

# Übungsfall: Kunsthandel mit Hindernissen

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Singbartl**, stud. jur. **Thomas Dziwis**, München\*

*Der Übungsfall wurde als Grundkursklausur für Studierende des zweiten Semesters der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2012 gestellt und wirft Fragen im Bereich des allgemeinen Schuldrechts auf.*

## Sachverhalt

K handelt mit Gegenwartskunst und gilt als Expertin für die neue Leipziger Schule. Besonders gut gefallen ihr die Bilder des bislang noch nicht ganz so bekannten Künstlers R. Dank ihres Verhandlungsgeschicks gelingt es K, Sammler V am 2.5. zum Verkauf zweier Gemälde unterschiedlichen Formates des R (im Folgenden: Bild 1 und Bild 2) zum Kaufpreis von je 4.000,- € zu bewegen, obwohl für vergleichbare Gemälde des R im Kunsthandel in letzter Zeit Beträge von 5.000,- € bezahlt werden. Zwischen V und K wird vereinbart, dass K den Kaufpreis für beide Bilder sogleich überweist und V Bild 1 spätestens zwei Wochen nach Erhalt des Kaufpreises durch einen geeigneten Spediteur zum Versand bringt. Bild 2 darf K gleich mitnehmen. K überweist den Kaufpreis noch am 2.5. und entschließt sich, nachdem sie zunächst mit dem Gedanken geliebäugelt hat, die Bilder beide zum Preis von mindestens je 5.000,- € weiter zu veräußern, jedenfalls Bild 1 selbst zu behalten und über das Schicksal von Bild 2 später zu befinden. Sie gibt in Erwartung der baldigen Lieferung von Bild 1 bei einem Rahmenstudio einen farblich recht eigenwilligen, maßgefertigten Rahmen in Auftrag, der 400,- € kostet und in dem das Gemälde künftig das Arbeitszimmer von K schmücken soll. Nachdem V am 5.5. auf seinem Konto die Zahlung der K gutgeschrieben wird, gerät bei ihm das Geschäft aufgrund privater Turbulenzen ein wenig in Vergessenheit. Am 23.5. legen Unbekannte im Garten von V Feuer, wobei die Flammen schließlich auch das Haus erfassen. Die Feuerwehr kann den Brand aufgrund ungünstiger Windverhältnisse erst spät löschen. Bild 1 wird völlig zerstört. Sämtliche Gemälde der Sammlung des V waren mit 80 % ihres Verkehrswertes gegen Feuer versichert.

## Bearbeitervermerk

K möchte wissen, welche Rechte ihr gegen V zustehen.

### A. Anspruch der K gegen V auf Übergabe und Übereignung der beiden Bilder aus einem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der beiden Bilder aus einem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Dazu müsste der Anspruch entstanden sein. Zudem dürfte er später nicht erloschen sein und Einreden dürften seiner Durchsetzbarkeit nicht entgegenstehen.

---

\* Die Autoren sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht von Frau Prof. Dr. Beate Gsell an der LMU München. Herzlicher Dank gilt Frau Prof. Dr. Beate Gsell, welche den Fall zur Verfügung stellte und bei seiner Lösung sehr hilfreiche Anregungen gab.

## I. Anspruch entstanden?

Vorliegend waren sich K und V am 2.5. darüber einig, dass V der K Bild 1 und Bild 2 des Künstlers R gegen Zahlung von jeweils 4.000,- € verkaufen solle. Es stellt sich allerdings die Frage, ob zwei einzelne Kaufverträge über jeweils ein Bild geschlossen worden sind oder lediglich ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, der beide Bilder zum Kaufgegenstand hat. Letzteres wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn die beiden Bilder eine sogenannte Sachgesamtheit bilden würden. Darunter versteht man mehrere zusammengehörende, nach der Verkehrsanschauung als wirtschaftliche Einheit erscheinende Gegenstände, die unter einer einheitlichen Bezeichnung zusammengefasst werden können.<sup>1</sup> Daran fehlt es hier jedoch ersichtlich, da der Ankauf eines einzelnen Gemäldes des R kein unvollständiges Geschäft darstellt, welches wirtschaftlich nur bei Ankauf des verbleibenden Gemäldes sinnvoll wäre. Dennoch könnte die Auslegung der Vertragserklärungen nach §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Interessenlage ergeben, dass ein einheitlicher Kaufvertrag über beide Gemälde geschlossen werden sollte. Dafür spricht vor allem die zeitliche und örtliche Einheit des Geschäftes. Für beide Parteien stellt sich das Geschehen als ein einheitlicher Lebensvorgang dar, der durch die Annahme zweier Kaufverträge in unnatürlicher Weise und entgegen einer lebensnahen Betrachtungsweise zerstückelt werden würde. Ein Anspruch der K, welcher gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung von Bild 1 und Bild 2 gerichtet ist, ist entstanden.

## II. Anspruch erloschen?

Ferner dürfte der Anspruch der K nicht erloschen sein.

### 1. Bild 1

Bild 1 ist am 23.5. und damit nach Vertragsschluss verbrannt, also untergegangen. Auch eine Wiederbeschaffung am Markt kommt nicht in Betracht, da die Parteien K und V vorliegend eine Stückschuld über einen individualisierten Gegenstand vereinbart haben. Somit ist V von der Pflicht zur Übereignung von Bild 1 wegen nachträglicher objektiver, Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) befreit.

### 2. Bild 2

#### a) § 275 Abs. 1 BGB

Nach § 275 Abs. 1 BGB tritt Befreiung aber nur im Umfang der Unmöglichkeit ein („soweit“) und bleibt der Schuldner

---

<sup>1</sup> Auch wenn kraft schuldrechtlicher Vereinbarung eine Sachgesamtheit den Kaufgegenstand bilden kann, so hat die sachenrechtliche Eigentumsübertragung aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes in Bezug auf jeden Bestandteil der Sachgesamtheit einzeln zu erfolgen. So kann beispielsweise ein Kaufvertrag über eine Bibliothek geschlossen werden, jedoch muss jedes einzelne Buch separat übereignet werden, vgl. *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 90 Rn. 40.

also bei bloßer Teilunmöglichkeit weiterhin zur Leistung des noch möglichen Teils verpflichtet.<sup>2</sup> Bezüglich Bild 2 greift demnach keine Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1 BGB ein.

*b) § 362 Abs. 1 BGB*

Bezüglich Bild 2 könnten Vs Leistungspflichten aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zur Übergabe und Übereignung aber durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen sein. V verschaffte K den unmittelbaren Besitz am Bild (§ 854 Abs. 1 BGB), wobei beide sich einig waren, dass K Eigentümer werden sollte, so dass auch die Voraussetzungen der Übereignung nach § 929 S.1 BGB erfüllt sind. Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB ist insoweit also eingetreten.

### III. Ergebnis

K kann von V nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB keine Lieferung eines Gemäldes mehr verlangen.

### B. Anspruch der K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs 3, 283, 275 Abs. 4 BGB

Fraglich ist, ob K gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 275 Abs. 4 BGB geltend machen kann.

#### I. Schuldverhältnis

Zwischen K und V besteht ein Kaufvertrag, der am 2.5. geschlossen wurde (vgl. A. I.).

#### II. Pflichtverletzung

Daneben wird vorausgesetzt, dass V eine Pflicht aus dem Kaufvertrag mit K verletzt hat, §§ 283 S. 1, 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Unter einer Pflichtverletzung versteht man jedes Verhalten, das negativ von dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht.<sup>3</sup> Die Pflichtverletzung des V besteht in dem endgültigen Ausbleiben seiner Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB bezüglich Bild 1, da er von dieser nach § 275 Abs. 1 BGB befreit worden ist.<sup>4</sup> Aus einer systematischen Betrachtung des § 283 BGB und § 311a BGB geht hervor, dass die Befreiung nicht bereits bei Vertragsschluss vorgelegen haben dürfte (dann Fall des § 311a BGB), sondern erst nachträglich entstanden sein müsste.<sup>5</sup> Das Leistungshindernis entstand hier erst am 23.5., als der Kaufvertrag schon geschlossen worden war.

<sup>2</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 275 Rn.7.

<sup>3</sup> *Petersen*, Examens-Repetitorium Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2013, § 1 Rn. 25; *Münch*, Jura 2002, 361 (363 f.).

<sup>4</sup> Zum (problematischen) Verweis des § 283 S. 1 BGB auf die Pflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB: *Petersen* (Fn. 3), § 6 Rn. 306 ff.

<sup>5</sup> *Grüneberg* (Fn. 2), § 283 Rn.3; *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 283 Rn.3.

### III. Vertretenmüssen

Gemäß §§ 280 Abs. 1 S. 2, 283 S. 1 BGB müsste V diese Pflichtverletzung zu vertreten haben. Es ist erforderlich, dass V den zur Unmöglichkeit der Leistung führenden Umstand zu vertreten hat.

#### 1. Vertretenmüssen nach § 276 BGB

Das Vertretenmüssen richtet sich nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Schuldner grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen hat. Aus dem Umstand, dass Unbekannte in seinem Garten Feuer gelegt haben, wodurch Bild 1 zerstört wurde, können dem V weder ein Vorsatz- noch ein Fahrlässigkeitsvorwurf zur Last gelegt werden. Eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB scheidet ebenfalls aus. Damit könnte V an sich das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich vermutete Vertretenmüssen widerlegen, sodass er nicht schadensersatzpflichtig wäre.

#### 2. Zufallshaftung im Verzug, § 287 S. 2 BGB

Eine andere Bewertung könnte sich allerdings aus § 287 S. 2 BGB ergeben, wonach der Schuldner auch für Zufall einzustehen hat.

#### a) Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 BGB

Die Zufallshaftung setzt voraus, dass V sich im Zeitpunkt des zum Untergang von Bild 1 führenden Feuers im Schuldnerverzug nach § 286 BGB befunden hat.

#### aa) Nichtleistung bei Fälligkeit

V müsste bei Fälligkeit des Anspruchs der K aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geleistet haben. Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab welchem der Gläubiger die Leistung verlangen kann, § 271 Abs. 1 BGB. V sollte laut Parteivereinbarung das erste Bild spätestens zwei Wochen nach Erhalt des Kaufpreises einem Spediteur zum Versand geben. Der Kaufpreis wurde V am 5.5. auf seinem Konto gutgeschrieben. Die zweiwöchige Leistungsfrist begann nach §§ 186, 187 Abs. 1 BGB am 6.5. um 0 Uhr und endete gemäß § 188 Abs. 2 BGB am 19.5. um 24 Uhr. Ab diesem Zeitpunkt war K berechtigt, die Lieferung von Bild 1 von V zu verlangen. Die Fälligkeit endete erst mit Eintritt der Unmöglichkeit am 23.5., da K ab diesem Moment infolge der Leistungsbefreiung des V nicht mehr forderungsberechtigt war. Obwohl in dem Zeitraum vom 19.5. bis zum 23.5. die Forderung der K fällig war, leistete V nicht.

#### bb) Durchsetzbarkeit

Der Anspruch der K aus dem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ist zudem während des oben bezeichneten Zeitabschnitts durchsetzbar gewesen, da V diesem keine Einreden entgegenhalten konnte.

#### cc) Vertretenmüssen des V

Ferner müsste V die Lieferung von Bild 1 aufgrund eines Umstands unterlassen haben, den er zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB. Insofern ist der Maßstab des § 276 BGB anzulegen, sodass V nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. In

Bezug auf die Nichtlieferung des Bildes kommt Fahrlässigkeit in Betracht. Nach § 276 Abs. 2 BGB bedeutet Fahrlässigkeit das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. V hat das Geschäft in Vergessenheit geraten lassen. Hierdurch ließ er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht. Somit unterblieb die Leistung des V infolge eines Umstandes, den dieser in fahrlässiger Weise zu vertreten hatte.

*dd) Mahnung durch K?*

Schließlich ist grundsätzlich erforderlich, dass der Gläubiger den Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit zur Leistung mahnt, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Mahnung stellt eine einseitige und empfangsbedürftige Leistungsaufforderung an den Schuldner dar.<sup>6</sup> Dass K den V nach Eintritt der Fälligkeit zur Leistung gemahnt hätte, ist vorliegend nicht ersichtlich.

*ee) Entbehrlichkeit der Mahnung?*

Allerdings könnte die Mahnung ausnahmsweise entbehrlich gewesen sein, was sich nach § 286 Abs. 2 BGB beurteilt.

*(1) Entbehrlichkeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB*

Eine Mahnung ist nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, wenn für die Leistung ein bestimmter Kalendertag festgelegt wurde. Die Leistungszeit lässt sich vorliegend aber gerade nicht allein nach dem Kalender bestimmen, vielmehr ist sie an den Erhalt des Kaufpreises geknüpft.

*(2) Entbehrlichkeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB*

Gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB bedarf es dann einer Mahnung nicht, wenn die Leistungszeit sich durch Anknüpfen an ein vorausgehendes Ereignis dem Kalender nach ermitteln lässt. Ein solches Ereignis ist in der Zahlung des Kaufpreises durch K an V zu erblicken. Ab diesem Ereignis müsste dem Schuldner eine angemessen lange Zeit zur Leistung eingeräumt worden sein. K und V vereinbarten eine Leistungszeit von zwei Wochen, innerhalb derer V das Bild unter Einschaltung eines Spediteurs versenden sollte. Diese Zeitbestimmung erscheint angemessen. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist daher einschlägig. Die Mahnung war ausnahmsweise entbehrlich.

*ff) Zwischenergebnis*

Die Verzugsvoraussetzungen nach § 286 BGB sind gegeben.

*b) Kausalität der Verspätung für die Zerstörung*

Darüber hinaus dürfte die Zerstörung des Bildes 1 bei rechtzeitigem Leistung nicht eingetreten sein, § 287 S. 2 BGB. Die Zerstörung müsste kausal auf die Leistungsverzögerung des V zurückzuführen sein. Hätte V rechtzeitig geleistet, so wäre das Bild nicht durch das von Unbekannten gelegte Feuer zerstört worden. Zwischen der Leistungsverzögerung und der Zerstörung der Kaufsache besteht somit ein kausaler Zusammenhang.

<sup>6</sup> Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl. 2012, § 23 Rn. 10; Überblick zur Mahnung bei: Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 286 Rn. 15-26.

*c) Rechtsfolge*

Die Voraussetzungen des § 287 S. 2 BGB sind gegeben, so dass V auch für Zufall einzustehen hat. Folglich fällt es in seinen Risikobereich, wenn Unbekannte ein Feuer legen, infolge dessen der Kaufgegenstand vollständig zerstört wird.

**IV. Höhe des ersatzfähigen Schadens**

Nun ist zu ermitteln, in welcher Höhe K einen ersatzfähigen Schaden erlitten hat.

*1. Berechnung nach der Differenzmethode*

Der Gläubiger ist beim Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 249 BGB so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß geleistet worden wäre.<sup>7</sup> Nach der Differenzmethode<sup>8</sup> tritt der Schadensersatz sowohl an die Stelle der Leistung, welche nach § 275 Abs. 1 BGB entfallen ist, wie auch an die Stelle der Gegenleistung, die wegen § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ebenfalls nicht mehr erbracht werden muss.<sup>9</sup> Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung bildet den ersatzfähigen Schaden. Hätte V Bild 1 ordnungsgemäß unter Beachtung der parteilichen Vereinbarung geliefert, so hätte K ein Gemälde im Wert von 5.000,- € (= Leistung) zu einem Kaufpreis von lediglich 4.000,- € (= Gegenleistung) erlangt. Der Schaden beträgt somit 1.000,- €.

Zu ersetzen sind diejenigen Schäden, welche dem Schädiger nach den Kriterien der haftungsausfüllenden Kausalität zugerechnet werden können: die Schäden müssten äquivalent und adäquat kausal entstanden und vom Schutzzweck der Norm erfasst sein.<sup>10</sup> Der Schaden i.H.v. 1.000 € ist äquivalent und adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des V zurückzuführen und auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm dem Verkäufer zurechenbar.

*2. Kein Ersatz von Aufwendungen*

Als Schaden können indes die Kosten, welche für die Anfertigung des Rahmens angefallen sind, nicht in Rechnung gestellt werden. Diese wären auch bei ordnungsgemäßer Lieferung von Bild 1 entstanden. Eine andere Beurteilung ergibt sich ebenfalls nicht aus der Rentabilitätsvermutung, nach welcher zugunsten des Gläubigers davon ausgegangen wird, dass dieser infolge der Vertragsdurchführung genügend Einnahmen erwirtschaftet, um die zu wirtschaftlichen Zwecken getätigten

<sup>7</sup> BGH JZ 2010, 44; Brox/Walker (Fn. 6), § 22 Rn. 57.

<sup>8</sup> Daneben kann die Berechnung grundsätzlich auch nach der Surrogationsmethode durchgeführt werden; im vorliegenden Fall scheidet die Surrogationsmethode aber aus, da die Befreiung von der Gegenleistungspflicht ipso iure gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB eintritt und K die bereits erbrachte Gegenleistung in Höhe von 4.000,- € nach §§ 326 Abs. 1, Abs. 4, 346 ff. BGB herausverlangen kann. Zu den beiden Methoden: Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl. 2012, Vor § 281 Rn. 15-23.

<sup>9</sup> Brox/Walker (Fn. 6), § 22 Rn. 58.

<sup>10</sup> Ausführlich: Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 46 Rn. 889 ff.

Aufwendungen aufzuwiegen.<sup>11</sup> Denn K gab den Rahmen lediglich zu ideellen und nicht zu wirtschaftlichen Zwecken in Auftrag.

### 3. Großer Schadensersatz statt der Leistung?

K kann also jedenfalls 1.000 € „kleinen“ Schadensersatz hinsichtlich der endgültigen Nichtlieferung von Bild 1 geltend machen (vgl. oben). Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken und Wortlaut des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB („soweit“), der Regelungen ausschließlich für den nicht oder nicht wie geschuldet bewirkten Teil der Leistung trifft.<sup>12</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob K darüber hinaus berechtigt ist, „großen“ Schadensersatz statt der Lieferung beider Gemälde zu fordern.

Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann jedoch nur unter Hinzutreten weitergehender Erfordernisse begehrt werden, §§ 283 S.2, 281 Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB. Ausgehend von einem einheitlichen Kaufvertrag, der beide Bilder als Kaufgegenstand erfasst (vgl. A. I.), bleibt zu klären, wie die Nichtlieferung von Bild 1 im Rahmen des § 281 Abs. 1 BGB einzuordnen ist. Die Relevanz dieses Zuordnungsproblems zeigt sich darin, dass je nach Einordnung die Anforderungen an die Zulässigkeit eines etwaigen Schadensersatzbegehrens statt der ganzen Leistung variieren.

#### a) Nichtlieferung von Bild 1 als nicht vertragsgemäße Leistung?

Wenn die Nichtlieferung von Bild 1 als Schlechtleistung nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB angesehen würde, so könnte bereits im Falle einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung Schadensersatz statt der gesamten Leistung verlangt werden.

Gestützt wird diese Ansicht auf die Vorschrift des § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB, nach welcher eine Zu-wenig-Leistung einem Sachmangel gleichsteht und wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB mit einer nicht vertragsgemäßen Leistung gleichbedeutend ist. Dies müsse ebenso im allgemeinen Leistungsstörungenrecht gelten, zumal der Wortlaut des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB Einschränkungen dieses Verständnisses nicht rechtfertige.<sup>13</sup>

Zunächst muss aber geklärt werden, ob in der vorliegenden Konstellation überhaupt ein Sachmangel in Gestalt der Mankolieferung gegeben ist, §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB. Unter einem Sachmangel versteht man die negative Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit.<sup>14</sup> Anknüpfen ließe sich an das Verhalten des V, der nur ein Bild geliefert hat, obwohl er zur Übereignung zweier Bilder verpflichtet war.

Es muss jedoch nach h.A. zwischen der offenen und verdeckten Mankolieferung unterschieden werden. Nur eine verdeckte Mankolieferung, bei welcher der Verkäufer irrtümlich mit einer zu geringen Menge seine gesamte Verbindlichkeit

zu erfüllen beabsichtigt, ist von § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB erfasst.<sup>15</sup> Anders verhält es sich hingegen bei der offenen Mankolieferung, bei welcher der Verkäufer dem Käufer bewusst die Lieferung einer zu geringen Menge der Verbindlichkeit anbietet.<sup>16</sup> Nimmt der Gläubiger wissentlich und willentlich unter Verzicht auf sein Recht aus § 266 BGB eine Teilleistung als solche an, so bleibt der Schuldner weiterhin aufgrund des ursprünglichen Kaufvertrages zur Leistung des noch verbleibenden Teils verpflichtet, ohne dass die §§ 434 ff. BGB Anwendung finden würden.<sup>17</sup>

Beiden Parteien war bewusst, dass V am 2.5. noch nicht seine gesamte Verbindlichkeit gegenüber K beglichen, sondern dass er lediglich eine Teilleistung erbracht hat. Es handelte sich somit um eine offene Mankolieferung, die dem Anwendungsbereich des § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB entzogen ist.<sup>18</sup>

§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB ist wegen Fehlens eines Sachmangels nicht einschlägig.

#### b) Lieferung von Bild 2 als Teilleistung?

Betrachtete man die Lieferung von Bild 2 und die endgültige Nichtlieferung von Bild 1 als Erbringung einer Teilleistung, so müsste K gemäß § 281 Abs. 1 S. 2 BGB ihr Interesse an der bereits erbachten Leistung verloren haben, um wirksam Schadensersatz statt der ganzen Leistung fordern zu können. Durch die Annahme von Bild 2 signalisierte K, dieses behalten zu wollen. Sie hat wegen ihrer offenen Zukunftspläne ihr Leistungsinteresse an dem bereits gelieferten Bild 2 im Zeitpunkt der Zerstörung des anderen Bildes nicht verloren. Ihr etwaiges Begehren nach großem Schadensersatz würde bei Annahme einer Teilleistung an fehlendem Interessenfortfall scheitern.

## V. Ergebnis

K hat aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 275 Abs. 4 BGB einen Anspruch gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung wegen endgültigen Ausbleibens der Lieferung von Bild 1 in Höhe von 1.000,- €.

## C. Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 284, 275 Abs. 4 BGB

K könnte einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 284, 275 Abs. 4 BGB für die Kosten, welche für den von ihr in Auftrag gegebenen und für das Bild 1 bestimmten Rahmen angefallen sind, geltend machen.

## I. Verhältnis zu den §§ 280 ff. BGB

Ob ein Aufwendungsersatzanspruch neben einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend gemacht werden

<sup>11</sup> Looschelders (Fn. 10), § 32 Rn. 675; BGHZ 99, 182 (196 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. Unberath, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 26, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 56.

<sup>13</sup> Faust, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 26, Stand: 1.3.2011, § 434 Rn. 115.

<sup>14</sup> Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 434 Rn. 8.

<sup>15</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 37. Aufl. 2012, § 4 Rn. 26. a.A.: Windel, Jura 2003, 793.

<sup>16</sup> Faust (Fn. 13), § 434 Rn. 113.

<sup>17</sup> Faust (Fn. 13), § 434 Rn. 113.

<sup>18</sup> Verneint man das Vorliegen eines Sachmangels in Gestalt einer Mankolieferung, so stellt sich das Folgeproblem nicht, ob eine Mankolieferung als nicht vertragsgemäße Leistung nach § 323 Abs. 5 S.2 BGB oder als Teilleistung gemäß § 323 Abs. 5 S.1 BGB einzuordnen ist.

kann, muss vorneweg geprüft werden. Aus dem Wortlaut des § 284 BGB („Anstelle“) ergibt sich, dass die beiden Ansprüche grundsätzlich in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander stehen.<sup>19</sup> Es kann aber bezweifelt werden, ob eine kumulative Geltendmachung der genannten Ansprüche in jedem Falle ausgeschlossen sein soll. Der Sinn und Zweck des in § 284 BGB vorgeschriebenen Alternativitätsverhältnisses besteht nämlich in der Verhinderung einer doppelten Kompensation desselben Vermögensnachteils.<sup>20</sup> Der Gläubiger soll nicht denselben Schadensposten gleichzeitig über die Vorschriften zum Schadensersatz statt der Leistung und über § 284 BGB geltend machen können.<sup>21</sup> Wenn allerdings Schadens- und Aufwendungsersatz verschiedene Gläubigerinteressen befriedigen, erscheint eine teleologische Reduktion in der Weise angebracht, dass das Begehren nach Aufwendungsersatz kumulativ neben dem Schadensersatzverlangen zugelassen wird.

Durch den Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB) erhält K die Differenz zwischen dem Markt- und Kaufpreis zum Ausgleich des materiellen Nichterfüllungsinteresses erstattet. Daneben tätigte K zu ideellen Zwecken Aufwendungen, die nunmehr nutzlos geworden sind. Betroffen ist das immaterielle Nichterfüllungsinteresse (entgangener Kunstgenuss).<sup>22</sup> Somit geht es um die Kompensation zweier verschiedener Interessen. K kann Aufwendungsersatz kumulativ neben dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB verlangen. (a.A. gut vertretbar)

## II. Vorliegen der haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung

Aus der Formulierung „Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ (§ 284 BGB) geht hervor, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung dem Grunde nach gegeben sein müssen. Wie unter B. dargestellt, steht K gegen V ein solcher Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 275 Abs. 4 BGB zu.

## III. Aufwendungen

K müsste Aufwendungen getätigt haben, die sie billigerweise tätigen durfte. K gab die Anfertigung eines Rahmens in Auftrag, was mit einer Vermögenseinbuße von 400,- € verbunden war. Dies tat sie aus freien Stücken. Hierbei handelte es sich somit um Aufwendungen i.S.d. § 284 BGB.

## IV. Vertrauen auf einwandfreie Leistungserbringung

K müsste darauf vertraut haben, dass V Bild 1 ordnungsgemäß und rechtzeitig liefern würde. Sie war in Erwartung der baldigen Lieferung von Bild 1. Das erforderliche Vertrauen ist aufseiten der K zu bejahen.

## V. Kausalität zwischen Vertrauen und Aufwendungen

Das Vertrauen auf den Erhalt der Leistung müsste kausal gewesen sein für die getätigten Aufwendungen. K tätigte gerade deswegen die Aufwendungen, weil sie den Erhalt der Leistung erwartete und hierauf vertraute. Das Kausalitätserfordernis ist gegeben.

## VI. Zweckverfehlung

Der mit den Aufwendungen verfolgte Zweck müsste verfehlt worden sein. K verfolgte mit den Aufwendungen den Zweck, ihr Arbeitszimmer durch Bild 1 zu schmücken, welches sich im extra hierfür maßgefertigten Rahmen befinden sollte. Infolge des Untergangs von Bild 1 kann die ideelle Zielsetzung der K nicht mehr in die Tat umgesetzt werden.

## VII. Zweckverfehlung infolge der Pflichtverletzung

Doch die Zweckverfehlung müsste gerade auf der Pflichtverletzung des Schuldners beruhen, § 284 a.E. BGB. Zur Entlastung kann sich der Schuldner darauf berufen, dass der Zweck der Aufwendungen gleichfalls bei ordnungsgemäßer Leistung verfehlt worden wäre.<sup>23</sup> V könnte einwenden, dass der Rahmen wegen seiner recht eigenartigen farblichen Gestaltung von vornherein ungeeignet sei, das Arbeitszimmer der K zu schmücken. Abzustellen ist aber auf die subjektive Sichtweise der K und ihr ästhetisches Empfinden. Dadurch wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der Gläubiger bei Entscheidungen in eigener Sache zu respektieren ist.<sup>24</sup> Hätte V Bild 1 ordnungsgemäß geliefert, so hätte K ihr Arbeitszimmer mit dem maßgefertigten Rahmen schmücken können. Die Zweckverfehlung beruht somit kausal auf der Pflichtverletzung des V.

## VIII. Ergebnis

K kann gegen V Aufwendungsersatz in Höhe von 400,- € aus §§ 284, 275 Abs. 4 BGB verlangen.

## D. Anspruch auf Abtretung der Ansprüche gegen die Schadensversicherung aus §§ 285 Abs. 1, 275 Abs. 4 BGB

K könnte zudem einen Anspruch gegen V aus § 285 Abs. 1, 275 Abs. 4 BGB haben, der auf Abtretung der Ansprüche des V gegen die Schadensversicherung und gegen die unbekanntenen Brandleger gerichtet ist.

## I. Anwendbarkeit auf Stückschulden

Die Vorschrift ist auf Gattungsschulden nicht anwendbar, solange eine Konkretisierung noch nicht stattgefunden hat; es muss ein bestimmter individueller Gegenstand geschuldet sein.<sup>25</sup> In Bezug auf Bild 1 lag indes eine Speziesschuld vor.

<sup>19</sup> *Looschelders* (Fn. 10), § 32 Rn. 682.

<sup>20</sup> *Gsell*, NJW 2006, 125 (126).

<sup>21</sup> *Ernst* (Fn. 5), § 284 Rn. 29 f.; *Reim*, NJW 2003, 3662 (3667).

<sup>22</sup> Hierzu mit Beispielen *Gsell*, NJW 2006, 125 (126).

<sup>23</sup> *Stadler* (Fn. 6), § 284 Rn. 7; *Looschelders* (Fn. 10), § 32 Rn. 681.

<sup>24</sup> *Looschelders* (Fn. 10), § 32 Rn. 680.

<sup>25</sup> *Grüneberg* (Fn. 2), § 285 Rn. 5; RGZ 108, 187.

**II. Verhältnis zum Schadensersatz statt der Leistung**

Wie sich aus § 285 Abs. 2 BGB ergibt, kann Herausgabe des Ersatzes kumulativ zum Schadensersatz statt der Leistung begehrt werden.<sup>26</sup>

**III. Wegfall der Leistungspflicht des Schuldners nach § 275 Abs. 1-3 BGB**

Der Schuldner V ist infolge des Feuers von seiner vertraglichen Primärpflicht aus dem Kaufvertrag zur Übergabe und Übereignung von Bild 1 wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB befreit worden.

**IV. Erlangung eines Surrogats**

Der Schuldner V müsste infolge des Umstands, aufgrund dessen er von seiner Leistungspflicht befreit wurde, einen Ersatz oder Ersatzanspruch für den geschuldeten Gegenstand erlangt haben. Als Ersatzgegenstand kommt jeder Vermögensvorteil in Betracht, der an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstands tritt.<sup>27</sup> V hat sämtliche Gemälde seiner Sammlung zu 80 % gegen Feuer versichern lassen. Als Bild 1 durch die Flammen vernichtet wurde, erlangte V einen Anspruch gegen seine Versicherung in Höhe von 80 % des Verkehrswertes, also 4.000,- €. Diesen Anspruch erlangte V gerade infolge des Feuers, also infolge desjenigen Umstands, aufgrund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zu erbringen braucht. Damit besteht zwischen dem erlangten Surrogat und dem zur Unmöglichkeit der Leistung führenden Ereignis ein äquivalent und adäquat kausaler Zusammenhang. Daneben stehen V deliktische Ansprüche gegen die unbekanntes Brandstifter wegen Verletzung des Eigentums an Bild 1 aus § 823 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB und §§ 306, 306a StGB zu. Diese Ansprüche sind aus wirtschaftlicher Sicht jedoch weitgehend wertlos, da der Anspruchsverpflichtete unbekannt ist und nicht feststeht, ob die Brandstifter ermittelt werden können. V hat also infolge des ihn von seiner Leistungspflicht befreienden Feuers einen Ersatzanspruch gegen seine Versicherung in Höhe von 4.000,- € erlangt.

**V. Identität von geschuldetem und als Surrogat empfangenen Gegenstand<sup>28</sup>**

Das Surrogat müsste ferner gerade für den geschuldeten Gegenstand erlangt worden sein. Zwischen dem geschuldeten und erlangten Gegenstand müsste Identität gegeben sein.<sup>29</sup> Hier

<sup>26</sup> Looschelders (Fn. 10), § 33 Rn. 691.

<sup>27</sup> Looschelders (Fn. 10), § 33 Rn. 687.

<sup>28</sup> Im vorliegenden Sachverhalt ist dieses Erfordernis unproblematisch gegeben. Die Identität zwischen dem geschuldeten und dem erlangten Gegenstand ist aber zu verneinen, wenn der Mieter vom Vermieter Herausgabe des durch Zerstörung der Mietsache erlangten Ersatzes verlangt. Geschuldet war nämlich vonseiten des Vermieters nur die Besitzüberlassung an den Mieter, § 535 Abs. 1 BGB. Der erlangte Ersatz bezieht sich jedoch auf das Eigentum an der Mietsache. Vgl. Looschelders (Fn. 10), § 33 Rn. 689.

<sup>29</sup> BGH NJW 2006, 2323; Looschelders (Fn. 10), § 33 Rn. 689.

hat V gerade für das untergegangene Bild 1, zu dessen Lieferung er gegenüber K verpflichtet war, einen Ersatzanspruch gegen seine Versicherung erlangt (sog. *commodum ex re*<sup>30</sup>). Die Identität zwischen geschuldetem und erlangtem Gegenstand ist somit zu bejahen.

**VI. Rechtsfolge**

K hat aus §§ 285 Abs. 1, 275 Abs. 4 BGB gegen V einen Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs, welcher V seinerseits in Höhe von 4.000,- € gegen die Versicherung zusteht. Sofern K von diesem Recht Gebrauch macht, bleibt sie nach § 326 Abs. 3 BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

**E. Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung aus §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 BGB**

K könnte schließlich ein Anspruch auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises in Höhe von 4.000,- € aus §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 BGB zustehen.

Dazu müsste K eine Leistung bewirkt haben, obwohl sie von einer entsprechenden Leistungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB entbunden worden ist.

Durch Überweisung von 4.000,- € auf das Konto des V und Gutschrift des Betrages am 5.5. erfüllte K ihre zunächst einmal noch bestehende vertragliche Leistungspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB.

Fraglich ist aber, ob die Pflicht der K zur Erbringung der Gegenleistung gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen ist, als Bild 1 am 23.5. durch das Feuer zerstört wurde. Durch den Untergang der Kaufsache wurde V von seiner Leistungspflicht (Lieferung von Bild 1, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) nach § 275 Abs. 1 BGB befreit. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass die Gegenleistungspflicht des Gläubigers der unmöglich gewordenen Leistung entfällt, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Zumal die teilweise Leistung vonseiten des V keinen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB darstellt (vgl. oben B. IV.), ist § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht einschlägig. Auch liegt keine Ausnahme nach § 326 Abs. 2 BGB vor. Sofern K nicht Herausgabe des Ersatzes nach § 285 BGB verlangt, wird sie von ihrer Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises freigestellt.<sup>31</sup> Folglich hat K eine Leistung erbracht, zu welcher sie nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht verpflichtet gewesen ist.

K kann von V Rückzahlung des Kaufpreises für Bild 1 in Höhe von 4.000,- € nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB verlangen.

**F. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach erfolgtem Rücktritt, §§ 346, 326 Abs. 5, 323 BGB**

K könnte gegen V zudem einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus einem Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 326 Abs. 5, 323 BGB haben.

<sup>30</sup> Zum Begriff *Emmerich* (Fn. 8), § 285 Rn.20.

<sup>31</sup> Anderenfalls wäre die Pflicht der K zur Zahlung des Kaufpreises nicht entfallen, sondern aufrechterhalten worden, vgl. § 326 Abs. 3 S. 1 BGB. Die Gegenleistung wäre aber laut §§ 326 Abs. 3 S. 2, 441 Abs. 3 BGB zu mindern.

Dazu müsste der K ein Rücktrittsrecht zustehen und sie müsste dieses wirksam ausüben.

#### **I. Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 Hs. 1 BGB**

K kann die Lieferung von Bild 1 wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) nicht mehr verlangen. Der K steht ein Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 Hs. 1 BGB zu.

#### **II. Erforderliche Fristsetzung?**

Eine Fristsetzung war nach § 326 Abs. 5 Hs. 2 BGB entbehrlich, da V nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zu leisten brauchte.

#### **III. Rücktrittserklärung**

Um ihr Rücktrittsrecht auszuüben, müsste K den Rücktritt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung gegenüber V erklären, § 349 BGB.

#### **IV. Reichweite des Rücktrittsrechts**

Zu klären bleibt die Reichweite des Rücktrittsrechts. Es stellt sich die Frage, ob K vom gesamten Kaufvertrag zurücktreten kann oder ob lediglich ein Teilrücktritt zulässig ist. Gemäß §§ 326 Abs. 4, Abs. 5 HS. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB ist ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nur möglich, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. Allerdings hat K ein Leistungsinteresse an der Lieferung von Bild 2. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist wegen des Fehlens eines Sachmangels nach § 434 BGB (vgl. B. IV.) nicht einschlägig, sodass es auf die Erheblichkeit der Pflichtverletzung nicht ankommt. Somit ist nur ein Teilrücktritt in Bezug auf Bild 1 zulässig.

#### **V. Ergebnis**

Sofern K den Rücktritt gegenüber V erklärt, kann sie den entrichteten Kaufpreis in Höhe von 4.000 € nach §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB verlangen.