

*Johanna Schmidt-Räntsch*

**Wintersemester 2018/19**

**Vorlesung Leistungsstörungenrecht  
am 29. Oktober 2018**

**Nachbereitung**

**Folie 2**

## **Bauernschrank I**

Kling kauft im Antiquitätengeschäft des Viktor einen Bauernschrank aus dem 18. Jahrhundert zum (marktgerechten) Preis von 4.000€. Noch vor dem vereinbarten Abholtermin wird der Schrank bei einem Brand im Lager des Viktor völlig zerstört. Muss Viktor den Schrank trotzdem liefern? Muss er, um von seiner Leistungspflicht frei zu werden, irgendwelche Erklärungen abgeben? Wie wäre es, wenn Viktor den Brand zum Zwecke einer „warmen Sanierung“ auf Kosten seiner Feuerversicherung selbst vorsätzlich gelegt hätte?

### **Variante**

Noch bevor Kling den Schrank abholt, verkauft Viktors Verkäufer Selig, der von dem Verkauf nichts weiß, den Schrank an Treu, der ihn gleich mitnimmt. Kling besteht auf Lieferung des Schranks, zu Recht? Wie wäre es, wenn Treu bereit ist, den Schrank an Kling zu übereignen, hierfür aber 12.000 € verlangt?

### **Hinweise zur Nachbereitung:**

#### **Ausgangsfall**

1. Im Ausgangsfall geht es um das Schicksal der Primärleistung. Auszugehen ist von § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann Kling von Viktor Lieferung und Übereignung verlangen. Dem steht der Einwand der Unmöglichkeit aus § 275 Abs. 1 BGB entgegen, wenn seine Leistung unmöglich geworden ist. Ob das der Fall ist, hängt davon ab, welche Leistung vereinbart war. War ein Schrank aus dem 18. Jahrhundert geschuldet, liegt keine Unmöglichkeit vor. War hingegen der spezielle Schrank bei Viktor geschuldet, liegt Unmöglichkeit vor. Hier ist die zweite Alternative anzunehmen, weil es gerade um den bei Viktor stehenden Schrank ging. Damit ist Viktor befreit, ein Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

2. Die Einwendung aus § 275 Abs. 1 BGB ist im Gegensatz zu den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht als Einrede ausgestaltet. Das bedeutet, dass sie von Amts wegen zu berücksichtigen ist, nicht nur, wenn Viktor sich darauf beruft. Das hat bei dem Erlass eines Versäumnisurteils und dann eine Bedeutung, wenn der Schuldner versäumt, sich auf den Umstand zu berufen.

3. An seiner Befreiung von der Leistung ändert es nichts, wenn er den Brand gelegt hat. Denn liefern kann den Schrank nun nicht mehr. Das bedeutet freilich nicht, dass sein Verhalten keine Konsequenzen hat. Vielmehr wäre er z. B. – nach § 280 BGB – verpflichtet, Schadenersatz zu leisten, wenn dem Kling ein Schaden entstanden sein sollte

## **Variante**

4. In der Variante ist der Schrank nicht untergegangen. Das hat zur Folge, dass die Leistung nicht jedermann unmöglich ist, sondern nur dem Viktor unmöglich sein könnte. Dazu genügt es nicht, dass Viktor auf die Übereignung des Schrankes verweist und gewissermaßen mit den Achseln zuckt. Er muss vielmehr bei dem Erwerber nach einer Rückverkaufsmöglichkeit fragen. Erst wenn diese ausscheidet, liegt subjektive Unmöglichkeit vor (BGH, Urt. v. 26. 3. 1999 – V ZR 368/97, BGHZ 141, 179); Viktor wäre von der Lieferungspflicht frei.

5. So liegt es in der Variante aber nicht. Der Erwerber ist zum Rückverkauf bereit. damit scheidet eine Leistungsbefreiung kraft Gesetzes nach § 275 Abs. 1 BGB aus. In Betracht kommt aber die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB. Sie setzt zunächst voraus, dass der Aufwand für die Durchführung der Leistung in einem mit Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbarenden Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Kling steht. Das kann hier angenommen werden, weil der Erwerber dreimal so viel Geld verlangt wie der Schrank wert ist. Nach § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB wäre aber auch ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners selbst in die Wertung einzubeziehen. Hier kommen sowohl ein eigener Fehler des Viktor als auch ein Fehler seines Angestellten in Betracht. Viktor hat den Schrank nicht gekennzeichnet, der Angestellter nicht nachgefragt. ME hat haben diese beiden Fehler das Problem verursacht. Das führt dazu, dass sich Viktor nicht darauf berufen darf, dass der Erwerber jetzt eine exorbitante Forderung stellt. Das kann man aber ebenso gut auch anders sehen.

6. Davon zu trennen ist die Frage, ob Viktor auf Schadensersatz haftet. Das wäre zu bejahen, weil er entweder selbst fahrlässig gehandelt hat, indem er seinem Mitarbeiter nicht Bescheid sagte, oder weil dieser fahrlässig handelte, weil er nicht nachfragte, und Viktor für sein Verschulden nach § 278 BGB einzustehen hat.

## **Folie 3**

### **Bauernschrank II**

Kling besichtigt bei Viktor einen Bauernschrank aus dem 18. Jahrhundert. Er schwankt, ob er den Schrank kaufen soll und macht mit Viktor eine kurzfristige Reservierung bis 12.00 Uhr am nächsten Tag aus. Um 11.00 Uhr ruft er bei Viktor an und kauft den Schrank für 4.000 €. Das Lager, in dem der Schrank stand, war, was Viktor nicht wusste, in der Nacht bei einem Brand völlig zerstört worden. Muss Viktor trotzdem liefern?

#### **Zusatzfrage:**

Könnte Kling von Viktor Ersatz für entgangenen Gewinn von 1.000 € aus einem Weiterverkauf verlangen?

## **Hinweise zur Nachbereitung:**

### **Ausgangsfall**

1. Der Fall unterscheidet sich von der Ausgangsvariante des ersten Falls nur dadurch, dass der Kaufvertrag nicht vor, sondern nach Eintritt der Unmöglichkeit geschlossen wurde. Für die Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1 BGB ist das ohne Bedeutung, weil die Norm beide Fälle erfasst.

### **Zusatzfrage**

2. Kling könnte Ersatz für die 1.000 € entgangenen Gewinn aus dem gescheiterten Weiterverkauf nicht nach § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB verlangen. Diese Vorschrift setzt voraus, dass das Leistungshindernis nach Vertragsschluss eintritt. Maßgeblich ist § 311a Abs. 2 BGB.

3. Dieser setzt neben dem vor Vertragsschluss eingetretenen Leistungshindernis voraus, dass der Schuldner von dem Leistungshindernis wusste oder infolge von Fahrlässigkeit nichts wusste. Fahrlässigkeit bestimmt sich nach § 276 Abs. 2 BGB. Es kommt also darauf an, ob Viktor die im Verkehr gebotenen Sorgfalt eingehalten hat oder nicht. Dazu ist zu fragen, welche Sorgfalt der Verkehr in einem solchen Fall erwartet. Dazu wiederum ist nach Möglichkeit auf gesetzliche, untergesetzliche oder auf technische Regelwerke (z.B. DIN- und EC-Normen, Arbeitsschutzvorschriften) zurückzugreifen. Hier ist dies nach objektiven Gesichtspunkten auszufüllen, weil es keine einschlägigen Regeln gibt. Hier ist zu berücksichtigen, dass man selbst als Händler nicht ohne Anlass damit rechnen muss, dass das Lager abbrennt. Dann braucht man sich auch nicht zu vergewissern, ob der verkaufte Schrank noch vorhanden ist. Damit gelingt der Entlastungsbeweis. Viktor haftet nicht auf Schadensersatz.

## **Folie 4**

### **Das veräußerte Grundstück**

Die F beerbte 1983 ihren Ehemann M, der Eigentümer von acht Ackergrundstücken war, die im Grundbuch mit einem Bodenreformsperrvermerk versehen waren. F selbst starb 1985 und wurde von ihren Töchtern A und B beerbt. Diese verkauften 1993 die Grundstücke an den Immobilienhändler K, zu dessen Gunsten in die Grundbücher im selben Jahr noch eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. Als 1994 die Eintragung der Auflassung beantragt wurde, zeigte das Grundbuchamt dem Bundesland L die Rechtsänderung an. L widersprach dem Verkauf. 1995 wurden K als Eigentümer und zugunsten von L eine Auflassungsvormerkung eingetragen. L verlangt von A und B (auf Grund von Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB) die unentgeltliche Auflassung der Grundstücke. Zu Recht?

## **Hinweise zur Nachbereitung:**

1. Der Fall ist dem Fall nachgebildet, der dem Urteil des BGH vom 26. 3. 1999 (V ZR 368/97, BGHZ 141, 179) zugrunde liegt. Der Fall ist einer entlegenen Materie

entnommen, lässt sich aber auf ein relativ schlichtes Problem zurückführen, wenn man sich den Fall Schritt für Schritt nach der Anspruchsgrundlage erschließt. Im Einzelnen:

## A. Anspruchsgrundlage

2. In Betracht kommen ein Anspruch aus der Vormerkung und der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch des Landes aus Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB.

### Vormerkung

3. Die Vormerkung ist ein Sicherungsmittel. Bei beweglichen Sachen ist ein solches Sicherungsmittel nicht nötig. Hier kann sich der Verkäufer dadurch sichern, dass er das Eigentum aufschiebende bedingt überträgt (Eigentumsvorbehalt). Diese Möglichkeit besteht bei Grundstücken nicht. Die Einigung über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück kann nämlich nach § 925 Abs. 2 BGB nicht unter eine Bedingung gestellt werden. Das Gesetz löst dieses Problem mit der Vormerkung. Die Vormerkung steht zwar einer Verfügung über das Grundstück nicht entgegen. Sie gibt dem aus der Vormerkung Begünstigten aber einen Anspruch gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen auf Zustimmung zur Eintragung des vorgemerkten Rechts. Dieser folgt aus § 888 Abs. 1 BGB. Er richtet sich gegen den Eingetragenen, hier als gegen K. Den hat das Land aber nicht verklagt. Es hat die beiden Töchter verklagt. Die sind nicht mehr eingetragen.

### Anspruch aus Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB

4. Gegen die beiden Töchter kann das Land nur aus dem gesicherten Anspruch vorgehen.

## B. Problem Unmöglichkeit

5. Die technischen Voraussetzungen dieses Anspruchs haben wir in der Vorlesung nicht vertieft, weil es auf sie hier nicht ankommt. Sie sind gegeben. Im Vordergrund steht die Frage, ob dem Anspruch der Einwand der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB entgegensteht.

6. **Objektive Unmöglichkeit** scheidet aus. Denn K könnte das Grundstück an die beiden Töchter auflassen. Deshalb können sich A und B grundsätzlich nicht allein mit dem Vortrag, sie seien nicht mehr Eigentümer, von der Leistung befreien.

7. Die Leistung könnte ihnen aber **subjektiv unmöglich** sein, weil sie selbst nicht mehr eingetragen sind. Die liegt aber nicht schon vor, wenn sie selbst nicht mehr als Eigentümer eingetragen sind. Sie müssten vielmehr grundsätzlich auch vortragen, dass der leistungsfähige Dritte – hier K – nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand (vgl. § 275 Abs. 2 BGB) leistungsbereit ist.

8. Hier greift eine **Besonderheit**: Die Klage auf Auflassung führt zur Verurteilung auf Erklärung der Erklärung der für die Auflassung nötigen Willenserklärung. Diese Verurteilung wird aber nicht durch Erzwingung dieser Willenserklärung vollstreckt.

Nach § 894 ZPO gilt diese Willenserklärung vielmehr mit Eintritt der Rechtskraft als abgegeben. Eine solche Verurteilung ist aber nur möglich, wenn die dann fingierte Willenserklärung auch vollziehbar ist. Das ist bei Erklärungen, die zur Rechtsänderung im Grundbuch führen sollen, nach § 39 GBO nur der Fall, wenn derjenige, dessen Recht betroffen ist, noch im Grundbuch steht (sog. Grundsatz der Voreintragung des Betroffenen). Das heißt hier: Die beiden Töchter können auf Abgabe der für die Auflassung erforderlichen Erklärung nur in Anspruch genommen werden, wenn sie noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Gerade das ist nicht der Fall. Sie brauchen sich also nicht mehr bei K um Rückauflassung zu bemühen. Sie können die Erklärung nicht abgeben, solange K im Grundbuch steht.

## **Folie 5**

### **Die vergessene Dienstbarkeit**

Im Februar 2006 kaufte die Klägerin für 1,4 Mio. € eine Teilfläche von 441 m<sup>2</sup> Größe des Grundstücks der Beklagten. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht an der ihr verbliebenen Teilfläche in der Form einer Grunddienstbarkeit einzuräumen. Der Kaufvertrag wurde vollzogen. Zu der Eintragung der - von der Beklagten in dem Kaufvertrag bewilligten - Grunddienstbarkeit kam es bislang nicht. Die Beklagte verkaufte und übereignete das ihr verbliebene Grundstück im September 2011 an die E1-KG. Anfang Juli 2014 verkaufte die Klägerin das von der Beklagten erworbene Grundstück an die E2-AG. Bei dem Verkauf der Klägerin stellte sich heraus, dass die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen war. Die Klägerin nahm Kontakt zu der KG auf, die ihre Bereitschaft signalisierte, die Grunddienstbarkeit nachträglich zu bestellen, dann aber auf einen Vertragsentwurf seitens der Klägerin nicht mehr reagierte. Die Klägerin verlangt von der Beklagten, an dem Grundstück der KG eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks der AG mit dem in dem Kaufvertrag aus dem Jahr 2006 beschriebenen Inhalt bestellen zu lassen, insbesondere eine Bewilligung durch die KG herbeizuführen, hilfsweise, sie von Schadensersatzansprüchen der AG freizustellen. Was meinen Sie?

### **Hinweise für die Nachbereitung:**

#### **Vorbemerkungen**

1. Ein Kläger muss einerseits nicht alle Ansprüche, die er gegen einen Beklagten erheben könnte, in einer einheitlichen Klage geltend machen. Andererseits ist er auch nicht gezwungen, sie alle in einzelnen Prozessen geltend zu machen. Er darf vielmehr selbst entscheiden, welche Ansprüche in einer Klage geltend machen möchte. Das Gericht muss seine Entscheidung nicht immer hinnehmen. Es ist berechtigt, durch Beschluss Teile des Streitstoffs abzutrennen und in einem gesonderten Prozess zu behandeln. Das wiederum muss der Kläger hinnehmen. Der Kläger darf zusätzliche Anträge auch bedingt, nämlich für den Fall stellen, dass er mit dem in erster Linie verfolgten Antrag nicht durchdringt. Zwar sind Proesshandlungen, zu denen auch Anträge gehören, grundsätzlich bedingungsfeindlich. De genannte wäre aber eine Rechtsbedingung, die zulässig ist. So liegt der Fall hier.

2. Der Fall ist dem Fall nachgebildet, der dem Urteil des BGH vom 19. 1. 2018 (V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686) zugrunde liegt. Das Urteil stellt die Leistungstreuepflicht sehr anschaulich vor und ist Pflichtlektüre.

## **Hauptantrag – Verschaffung der Dienstbarkeit**

### 1. Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag

3. Der Anspruch der Klägerin könnte sich unmittelbar aus dem Kaufvertrag, nämlich aus § 433 Abs. 1 Satz 1, § 453 BGB, ergeben. Der Vertrag ist nämlich nicht nur ein Sachkauf über das Grundstück, sondern zugleich auch Rechtskauf, nämlich Kauf einer Grunddienstbarkeit. Dass sie nicht gesondert bepreist ist, ändert nichts.

4. Diesen Anspruch hat die Beklagte aber bereits erfüllt. Das verblüfft auf den ersten Blick. Denn der -auch geschuldete - Leistungserfolg ist nicht eingetreten. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Beklagte den Leistungserfolg nicht allein herbeiführen kann. Die Entstehung der Grunddienstbarkeit setzt nach § 873 Abs. 1 BGB die Eintragung des Rechts im Grundbuch voraus, die die Beklagte weder selbst vornehmen noch beherrschen kann. Sie kann nur die Erklärungen abgeben, die zur Herbeiführung der Eintragung erforderlich sind. Hat sie das getan, hat sie den Rechtsverschaffungsanspruch erst einmal erfüllt. Sie kann nicht mehr in Verzug geraten. Es fehlt dann insoweit an einem Anspruch, der gemäß § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung unterliegen könnte. Hat der Schuldner das zur Herbeiführung des Leistungserfolgs seinerseits Erforderliche getan, dann kann er den Rechtserwerb des Gläubigers nicht mehr durch die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 222 Abs. 1 BGB a. F., § 214 Abs. 1 BGB verhindern (BGH, Urt. v. 15. 10. 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, 2446 Juris Rn. 19). So liegt es hier.

### 2. Schadensersatz in Natur

5. Der Anspruch könnte sich aber als Anspruch auf Schadensersatz in Natur gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1, § 241 Abs. 2, § 242, § 249 BGB aus der Verletzung der Vertragstreuepflicht ergeben.

#### a) Vertragstreuepflicht

6. Aus dem Umstand, dass der Schuldner das seinerseits zur Herbeiführung Erforderliche unternommen hat, folgt nicht, dass ihn doch noch weiteren Pflichten treffen können. Die Parteien eines Vertrags sind nämlich zum einen verpflichtet, an der Erreichung und Verwirklichung von Ziel und Zweck des Vertrages mitzuwirken und sich, soweit sich dies mit den eigenen Interessen vernünftigerweise vereinbaren lässt, gegenseitig zu unterstützen. Sie haben zum anderen alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte. Der Schuldner dürfte etwa die Kaufsache nicht zwischen Gefahrübergang und Übereignung zu verschlechtern. Aufgrund der Leistungstreuepflicht kann deshalb auch ein Vertragspartner, der an sich alles seinerseits zur Herstellung des Vertragserfolgs

Erforderliche veranlasst hat, verpflichtet sein, an der Herbeiführung des Vertragserfolgs etwa durch Hereingabe von Unterlagen mitzuwirken. Wer sich, wie hier die Beklagte, seinem Vertragspartner gegenüber zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an seinem Grundstück verpflichtet hat, muss deshalb jedenfalls vor Eintritt der Verjährung des Rechtsverschaffungsanspruchs bei späteren Verfügungen über das Grundstück prüfen, ob die bewilligte Belastung in das Grundbuch eingetragen worden ist, und, wenn das noch nicht geschehen ist, die Verfügungen so gestalten, dass die Eintragung des bewilligten Rechts möglich bleibt und nicht im Belieben eines Dritten steht (zum Ganzen BGH, Urt. v. 19. 1. 2018 – V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686 Rn. 19 f.).

## b) Verletzung der Vertragstreuepflicht

7. Diese Pflicht hat die Beklagte hier verletzt. Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe sich die Möglichkeit, die Grunddienstbarkeit noch zu bewilligen, nicht gesichert. Das Berufungsgericht hat zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen. Das führt aber nicht dazu, dass nur der BGH den Sachverhalt aufklärt und entscheidet. Der BGH hat vielmehr den festgestellten Sachverhalt zugrunde zu legen und, wenn er nicht ausreicht, die Sache unter teilweiser oder vollständiger Aufhebung des Berufungsurteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das Revisionsverfahren wird dann der aufzuklärende Vortrag des Rechtsmittelführers als richtig unterstellt. Ihm ist dann im neuen Berufungsverfahren nachzugehen. Danach lag hier eine Verletzung der Vertragstreuepflicht vor.

## c) Schadensersatz in Natur

8. Als Schadensersatz in Natur schuldet die Beklagte die nachträgliche Verschaffung der Dienstbarkeit, deren Nachbewilligung sie sich selbst durch die unzureichende Gestaltung des Vertrags mit der KG verbaut hat.

9. Die Erfüllung auch einer solchen Leistungspflicht kann an § 275 BGB scheitern. So ist es hier aber nicht. Anders als im vorherigen Fall soll die Beklagte nämlich nicht die fehlende Bewilligung selbst erklären, was sie nach § 39 GBO nicht könnte, sondern eine Bewilligung der KG herbeiführen, die sie abgeben könnte. Die bloße Behauptung der Beklagten, die KG sei Eigentümerin und habe auf die Zusendung des Vertrags geschwiegen, ergibt ein Unvermögen der Beklagten nicht.

10. Damit kann der Hauptantrag auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht abgewiesen werden.

## **Hilfsantrag – Freistellungspflicht**

### 1. Zulässigkeit

11. Der Antrag ist so nicht zulässig. Er setzt voraus, dass die Verbindlichkeit, von der freizustellen sein soll, bereits besteht. So liegt es hier aber nicht. Das bedeutet nun nicht, dass die gerichtliche Prüfung hier zu Ende ist. Vielmehr muss das Gericht nach § 139 ZPO auf das Problem hinweisen, es sei denn, es kommt eine Auslegung

des Antrags in Betracht. So liegt es hier. Der Antrag ist als Antrag auf Feststellung der Freistellungspflicht gemeint und deshalb auch so zu verstehen. So ist er zulässig.

## 2. Begründetheit

12. Der Antrag wäre auch begründet, wenn sich der Hauptantrag als unbegründet erweisen sollte, etwa, weil die KG zu einer Nachbewilligung der Dienstbarkeit nicht oder nur unter Bedingungen bereit ist, die auf Einrede der Beklagten zu deren Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 2 BGB führen würden.

13. Die Freistellung schuldet die Beklagte als Schadensersatz in Natur (§ 249 BGB) aufgrund von § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB, wie dann der Leistungserfolg nicht eingetreten wäre und sie das zu vertreten hätte. Denn sie hat – das Vorbringen der Klägerin als wahr unterstellt – ihre Vertragstreuepflicht verletzt.

14. Ein Mitverschulden der Klägerin scheidet nach ihrem Vortrag aus. Für die Annahme des Mitverschuldens genügt es nicht, dass die Klägerin überhaupt zur Entstehung des Schadens – hier der Nichtbestellung der Dienstbarkeit – beigetragen hat. Sie hat den Vertrag mit der AG abgeschlossen, obwohl sie wusste, dass die Dienstbarkeit fehlte. Ihr ist aber kein Verschulden gegen sich selbst anzulasten, da sie nach ihrem Vortrag bei der KG nach deren Bereitschaft zur Nachbewilligung der Grunddienstbarkeit gefragt hat. Das war eine grundsätzlich ausreichende Grundlage dafür, sich in dem Vertrag zur Nachlieferung der Dienstbarkeit zu verpflichten.

## **Folie 6**

### **Die unvollständige NJW**

Jungrechtsanwalt Klug kauft bei Antiquar Alt eine Sammlung NJW komplett von 1947 bis 2004 für 3.000€. Als er die NJW abholen will, muss ihm Alt mitteilen, dass zwischenzeitlich ein Teil der Bände von Dieben entwendet worden ist. Es fehlen die Bände von 1947 bis 1975 und die Bände von 1986 bis 1993. Als sich Klug weigert, die restlichen Bände abzunehmen und zu bezahlen, fragt Sie Alt, ob er Klug mit Aussicht auf Erfolg auf Zahlung verklagen könne. Was meinen Sie? Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Bände 1947 bis 1985 entwendet wurden, die restlichen Bände aber noch vollständig vorhanden wären?

### **Hinweise zur Nachbereitung:**

#### **A. Aufgabe des Rechtsanwalts**

1. Wir können dem Alt als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin zu einer Klage nur raten, wenn er einen Zahlungsanspruch hat und nicht mit durchgreifenden Einwänden des Klug zu rechnen hat.

#### **B. Durchgang – Ausgangsfall nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht**

##### **Leistungsbefreiung**



2. Der Zahlungsanspruch des Alt ist an sich gegeben. Er könnte aber nach § 326 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes entfallen sein. Das setzt voraus, dass dem Alt die Lieferung der gekauften NJW insgesamt unmöglich geworden ist. Das kann man in dem Ausgangsfall vertreten. Denn die NJW besteht im Ergebnis nur aus Stückwerk und ist jedenfalls nicht mehr das gekaufte komplette Ensemble.

3. Wenn man das nicht so sieht, bleibt der Zahlungsanspruch des Alt im Grundsatz bestehen. Er mindert sich aber nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB nach dem Verhältnis der noch vorhandenen zu den gestohlenen Bänden.

## **Rücktritt vom ganzen Vertrag**

4. Dann aber wäre zu erwägen, ob Klug nach § 326 Abs. 5 i. V. m. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten kann. Das setzt – nach allgemeinem Schuldrecht – voraus, dass Klug an der Teilleistung kein Interesse mehr hat. Das ist zu bejahen, da man mit dem im Ausgangsfall verbliebenen Stückwerk nichts anfangen kann.

5. **Fazit:** Alt ist nicht zu Klage zu raten, da Klug nicht zahlen muss.

## **Variante**

6. In der Variante wäre das in beiden Fallgestaltungen anders. Der verbliebene Teil der NJW ist hier in sich geschlossen und noch verwendbar. Deshalb kann man weder vollständige Unmöglichkeit noch Interessefortfall annehmen.

7. **Fazit:** In der Variante käme nach allgemeinem Schuldrecht eine Teilklage in Betracht.

## **Durchgang – Einblenden des Kaufrechts**

### **Vorbemerkung**

8. Im Kaufrecht steht die teilweise Lieferung der mangelhaften Lieferung gleich, § 434 Abs. 3 BGB. Das führt zwar nicht zu einer Änderung in den Anspruchsgrundlagen, wohl aber zu einer Änderung im Ergebnis.

### **Ausgangsfall**

9. Hier kann man, wie im ersten Durchgang, vollständige Unmöglichkeit der Lieferung annehmen. Dann ist Klug ohne weiteres nach § 326 Abs. 1 BGB von der Zahlungspflicht befreit. Unterschiede zum ersten Durchgang ergeben sich nicht.

10. Nimmt man dagegen Teilunmöglichkeit an, ergibt sich ein wesentlicher Unterschied beim Rücktritt vom ganzen Vertrag. In diesem Fall ist nämlich die äußerliche Teilunmöglichkeit rechtliche keine Teilunmöglichkeit, sondern eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Sie schließt nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB eine

Leistungsbefreiung kraft Gesetzes ein. Es kommt allein ein Rücktritt nach § 326 Abs. 5 BGB i. V. m. § 323 Abs. 5 BGB in Betracht.

11. Heranzuziehen ist aber nicht § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB. Denn die Teilleistung steht ja der schlechten Lieferung gleich. Es ist § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB heranzuziehen. Danach kommt es auf die Erheblichkeit der Pflichtverletzung an. Die ist zu bejahen, da das Fehlen schon eines Bandes der NJW die Nutzbarkeit merklich beeinträchtigt und damit erheblich ist. Diese Wirkung hat der Gesetzgeber in den Gesetzberatungen gesehen, aber nicht entschieden. Deshalb war zunächst streitig, ob § 434 Abs. 3 BGB auch bei § 323 Abs. 5 BGB heranzuziehen ist. Das ist inzwischen aber geklärt. M E. lässt sich das schon wegen der Kaufrechtsrichtlinie nicht vermeiden. Die will den Rücktritt vom ganzen Vertrag nur ausschließen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Woran das liegt, ist aus dieser Perspektive gleichgültig. Im Ergebnis wird § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB nur selten zur Anwendung kommen. Das ist aber gewollt.

## **Variante**

12. In der Variante kommen wir zu einem anderen Ergebnis als nach allgemeinem Schuldrecht. Die Lieferung ist wegen der Gleichstellung in § 434 Abs. 3 BGB mangelhaft. Die Pflichtverletzung ist erheblich, weil ein großer Teil der verkauften NJW fehlt. Deshalb darf Klug von dem ganzen Vertrag zurücktreten.