

Lernbücher Jura

## Schuldrecht

Allgemeiner Teil

von

Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer

1. Auflage

Schuldrecht – Brömmelmeyer

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

BGB Allgemeines Schuldrecht: Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 63262 4

[Inhaltsverzeichnis: Schuldrecht – Brömmelmeyer](#)

Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet (§ 326 Abs. 3 S. 1; s. bereits Rn. 57). Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt (S. 2).

### b) Haftung auf Schadens- und Aufwendungsersatz

Rechtsfolge der Unmöglichkeit ist auch die Haftung auf **Schadensersatz**. 70 Rechtsgrundlage ist bei anfänglicher Unmöglichkeit § 311a Abs. 2 (s. § 9 Rn. 41 ff.), bei nachträglicher Unmöglichkeit §§ 280 Abs. 1, 3, 283 (§ 9 Rn. 34 ff.); anstelle des Schadensersatzes kann der Gläubiger auch Aufwendungsersatz verlangen (§ 10 Rn. 5 ff.). Beide Rechtsansprüche setzen die Verantwortlichkeit des Schuldners (§§ 276 ff.) für das Leistungshindernis voraus (s. § 280 Abs. 1 S. 2).

### c) Rücktritt

Rechtsfolge der Unmöglichkeit ist schließlich auch das **Rücktrittsrecht** 71 des Gläubigers gem. §§ 326 Abs. 5, 323 (im Detail § 11 Rn. 38 ff.). Die Besonderheit gegenüber § 323 Abs. 1 besteht darin, dass § 326 Abs. 5 auf eine erfolglose Fristsetzung verzichtet und so berücksichtigt, dass auch die Einräumung einer Frist nichts daran ändert, dass der Schuldner nicht leisten kann; eine erneute Leistungsaufforderung i.V.m. einer „angemessenen Frist“ ist bei Unmöglichkeit von vornherein sinnlos.

## III. Sonderfälle

Bestimmte Fälle der Unmöglichkeit fallen aus dem Regelungssystem der §§ 275, 326 heraus (Unmöglichkeit, die von beiden Parteien zu vertreten ist) oder sind gegenüber dem gesetzlichen Regelfall gesondert geregelt:

### 1. Unmöglichkeit, die beide Parteien zu vertreten haben

Die Rechtsfolgen einer **Unmöglichkeit, die beide Parteien zu vertreten haben**, regelt das BGB nur ausschnittsweise: Ist der Gläubiger „weit überwiegend“ für das Leistungshindernis verantwortlich, gilt § 326 Abs. 2 S. 1 – mit der Folge, dass der Gläubiger seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Fraglich ist jedoch, wie in Fällen zu entscheiden ist, in denen der Gläubiger nur in geringerem Maße für das Leistungshindernis verantwortlich ist. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten (ausführlich Staudinger/Otto, 2009, § 326 Rn. C 73 ff.); gesetzeskonform ist allein die **Lösung auf der Basis gegenseitiger Haftung auf Schadensersatz** (grundlegend *Canaris*, FS Lorenz, 2004, 147). Dazu

**Fall 5:** K hat in der Kunstgalerie des V eine antike Bronzefigur erworben (Marktwert: 12.000 EUR). Der Kaufpreis beträgt 12.000 EUR. Bei Lieferung kommt es jedoch zu einem Unfall, bei dem die Figur zu Bruch geht. Dafür sind V und K gleichermaßen verantwortlich: V, weil er mit überhöhter Geschwindigkeit in die Einfahrt des K eingebogen, K, weil er rückwärts gefahren ist, ohne sich zu vergewissern, dass er freie Fahrt hat. K verlangt Schadensersatz von V, weil er die Bronzefigur für 16.000 EUR hätte weiter verkaufen können. **Fallvariante:** Der Kaufpreis beträgt 14.000 EUR. K entgeht kein Gewinn.

- 74 In **Fall 5** wird V gem. § 275 Abs. 1 von seiner Leistungspflicht frei. Die lt. Kaufvertrag (s. § 433 Abs. 1) geschuldete Besitz- und Eigentumsübertragung ist objektiv unmöglich. Unmögliches zu leisten kann niemand verpflichtet sein – gleichgültig, ob er das Leistungshindernis zu vertreten hat oder nicht. Parallel dazu entfällt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 auch die Pflicht zur Kaufpreiszahlung: Bleibt die Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 2 S. 1 nur ausnahmsweise bestehen, wenn der Gläubiger „allein oder weit überwiegend“ für das Leistungshindernis verantwortlich ist, so folgt daraus im Umkehrschluss, dass sie entfällt, wenn er sie in geringerem Maße zu vertreten hat (§ 326 Abs. 2 S. 1 e contrario; s. *Canaris*, FS Lorenz, 2004, 147, 158f.). Damit ist die Rechtslage jedoch noch nicht abschließend geklärt. Denn K steht gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 ein Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung** zu (s. auch *Canaris*, FS Lorenz, 2004, 147, 158). Bei der Berechnung dieses Schadensersatzanspruchs ist zu berücksichtigen, dass K den Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Bronzefigur mit einem Marktwert von 12.000 EUR verliert (§ 275 Abs. 1), dass er aber auch keinen Kaufpreis in gleicher Höhe mehr zu zahlen hat (§ 326 Abs. 1 S. 1); immerhin entgeht ihm jedoch ein Gewinn in Höhe von 4.000 EUR. Da der Schadensersatzanspruch des K gem. § 254 Abs. 1 um seinen Mitverschuldensanteil in Höhe von 50 % zu kürzen ist, könnte K also Schadensersatz in Höhe von 2.000 EUR verlangen.
- 75 Bliebe es in **Fall 5** bei diesem Ergebnis, so hätte sich das Mitverschulden des K rechnerisch nur auf die Liquidation des ihm entgangenen Gewinns (nur 50 %) ausgewirkt, nicht aber auf die Haftung für den mit dem Untergang der Bronzefigur verbundenen Schaden in der Substanz. Es wäre jedoch unbillig, wenn dieser Schaden trotz Mitverschuldens des K allein zu Lasten des V ginge. Daher ist auch noch ein **Schadensersatzanspruch V gegen K** aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 anzunehmen: Die schuldhafte Pflichtverletzung des K besteht darin, dass er die Leistungsunfähigkeit des V fahrlässig (mit-) verursacht hat. Der Schaden des V besteht darin, dass er gem. § 326 Abs. 1 S. 1 seinen Kaufpreisanspruch verloren hat: Berücksichtigt man hier den Mitverschuldensanteil des V (50 %), so kann er 50 % des Kaufpreises, d.h. 6000 EUR als Schaden geltend machen. Da die Schadensersatzansprüche V gegen K und K gegen V gegenseitig und gleichartig sind, könnten sowohl V als auch K auf-

rechnen (§§ 387, 389) – mit der Folge, dass V im Ergebnis 4000 EUR Schadensersatz von K verlangen könnte.

In **Fall 5** haben wir den Schaden, den V gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 li- 76  
quidieren kann, auf 50% des Kaufpreises und nicht des Marktwertes der  
Bronzefigur festgelegt. Fallen Kaufpreis und Marktwert so, wie in der Fallva-  
riante, auseinander, so stellt sich pointiert die Frage, ob wir den Bezugspunkt  
richtig gewählt haben. Dafür spricht, dass der Kaufpreis die Privatautonomie  
der Parteien spiegelt, die den Wert der Bronzefigur im Rahmen ihrer Trans-  
aktion intersubjektiv (aber nicht objektiv) in Höhe des Kaufpreises veran-  
schlagt haben. Es entspricht einem allgemeinen Prinzip des Leistungsstö-  
rungsrechts, die vereinbarte (subjektive) Äquivalenz (= Gleichwertigkeit) von  
Leistung und Gegenleistung auch im Falle einer Leistungsstörung als Maß-  
stab heranzuziehen (*Canaris*, FS Lorenz, 2004, 152).

## 2. Teilunmöglichkeit

### a) Partielle Befreiung von der Leistungspflicht

Liegt **Teilunmöglichkeit** vor, so ist der Schuldner von der Erbringung 77  
des unmöglichen Teils der Leistung befreit, jedoch zur Erbringung des noch  
möglichen Teils verpflichtet; gem. § 275 Abs. 1 entfällt die Leistungspflicht  
nämlich nur, *soweit* die Leistung (objektiv oder subjektiv) unmöglich ist: Hat  
K über das Internet 12 Kisten Sekt für seine Examensparty bestellt (Schick-  
schuld) und gehen während des Transports 6 Kisten zu Bruch, so tritt nur be-  
züglich dieser 6 Kisten Unmöglichkeit ein; ansonsten bleibt V gem. § 433  
Abs. 1 zur Lieferung verpflichtet.

Teilunmöglichkeit setzt die **Teilbarkeit der Leistung** voraus (BGHZ 116, 78  
334, 337). Teilbar ist eine Leistung, wenn sie ohne Wertminderung und ohne  
Beeinträchtigung des Leistungszwecks in Teilleistungen zerlegt werden kann  
(BGH NJW 2010, 1958, 1959 Rn. 25); so ist bspw. eine Flugreise, die aus  
mehreren Flügen besteht, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht teilbar. Da-  
gegen sind Besitz- und Eigentumsverschaffung beim Kaufvertrag unteilbar: Es  
handelt sich um eine einheitliche Leistung gegen ein einheitliches Entgelt, die  
sich nicht in die Teilleistungen (1.) Besitz- und (2.) Eigentumsübertragung  
aufspalten lässt (s. BGH NJW 2000, 1256; anders offenbar MüKo/*Ernst*, § 326  
Rn. 24).

Etwas anders gilt bei der **Schlechtleistung**, die man als „qualitative Teilleis- 79  
tung“ verstehen und – bei unbehebaren Mängeln – als qualitative Teilun-  
möglichkeit behandeln kann (str.; s.u. Rn. 82): Die Freiheit von Rechts- und  
Sachmängeln (§ 433 Abs. 1 S. 2) lässt sich konstruktiv von der (einheitlichen)  
Besitz- und Eigentumsverschaffung trennen.

**b) Minderung der Gegenleistungspflicht**

- 80 Wird aufgrund einer Teilunmöglichkeit lediglich eine Teilleistung erbracht, so mindert sich der Gegenleistungsanspruch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 i.V.m. § 441 Abs. 3 analog automatisch (MüKo/*Ernst*, § 326 Rn. 18) in dem Verhältnis, in dem der Wert der ganzen Leistung zum Zeitpunkt des Vertragschlusses zum Wert der Teilleistung stand (Einzelheiten: § 11 Rn. 42).

**c) Rechtsfolgen auf der Sekundärebene**

- 81 Ist der Schuldner von seiner Leistungspflicht teilweise befreit und erbringt er deshalb lediglich eine Teilleistung, so kann der Gläubiger, sofern er kein Interesse an der Teilleistung hat, gem. § 326 Abs. 5 i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 1 vom ganzen Vertrag **zurücktreten** (s. auch § 11 Rn. 49 ff.). Parallel dazu (s. § 325) kann der Gläubiger gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 S. 2, 281 Abs. 1 S. 2 bzw. § 311a Abs. 2 **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** verlangen (s. § 9 Rn. 62, 64 ff.) – allerdings, wie sonst auch, nur, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Davon abgesehen kann der Gläubiger gem. § 285 auch im Falle der Teilleistung die **Herausgabe des stellvertretenden commodum** verlangen, das an die Stelle der unmöglich gewordenen Teilleistung getreten ist.

**3. Schlechtleistung aufgrund eines unbehebbarren Mangels**

- 82 Droht eine **Slechtleistung** aufgrund eines **unbehebbarren Mangels** des Leistungssubstrats, so gehen Teile der Literatur von einer **qualitativen (Teil-)Unmöglichkeit** aus (s. nur *Emmerich*, § 5 Rn. 26, 29; *Medicus/Lorenz*, Rn. 441). Hat V dem K einen Dackel verkauft, der einen (nicht behebbaren) genetischen Defekt aufweist (s. BGHZ 163, 234), so kann V dem K zwar Besitz und Eigentum verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 1), er kann ihm den Dackel jedoch nicht „frei von Sach- und Rechtsmängeln“ verschaffen (S. 2). Fälle wie dieser sind wie die Teilunmöglichkeit zu behandeln: V bleibt zur Besitz- und Eigentumsverschaffung verpflichtet; er wird nur von seiner Leistungspflicht befreit, *soweit* sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1). Das entspricht auch der Interessenlage. Denn K hat den Dackel u.U. so ins Herz geschlossen, dass er trotz des genetischen Defekts Besitzer und Eigentümer werden will. Im Ergebnis kann er also gem. § 433 Abs. 1 auf Lieferung bestehen und den Kaufpreis mindern (§ 437 Nr. 2 Var. 2) bzw. Schadensersatz statt der Leistung (aber nicht: statt der ganzen Leistung) verlangen (§ 437 Nr. 3 Var. 1). Ein Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439) scheidet hingegen gem. § 275 Abs. 1 aus.
- 83 Entdeckt der Käufer den unbehebbarren Mangel der Kaufsache erst nach der Lieferung, stellen sich im Kern dieselben Fragen. Dazu

**Fall 6:** V hat seinen gebrauchten VW Käfer als unfallfrei an K verkauft, obwohl es sich um einen Unfallwagen handelt. K ist der Mangel bei der Besichtigung des Fahrzeugs vor Kaufvertragsschluss nicht aufgefallen.

In **Fall 6** ist die Kaufsache mangelhaft (§ 434 Abs. 1), sodass K grundsätzlich die **Rechte des Käufers bei Mängeln** (§ 437 Nr. 1–3) zustehen. Dazu gehört insb. der Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1), der als modifizierter Erfüllungsanspruch an die Stelle des Lieferungsanspruchs (§ 433 Abs. 1) tritt. Die Nacherfüllung ist hier jedoch unmöglich (§ 275 Abs. 1): Eine *Nachbesserung* (§ 439 Abs. 1 Var. 1), d.h. eine Beseitigung des Mangels scheidet aus, weil keine Reparatur aus dem Unfallwagen ein unfallfreies Fahrzeug machen kann (BGHZ 168, 64, 71 Rn. 17). Eine *Nachlieferung* (§ 439 Abs. 1 Var. 2) scheidet ebenfalls aus, weil Kaufgegenstand nur der gebrauchte, von K besichtigte VW Käfer des V war und nichts dafür spricht, dass V dieses Fahrzeug durch ein gleichartiges und gleichwertiges anderes Fahrzeug ersetzen können sollte (vgl. BGHZ 168, 64, 74 Rn. 23). Da V „die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 ... nicht zu erbringen“ braucht, könnte er gem. § 326 Abs. 1 S. 1 seinen Kaufpreisanspruch verlieren. S. 2 stellt jedoch klar, dass S. 1 in dieser Fallkonstellation nicht anwendbar ist: Die Pflicht des K zur Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2) erlischt nicht automatisch, weil der Käufer die Wahl haben soll: Er kann von dem Kaufvertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5, 323) oder den Kaufpreis mindern (§§ 437 Nr. 1 Var. 2, 441), und er kann (ggf.) Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen (§§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2). Der Automatismus des § 326 Abs. 1 S. 1 soll der Wahl des Käufers nicht vorgreifen.

#### IV. Kontrollfragen

- a) K kauft bei V, einem Versandhändler für Elektrogeräte, einen Camcorder. V übergibt die ordnungsgemäß adressierte Sendung vereinbarungsgemäß an den Paketdienst P zum Versand an K. Der Camcorder kommt allerdings nie bei K an. Der Verbleib der Sendung bleibt ungeklärt. K verlangt Lieferung, V lehnt dies ab (nach BGH NJW 2003, 3341).
- b) V verkauft K ein gebrauchtes Motorboot für 2.500 EUR. Als K das Boot in Betrieb nehmen will, stellt sich heraus, dass es nicht seetauglich ist. Die Reparaturkosten würden 12.900 EUR betragen. K tritt sofort gem. § 437 Nr. 2 Var. 1 i.V.m. §§ 326 Abs. 5, 323 wegen praktischer Unmöglichkeit zurück (nach BGH NJW 2013, 1074).

## § 7. Nichtleistung trotz Fälligkeit (insb. Schuldnerverzug)

### I. Nichtleistung trotz Fälligkeit (Leistungsverzögerung)

- 1 Die Kategorie der **Nichtleistung trotz Fälligkeit** betrifft Fälle, in denen die geschuldete Leistung, bspw. die Lieferung der Kaufsache, im vereinbarten Leistungszeitpunkt ausbleibt, in denen jedoch keine Unmöglichkeit, d.h. kein unüberwindliches Leistungshindernis vorliegt. Hat sich K ein Bett gekauft, das am 14.12. geliefert werden soll, und bleibt die (nachholbare) Lieferung aufgrund von Logistikproblemen des Verkäufers (vorläufig) aus, so stellt sich die Frage nach den mit einer solchen Leistungsverzögerung verbundenen Rechtsfolgen.

**Beachte:** Fälligkeit i.S. eines Zeitpunkts, von dem an „der Gläubiger die Leistung ... verlangen“ kann (s. § 271 Abs. 1), kommt nur in Betracht, wenn die Leistung noch möglich ist. Denn Unmöglichkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung – ohne Rücksicht auf den Leistungszeitpunkt – gar nicht (mehr) verlangen kann (§ 275 Abs. 1–3).

- 2 Fest steht, dass die Nichtleistung trotz Fälligkeit eine **Pflichtverletzung** i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 1 darstellt: Der Schuldner bleibt in zeitlicher Hinsicht hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurück (Staudinger/Otto, 2009, § 280 Rn. C 14). Die Leistungsverzögerung als solche erzeugt zwar „noch keine wesentlichen Rechtsnachteile“ für den Schuldner (Begründung, BT-Drs.14/6040, S. 145, Vorb. zu § 286). Der Gläubiger kann jedoch u.a.
- auf **Erfüllung** (§ 362 Abs. 1) bestehen, d.h. die geschuldete Leistung verlangen und ggf. auch auf Leistung klagen,
  - den Schuldner durch eine Mahnung in Verzug setzen – insb., um später **Schadenersatz wegen Verzögerung der Leistung** (§§ 280 Abs. 1, 2, 286) verlangen zu können, bzw.
  - dem Schuldner eine Frist setzen, um nach erfolglosem Fristablauf sein **Rücktrittsrecht** ausüben (§ 323 Abs. 1) oder **Schadenersatz statt der Leistung** (§§ 280 Abs. 1, 3, 281) verlangen zu können.
- 3 Bestimmte Rechte kann der Gläubiger auch **kombinieren**: Er kann bspw. die geschuldete Leistung *und* Schadenersatz wegen Verzögerung der Leistung verlangen (§§ 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 286) oder Rücktritt und Schadenersatz statt der Leistung miteinander verbinden (s. § 325). Dagegen schließen sich Inanspruchnahme auf Leistung und auf Schadenersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1) gegenseitig aus (s. nur § 281 Abs. 4).

## II. Tatbestand des Schuldnerverzugs

Der **Schuldnerverzug** ist in § 286 Abs. 1, 2 und 4 einheitlich geregelt: 4  
Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 1). Die Mahnung kann entbehrlich sein (Abs. 2). Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (Abs. 4). Daraus ergibt sich folgendes **Prüfungsschema**:

### Schuldnerverzug (§ 286)

- Fälliger Anspruch auf die Leistung
- Mahnung, soweit sie nicht entbehrlich ist
- Nichtleistung
- Verantwortlichkeit des Schuldners

§ 286 Abs. 3 enthält eine (nicht abschließende) **Sonderregelung für Entgeltforderungen**, die auf die Richtlinie 2000/35/EG zurückzuführen ist. Bitte beachten Sie, dass die Bundesrepublik Deutschland die Nachfolge-**Richtlinie 2011/7/EU** vom 16.2.2011 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr im Kern bis zum 16.3.2013 hätte umsetzen müssen. Bisher liegt jedoch nur ein Regierungsentwurf vor (BT-Drs. 17/10491 vom 15.8.2012).

### 1. Fälliger Anspruch auf die Leistung

Der Schuldner kommt nur in Verzug, wenn dem Gläubiger ein **fälliger 6 Anspruch auf die Leistung** zusteht. Der Anspruch muss – angelehnt an die Diktion des BGH (s. BGH NJW 2005, 3285, 3286 zu § 387) – voll wirksam, d.h. frei von Einwendungen und Einreden sein. Daraus folgt, dass sich **Unmöglichkeit und Verzug** gegenseitig ausschließen (MüKo/*Ernst*, § 286 Rn. 33) – und zwar auch dann, wenn die Unmöglichkeit erst nach Beginn des Verzugs eintritt. Dazu

**Fall 1:** A leiht B am 15.3. seine Vespa. B ist so begeistert, dass er sie am 16.3. nicht, wie vereinbart, zurückgibt. A hätte die Vespa vom 16.3. bis zum 30.3. an C vermieten können. Am 20.3. kommt es zu einem Unfall, bei dem die Vespa zerstört wird. A verlangt Schadensersatz.

- 7 In **Fall 1** kann A anfangs gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Schadensersatz *neben* der Leistung verlangen, weil sich B in der Phase zwischen Rückgabezeitpunkt (16.3.) und Unfall (20.3.) in Verzug befand: Er hat den fälliger Rückgabeanspruch des B (§ 604 Abs. 1) schuldhaft nicht erfüllt. Der Unfall macht die Rückgabe jedoch unmöglich – mit der Folge, dass der Rückgabeanspruch gem. § 275 Abs. 1 entfällt. Damit endet auch der Verzug. Nunmehr kann A jedoch gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 S. 1 Schadensersatz *statt* der Leistung von B verlangen (s. auch MüKo/*Ernst*, § 286 Rn. 45). Das gilt selbst dann, wenn B den Unfall nicht zu vertreten haben sollte (s. § 287 S. 2).

### a) Einreden

- 8 Bereits das **Bestehen einer Einrede** (Begriff: § 3 Rn. 77 ff.) schließt den Eintritt des Verzugs aus (BGH NJW-RR 2003, 1318; s. aber Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, 2009, § 286 Rn. 13, die BGH NJW 2007, 1269, 1271 f. zu Unrecht verallgemeinern). Der Schuldner braucht die Einrede also nicht – bzw. erst im Prozess (s. MüKo/*Ernst*, § 286 Rn. 27) – geltend zu machen. Das gilt auch für die **Einreden der Unmöglichkeit** (wie hier: MüKo/*Ernst*, § 286 Rn. 22; abl. Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, 2009, § 286 Rn. 17, die die Einreden der Unmöglichkeit für unbeachtlich halten) sowie für die **Einrede des nichterfüllten Vertrags** (§ 320 Abs. 1). Dazu folgender

**Fall 2:** A schließt mit B einen Leasingvertrag über eine *Ferrari Testa Rossa*, den A dem B (lt. Leasingbedingungen) nach 2 Jahren zum Kauf andienen kann. A macht von diesem Recht Gebrauch. Da B den geforderten Kaufpreis nicht zahlt, nimmt A den Ferrari gegen den Willen des B wieder in Besitz; anschließend fordert er B erneut auf, den Kaufpreis zu zahlen, und verlangt ab sofort Verzugszinsen gem. § 288 Abs. 1 (nach BGH NJW 1996, 923).

- 9 In **Fall 2** befindet sich B nicht in Verzug. Er brauchte den Kaufpreis nur Zug um Zug gegen Besitz- und Eigentumsübertragung an dem ihm angebotenen Leasingfahrzeug zu bezahlen; ihm stand also gem. § 320 Abs. 1 die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu. Bereits das Bestehen dieser Einrede schließt den Eintritt des Verzugs aus (BGH NJW 1996, 923). A hätte den Eintritt des Verzugs nur herbeiführen können, indem er B die Leistung (Besitz- und Eigentumsverschaffung) so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anbietet – und zwar so, dass B nur noch hätte zuzugreifen brauchen (BGH NJW 1996, 923, 924). Daran fehlt es in Fall 2.
- 10 Ein **Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1)** muss, um den Eintritt des Verzugs zu verhindern, vorher geltend gemacht werden (BGH NJW-RR 2005, 1041, 1042; s. auch BGH NJW 2007, 1269, zum Parallellfall des § 410 Abs. 1). Dogmatisch gesehen ergibt sich das schon daraus, dass die konnexen Ansprüche erst durch die Erhebung der Einrede miteinander verknüpft werden (s. § 3 Rn. 91) und dass der Gläubiger die Einrede durch Sicherheitsleis-