

Johanna Schmidt-Räntsch

Wintersemester 2018/19

**Vorlesung Leistungsstörungenrecht
am 19. November 2018**

Nachbereitung

Folie 2

Der misslungene Flug

Flink buchte bei der Luftfahrtgesellschaft mbH Albatros für 1.000 € einen Flug von Cancun, Mexico, nach Düsseldorf für den 3. 1. 2005. Am vorgesehenen Abflugtag teilte der Flugkapitän von Albatros den Passagieren mit, ein Triebwerkschaden verhindere den Start, sie könnten in einem Hotel übernachten. Da der Kl. aus terminlichen Gründen auf eine sofortige Weiterreise nach Deutschland angewiesen war, buchte er einen Ersatzflug von Cancun über Miami nach Frankfurt a.M. mit Weiterflug nach Düsseldorf. Für diesen Flug musste er 2.500 € aufwenden. Deren Ersatz lehnt auch nach Fristsetzung Albatros ab. Zu Recht?

Hinweise zur Nachbereitung:

1. Der Fall ist dem Fall nachgebildet, der dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 13.6.1996 (18 U 174/95, NJW-RR 1997, 930) zugrunde lag.
2. Der Anspruch des Flink folgt entgegen dem OLG Düsseldorf nicht aus § 280 Abs. 1 und 3 i. V. m. § 283 BGB, weil er Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Voraussetzung dafür ist eine Pflichtverletzung, die zur Leistungsbefreiung des anderen Teils geführt hat. Die könnte hier in der Absage des Flugs liegen. Diese macht zwar den Transport nicht unmöglich, den die Albatros ja auch durchführen will. Anders als das OLG Düsseldorf meint, ist ein Flug auch kein absolutes Fixgeschäft (BGH, Urteil vom 28.5.2009 - Xa ZR 113/08, NJW 2009, 2743).
3. Vertretbar wäre aber die Annahme eines Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB. Die Albatros hat nämlich die Erfüllung durch Umbuchung abgelehnt. Das hat die Albatros auch zu vertreten. Es sind zwar keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass sie den Ausfall des Triebwerks zu vertreten hat. Sie durfte sich aber nicht damit begnügen, die gestrandeten Fluggäste in einem Hotel unterzubringen. Ein Linienflugunternehmen hat grundsätzlich zunächst einmal zu versuchen, den Reisenden einen Weiterflug zu verschaffen, der hier möglich war. Das hat die Albatros versäumt.

Folie 3

Der tropfende Wasserhahn

Im Bad der B tropft der Wasserhahn. Als ihr das stärker werdende Tropfen den Schlaf zu rauben beginnt, beauftragte die B den Klempner K, das Tropfen abzustellen. K verspricht in der nächsten Woche zu kommen. Das war am 15. Dezember 2007. Mitte März 2008 bittet B den K auf seinem Anrufbeantworter und per E-Mail um Mitteilung, wann er endlich komme. Sie klagt Ihnen ihr Leid. Sie kennen die Klempnerei Blech-Fix, die damit wirbt, jeden Auftrag innerhalb eines Tages zu erledigen. Soll B dort sofort anrufen?

Variante: B hat sofort angerufen. Die Leute von Blech-Fix packen gerade zusammen, als K erscheint und meint: „Dann brauche ich ja bloß noch die Rechnung zu schreiben.“ B ist empört und will von Ihnen wissen, ob sie K wirklich bezahlen muss. Was sagen Sie?

Hinweise zur Nachbereitung:

1. Im Ausgangsfall muss die Möglichkeit der Variante gedanklich vorweggenommen und gefragt werden, ob B doppelt zahlen müsste, wenn sie Blech-Fix bestellt. Das ist der Fall. B musste K eine Frist setzen, was sie nicht getan hat. Sie ist im Übrigen auch nicht nach Maßgabe von § 349 BGB vom Vertrag zurückgetreten. Daher muss sie in der Variante doppelt zahlen (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 22.9.2004 - VIII ZR 203/03, NJW-RR 2005, 357, 360). Im Ausgangsfall wäre ihr zu raten, erst den K zur Leistung aufzufordern.

2. Technisch hat man zwei Wege, die Lösung aufzubauen. Man kann die Frage aufwerfen, ob die B von dem ersten Werkvertrag zurücktreten kann. Dieser Ansatz liegt näher, weil der Rücktritt kein Verschulden voraussetzt, seine Voraussetzungen also tendenziell leichter zu erfüllen sind. Man kann aber auch die Frage stellen, ob die B Ersatz der Kosten für den zweiten Auftrag ersetzt bekommt, also ob sie Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn sie Blech-Fix beauftragt.

3. Sowohl nach § 323 Abs. 1 BGB als auch nach § 280 Abs. 1, 3 mit § 281 Abs. 1 BGB stellt sich die Frage, ob die B dem K die erforderliche Frist gesetzt hat. Das ist nicht der Fall. Ihr Anruf reicht als Fristsetzung nicht aus. Zwar muss der Gläubiger keine bestimmte Frist bezeichnen; es genügt, dass er unverzügliche Leistung verlangt (BGH, Urt. v. 12.8.2009 - VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 Rn. 10 f.). Diesen Grad an Entschiedenheit weist die Nachfrage der B aber nicht auf. Also fehlt es an der Fristsetzung. Sie könnte weder zurücktreten noch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Sie müsste also doppelt zahlen. Nichts Anderes ergäbe sich, wenn sie den Reparaturauftrag nach § 649 BGB (ab 1. 1. 2018: § 648 BGB) kündigte.

4. Die Erleichterung bei der Fristsetzung dem Gläubiger nur scheinbar einen Vorteil bringt. Die Aufforderungen zur unverzüglichen Leistungserbringung setzt – nicht anders als die zu kurze Frist – die objektiv angemessene Frist in Gang. Tritt der Gläubiger zu einem Zeitpunkt zurück, in dem diese in Wirklichkeit noch nicht abgelaufen ist, ist der Rücktritt unbegründet. Er müsste ihn wiederholen – wenn er das in Anbetracht der Verjährungsfrist nach § 218 BGB noch kann.

Folie 4

Die geplatze Tournee

Die beklagte Konzertveranstalterin hatte den Kläger, der ein Unternehmen für Beleuchtungstechnik und Lichtdesign betreibt, beauftragt, die Ausleuchtung und Lichtdesign bei den 10 Konzerten der Tournee der Pop-Gruppe „Rockmäuse“ zu übernehmen. Er sollte für jeden Aufbau-, Proben- und Konzertabend 225 € erhalten. Die Tournee kam nicht zustande, weil sich die Rockmäuse zerstritten. Wie entscheiden Sie?

Hinweise zur Nachbereitung:

Der Fall ist dem Fall nachgebildet, der dem Urteil des BGH vom 18.10.2001 (III ZR 265/00, NJW 2002, 595) zugrunde lag. Die Konzertveranstalterin muss den Beleuchter bezahlen, obwohl die Tournee geplatzt ist, wenn sie dafür verantwortlich ist §§ 631, 326 Abs. 2 BGB. Vorsatz oder Fahrlässigkeit trifft sie nicht. Das hilft ihr nach § 276 Abs. 1 BGB aber nicht, weil das Platzen der Tournee ein Umstand aus ihrer Risikosphäre ist, für den sie die Verantwortung (stillschweigend) übernommen hat.

Folie 5

Der gestohlene Porsche

K kauft bei V einen Porsche für 45.000 €. Da er im Moment etwas klamm ist, vereinbart er mit V, dass er den Kaufpreis in vierteljährlichen Raten zu je 9.000 € abzahlen darf. V behält sich im Gegenzug das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung vor. Nach einem Jahr wird der Wagen gestohlen. Die Polizei meint, das Fahrzeug sei im Ausland und nicht mehr auffindbar. K will jedenfalls die restlichen Raten nicht mehr zahlen. Das sieht V anders und beauftragt sie mit der Beantragung eines Mahnbescheids. Was tun Sie?

Hinweise zur Nachbereitung:

Der Mahnbescheid könnte beantragt werden, wenn der K von seiner Zahlungspflicht nicht befreit worden ist. Dazu könnte es nach § 326 Abs. 1 BGB gekommen sein, weil der Porsche gestohlen und unauffindbar ist. Das setzt voraus, dass dem V dadurch die Erfüllung seiner Verkäuferpflichten unmöglich geworden ist. Das ist nicht der Fall. Nach BGH Urteil vom 11.6.1960 - V ZR 200/58, MDR 1960, 1004) ändert der spätere Fortfall des Besitzes bei einer ansonsten vollständigen bedingten Übereignung nichts am Eigentumsübergang mit Eintritt der Bedingung. Allerdings wird auch vertreten, dass dies „unbelasteten“ Besitz voraussetzte (OLG Saarbrücken, Urteil vom 14.12.1966 - 1 U 105/66, OLGZ 1967, 1, 9). Ob der Besitz von K im Hinblick auf das Rücktrittsrecht des V nach § 449 BGB bei Ausbleiben von Raten in diesem Sinne belastet ist, scheint mir zweifelhaft, kann aber offen bleiben. Wenn nämlich deshalb die Übereignung unmöglich geworden sein sollte, würde K nach § 326 Abs. 2 BGB nur frei, wenn er diesen Umstand nicht zu vertreten hätte. Das wäre aber der Fall. K hat zwar nach dem Sachverhalt weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt. Ihn trifft aber ein erhöhtes Risiko, weil V ihm das Fahrzeug übergeben hat, § 446 S. 1 BGB. Der gälte auch beim Verbrauchsgüterkauf, § 474 Abs. 2 BGB, so dass es darauf hier nicht ankommt.

Folie 6

Unfall bei der Probefahrt

V verkauft dem K unter Ausschluss jeder Gewährleistung sein gebrauchtes Segelboot mit Hilfsmotor für 15.000 €. Die beiden vereinbaren, dass Bezahlung und Übergabe zum Ende der Segelsaison am 31. Oktober 2007 im gemeinsamen Yachtclub stattfinden sollen. Im August möchte K mit dem Boot an einer Regatta teilnehmen, die V nicht wahrnehmen kann, weil er in Urlaub ist. Damit ist V einverstanden. Am Ende der Regatta rammt K mit dem Boot den Steg im Hafen des Yachtclubs. Eine Überprüfung ergibt, dass K einen schweren Fahrfehler begangen hat, aber zu dem Unfall im Umfang von 1/5 auch ein Defekt am Hilfsmotor beigetragen hat. V ist verärgert und besteht auf vollständiger Zahlung. Was raten Sie ihm?

#

Hinweise zur Nachbereitung:

1. Der Fall lehnt sich entfernt an den Fall des OLG Frankfurt/Main in NJW-RR 1995, 435 an. Sein Thema ist die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit. Diese Frage hatte die Schuldrechtskommission in dem Sinne beantworten wollen, dass der Rücktritt bei einem „überwiegenden“ Verschulden des Gläubigers ausgeschlossen sein und nur in diesem Fall trotz einer Befreiung des Schuldners von der Gegenleistung weiterhin die Leistungspflicht bestehen (Bericht S. 170). Dam hat sich der Gesetzgeber nicht anschließen können. Er hat es – wie im früheren Recht – bei einem Ausschluss des Rücktrittsrechts und einem Fortbestand nur bei einem „weit überwiegenden“ Verschulden des Gläubigers belassen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 14/6040 S. 187). Wie der Fall eines „nur“ überwiegenden Verschuldens zu lösen ist, hat er Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen.

2. Es haben sich im Kern drei Meinungen herausgebildet, die Ernst (MüKoBGB, 7. Aufl., § 326 Rn. 82) wie folgt bezeichnet:

- Theorie der geminderten Gegenleistungspflicht,
- Theorie der ungeminderten Gegenleistungspflicht,
- Theorie der beiderseitigen Schadensersatzpflichten.

3. Nach der ersten Ansicht wird § 326 Abs. 2 BGB bei einem nur überwiegenden Mitverschulden des Gläubigers teleologisch reduziert. In diesem Fall findet weder § 326 Abs. 1 noch § 326 Abs. 2 BGB uneingeschränkte Anwendung; der Gläubiger wird weder vollständig an seiner Leistungspflicht festgehalten noch vollständig von ihr befreit. Er wird vielmehr nur im Umfang des Mitverschuldens des Schuldners von seiner Leistungspflicht befreit.

4. Nach der zweiten Ansicht wird § 326 Abs. 2 BGB auf den Fall des nur überwiegenden Mitverschuldens analog angewendet. Die Folge davon ist, dass der Schuldner im Hinblick auf § 275 BGB nur die Leistung erbringen muss, die er erbringen kann, der Gläubiger aber uneingeschränkt zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. Dem Gläubiger steht allerdings gegen den Schuldner ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu, der sich bei anfänglicher Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB richtet, bei nachträglicher Unmöglichkeit nach § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB. Auf diesen muss er sich sein Mitverschulden anrechnen lassen, § 254 Abs. 1 BGB.

5. Nach der dritten Ansicht ist eine solche Fallgestaltung schadenersatzrechtlich zu lösen. Der Gläubiger kann von dem Schuldner Schadensersatz statt der Leistung, der Schuldner von dem Schuldner Schadensersatz wegen Verletzung von Schutzpflichten verlangen. Diese Meinung wird im Moment favorisiert.

6. Nach meiner Meinung wäre an sich die erste Meinung sachgerecht, weil sie den Vertrag so weit wie möglich aufrechterhält und eine unnötige Hin- und Her-Rechnerei mit Schadensersatzansprüche vermeidet. Sie hat aber einen großen Nachteil: Sie lässt sich konstruktiv auf den parallelen Fall des Rücktritts kaum übertragen. Das ist aber wichtig. Denn der Gesetzgeber hat für den Rücktritt in § 323 Abs. 6 BGB eine dem § 326 Abs. 2 BGB korrespondierenden Regelung getroffen. Bei Unmöglichkeit der Nachbesserung verweist § 326 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 BGB auf das Rücktrittsrecht. Diese Schwierigkeit lässt sich mit der zweiten Meinung am besten lösen. Die dritte Meinung kann die Frage nicht beantworten, weshalb der Schuldner etwa bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht das soll leisten müssen, was er kann. Denn davon wird er nicht befreit.

Zur Lösung des Falles

7. Zur Lösung ist zunächst die Vorüberlegung anzustellen, ob der Schaden zur Unmöglichkeit der Leistung insgesamt führt oder zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. Vertretbar ist beides.

8. Nimmt man Unmöglichkeit der ganzen Leistung an, gestaltet sich die Lösung wie folgt:

9. Dem V könnte ein Anspruch auf Zahlung des ganzen Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB zustehen. Dieser Anspruch könnte nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erloschen sein, weil er das Schiff nicht mehr vertragsgemäß liefern kann. Das ist der Fall, weil das Schiff jetzt einen Minderwert hat, den er nicht beseitigen kann. Da dieser Zustand vor der vereinbarten Lieferung eingetreten ist, ist ihm die vertragsgemäße Leistung auch insgesamt unmöglich.

10. K könnte allerdings nach Maßgabe von § 326 Abs. 2 BGB dennoch weiterhin zur Zahlung verpflichtet sein. Unmittelbar anwendbar ist die Vorschrift nicht, weil K den Unfall nicht weit überwiegend, sondern nur überwiegend zu vertreten hat. Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, wird unterschiedlich gesehen. Den Vorzug verdient die Ansicht, die Vorschrift auf den Fall des überwiegenden Gläubigerverschuldens analog anzuwenden. Dann würde K von seiner Zahlungspflicht nicht befreit.

11. Allerdings könnte K mit einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB (nicht § 311a Abs. 2 BGB, weil der Schaden nach Vertragsschluss eingetreten ist) wegen des ausgefallenen Leistungsteils aufrechnen.

12. Nimmt man Unmöglichkeit der Nacherfüllung an, gestaltet sich die Lösung wie folgt:

13. Dem V könnte ein Anspruch auf Zahlung des ganzen Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB zustehen. Dieser Anspruch könnte nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erloschen sein, weil er das Schiff nicht mehr vertragsgemäß liefern kann. Die Vorschrift findet aber nach Satz 2 keine Anwendung, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist. Dieser Fall liegt hier vor. V ist in der Lage, das verkaufte Boot zu liefern und zu übereignen. Was ihm nicht möglich ist, ist, den eingetretenen Schaden rückstandslos zu beseitigen. Es liegt als eine fehlerhafte Lieferung vor. Dass der Fehler der Lieferung eingetreten ist, ändert daran nichts. Denn das wird in § 434 BGB vorausgesetzt, wonach der Fehler bei Lieferung zumindest angelegt sein muss. K wird deshalb nicht kraft Gesetzes von seiner Leistungspflicht befreit.

14. Er kann dann aber nach § 326 Abs. 5 BGB zurücktreten. Ein Rücktritt von dem ganzen Vertrag scheidet aber nach § 326 Abs. 5, § 323 Abs. 6 BGB aus. Er hat zwar den Schaden nicht weit überwiegend, sondern nur überwiegend zu vertreten. Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, wird unterschiedlich gesehen. Den Vorzug verdient die Ansicht, die Vorschrift (also § 323 Abs. 6 BGB!) auf den Fall des überwiegenden Gläubigerverschuldens analog anzuwenden. Dann dürfte K nicht von dem ganzen Vertrag zurücktreten. Er dürfte aber nach § 325 BGB Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB wegen des ausgefallenen Leistungsteils verlangen im Umfang des Mitverschuldens des Gläubigers (das ist der Verkäufer V) und mit diesem Anspruch aufrechnen.