie nach §§ 320 ff. BGB **seine Rechte** gegen den Vergütungsanspruch **entgegenhalten** kann. Jedenfalls muss die Begründung der Bearbeiter auf die Schutzbedürftigkeit von Leistendem und Empfänger, dessen Gegenrechte und die Abwägung der Schutzbedürftigkeit beider eingehen. Im folgenden wird zunächst die Lösung des BGH zugrunde gelegt (zur Lösung, wenn man der Gegenmeinung folgt, unten: „Alternativlösung“). Dann scheidet ein Anspruch des U aus Leistungskondiktion wegen der Bodenarbeiten gegen B und damit – aufgrund des Schutzes des Empfängers vertraglicher Leistungen – insoweit überhaupt jeder Bereicherungsanspruch des U gegen B.

2. **Sockelleisten:** Insofern ist wegen des Einbaus der Leisten § 946 BGB gegeben, so dass § 951 BGB erwähnt werden kann. Erörterungsbedürftig ist aber eine andere Frage: B weiß, dass er den Sockel nicht bestellt hat und dass es sich somit nicht um eine vertragliche Leistung (letztlich des Z) handelt. Man kann deshalb erwägen, ob **B** wenigstens insoweit gegenüber U **nicht schutzwürdig** ist, so dass

der Kondiktionsanspruch des U durchgreift. Eine sachgerechte Lösung muss jedoch darauf achten, dass ein einheitlicher Lebensvorgang nicht rechtlich auseinandergerissen werden darf. Wer mit dem Leistungsbegriff arbeitet, wird ohnehin auf die Vertragsbeziehung zwischen B und Z abstellen müssen: Die bloße Überschreitung der Leistungspflicht macht aus der Leistung in der Sicht des Empfängers nicht teilweise die Leistung eines anderen. Vertretbar ist aber auch hier die entgegengesetzte Ansicht.

2. Frage:

A. Verbesserung der Stellung des U nach der Entscheidung des Amtsgerichts.

I. durch **Anfechtung** der Leistungsbestimmung nach § 119 I BGB (Inhaltsirrtum)

1. Ein zentrales Argument für die Meinung des BGH zum Irrtum über die Person des Leistenden ist die **analoge Anwendung der §§ 133, 157 BGB** mit dem „objektiven Empfängerhorizont“ auf die „Leistung“. Dann muss man es dem Irrenden konsequenterweise gestatten, die Leistungsbestimmung anzufechten (vgl. Medicus aaO. Rn. 687 am Ende; Larenz/Canaris aaO. § 70 III 3b, vgl. BGHZ 106, 163, 166): Der objektive Inhalt der Leistungsbestimmung aus dem Empfängerhorizont (hier: U als Leistungsmittler für Z) weicht von dem subjektiv Gewollten beim unmittelbar Leistenden (hier: U als Leistender für sich selbst an B) ab. Somit sind die Voraussetzungen für eine Anfechtung in Analogie zu § 119 I BGB für U gegeben.

2. Zu beachten ist freilich die **Ausschlussfrist des § 121 BGB**. Demnach muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Unverzüglich ist nicht gleichbedeutend mit sofort (RGZ 124, 115, 118). Hinsichtlich der Feststellung der Unverzüglichkeit sind die Belange beider Parteien zu berücksichtigen. Dem Anfechtungsberechtigten steht dabei grundsätzlich eine **angemessene Überlegungsfrist** zu. Erforderlichenfalls darf der Anfechtende vor der Anfechtung auch den **Rat eines Rechtskundigen** einholen (RG HRR 31, 584; Palandt/Heinrichs, § 121 BGB Rn. 3). Insbesondere können auch Verzögerungen wegen Rechtsirrtums bzw. -unkenntnis entschuldbar sein (RGZ 152, 228, 232). Allerdings wird diesbezüglich ein strenger Maßstab angelegt. Eine Verzögerung der Anfechtung soll nur dann entschuldbar sein, wenn der Anfechtungsberechtigte seine Rechtsansicht aufgrund sorgfältiger Prüfung der Rechtslage gebildet hat. In der Regel ist es dem Anfechtenden in diesen Fällen zumutbar, seine Erklärung zur Fristwahrung vorbeugend anzufechten (Bamberger/Roth/Wendtland, § 121 BGB Rn. 8 mit weiteren Nachweisen; MünchKomm/Kramer, § 121 BGB Rn. 7; Palandt/Heinrichs, § 121 BGB Rn. 3; derselbe, § 276 BGB Rn. 22; Soergel/Hefermehl, § 121 BGB Rn. 7 f.). Auf eigenes Risiko und damit schuldhaft handelt der Anfechtende jedenfalls dann, wenn die Rechtslage nicht zweifelhaft ist oder der Anfechtende seine eigene Rechtsansicht zwar sorgfältig gebildet hat, aber dennoch mit einer abweichenden Beurteilung durch das zuständige Gericht ernsthaft rechnen muss (Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rn. 22 mit weiteren Nachweisen).

Unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen könnte man der Ansicht sein, daß hier ein schuldhaftes Zögern des U vorliegt. Denn eine sorgfältige Prüfung der Rechtslage durch U hat nicht stattgefunden. Hiergegen läßt sich aber zum einen vorbringen, daß U nicht im Entferntesten mit der Unbegründetheit seines Anspruchs gerechnet hat. Zum anderen ist die Rechtslage – wie die Ausführungen zu Frage 1 II 1 zeigen – zweifelhaft. U war auch **nicht anwaltlich** vertreten. Schließlich ist zu beachten, daß das **Gericht** seiner Hinweis- und Aufklärungspflicht nach **§ 139 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht nachgekommen** ist. Aus diesen Gründen ist die Verzögerung der Anfechtung durch U entschuldbar (AA sicherlich gut vertretbar). Nach der Urteilsverkündung muss U die Anfechtung unverzüglich erklären; das Aufsuchen eines Rechtskundigen ist allerdings einzukalkulieren (vgl. MünchKomm/Kramer § 121 BGB Rn. 7).

3. Die **Rechtsfolge** der Anfechtung besteht darin, dass nunmehr der rechtliche Charakter der Güterverschiebung überhaupt aufgehoben wird: Statt einer (nach dem objektiven Empfängerhorizont vorliegenden) Leistung des Z liegt überhaupt keine Leistung mehr vor. Damit ist der Weg frei für eine **Nichtleistungskondiktion** des U gegen B nach § 812 I 1, 2. Alt. BGB. Es handelt sich um den Fall

einer Verwendungskondition (auch: Aufwendungskondition, Larenz/Canaris aaO. § 69 III 12). Dabei muss die Bereicherung des Schuldners B **unmittelbar auf Kosten** des aufgewendeten U begründet worden sein. Das ist hier der Fall, da die Arbeiten der Mitarbeiter des U unmittelbar den Erfolg der Fertigstellung des Wintergartenbodens herbeigeführt haben.

4. Für den **Umfang des Anspruchs** ist wiederum zweckmäßigerweise zu differenzieren:

a) Für die zur Verlegung des **Fußbodens** aufgewendete Arbeit kommt nur eine Vergütung des **Wertes** nach § 818 I BGB in Betracht. Dasselbe gilt nach § 951 I 2 BGB für die dabei verwendeten Materialien wie Kleber und Fugen. Dieser Wertersatz ist nach der **üblichen** Vergütung solcher Dienstleistungen zu bemessen (Palandt/Sprau § 818 Rn. 22 mit Nachweisen). Der Sachverständige hat nur angegeben, welchen Wert die Arbeitsleistung hat, wenn man dafür Einheitspreise zugrunde legt. Ob Einheitspreise ihrerseits üblich sind, ist daraus nicht ohne weiteres zu entnehmen. Die Bearbeiter sollten aber erkennen, dass die Regelungen der VOB/B so weit verbreitet sind, dass sie im allgemeinen als üblich angesehen werden können. Nach dem im Sachverhalt mitgeteilten VOB-Abschnitt sind also die vom Sachverständigen ermittelten Einheitspreise zugrunde zu legen: Für 8 qm Bodenfläche 720,-- Euro, mit MwSt 763, 20 Euro.

b) Für die Anbringung der **Sockelleisten** ist zu diskutieren, wie sich die Tatsache auswirkt, dass B sie auch bei Z gar nicht bestellt hatte. Deshalb liegt eine **aufgedrängte Bereicherung** vor. Deren Behandlung ist überaus umstritten. Daher sind hier alle vertretbar begründeten Meinungen (hierzu Überblick bei Larenz/Canaris aaO. § 72 IV 1 b) gleichermaßen anzuerkennen. Vom Sachverhalt wird folgende Möglichkeit nahegelegt: Der „objektive“ Wert der Sockelverlegung in Höhe von 300,-- Euro Material + 200,-- Euro Arbeitsleistung in Einheitspreisen = 500,-- Euro + 80,-- Euro USt = 580,80 Euro wird zugleich die Werterhöhung ausmachen, die der Boden mit Steinsockel gegenüber einem Boden ohne Sockel darstellt. Freilich hat B nicht die Absicht, diesen Wert zu realisieren. Denn dies geschähe erst bei einem Verkauf des Hauses. Jedenfalls bei einem vergleichsweise so geringen Betrag wie hier wird man aber durchaus in Anwendung des **§ 287 Abs. 2 ZPO** diese Zukunftsdimension vernachlässigen können. Nicht zu vernachlässigen ist freilich der schon jetzt feststehende Umstand, dass durch den Steinsockel die Investition für den Holzsockel in Höhe von 60,-- Euro wertlos geworden ist. Da das Bereicherungsrecht der Abschöpfung der realen wertmäßigen Bereicherung dient, ist der Betrag von 60 Euro vom Wertersatz abzuziehen, so dass eine Bereicherung von 520,-- Euro übrig bleibt.

II. durch **Abtretung** des Anspruchs des Z

1. U könnte sich die Aktivlegitimation für einen Anspruch des B verschaffen, wenn er sich von Z dessen Anspruch gegen B nach § 398 BGB abtreten lässt. In Konsequenz der Meinung des BGH zur „Sicht des Leistungsempfängers“ ist davon auszugehen, dass die erfolgte Wertverschiebung, die zur Erfüllung der Vertragsverpflichtung des Z gegenüber B geführt hat, zugleich eine **Leistung des U an Z** war. Nach §§ 812 I 1, 1. Alt., 818 BGB hat Z dem U somit herauszugeben, was er durch die Leistung erlangt hat. Dies ist freilich nicht ohne weiteres nach § 818 I BGB der vertragliche Vergütungsanspruch gegen B, sondern nach § 818 II BGB der Wert, den die **Befreiung von seiner Verbindlichkeit** für Z hat. Dieser Wert entspricht demjenigen, der oben I. 3. a) für die Verlegung des Bodens ermittelt worden ist. Mehr könnte U also allenfalls durch eine **vertragliche Abtretung** des Vergütungsanspruchs erhalten, wenn sich Z dem U gegenüber hierzu bereit fände.

2. Der Vergütungsanspruch des **Z gegen B** könnte sich aus §§ 631, 632 BGB ergeben. Die vertragliche Vereinbarung zwischen Z und B enthält offenbar keine Vergütungsregelung. Daher schuldet B nach § 632 BGB die **übliche** Vergütung. Auch auf diesem Wege gelangt man hinsichtlich der Arbeiten zur Bodenverlegung somit wieder zu dem oben I. 3. a) ermittelten Betrag. Zudem sind hinsichtlich der Fälligkeit §§ 640, 641 BGB zu beachten. Die Abtretung bringt U somit gegenüber der Anfechtung der Leistungsbestimmung keinen Vorteil, abgesehen von der Vermeidung des § 121 BGB.

3. Hinsichtlich der Sockelleisten ist von vornherein klar, dass auch Z nur einen Bereicherungsanspruch in der oben I. 3. b) entwickelten Höhe hat. Insoweit hat U dem B also eine Bereicherung verschafft, deren Höhe genau der Bereicherung des Z durch den Bereicherungsanspruch gegen B entspricht. Dem U steht daher der Weg einer „Kondiktion der Kondiktion“ offen: Nach § 818 I, III BGB hat er einen Anspruch gegen Z auf Abtretung des dem Z zustehenden Bereicherungsanspruchs gegen B (vgl. aber die Bedenken gegen die „Kondiktion der Kondiktion“ bei Larenz/Canaris aaO. § 70 II 2 B mit Nachweisen).

B. Beschränkung der Berufung

Weiterhin ist fraglich, ob es für U nicht möglich und sinnvoll ist, die Berufung zu beschränken.

Die (formelle) **Beschwer für U** besteht in der Differenz zwischen dem in erster Instanz beantragtem und dem ihm zuerkannten Betrag, vorliegend beträgt die Beschwer also 3.400 €. Nach den obigen Ausführungen stehen U gegen B – unabhängig davon, ob er die Leistungsbestimmung anfecht oder sich den Anspruch des Z abtreten läßt – lediglich Ansprüche in Höhe von insgesamt 1.283,20 € (763,20 € + 520 €) zu. Aus diesem Grund ist es für U sinnvoll die Berufung nur auf diesen Betrag zu beschränken.

Problematisch ist, ob hier eine Beschränkung der Berufung möglich ist. Für die Zulässigkeit der Berufung ist nicht die Beschwer, sondern der Wert des Beschwerdegegenstand maßgeblich (BGH NJW 2002, 2720, 2721; AA Jauernig NJW 2003, 465, 467 f.). Der **Wert des Beschwerdegegenstandes** ist zu unterscheiden vom Streitwert erster Instanz und von der Beschwer. Der Beschwerdegegenstand ist der Teil der Beschwer, dessen Beseitigung die Berufung erstrebt. Der Wert des Beschwerdegegenstandes kann somit auch hinter der Beschwer zurückbleiben (Musielak/Ball, § 511 ZPO Rn. 18; Zöllner/Gummer/Heßler, § 511 ZPO Rn. 13), so daß eine Beschränkung der Berufung grundsätzlich möglich ist. Erforderlich ist aber des weiteren, daß das in der Vorinstanz abgewiesene Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt wird, also nicht ausschließlich ein neuer Anspruch geltend gemacht wird (BGHZ 155, 21, 26 = NJW 2003, 2172, 2173; BGH NJW 1994, 3358, 3359; Musielak/Ball, vor § 511 ZPO Rn. 26; Zöllner/Gummer/Heßler, Vor § 511 RN. 10) und die Beschwer im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung vorliegt (Zöllner/Gummer/Heßler, Vor § 511 Rn. 10a). Vorliegend ist „zwischen den Instanzen“ ein Fall des § 264 Nr. 3 ZPO (bzw. einer (qualitativen) Klageerweiterung gem. § 264 Nr. 2 ZPO) eingetreten. Um den Kläger nicht rechtlos zu stellen, ist von dem Erfordernis, daß der Berufungskläger die Beschwer zumindest teilweise beiseitigen will, ein Ausnahme zu machen (BGH NJW-RR 1992, 1032; 1033; Zöllner/Gummer/Heßler, Vor § 511 Rn. 10c mit weiteren Nachweisen. Unzulässig ist dieses Vorgehen aber, wenn die Änderung des Antrags bereits in der Vorinstanz möglich gewesen wäre). Folglich hat U noch nach Anfechtung der Leistungsbestimmung bzw. Abtretung des Anspruchs des Z die Möglichkeit, die Berufung zu beschränken.

3. Frage:

Da der Anspruch des U gegen B – nach Anfechtung oder Abtretung - in Höhe von 1.283,20 € begründet ist, ist dem B zu raten, gegenüber dem (Berufungs-)Gericht **anzuerkennen**, daß der geltend gemachte Anspruch besteht. Ergeht gem. § 307 ZPO ein Anerkenntnisurteil richtet sich die Kostenfolge nach § 93 ZPO. Demnach fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt. Für die Beurteilung kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an, auf die das Anerkenntnisurteil ergeht (Musielak/Wolst, § 93 ZPO Rn. 2). Ein sofortiges Anerkenntnis kann demzufolge (ausnahmsweise) auch noch in der Berufungsinstanz abgegeben werden (Musielak/Wolst, § 93 ZPO Rn. 14). Vorliegend ist die Klage **erst durch Anfechtung** der Inhaltsbestimmung **bzw. Abtretung** der Forderung des Z im Laufe des Rechtsstreits begründet geworden, so daß ein sofortiges Anerkenntnis durch B (noch) möglich ist. Für ein sofortiges Anerkenntnis muß B in der ersten mündlichen Verhandlung oder im ersten Schriftsatz anerkennen (Thomas/Putzo/Hüßtege, § 93 ZPO Rn. 12).

Als Anwalt des B ist ferner zu prüfen, ob der U im Berufungsverfahren überhaupt eine Anfechtung der Leistungsbestimmung oder eine Abtretung des Anspruchs des Z geltend machen kann. Gem. § 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, daß nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Gem. § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO darf das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung aber nur neue Tatsachen zugrunde legen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist. Hinsichtlich der **Zulässigkeit neuer Tatsachen** ist insbesondere § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB maßgeblich. Gem. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei – hier des U – beruht (allgemein zur Berücksichtigung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz: Fellner, MDR 2004, 241 ff.). Angriffs- und Verteidigungsmittel sind dabei jedes sachliche und prozessuale Vorbringen, das der Durchsetzung des geltend gemachten prozessualen Anspruchs dient (Palandt/Putzo/Reichold, § 146 Rn. 2). Der Vorschrift des § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zufolge ist das neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig, wenn es erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist. Es kommt im Übrigen darauf an, ob der Partei das neue Angriffs- und Verteidigungsmittel und seine Erheblichkeit für den Fall bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Dabei steht leichte Fahrlässigkeit der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten der Zulassung des Vorbringens entgegen (Musielak/Ball, § 531 ZPO Rn. 19; Thomas/Putzo/Reichold, § 531 ZPO Rn. 16; Zöllner/Gummer/Heßler, § 531 ZPO Rn. 30 ff.). Die Fälle des Rechtsirrtums bzw. der Rechtsunkenntnis sind dabei oftmals zweifelhaft. Hinsichtlich eines Schuldvorwurfes kann auf die Ausführungen zu § 121 BGB bei Frage 2 verwiesen werden. Eine Nachlässigkeit ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn das neue Vorbringen **erst durch die Urteilsbegründung in erster Instanz ausgelöst** wurde (Zöllner/Gummer/Heßler, § 531 ZPO Rn. 33). Folglich sind die Anfechtung der Leistungsbestimmung bzw. die Abtretung des Anspruchs des Z im Berufungsverfahren als neue Tatsachen zulässig (AA vertretbar). Diesem Ergebnis steht vorliegend auch nicht § 533 ZPO entgegen. Denn bei dem Vorgehen des U handelt es sich nicht um eine Klageänderung iS des § 263 ZPO, sondern um eine – auch im Berufungsverfahren (§ 525 ZPO) – zulässige Klageanpassung gem. § 264 Nr. 3 ZPO (denkbar ist auch eine (qualitative) Klageerweiterung gem. § 264 Nr. 2 ZPO).

Alternativlösung

Entscheidet man sich bei der Beurteilung eines Irrtums über die Person des Leistenden dafür, dem U die Direktkondition gegen B zu gewähren, ist zunächst der darauf folgende Gliederungspunkt II. 2. zur 1. Frage unproblematisch: Da der Kondiktionsanspruch ohnehin U direkt zusteht, umfasst er jedenfalls auch die vertraglich mit Z gar nicht vereinbarte Leistung der Sockelleisten. Hinsichtlich des **Umfangs** des Anspruchs stellen sich schon bei der 1. Frage, und zwar innerhalb des Anspruchs des U gegen B, die Probleme, die oben zur 2. Frage I. 3. a) und b) erörtert worden sind. Sie sind im selben Sinne wie dort zu entscheiden.

Bei der 2. Frage ist die Möglichkeit der Anfechtung mit der Rechtsfolge der Nichtleistungskondition (oben 2. Frage I. 1. und 2.) nicht zu erörtern, wohl aber die Möglichkeit einer zwischen Z und B **zu vereinbarenden Abtretung**. Voraussetzung für sie ist, dass Z aus dem ursprünglichen Vertrag mit B überhaupt einen Anspruch gegen B auf die Vergütung hat. Dies muss bei konsequenter Lösung verneint werden. Denn wenn der Anspruch des Z trotz der Leistungskondition des U bestünde, würde sich ja B doch als schutzwürdig erweisen. Fraglich ist die **Konstruktion** hierfür: Am ehesten dürfte der Standpunkt überzeugen, dass in solchen Fällen die Leistung des vermeintlichen Schuldners keine Tilgungswirkung (im Sinne des § 267 BGB) für die ursprüngliche Schuld (hier: des Z) hat (so z.B. Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, S. 39, vgl. dazu schon RGZ 434, 136, 143). Hierbei kann man dann aber kaum stehen bleiben. Vielmehr wird man dem Bereicherungsgläubiger – wie in den Fällen des beiderseits gemeinsamen Irrtums – ein Wahlrecht zubilligen müssen, **statt** die Direktkondition zu erheben, die Tilgungsbestimmung nachzuholen und sich im Wege der Rückgriffskondition an den wahren Vertragsschuldner zu wenden (Staudinger/Lorenz Bearb. 1999 § 812 Rn. 60). Letztlich kommt es auf diese Frage im vorliegenden Fall aber nicht an, weil der Vergütungsanspruch des Z aus Vertrag, wie zur 2. Frage II. 2. dargelegt, nicht höher ist als der Bereicherungsanspruch des U.