

BGH, Urteil vom 23.09.2021, IX ZR 118/20 = [jurisbyhemmer](#)

1 Anwaltshaftung bei Falschberatung: Inhalt des Anspruchs nach §§ 249 ff. BGB

+++ Falschberatung bei vorweggenommener Erbfolge +++ Vormerkungsschutz bei bedingten Ansprüchen +++ Schadensersatzhaftung gem. § 249 BGB +++ Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 250 BGB +++ §§ 7, 18 StVG, § 823 I, II BGB i.V.m. § 1 II StVO

Sachverhalt Ausgangsfall (abgewandelt und verkürzt): Vater V möchte seinem Sohn S im Wege vorweggenommener Erbfolge ein Grundstück übertragen. Diesbezüglich lässt sich V von Anwalt A beraten. Für V ist von großer Bedeutung, dass S das Grundstück zu Lebzeiten des V in keiner Weise belastet. A rät dazu, sich für diesen Fall die Rückübertragung des Grundstücks vorzubehalten. An eine Absicherung dieses Anspruchs denkt A nicht.

Im notariellen Übertragungsvertrag wird geregelt, dass V das Grundstück von S zurückverlangen kann, sofern S über das Grundstück in irgendeiner Art und Weise verfügt. Die Auflassung wird erklärt. S wird in der Folge als Eigentümer eingetragen.

Kurz darauf nimmt S ein Darlehen bei der B-Bank auf. Zur Absicherung wird zugunsten der B eine Hypothek am erworbenen Grundstück eingetragen. Daraufhin verlangt V die Rückübereignung des Grundstücks von S, die auch erfolgt. Da S nicht in der Lage ist, das Darlehen zurückzuzahlen, verlangt die Bank B nun von V die Duldung der Zwangsvollstreckung.

Kann V von A Schadensersatz wegen der Hypothekenbelastung verlangen, und worauf wäre dieser Anspruch gerichtet?

Abwandlung 1: V setzt dem A eine Frist, „für die Beseitigung der Hypothek“ Sorge zu tragen, andernfalls würde man die Beseitigung durch A ablehnen und Ersatz in Geld verlangen. Unterstellt, dem V steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gegen A zu:

Wie würde sich der Fristablauf auf den Anspruch des V auswirken?

Abwandlung 2: Die Bank B wäre bereit, der Löschung der Hypothek zuzustimmen, wenn das Darlehen zzgl. Zinsen umgehend abgelöst wird, aber V kann den erforderlichen Geldbetrag nicht aufbringen.

Könnte V zu seinem ursprünglichen Begehren, von A für die Beseitigung der Hypothek Sorge zu tragen, zurückkehren?

A) Sounds

1. Ist in einem Grundstückskaufvertrag die Rückforderung des Grundstücks für den Fall vorgesehen, dass der Erwerber das Grundstück belastet, stellt der Rückforderungsanspruch einen bedingten Anspruch i.S.d. § 883 I S. 2 BGB dar.

2. Ein Anwalt, der im Rahmen der Beratung zwar für die Regelung eines Rückforderungsanspruchs Sorge trägt, nicht aber dafür, dass dieser Anspruch mit einer Vormerkung gesichert wird, handelt pflichtwidrig.

3. Der daraus resultierende Anspruch auf Schadensersatz ist auf die Wiederherstellung

des Zustandes gerichtet, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde, § 249 I BGB. Besteht die Grundstücksbelastung in der Eintragung einer Hypothek, die bei eingetragener Vormerkung dem Mandanten gegenüber relativ unwirksam gem. § 883 II BGB gewesen wäre, ist der Anspruch auf Freistellung vom Anspruch aus § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtet.

4. Wird zu der Erfüllung dieses Anspruchs seitens des Geschädigten eine (angemessene) Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt, ist der Anspruch auf Ersatz in Geld beschränkt. Eine spätere Rückkehr zum Wiederherstellungsanspruch gem. § 249 I BGB ist ausgeschlossen.

B) Problemaufriss

Der Fall verbindet eine Spezialfrage des Schadensersatzrechts mit einer sehr examensrelevanten Variante eines durch eine Vormerkung sicheren Anspruchs.

Die BGH-Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der Frage zum Inhalt des Schadensersatzanspruchs.

Für die Klausur würde aber natürlich erst einmal der Anspruch auf Schadensersatz geprüft werden müssen. Und genau hier muss die vormerkungsrelevante Fragestellung geklärt werden, so dass sich die Redaktion der **Life&LAW** dazu entschlossen hat, zunächst einmal den „Aufhänger“ ausführlich darzustellen (Ausgangsfall). Die eigentliche BGH-Thematik wird sodann im Rahmen der Abwandlungen dargestellt.

Der Hintergrund der im Sachverhalt als Aufhänger gewählten „vorweggenommenen Erbfolge“ ist steuerrechtlicher Natur. Im Erbfall besteht u.a. zugunsten von Kindern ein Freibetrag, welcher der Erbschaftsteuer nicht unterliegt. Dieser beträgt gem. § 16 I Nr. 2 des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) 400.000 €.

Der übersteigende Betrag ist gem. § 19 I ErbStG je nach Höhe mit einem Prozentsatz zwischen 7 und 30 zu versteuern.

Gem. § 14 I ErbStG werden schenkweise Übertragungen aber nur (nach bestimmten Werten) zusammengerechnet und mit der Steuer belastet, wenn sie innerhalb von 10 Jahren vor dem Erbfall erfolgen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass für Schenkungen im Abstand von mehr als 10 Jahren zum Erbfall der Freibetrag erneut, d.h. schon zu Lebzeiten, schadlos verwendet werden kann. Schadlos heißt, dass der Freibetrag zugunsten des Kindes dann im Erbfall erneut zur Verfügung steht.

Bei größeren Vermögen kann es daher sinnvoll sein, schon zu Lebzeiten Vermögen auf die nachfolgende Generation zu übertragen.

Genau davon hat V vorliegend Gebrauch gemacht. Allerdings wollte er nicht, dass „sein“ Grundstück von S zu Lebzeiten belastet wird – warum auch immer.

Daher hatte er sich nach – insoweit korrekter – Beratung durch A – die Rückforderung des Grundstücks für diesen Fall im Übertragungsvertrag vorbehalten.

Der Anwalt hätte aber einen Schritt weiterdenken müssen. Und genau das ist der Aufhänger für die Haftungsfrage.

C) Lösung Ausgangsfall

Zu prüfen ist, ob V von A Schadensersatz verlangen kann, und worauf der Anspruch konkret gerichtet ist.

I. Anspruch aus §§ 280 I, 675 I BGB.

In Betracht kommt ein Anspruch aus § 280 I BGB wegen Pflichtverletzung eines zwischen V und A bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages aufgrund unterbliebener Aufklärung bzgl. der möglichen Eintragung einer Vormerkung zur Absicherung eines Rückübertragungsanspruchs.

1. Schuldverhältnis, §§ 675 I, 611 BGB

Zwischen A und V wurde ein Beratungsvertrag geschlossen, der die Wahrnehmung einer fremden Rechts- und Vermögensangelegenheit zum Gegenstand hat, sog. Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 I BGB. Wirksamkeitshindernisse lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.¹

Bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag handelt es sich je nach Ausgestaltung um einen Dienst- oder Werkvertrag, vgl. § 675 I BGB.

Vorliegend begehrte V Beratung hinsichtlich der Ausgestaltung einer angedachten vorweggenommenen Erbfolge. Die berechtigte Erwartungshaltung eines Mandanten geht dahin, dass seine Interessen möglichst umfassend gewahrt werden und er auf die bestmögliche Ausgestaltung eines Vertrages vom Anwalt hingewiesen wird. Darin ist ein Erfolg zu erblicken, so dass der Geschäftsbesorgungsvertrag werkvertraglicher Charakter hat.

Da aber nach der Rechtsprechung des BGH der Rechtsanwalt auch den von ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin zu prüfen hat, ob er geeignet ist, den vom Mandanten gewünschten Erfolg herbeizuführen, enthält der Vertrag hinsichtlich der ordnungsmäßigen Prüfung der Rechtslage überwiegend Elemente eines Dienstvertrages. Es handelt sich daher um einen typengemischten Vertrag aus überwiegend dienstvertraglichen Elementen.

¹ Besondere Wirksamkeitsprobleme können sich im Rahmen des § 134 BGB ergeben, wenn der Anwalt gegen bestimmte Vorgaben der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) verstößt. Verbotsgesetzcharakter hat nach Ansicht des BGH die Vorschrift des § 43a IV BRAO, wonach ein Anwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten darf, was typischerweise im Vorfeld einer Mandatierung geklärt werden sollte. Sofern dem Anwalt hier ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, kann er für seine Beratungsleistung ggfs. gem. § 817 S. 2 BGB nicht einmal bereicherungsrechtlich eine Vergütung verlangen, BGH, NJW 2019, 1147 ff. = [jurisbyhemmer](#).

2. Pflichtverletzung

Fraglich ist, worin die Pflichtverletzung des Rechtsanwalts A zu sehen ist und welche Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz im vorliegenden Fall heranzuziehen ist.

A hat in Umsetzung des Begehrens des V erkannt, dass in den Übertragungsvertrag ein Rückforderungsanspruch aufgenommen werden kann für den Fall, dass der S Belastungen des Grundstücks vornehmen würde, § 158 I BGB.

hemmer-Methode: Aus dem Urteil ergibt sich die konkrete Ausgestaltung dieses Anspruchs nicht. Typisch wäre, ein vertragliches Rücktrittsrecht für den Fall von Verfügungen zu regeln. Dann käme für den Rückforderungsanspruch aus § 346 I BGB noch eine zweite Bedingung hinzu, nämlich die Rücktrittserklärung, § 349 S. 1 BGB. Klassischer Fall eines (doppelt) bedingten Anspruchs ist nach h.M. jener, der aus der Ausübung eines Vorkaufsrechts gem. § 464 II BGB entsteht. Erste Bedingung ist der Vorkaufsfall (= wirksamer Kaufvertrag über das Grundstück mit einem Dritten). Zweite Bedingung ist die Ausübung des Vorkaufsrechts (= einseitige, formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung).

Er hat sodann jedoch übersehen, dass es sich bei diesem Anspruch um einen bedingten Anspruch i.S.d. § 883 I S. 2 BGB handelt, welcher durch eine Vormerkung gesichert werden kann.

Folge einer Absicherung durch eine Vormerkung wäre gewesen, dass sich V Verfügungen, die S hinsichtlich des Grundstücks vornimmt, gem. § 883 II BGB nicht entgegenhalten lassen müsste. Konkret bedeutete dies hinsichtlich der Belastung mit einer Hypothek, dass deren Bestellung dem V gegenüber (relativ) unwirksam gewesen wäre, so dass die B-Bank von V nicht Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB verlangen könnte.

Fraglich ist, ob in dem Übersehen dieser Absicherungsmöglichkeit eine Pflichtverletzung zu erblicken ist.

Zur Beratungsleistung eines Anwalts im Zusammenhang mit einer im Wege vorweggenommener Erbfolge erfolgten Übertragung eines Grundstücks mit Rückforderungsrecht des Schenkers gehört es auch, dafür Sorge zu tragen, dass dieser Anspruch durch eine Rückkauflassungsvormerkung abgesichert wird.

Die Beratungsleistung war daher „schlecht“. Da es beim Dienstvertrag kein eigenes Gewährleistungsrecht gibt, stellt die Schlechtberatung eine leistungsbezogene Pflichtverletzung nach §§ 280 I, 241 I BGB dar.

3. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB

A kann sich nicht von dem nach § 280 I S. 2 BGB zu vermutenden Vertretenmüssen exkulpieren.

Einem Rechtsanwalt muss bei Annahme eines entsprechenden Mandats klar sein, dass es im Grundstücksrecht das Sicherungsmittel der Vormerkung gibt und für welche Fälle es eingesetzt werden kann. Insoweit wäre eine Entlastung des A im vorliegenden Fall auch kaum denkbar.

4. Kausaler Schaden

Fraglich ist, ob die Pflichtverletzung des A bei V auch zu einem Schaden geführt hat.

Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die Pflichtverletzung stehen würde. Momentan hat V zwar das Grundstückseigentum zurückerlangt, dieses ist allerdings belastet mit einer Hypothek zugunsten der B-Bank.

Dass die Hypothekenbestellung unwirksam erfolgt wäre, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

hemmer-Methode: Das wäre im Examen natürlich die Einladung für den Klausurersteller, weitere sachenrechtliche Fragestellungen zur Prüfung zu stellen!

Dieser Punkt wurde für die Besprechung in der **Life&LAW** knapp gehalten, um den Blick für das Wesentliche des Falles nicht zu verstellen.

Hätte A korrekt beraten, wäre es zur Eintragung einer Vormerkung gekommen und V hätte sich die Hypothek nicht entgegenhalten lassen müssen, § 883 II BGB. Die Hypothek hat eine beeinträchtigende Wirkung hinsichtlich des Rückübertragungsanspruchs des V gegen S.

hemmer-Methode: Möglicherweise wäre es dann auch gar nicht zur Hypothekenbestellung gekommen, da die Bank bei Einsichtnahme ins Grundbuch erkannt hätte, dass es zu einer Rückübertragung im Falle von Belastungen kommen konnte, sodass das Grundstück für sie ohnehin „ohne Wert“ gewesen wäre.

Der Schaden des V, der auf die Falschberatung des A zurückzuführen ist, liegt also in der Existenz der Hypothek zugunsten der B-Bank, welche (bei Vorliegen der Verwertungsreife) von V Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, § 1147 BGB.

5. Inhalt des Anspruchs

Fraglich ist, worauf der Schadensersatzanspruch gerichtet wäre. Dies bestimmt sich nach den §§ 249 ff. BGB.

Vorrangig ist der Anspruch gem. § 249 I BGB auf die Wiederherstellung des Zustandes gerichtet, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde.

hemmer-Methode: Dieser sog. „Vorrang der Naturalrestitution“ ergibt sich aus § 251 I BGB, der die „Entschädigung in Geld“ als Inhalt des Anspruchs nur für den Fall der Unmöglichkeit der Naturalrestitution oder für den Fall vorsieht, dass die Wiederherstellung zwar möglich, zur Entschädigung aber nicht genügend ist.

Daher ergibt sich ein Anspruch des V gegen A, von dem Anspruch der B-Bank gem. § 249 I BGB „freigestellt zu werden“.

A hat dafür Sorge zu tragen, dass die Hypothek aus dem Grundbuch entfernt wird. Dazu wäre erforderlich, dass A das noch offene Darlehen nebst Zinsen gegenüber der B-Bank zurückführt, und sodann mit der B-Bank die Löschung der Hypothek bewirkt. Dies würde bedeuten, dass A auch die mit der Löschung im Zusammenhang stehenden Kosten zu tragen hätte.²

hemmer-Methode: Die Zahlung führt zunächst zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld, §§ 1163 I S.2, 1177 I BGB. Diese kann nicht „über den Kopf des Eigentümers hinweg“ gelöscht werden. Vielmehr wäre gem. § 1183 BGB die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, damit das Recht gem. § 875 I BGB gelöscht werden kann. Da der V die Beseitigung begehrt, wäre dies vorliegend unproblematisch.

II. Ergebnis zum Ausgangsfall

V kann von A Schadensersatz gem. § 280 I BGB verlangen mit dem Inhalt, dass A den V von dem Duldungsanspruch der B-Bank aus § 1147 BGB freistellt.

² Eine interessante Folgefrage könnte die sein, ob A irgendwelche Ausgleichsansprüche gegenüber S (!) geltend machen könnte, der das Darlehen ja empfangen hat und durch die sog. gedachte Zahlung des A an die B-Bank befreit werden würde. Denkbar wäre folgende Erwägung: Da dem S die Belastung des Grundstücks im Verhältnis zu V nicht gestattet war, liegt in der Bestellung der Hypothek durch S eine Pflichtverletzung gegenüber V. Denkbar wäre sodann, eine Gesamtschuld zwischen S und A anzunehmen, um einen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I BGB zu bejahen. Alternativ könnte man dem A gegen V analog § 255 BGB einen Anspruch auf Abtretung von dessen Ansprüchen gegen S zugestehen, infolgedessen sich A sodann bei S schadlos halten könnte.

D) Lösung der ersten Abwandlung

Fraglich ist, welche Auswirkungen der Ablauf der seitens des V gesetzten Frist zur Beseitigung der Hypothek hat.

I. Grundsatz: Naturalrestitution, § 249 I S. 1 BGB

Die §§ 249 ff. BGB regeln den Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz mit dem Vorrang der **Naturalrestitution, § 249 I BGB**, s.o.

Diesen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands kann man als **schadensersatzrechtlichen Primäranspruch** bezeichnen.

Wie bei anderen schuldrechtlichen Ansprüchen auch stellt sich für den Gläubiger die Frage, welche Reaktionsmöglichkeiten er hat, wenn dieser Anspruch nicht erfüllt wird.

II. Ausnahme: „statt der Herstellung“ Ersatz in Geld

§ 250 S. 1 BGB erlaubt dem Geschädigten, dem Schädiger eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er die Herstellung nach Ablauf der Frist ablehne.

Gem. § 250 S. 2 HS 1 BGB kann er Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht innerhalb der Frist die Herstellung rechtzeitig erfolgt.

Anmerkung: Damit „ähnelt“ § 250 S. 2 HS 1 BGB im materiellen Schadensrecht § 281 I S. 1 BGB.

Der Geschädigte kann nach Ablauf der Frist statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag i.S.d. § 249 II S. 1 BGB verlangen. Dies ist der **schadensersatzrechtliche Sekundäranspruch**.

hemmer-Methode: Mit „Ersatz in Geld“ ist nicht etwa die „Entschädigung in Geld“ gem. § 251 I BGB gemeint! Diese Norm wird nur relevant, wenn die Wiederherstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist, vgl. den Wortlaut der Norm. Vielmehr eröffnet § 250 S. 2 HS 1 BGB den Anwendungsbereich des § 249 II S. 1 BGB auch für die Fälle, die von der Norm unmittelbar nicht erfasst sind. Anders formuliert: Sofern es um die „Verletzung einer Person“ oder die „Beschädigung einer Sache“³ geht, ist § 250 BGB bedeutungslos, weil dann ohne Fristsetzung auf den Geldersatz ausgewichen werden kann.

³ Damit ist nach einhelliger Meinung auch die Zerstörung einer Sache gemeint.

Insoweit regelt **§ 249 II BGB** nichts anderes als Fälle der **Entbehrlichkeit der Fristsetzung** (vergleichbar § 281 II BGB).

Dem Geschädigten ist in den genannten Fällen schlicht und ergreifend nicht zumutbar, den Schaden durch den Schädiger selbst beheben zu lassen. Und genau ein solcher direkter Fall des § 249 II BGB lag in der vorliegenden Entscheidung gerade *nicht* vor. Die Freistellungsverpflichtung des A fällt nicht unter die Norm des § 249 II S. 1 BGB!⁴ Daher waren vorliegend die Voraussetzungen des § 250 S. 1 BGB erforderlich, um gem. § 250 S. 2 HS 1 BGB dann doch gem. § 249 II BGB den „dazu erforderlichen Geldbetrag“ verlangen zu können.

III. Ergebnis zur 1. Abwandlung

Gem. § 250 S. 2 HS 1 i.V.m. § 249 II S. 1 BGB kann V von A den zur Löschung der Hypothek erforderlichen Geldbetrag verlangen. Das bedeutet konkret, dass V sich selbst um die Löschung bemüht, d.h. an die Bank zahlt und auch die Kosten der Löschung bewilligt, um sodann den Geldbetrag dafür von A erstattet verlangen zu können.⁵

E) Lösung der zweiten Abwandlung

Fraglich ist, ob es V möglich ist, von dem in der ersten Abwandlung beschriebenen Anspruch auf Geldersatz wieder zu dem ursprünglichen Leistungsanspruch zurückzukehren.

hemmer-Methode: Ziehen Sie zum besseren Verständnis auch hier wieder die Parallele zu § 281 BGB heran. Dort besteht nach Fristablauf zunächst ein Wahlrecht, ob trotzdem die Leistung verlangt wird oder statt ihrer der Schadensersatz. Gem. § 281 IV BGB erlischt der Leistungsanspruch

⁴ **Vertiefungshinweis für Referendare:** Genau das ist der Grund dafür, warum vorgegerichtliche Anwaltskosten, **die vom Mandanten noch nicht erstattet wurden**, nicht einfach als Geldbetrag eingeklagt werden dürfen. Vielmehr ist der Klageantrag gem. § 249 I BGB dahingehend zu formulieren, dass der Beklagte zu verurteilen ist, den Kläger von dem Anspruch des Rechtsanwalts freizustellen (freilich vorausgesetzt, dass es eine Anspruchsgrundlage nach materiellem Recht gibt, z.B. §§ 280 I, II, 286 BGB). Hat demgegenüber laut Sachverhalt schon eine Fristsetzung zur Freistellung stattgefunden, wäre gem. § 250 S. 2 HS 1 BGB der Antrag auf Zahlung zu formulieren!

⁵ Würde man mit einer Mindermeinung vertreten, dass der Fristablauf den Anspruch auf „Entschädigung in Geld“ eröffnet, wäre dies der Minderwert des Grundstücks, welcher durch die Hypothekenbelastung verursacht werden würde. Wäre das Grundstück z.B. „wertlos“, weil die eingetragene Hypothek den Wert des Grundstücks übersteigt, würde sich ein rechnerischer Unterschied zu § 249 II S. 1 BGB ergeben, denn gem. § 251 I BGB könnte maximal der Wert des Grundstücks ohne Hypothekenbelastung verlangt werden.

nicht bereits mit Fristablauf, sondern erst dann, wenn das Schadensersatzverlangen zugegangen ist, § 130 I S. 1 BGB. Danach ist eine Rückkehr zum Leistungsanspruch ausgeschlossen, da es sich bei der Geltendmachung um ein Gestaltungsrecht handelt.

Und wie verhält es sich mit dieser Fragestellung im Rahmen der §§ 249 ff. BGB? Genau das ist Gegenstand des BGH-Urteils gewesen!

Fraglich ist, ob dem V der Anspruch mit dem Inhalt, von A Freistellung verlangen zu können, noch zusteht.

Gem. § 250 S. 2 HS 2 BGB ist der Herstellungsanspruch jedoch ausgeschlossen. Zwar wurde bislang in der Literatur vereinzelt entgegen dem Wortlaut der Norm ein schutzwürdiges Interesse an der „Rückkehr zum Leistungsanspruch“ bejaht. Der BGH tritt dem jedoch mit überzeugender Argumentation entgegen.

I. Rückkehr zu § 249 I BGB wegen des Zwecks der Norm ausgeschlossen

Voraussetzung für die in § 250 S. 2 HS 2 BGB Erlöschenswirkung ist eine „qualifizierte Fristsetzung“, d.h. gem. § 250 S. 1 BGB muss die Fristsetzung mit einer sog. Ablehnungsandrohung verbunden werden.

Dadurch kann sich der Gläubiger selbst über die von ihm verursachte Rechtsfolge Klarheit verschaffen und ist nach Ablauf der Frist dann auch nicht mehr schutzwürdig.

Ganz im Gegenteil stellte es einen Fall widersprüchlichen Verhaltens dar, wenn der Gläubiger trotz der Ablehnungsandrohung noch an der Leistungserbringung durch den Schädiger festhalten könnte.

Insoweit stellt § 250 S. 2 HS 2 BGB letztlich lediglich einen Unterfall des § 242 BGB dar.

hemmer-Methode: Und genau das ist der entscheidende Unterschied zu § 281 I S. 1 BGB. Dort führt der Fristablauf nicht automatisch zum Erlöschen der Leistungspflicht. Warum? Weil dort eben keine Ablehnungsandrohung zu erfolgen hat!⁶

⁶ Das war vor der Schuldrechtsreform 2002 auch im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht anders. Die Vorgängernorm des § 326 BGB a.F. verlangte wie § 250 S. 1 BGB nach einer Ablehnungsandrohung, so dass in der Folge auch dort die Leistungspflicht automatisch entfallen war!!! Im Schadensersatzrecht hat dieser Mechanismus sozusagen „überlebt“. Natürlich darf (!) der Gläubiger auch im Rahmen des § 281 I BGB mit der Fristsetzung eine Ablehnungsandrohung verbinden. Umstritten ist, ob er für diesen Fall dann nach Fristablauf gem. § 242 BGB daran gehindert wäre, gleichwohl noch Leistung zu begehren, vgl. MüKo, § 281, Rn. 40 f.

Der Geschädigte hat gem. § 250 S. 1 BGB die Möglichkeit, den Herstellungsanspruch (sofern dieser nicht ohnehin bereits auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist), in einen Geldersatzanspruch umzuwandeln.

Eine Rückkehr zum Herstellungsanspruch erfordert der Gesetzeszweck nicht. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass dem Geschädigten faktisch ein *ius variandi* zustünde.

hemmer-Methode: Noch einmal: In den Fällen des § 249 II S. 1 BGB besteht dieses Wahlrecht *per se!*

Dies stünde im Widerspruch zu der für die Begründung des Geldersatzanspruchs nach § 250 BGB erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Letztere ist eine einseitige empfangsbedürftige, somit jedenfalls nach ihrem Zugang unwiderriefliche Willenserklärung⁷ (vgl. § 130 I S. 2 BGB) des Inhalts, dass die Herstellung nach Fristablauf endgültig ausgeschlossen sein solle und der Gläubiger sich die Entscheidung über die spätere Annahme der Herstellung nur vorbehält.

hemmer-Methode: Auch hier der Abgleich mit § 281 BGB: Die Fristsetzung ist dort „nur“ eine geschäftsähnliche Handlung,⁸ auf welche die Regelungen über Willenserklärungen analog angewendet werden.⁹

Unterschied: Bei der Willenserklärung wird die rechtliche Folge vom Erklärenden selbst herbeigeführt (Erlöschen des Herstellungsanspruchs durch Ablehnungserklärung für den Fall fristlosen Fristablaufs), während es bei geschäftsähnlichen Handlungen der Gesetzgeber ist, der Rechtsfolgen normiert.

Erklärt der Gläubiger sich jedoch klar und eindeutig, wäre es widersprüchlich, wenn er dessen ungeachtet nach fruchtlosem Fristablauf nach seinem Belieben an der Naturherstellung nach § 249 I BGB festhalten könnte.

Das Schicksal des Inhalts der Schadensersatzpflicht könnte eine Fristsetzung mit unverbindlicher Ablehnungsandrohung nicht in dem von der Norm vorausgesetzten Sinne klären. Die Rechtsunsicherheit, die mit einer Befugnis des Gläubigers verbunden wäre, den Herstellungsanspruch aufgrund einseitiger Erklärung wieder aufleben zu

⁷ MüKo, § 250, Rn. 5.

⁸ Grüneberg, § 281, Rn. 9.

⁹ Das bedeutet, dass Sie z.B. bei Erklärungen durch einen Minderjährigen entsprechend der Wertung des § 107 BGB stets darauf achten müssen, ob die Wirkung der geschäftsähnlichen Handlung lediglich rechtlich vorteilhaft ist. So könnte der Minderjährige die Fristsetzung i.S.d. § 281 I S. 1 BGB selbst wirksam vornehmen, die i.S.d. § 250 S. 1 BGB aber eben nicht!

lassen, soll von § 250 S. 2 HS 2 BGB gerade beseitigt werden.

Folge einer entsprechenden Befugnis wäre zudem die Frage, ob nun der Geschädigte wiederum erneut auf den Geldersatzanspruch ausweichen könnte. Das zeigt auf, dass die Regelung des § 250 BGB vollkommen bedeutungslos wäre.

II. Keine Ausnahme aus Gründen von Treu und Glauben, § 242 BGB

Eine Rückkehr zum Herstellungsanspruch ließe sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn es seitens des Schädigers treuwidrig wäre, sich auf den Ausschluss gem. § 250 S. 2 HS 2 BGB zu berufen.

Das wäre etwa dann der Fall, wenn sich der Anspruch auf Geldersatz als nicht durchsetzbar erweist, während der Anspruch auf Herstellung realisierbar wäre.

Für einen derartigen Ausnahmefall gibt der Sachverhalt aber nichts her. Dass V den zur Ablösung der Hypothek erforderlichen Geldbetrag nicht zur Verfügung hat, macht den Geldersatzanspruch gegen A nicht undurchsetzbar. Vielmehr ist V ggfs. rein tatsächlich darauf angewiesen, einen auf Geldzahlung gerichteten Prozess zu führen, um erst im Nachgang die Ablösung selbst ausführen zu können.

Dieser prozessuale Aufwand wäre im Rahmen des Herstellungsanspruchs kein anderer: Sofern A sich schon dem Grunde nach (wenn auch zu Unrecht) weigert, Ersatz zu leisten, müsste auch ein Prozess auf Freistellung geführt werden.

III. Ergebnis zur 2. Abwandlung

Eine Rückkehr zum Schadensersatzanspruch mit dem Inhalt, nun wiederum von A doch die Freistellung von der Hypothek zu verlangen, ist ausgeschlossen. V ist auf den Geldersatzanspruch gem. § 250 S. 2 HS 1 i.V.m. § 249 II S. 1 BGB beschränkt.

F) Kommentar

(cda). Letztlich untermauert der BGH mit seiner Argumentation lediglich die klare gesetzliche Vorgabe des § 250 S. 2 HS 2 BGB.

Der Fall ist aber im Gesamtkontext – insbesondere im Abgleich zur Systematik des § 281 I S. 1 BGB – sehr lehrreich und sollte von Ihnen zum Anlass genommen werden, sich die Relevanz der Betrachtung klarzumachen.¹⁰

¹⁰ Der Abgleich mit § 281 BGB dient nur dem besseren Verständnis. Sofern Sie in der Klausur tatsächlich mit § 281

Insbesondere die 2. Abwandlung hebt das Problem aus der rein theoretischen Betrachtung in die praktische Relevanz: Wenn V selbst nicht in der Lage ist, das Geld aufzutreiben, ist der Vorteil des Geldersatzes dahin. Wichtig wäre die Option des Geldersatzes dann gewesen, wenn er auf eine schnelle Ablösung der Hypothek angewiesen gewesen wäre (etwa weil ein Erwerber nur bereit wäre, ein unbelastetes Grundstück zu erwerben), selbst in der Lage gewesen wäre, den Geldbetrag zu zahlen, um sodann „in aller Ruhe“ gegen A zu prozessieren, um diesen Geldbetrag wieder herinzuholen!

Auch der Aufhänger mit der Vormerkungswirkung bietet eine Steilvorlage für einen Klausurersteller, verschiedene Probleme miteinander zu kombinieren. Daher: ein sehr examensrelevanter Fall!

G) Wiederholungsfrage

- **Warum erlischt der Herstellungsanspruch gem. § 249 I BGB mit dem Ablauf der Frist i.S.d. § 250 S. 1 BGB, während dies bei § 281 I S. 1 BGB anders ist?**

Im Unterschied zu § 281 I S. 1 BGB muss die Fristsetzung im Rahmen des § 250 S. 1 BGB mit einer Ablehnungsandrohung verbunden werden.



Damit steht die unwiderrufliche Aussage des Gläubigers im Raum, nach Fristablauf keine Herstellung mehr begehren zu wollen. Der Schuldner soll Rechtssicherheit erlangen und nach Ablauf der Frist nicht mehr mit einem Herstellungsbegehren rechnen müssen. Dies ist im Rahmen des § 281 BGB erst dann der Fall, wenn Schadensersatz verlangt wurde, § 281 IV BGB.

H) Zur Vertiefung

Zur Systematik der §§ 249 ff. BGB

- Hemmer/Wüst/d'Alquen, Schadensersatzrecht III, Rn. 86 ff.

Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „juris by hemmer“:
www.hemmer.de

BGB konfrontiert werden, bedenken Sie aber bitte, dass § 249 BGB auf § 281 BGB keine Anwendung findet! Wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt, erlischt gem. § 281 IV BGB die Leistungspflicht. Genau das würde unterlaufen, wenn nun als Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz genau die Situation hergestellt werden müsste, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung bestanden hätte! Vgl. Sie vertiefend dazu die Problematik rund um die Frage, ob Mängelbeseitigungskosten fiktiv abgerechnet werden können, **BGH, Life&LAW 06/2021, 373 ff. m.w.N.**