

Examensklausurenkurs Zivilrecht**Klausur vom 5. Dezember 2022****Sachverhalt****Teil 1:**

K möchte sich seinen Kindheitstraum erfüllen und einen Sportwagen der Marke Mercedes fahren. Daher schließt er mit dem Autohändler A einen Kaufvertrag über einen neuen Mercedes SL zu einem Kaufpreis von 100.000 €. A übergibt das Fahrzeug nach Erhalt des Kaufpreises an K.

Nur wenige Tage nach der Übergabe zeigt sich, dass das gekaufte Fahrzeug herstellungsbedingt einen Elektronikfehler aufweist (Ausfall der die Heizung und Klimaanlage steuernden Klimaelektronik). K bringt das Fahrzeug deshalb zur Beseitigung dieses rechtzeitig gerügten Mangels zu A zur Reparatur. Der Mangel tritt indes bereits wenige Stunden nach der Durchführung der Reparaturmaßnahme erneut auf. K bringt das Fahrzeug deshalb zu A zwecks Reparatur zurück. Nach Durchführung derselben tritt weitere zwei Wochen später jedoch der Mangel wieder auf. K, der sich über die Unannehmlichkeiten und den wiederholt auftretenden erheblichen Mangel des neuen Autos ärgert, erklärt daraufhin gegenüber A die Minderung des Kaufpreises um 30 %, mithin um 30.000 €, da der Wert des Fahrzeuges – was zutrifft – um diesen Betrag verringert sei.

Drei Tage später – K hat den begehrten Minderungsbetrag von A noch nicht erhalten – begibt sich K zur Reparatur des Fahrzeugs zur Autowerkstatt des W. W weist ihn darauf hin, dass der wiederholte Ausfall der Klimaelektronik bei einem Neufahrzeug nicht tolerabel sei. Bestärkt durch diese Äußerung eines Fachmanns ist es K nun leid, sich weiter mit dem Fahrzeug herumzuärgern. Er begibt sich auf direktem Wege zu A und erklärt, er wolle wegen des nervtötenden Fehlers des Fahrzeugs den Kaufvertrag nunmehr unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten rückabwickeln. A lehnt eine Rückabwicklung ab. K müsse sich an der einmal erklärten Minderung festhalten lassen.

Frage 1: Hat K gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs? Ein dem A gegenüber K zustehender etwaiger Nutzungsherausgabeanspruch ist dabei außer Betracht zu lassen.

Teil 2:

Nach dem Reinfall mit dem Traumaauto möchte K ein eigenes Grundstück erwerben. V hingegen möchte sein Grundstück verkaufen. Daher schließen K und V einen wirksamen Kaufvertrag über das Grundstück des V zu einem Kaufpreis von 300.000 €. K und V vereinbaren wirksam, dass K das Grundstück lastenfremd erwerben soll. Zugleich erklären beide wirksam die Auflassung des Grundstücks von V an K. Zugunsten des K wird im Anschluss vereinbarungsgemäß eine wirksame Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Die Eintragung des K als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch unterbleibt zunächst, weil der Notar aufgrund einer rechtlich zulässigen und wirksamen Vereinbarung der Parteien den Eintragungsantrag erst stellen soll, nachdem der Kaufpreis vollständig beglichen wurde.

Bevor K zahlt, erwirkt die B-Bank (B) eine, das an K veräußerte Grundstück betreffende Zwangshypothek gem. §§ 866, 867 Abs. 1 ZPO gegen V, die im Grundbuch eingetragen wird. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Zwangshypothek liegen vor. Nunmehr zahlt K den vollständigen Kaufpreis. Der Notar stellt beim Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung des K als Eigentümer des Grundstücks. Zugleich weist er K zutreffend darauf hin, dass aufgrund des ihm bekannten hohen Geschäftsanfalls beim Grundbuchamt damit zu rechnen sei, dass bis zur Eigentumsumschreibung einige Zeit vergehen werde.

Da K zur Vermeidung weiterer Verzögerungen nunmehr unbedingt in einem Zug seine Eintragung als Eigentümer eines unbelasteten Grundstücks erreichen möchte, das Eigentum an dem Grundstück aufgrund der eingetragenen Zwangshypothek der B aber nicht entsprechend seiner kaufvertraglichen Vereinbarung mit V allein von diesem lastenfremd erwerben kann, wendet er sich an B. K verlangt von B unter Hinweis auf die Eintragung seiner zeitlich früheren Auflassungsvormerkung die Zustimmung dazu, dass die Zwangshypothek zugleich mit der Erfüllung seines vorgemerkten Anspruchs durch Eintragung des Eigentumserwerbs gelöscht wird.

Dies lehnt B ab. Die Zustimmung könne K erst nach seiner Eintragung als Eigentümer verlangen. Entscheidend sei nämlich nicht die Auflassungsvormerkung des K, sondern die Eigentümerstellung des V. Eine Löschung der Zwangshypothek komme jedenfalls erst dann in Betracht, wenn K auch tatsächlich Eigentümer des Grundstücks sei. Solange K noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei, sei nicht sicher, dass er überhaupt Eigentümer werde.

K entgegnet, es stehe ihm frei, in welcher Reihenfolge er sich um seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch und die Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek kümmere. Zudem verlange er – was zutrifft – die Zustimmung zur Löschung nur in einem Zuge mit der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs durch Eintragung des Eigentumserwerbs.

Da B die Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek weiterhin unter allen Umständen verweigert, beauftragt K Rechtsanwalt R, welcher B unter umfangreichen Rechtsausführungen nochmals außergerichtlich zu der von K begehrten Zustimmungserteilung auffordert. R weist in seinem Schreiben u.a. darauf hin, dass die Rechtslage bei dem Zwischenerwerb eines Grundpfandrechts nicht anders sein könne als bei dem vormerkungswidrigen Eigentumserwerb eines Dritten. Für diesen sei es ausgeschlossen, die Zustimmung zur Löschung von der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer abhängig zu machen. Die für die Beauftragung des R entstehenden Kosten verlangt R für K im Aufforderungsschreiben zugleich von B ersetzt.

B meint, diese Rechtsanwaltskosten seien keinesfalls ersatzfähig. Selbst wenn ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek bestehe, könne K hieraus keinen Schadensersatzanspruch ableiten. Die nochmalige außergerichtliche Zustimmungsaufforderung durch R sei jedenfalls überflüssig gewesen; sie habe zuvor deutlich gemacht, der Zustimmungsaufforderung nicht nachzukommen.

Frage 2: Kann K von B die begehrte Zustimmung dazu verlangen, dass die Zwangshypothek mit der Eintragung des K als Eigentümer gelöscht wird?

Frage 3: Unterstellt, K steht ein solcher fälliger Anspruch zu: Kann K von B die Kosten ersetzt verlangen, die durch die Beauftragung des R angefallen sind?

Bearbeitungshinweise:

1. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.
2. Auf §§ 19, 39 Abs. 1 GBO wird hingewiesen. Auf andere Vorschriften der GBO ist nicht einzugehen.

Lösung

Teil 1:

Frage 1: Anspruch K gegen A auf Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs?

I. Anspruch gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 Abs. 1, 323 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 2 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 Abs. 1, 323 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 2 BGB nach Rücktritt haben.

1. Sachmangel bei Gefahrübergang

Anmerkung: Bearb. können ebenso vertretbar unmittelbar nach der Bejahung des Kaufvertrags einen Ausschluss des Rücktrittsrechts wegen erfolgter Minderung prüfen. Dann ist das Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang im Rahmen des Minderungsgrundes zu prüfen.

- Das streitgegenständliche Fahrzeug müsste bei Gefahrübergang einen Sachmangel gehabt haben, §§ 434, 446 S. 1 BGB.
- Beschaffenheitsvereinbarung i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (-)
- Sie haben keine bestimmte Verwendung des Fahrzeuges i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB im Vertrag vorausgesetzt. (-)
- Jedenfalls weist das Fahrzeug aber aufgrund seines herstellungsbedingten Fehlers (Ausfall der die Heizung und Klimaanlage steuernden Klimaelektronik) nicht die übliche, vom Käufer erwartete Beschaffenheit auf.
- K durfte erwarten, ein fehlerfreies Fahrzeug zu erhalten. Demnach begründet der Ausfall der Klimaelektronik einen Sachmangel i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. (+)
- Dieser lag auch schon bei Übergabe von A an K, also im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB) vor (+)
- nicht vertragsgemäße Leistung des A i. S. d. § 323 Abs. 1 BGB (+)

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

- Fristsetzung i.Sd. § 323 Abs. 1 BGB (-)
- Entbehrlichkeit nach § 440 S. 1 Var. 2 BGB?
- Dazu müsste die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen sein. Eine Nachbesserung gilt gem. § 440 S. 2 BGB nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.
- A hat zwei erfolglose Versuche unternommen, den Ausfall der Klimaelektronik zu beheben.
- Die Nacherfüllung ist gem. § 440 S. 2 BGB als fehlgeschlagen anzusehen, da sich auch aus den Umständen nichts anderes ergibt. (+)
- Eine Fristsetzung war entbehrlich.

3. Ausschluss aufgrund wirksam erklärter Minderung

- Es ist umstritten, ob einer erfolgten Minderung ein bindender Charakter zukommt, der die Vertragsrückabwicklung unter dem Gesichtspunkt des Rücktritts sperrt.

a. Wirksamkeit der Minderung

- Eine derartige Sperrwirkung setzt zunächst voraus, dass K ein ihm zustehendes Minderungsrecht wirksam ausgeübt hat. Ein Minderungsrecht des K könnte aus §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 441 Abs. 1 S. 1 BGB folgen.
- K hat gegenüber A die Minderung erklärt, § 441 Abs. 1 S. 1 BGB.
- Das streitgegenständliche Fahrzeug war mangelhaft i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB bei Gefahrübergang. Mit den verschiedenen Werkstattbesuchen hat K mit den entsprechenden Aufforderungen zur Mängelbeseitigung Nacherfüllung verlangt.
- Die Nacherfüllung war auch bereits zum Zeitpunkt der Minderungserklärung zwei Mal missglückt und damit fehlgeschlagen gem. § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB. (+)
- K hat das Minderungsrecht wirksam ausgeübt.
- Laut Sachverhalt ist der Minderungsbetrag auch der Höhe nach gerechtfertigt, vgl. § 441 Abs. 3 S. 1 BGB.

b. Bindungswirkung der Minderung im Verhältnis zum Rücktritt

- Es ist fraglich, ob die Ausübung des Minderungsrechts das nunmehr geltend gemachte Rücktrittsrecht sperrt.
- Die Frage, ob ein „Umschwenken“ von der Minderung auf den Rücktritt möglich ist, hängt entscheidend von dem Verhältnis der beiden Rechte ab.
- Die auf gegenläufige Ziele – Festhalten am Vertrag oder Lösen vom Vertrag – ausgerichteten Gewährleistungsrechte der Minderung (§ 441 BGB) und des Rücktritts (§ 323 BGB) hat der Gesetzgeber als Gestaltungsrechte ausgeformt, die dem Käufer nur alternativ zur Verfügung stehen. Dies kommt nicht nur in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck (BT-Drucks. 14/6040, S. 223), sondern hat auch im Gesetz an mehreren Stellen Niederschlag gefunden. So kann der Käufer gem. § 437 Nr. 2 BGB entweder vom Vertrag zurücktreten „oder“ den Kaufpreis mindern. Dementsprechend sieht § 441 Abs. 1 S. 1 BGB vor, dass der Käufer „statt zurückzutreten“ den Kaufpreis mindern kann.
- Aus dieser bereits im Gesetzeswortlaut angelegten Exklusivität der Gewährleistungsrechte des Rücktritts und der Minderung folgt, dass K mit der Ausübung des Minderungsrechts nicht mehr vom Vertrag zurücktreten kann.

Anmerkung: Bearb. können bereits hier weiter zum Wesen der Minderung und dessen Folgen für das Verhältnis zum Rücktritt ausführen (vgl. unter II. 4. b. aa., insb. Eintritt der Gestaltungswirkung und damit einhergehende Änderung des Vertragsverhältnisses bereits mit Zugang beim Erklärungsempfänger).

Soweit die Bindungswirkung der bereits erklärten Minderung im Verhältnis zum Rücktritt im Schrifttum – soweit ersichtlich – vereinzelt verneint, werden im Wesentlichen dieselben Argumente vorgebracht, wie zur Frage der Bindungswirkung der bereits erklärten Minderung im Verhältnis zum Schadensersatz statt der Leistung (vgl. unter II. 4. b. bb., insb. bloße Erweiterung der mit der Minderung eingetretenen Rechtsfolge des Teilerlöschens des Kaufpreisanspruchs auf den gesamten Kaufpreisanspruch). Vor diesem Hintergrund können die Bearb. den unter II. 4. b. im Einzelnen ausgeführten Streitstand bereits hier erörtern.

4. Ergebnis

- Anspruch des K gegen A auf Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 Abs. 1, 323 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 2 BGB (-)

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 Abs. 1, 433 BGB

- sog. „großer“ Schadensersatz

1. Kaufvertrag

- K und A haben einen Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB geschlossen. (+)

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

- Das streitgegenständliche Fahrzeug war im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft i. S. v. §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 446 S. 1 BGB. (+)

3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

- Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB entbehrlich, da Nacherfüllung fehlgeschlagen (§ 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB) ist (+)

4. Ausschluss aufgrund wirksam erklärter Minderung

- Fraglich ist, ob auch der Schadensersatzanspruch aufgrund der von K erklärten Minderung ausgeschlossen ist.

a. Wirksamkeit der Minderung (+)

b. Bindungswirkung der Minderung im Verhältnis zum Schadensersatz

- Umstritten ist, ob einer erfolgten Minderung ein bindender Charakter zukommt, der die Geltendmachung weitergehender Sekundärrechte, wie des Schadensersatzes, sperrt.

aa. e.A.: Kein Übergang zum Schadensersatz nach erfolgter Minderung

- Nach Auffassung der Rspr. stellt die Ausübung des Minderungsrechts des Käufers gem. §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S. 1 BGB – ebenso wie die Ausübung des Rücktrittsrechts seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138) eine bindende Gestaltungserklärung gegenüber dem Verkäufer dar (BGH NJW 2018, 2863-2871 Rn. 19; siehe auch BT-Drucks. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.).
- Ab dem Eintritt der Gestaltungswirkung sei der Käufer an die von ihm erklärte Minderung gebunden und könne sie einseitig weder zurücknehmen noch widerrufen (BGH NJW 2018, 2863-2871 Rn. 23; Staudinger²⁰¹³/*Matusche-Beckmann*, § 441 Rn. 5; BeckOK-BGB⁶³/*Faust*, § 437 Rn. 180 ff.).
- Die beschriebene Bindungswirkung ergebe sich dabei zwingend aus der vom Gesetzgeber bewusst gewählten Natur eines Gestaltungsrechts (BGH NJW 2018, 2863, Rn. 24). Ein solches Recht vertrage grundsätzlich keinen Schwebezustand (BGH NJW 2018, 2863, Rn. 24). Dies gelte auch für den Rücktritt und die Minderung, die mit ihrer wirksamen Erklärung das bisherige Rechtsverhältnis umgestalteten. So wie der wirksam ausgeübte Rücktritt unmittelbar zu einem nicht mehr umkehrbaren Rückabwicklungsverhältnis führe, habe die wirksam erklärte Minderung zur Folge, dass der vertraglich vereinbarte Kaufpreis unmittelbar – und ebenfalls unumkehrbar – um den angemessenen Betrag herabgesetzt (§ 441 Abs. 3 BGB) und damit das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wiederhergestellt werde.
- Diese durch die Ausübung des Gestaltungsrechts eingetretene Änderung des Vertragsverhältnisses könne der Gestaltungsberechtigte einseitig nicht mehr ungeschehen machen (BGH NJW 2018, 2863, Rn. 25). Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes habe hierfür auch kein Bedürfnis gesehen, da der Käufer vor übereilten („falschen“) Entscheidungen bei der Wahl seiner Gewährleistungsrechte bereits dadurch geschützt werde, dass er diese grundsätzlich nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist ausüben könne (BGH NJW 2018, 2863, Rn. 25; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 221 [zum Rücktritt]).
- Nach dieser Ansicht ist es dem K verwehrt, den Kaufvertrag unter dem Aspekt des Schadensersatzes rückabzuwickeln.

bb. a.A.: Schadensersatz auch nach erklärter Minderung möglich

- Einige Vertreter i.d.Lit. nehmen hingegen an, dass der Gläubiger auch nach der erklärten Minderung zum Schadensersatz übergehen kann. Die Begründungen hierfür sind unterschiedlich.
- Einige Vertreter (u.a. Staudinger²⁰²⁰/*Schwarze*, § 325 Rn. 49; Stöber, NJW 2017, 2785, 2788) dieser Ansicht begründen die Möglichkeit des Übergangs von der Minderung zum großen Schadensersatz damit, dass das auf den großen Schadensersatz gerichtete Verlangen die von der Minderung ausgehende Gestaltungswirkung nicht beseitige. Damit werde die von der Minderungserklärung ausgehende Gestaltungswirkung auch nicht einseitig widerrufen. Über die durch die Minderung bereits eingetretene Beseitigung der Leistungspflichten hinaus würden die noch vorhandenen Restleistungspflichten gem. § 281 Abs. 4 BGB aufgehoben. Die rechtliche Wirkung der Minderung werde dadurch weder konstruktiv noch der Sache nach in Frage gestellt.
- Die Möglichkeit des Übergangs zum großen Schadensersatz gelte jedoch unter Berücksichtigung von Treu und Glaube nicht uneingeschränkt: Der große Schadensersatz könne nur so lange verlangt werden, wie der Schuldner nicht im Vertrauen auf die durch die Minderung geschaffene Rechtslage disponiert bzw. nicht nur unerhebliche Aufwendungen betrieben habe.
- Andere Stimmen (OLG Stuttgart v. 26.1.2017 – 19 U 90/16, BeckRS 2017, 146997 Rn. 20 ff.; *Derleder*, NJW 2003, 998, 1003; Staudinger²⁰¹³/*Matusche-Beckmann*, § 437 Rn. 7) leiten die Berechtigung des Käufers zum Übergang von der Minderung zum Schadensersatz aus einer analogen Anwendung des § 325 BGB her. § 325 BGB bezwecke den Schutz des Käufers vor einer übereilten Entscheidung über die Ausübung der in § 437 BGB vorgesehenen Gewährleistungsrechte. Der Gesetzgeber habe mit der Ausformung der Rechtsinstitute des Rücktritts und der Minderung als Gestaltungsrechte nicht die nach früherem Recht auf Seiten des Käufers bestehende Flexibilität einschränken wollen. Die Minderung und die Wandelung nach früherem Recht hätten zu ihrem Vollzug das Einverständnis des Gläubigers vorausgesetzt (§§ 462, 465 BGB a. F.), was zur Folge gehabt habe, dass der Käufer bis zu diesem Zeitpunkt die von ihm getroffene Wahl habe wieder abändern können (*ius variandi*). Dieser Schutz müsse demnach auch nach dem neuen Schuldrecht bei der erklärten Minderung gelten.

- Nach dieser Auffassung wäre das Schadensersatzverlangen des K nicht durch die zuvor erklärte Minderung ausgeschlossen, denn es ist nicht ersichtlich, dass A im Vertrauen auf die durch die Minderung geschaffene Rechtslage disponiert bzw. nicht nur unerhebliche Aufwendungen betrieben hat.

cc. **Stellungnahme**

- Gegen ein Nebeneinander von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung ist mit dem BGH anzuführen, dass der Gesetzgeber die Gestaltungsrechte des § 437 Nr. 2 BGB in bewusster Abkehr vom früheren Recht mit ihrer Ausübung als bindend ausgestaltet hat und sowohl bei diesen Gewährleistungsrechten als auch bei den in § 437 Nr. 3 BGB aufgeführten Schadensersatzansprüchen dem Käufer zwei Alternativprogramme (Festhalten am oder Lösen vom Vertrag) zur Auswahl stellt. (BGH NJW 2018, 2863, Rn. 53). Dies zeigen die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen in § 441 Abs. 1 S. 1 BGB („anstelle“) und § 437 Nr. 2 BGB („zurücktreten oder [...] mindern“):
- Entweder der Käufer entscheidet sich für die Wiederherstellung des Äquivalenzinteresses durch Minderung des Kaufpreises bzw. Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes oder er löst sich vom Kaufvertrag als Ganzem mittels Rücktritts oder großen Schadensersatzes. Minderung und großer Schadensersatz verfolgen also unterschiedliche Ziele. Daher kann auch nicht dem Argument gefolgt werden, dass großer Schadensersatz statt der Leistung bloß eine „erweiterte“ Minderung sei.
- Auch bei wertender Betrachtung erscheint es widersprüchlich, auf der einen Seite eine Minderung zuzulassen, deren Ziel es ist, die Kaufsache beim Käufer zu belassen, und gleichzeitig einen großen Schadensersatz statt der Leistung anzunehmen, der die Rückabwicklung des Kaufvertrages zur Folge hätte.
- Die analoge Anwendung des § 325 BGB kann ebenfalls nicht überzeugen. Zum einen fehlt es an einer vergleichbaren Interessenslage, da § 325 BGB nur dafür sorgen soll, dass der Käufer neben dem Rücktritt Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen kann.
- Zum anderen besteht keine planwidrige Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bewusst ein in sich geschlossenes Gewährleistungssystem eingeführt, das für beide Parteien Rechtssicherheit schaffen soll. Das Ziel würde verfehlt, wenn der Käufer sich einseitig von einer Gestaltungserklärung lösen könnte.

- Ein Nebeneinander von großem Schadensersatz und Minderung ist folglich abzulehnen.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist vertretbar. Die Diskussion des Problems kann von den Bearb. nicht in diesem Umfang und in dieser Tiefe erwartet werden.

Besonders aufmerksame Bearb. können zudem erörtern, ob in dem Verlangen des K nach Kaufpreisrückzahlung eine konkludente Anfechtung der Minderungserklärung durch K zu sehen ist, um deren Sperrwirkung zu beseitigen. Hier wird man aber davon ausgehen müssen, dass eine Anfechtung nicht möglich ist, weil sich K nur über die Rechtsfolgen seiner Minderungserklärung geirrt hat und somit ein Motivirrtum vorliegt, der in diesem Fall unbeachtlich ist.

5. Ergebnis

- Anspruch des K gegen A auf Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 Abs. 1, 433 BGB (-)

III. Gesamtergebnis zu Frage 1:

- K hat gegen A keinen Anspruch Zahlung von 100.000 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs. (-)

Teil 2:**Frage 2: Anspruch des K gegen B auf Erteilung der Löschungsbewilligung?**

Anmerkung: Ein Grundbuchberichtigungsanspruch gem. § 894 BGB scheidet aus, da dieser eine hier nicht gegebene Unrichtigkeit des Grundbuchs voraussetzt.

I. Anspruch des K gegen B auf Erteilung der Löschungsbewilligung gem. § 888 Abs. 1 BGB

Anmerkung: Wichtig ist, dass die Bearb. die Anspruchsvoraussetzungen inhaltlich sauber behandeln.

1. Vormerkungswidrige Zwischenverfügung

- Gem. § 888 Abs. 1 BGB müsste eine vormerkungswidrige Zwischenverfügung zum Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder Rechtes an einem solchen geführt haben. Hierbei erfasst sind auch vormerkungswidrige Zwangsverfügungen, § 883 Abs. 2 S. 2 BGB.
- K ist Inhaber einer Vormerkung gem. § 883 Abs. 1 S. 1 BGB, die den Anspruch des K gegen V auf Verschaffung unbelasteten Eigentums (vgl. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB) sichert.
- Der Vormerkung zuwider hat B eine Zwangshypothek am streitgegenständlichen Grundstück gem. §§ 866, 867 Abs. 1 ZPO erwirkt.
- Vormerkungswidrige Zwangsverfügung, die zum Erwerb eines eingetragenen Rechts der B geführt hat (+)

2. Relative Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsgläubiger

- Die zwischenzeitliche Entstehung der Zwangshypothek hindert die Verwirklichung des Anspruchs des K gegen V auf einen lastenfreien Eigentumserwerb gem. §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB.
- Folglich ist die Zwangshypothek der B im Verhältnis zu dem vormerkungsberechtigten K gem. § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam. (+)

3. Erforderlichkeit der Löschung

- Die Löschung der Zwangshypothek im Grundbuch müsste für die Verwirklichung des vormerkungsgesicherten Anspruchs des K gegen V auf Verschaffung lastenfreien Eigentums erforderlich sein.
- Die im Grundbuch eingetragene Belastung mit der Zwangshypothek der B ist K gegenüber unwirksam. Jedoch enthält das Grundbuch die Eintragung der Zwangshypothek.
- Nach formellem Grundbuchrecht (vgl. §§ 19, 39 GBO) darf die für den lastenfreien Eigentumserwerb des K erforderliche Löschung der eingetragenen Zwangshypothek im Grundbuch ohne die Löschungsbewilligung des von ihr betroffenen (vgl. § 19 GBO) Drittgläubigers nicht durch das Grundbuchamt vollzogen werden.
- Deswegen gibt § 888 Abs. 1 BGB dem Vormerkungsgläubiger gegenüber dem Dritterwerber bzw. Drittgläubiger einen (Hilfs-)Anspruch auf diese verfahrensrechtlich erforderliche Zustimmungserklärung (Staudinger²⁰²⁰/Kessler, § 888, Rn. 5).
- Ohne die Löschungsbewilligung der B kann K kein lastenfreies Eigentum am Grundstück erwerben.
- Die Löschungsbewilligung der B ist damit für die Verwirklichung des durch die Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs des K auf lastenfreien Rechtserwerb erforderlich. (+)

4. Fälligkeit

- Fraglich ist, ob der Anspruch des K gegen B auf Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek bereits fällig (§ 271 BGB) ist, obwohl K das geschützte Recht mangels Eintragung als Eigentümer im Grundbuch noch nicht endgültig erworben hat.

a. e.A.: Keine Fälligkeit bei fehlender Eigentumseintragung

- Teilweise wird vertreten, der Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB auf Löschung eines nachrangigen Rechts könne vom Vormerkungsberechtigten erst geltend gemacht werden, wenn er selbst sein Recht erworben habe, mithin im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist (OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177; OLG Zweibrücken NZM 2006, 878; OLG Rostock v. 26.10.2006 – 7 U 1/06, BeckRS 2006, 13079).

- Erst mit Eintragung des Vollrechts zugunsten des K verwirkliche sich die in § 879 Abs. 1 BGB geregelte Rangwahrung, wobei auch Auflassungsvormerkungen rangfähig sind (§ 883 Abs. 3 BGB). Vor der Eintragung des Eigentumsrechts sei dagegen noch offen, ob es tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt zur Vollrechtseintragung komme und dann das Rangverhältnis rechtliche Wirkung zeige (OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177).
- Im Übrigen könne nach § 888 Abs. 1 BGB nur verlangt werden, was zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich sei. Zur reinen Übertragung des Eigentums sei die Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers jedoch nach formellem Grundbuchrecht nicht erforderlich (OLG Rostock v. 26.10.2006 – 7 U 1/06, BeckRS 2006, 13079).
- Der vorrangig Vormerkungsberechtigte könne deshalb vor Vollrechtseintragung nicht die Zustimmung zur Löschung nachrangiger vormerkungsgesicherter Rechte verlangen (OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177). (-)

b. Fälligkeit trotz fehlender Eigentumseintragung

- Die herrschende Gegenauffassung gesteht dem Vormerkungsberechtigten dagegen die Durchsetzung schon vor Verwirklichung seines Rechtserwerbs zu (BGH NJW 2010, 3367; OLG Düsseldorf NJOZ 2005, 3959; Staudinger²⁰²⁰/Kessler, § 888 Rn. 56 ff.).
- Eine entsprechende Einschränkung, dass der Vormerkungsgläubiger die durch § 883 Abs. 2 BGB angeordnete relative Unwirksamkeit erst dann geltend machen darf, wenn er das geschützte Recht endgültig erworben hat, lasse sich weder dem Wortlaut des § 883 BGB noch dem Normzweck entnehmen (OLG Düsseldorf NJOZ 2005, 3959, 3961).
- Der nach § 888 Abs. 1 BGB in Anspruch genommene Dritte werde dadurch geschützt, dass er gegenüber dem Vormerkungsberechtigten alle Einreden und Einwendungen gegen die Vormerkung und den durch sie gesicherten Anspruch erheben kann, namentlich auch den Einwand, der gesicherte Anspruch sei untergegangen (BGH NJW 2010, 3367, 3368).
- Eines weitergehenden Schutzes bedürfe der Dritte nicht. Insbesondere müsse er nicht befürchten, seine Eintragung als Eigentümer oder sein Grundpfandrecht nebst dazugehörigem Rang zu verlieren, wenn der durch die Vormerkung gesicherte An-

spruch später einverständlich aufgehoben wird und es deshalb nicht zu einer Übertragung des Grundstücks an den Vormerkungsberechtigten komme. Denn ist der vormerkungsgesicherte Anspruch – wie hier – auf die Übertragung lastenfreien Eigentums gerichtet, kann der Vormerkungsberechtigte nicht die Zustimmung zu einer sofortigen Löschung des Grundpfandrechts verlangen, sondern nur die Zustimmung dazu, dass das Grundpfandrecht für den Fall der und zugleich („in einem Zuge“) mit der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer gelöscht wird (BGH NJW 2010, 3367, 3368).

- Der Vormerkungsgläubiger müsse die Möglichkeit eines parallelen Vorgehens gegen den Vormerkungsschuldner (auf lastenfreie Eigentumsübertragung) und gegen den Dritterwerber (auf Zustimmung zur Löschung) in den Fällen einer bloß vormerkungsbeeinträchtigenden Zwischenverfügung des Vormerkungsschuldners genauso wie bei vormerkungsvereitelnden Verfügungen haben. Nur so habe er eine Chance, annähernd gleichzeitig gegen beide Prozessgegner einen vollstreckbaren Titel zu erlangen (BGH NJW 2010, 3367; Staudinger²⁰²⁰ /Kessler, § 888 Rn. 57).
- Schließlich sei nur bei einem Verzicht auf eine bereits erfolgte Eigentumseintragung ein kreditfinanzierter Eigentumserwerb möglich, da die kreditgebende Bank die erste Rangstelle für ihr Grundpfandrecht beanspruche. Diese könnte ihr aber bei einer vormerkungswidrigen Zwischenbelastung nicht eingeräumt werden, wenn die Zustimmung zur Löschung von dem vormerkungswidrigen Erwerber erst nach der Eintragung des Vormerkungsberechtigten verlangt werden könnte, weil die Auszahlung des Kredits von dieser Sicherung und die Eigentumsübertragung von der Zahlung des Kaufpreises abhängen (BeckOGK BGB/Assmann, Stand: 01.11.2022, § 888, Rn. 44.1 m.w.N. auch zur Gegenargumentation).

Anmerkung: Eine Kenntnis des zuletzt genannten Arguments ist von Bearb. nicht zu erwarten.

c. **Stellungnahme**

- Gegen das Erfordernis der Eintragung als Eigentümer und damit für die herrschende Auffassung spricht entscheidend der Vergleich zum vormerkungswidrigen Eigentumserwerb eines zwischentretenden Dritten.
- Im Falle eines solchen Zwischenerwerbs des Eigentums kann der Auflassungsvormerkungsberechtigte von dem Erwerber die Zustimmung dazu verlangen, dass er selbst als Eigentümer eingetragen wird. Im Falle des Dritterwerbs ist auch anerkannt,

dass das Vorgehen nach § 888 Abs. 1 BGB nicht davon abhängt, dass der Schuldner seine Verpflichtung bereits erfüllt hat oder rechtskräftig dazu verurteilt worden ist (BGH NJW 2000, 3496). Bei einer solchen erfüllungsvereitelnden Verfügung ist es vielmehr denknotwendig ausgeschlossen, die Entstehung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB von der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer abhängig zu machen.

- Weshalb dies anders sein soll, wenn der gleiche Anspruch – wie hier – gegen einen nach der Auflassungsvormerkung eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger geltend gemacht wird, dessen Recht den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigt, ist nicht nachvollziehbar. In beiden Fällen ist die Verfügung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Das gilt auch dann, wenn sie – wie hier – im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB).
- Insbesondere gibt § 888 Abs. 1 BGB für eine unterschiedliche Ausgestaltung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB je nach Art der vormerkungswidrigen Verfügung keinen Anhaltspunkt (BGH NJW 2010, 3367). Zudem sind keine Gründe ersichtlich, warum der Käufer entgegen seiner kaufvertraglichen Rechte zunächst ein belastetes Grundstück zu Eigentum erwerben muss, um gegen den vormerkungswidrig eingetragenen Gläubiger vorgehen zu dürfen (OLG Düsseldorf NJOZ 2005, 3959).
- Schließlich ist auch keine Löschungsbewilligung ohne Anspruchsverwirklichung und damit ein unberechtigter Rechtsverlust der B zu befürchten. Denn die vormerkungswidrig erfolgte Belastung eines Grundstücks löst – wie bereits dargelegt – nicht schlechthin den Anspruch des Vormerkungsgläubigers auf (sofortige) Löschung des betreffenden beschränkten Liegenschaftsrechts aus, sondern nur einen Anspruch darauf, dass die Löschung zugleich mit der Eintragung des Vormerkungsgläubigers als Eigentümer erfolgt (s.o.) (BGH NJW 2010, 3367; Staudinger²⁰²⁰/Herrler, § 888 Rn. 58), wie es K auch (nur) fordert.
- Demnach sprechen die besseren Argumente für eine Fälligkeit des Anspruchs des K gegen B auf Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek trotz fehlender Eigentumseintragung des K.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist vertretbar. Eine Streitdarstellung in dieser Breite und Tiefe ist nicht zu erwarten. Eine (vertiefte) Kenntnis der grundbuchrechtlichen Zusammenhänge kann von den Bearb. nicht erwartet werden. Angesichts der im Sachverhalt angelegten Rechtsansichten sollten die Bearb. Problembewusstsein zeigen und sich mit den unterschiedlichen Interessen auseinandersetzen.

II. Gesamtergebnis zu Frage 2:

- K kann von B die begehrte Zustimmung gem. § 888 Abs. 1 BGB dazu verlangen, dass die Zwangshypothek mit der Eintragung des K als Eigentümer gelöscht wird.

Frage 3: Anspruch des K gegen B auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten?

I. Anspruch des K gegen B auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB

Anmerkung: Die dogmatischen Ausführungen insbesondere zur Frage der Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften auf das Sachenrecht sind in der hier vorzufindenden Tiefe und Breite von den Bearb. keinesfalls zu erwarten!

1. Schuldverhältnis i. S. v. § 280 Abs. 1 BGB

- Der zwischen V und K geschlossene Kaufvertrag begründet Rechte und Pflichten nur zwischen den Kaufvertragsparteien. Hieraus kann K keine Ansprüche gegen B herleiten.
- Fraglich ist, ob der Anspruch des K gegen B auf Erteilung der Löschungsbewilligung gem. § 888 Abs. 1 BGB ein Schuldverhältnis i. S. d. § 280 Abs. 1 BGB darstellen kann.
- Die Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf sachenrechtliche Rechtsverhältnisse ist umstritten und abhängig vom jeweiligen sachenrechtlichen Anspruch.

a. Frühere Rechtsprechung und Kritik der Literatur

- Die frühere Rechtsprechung verneinte die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB (BGHZ 49, 263, 267 f.).
- Die erforderliche Einzelfallprüfung ergebe, dass die Vorschriften über die Haftung des Schuldners für Verzögerungsschäden nach Zweck und Inhalt der Vorschrift nicht auf den Zustimmungsanspruch gem. § 888 BGB angewandt werden könnten (BGHZ 49, 263, 265 f.). Dieser Anspruch sei nur ein Hilfsanspruch. Der Aufassungsgläubiger könne sich wegen seines durch die Verzögerung der Aufassung entstehenden Schadens an den Aufassungsschuldner halten.

- Diese Rechtsprechung ist allerdings in der Literatur auf Ablehnung gestoßen (Staudinger²⁰²⁰/Kessler, 2013, § 888, Rn. 75 ff. m. w. N.). Wenn man von der lediglich verfahrensrechtlichen Bedeutung des Anspruchs aus § 888 Abs. 1 BGB spreche, so werde damit allein der Inhalt der geschuldeten Willenserklärung gekennzeichnet; es könne demgegenüber kein Zweifel daran bestehen, dass der Zustimmungsanspruch selbst ein materiell-rechtlicher Anspruch sei (Staudinger²⁰²⁰/Kessler, 2013, § 888 Rn. 75 ff. m. w. N.). Soweit die frühere Rechtsprechung den Vormerkungsberechtigten auf eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner verweise, so sei dies kein akzeptabler Ausgleich für die Versagung des Schadensersatzanspruchs wegen Schuldnerverzuges im Verhältnis zum Dritten, da der persönliche Schuldner keineswegs immer auf Schadensersatz hafte und jedenfalls insolvent sein könne.

b. Neuere Rechtsprechung

- Ob die von der Literatur geübte Kritik an der früheren Rechtsprechungslinie seinerzeit berechtigt war, muss indes nicht entschieden werden, wenn man der aktuellen BGH-Rechtsprechung (BGH BGHZ 208, 133-140) folgt.
- Das entscheidende Argument der früheren Rechtsprechung, der Anspruch nach § 888 BGB sei nur ein Hilfsanspruch, trage jedenfalls heute, nach der Schuldrechtsmodernisierung (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I. S. 3138), nicht mehr. An der früheren Rechtsprechung sei deshalb nicht mehr uneingeschränkt festzuhalten.
- Jedenfalls die Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden gem. §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB und gem. § 288 BGB seien auch auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB anzuwenden.
- Die Vorschrift des § 280 Abs. 1 BGB sehe eine Haftung auf Schadensersatz im Grundsatz für jede Pflichtverletzung vor, die der Schuldner zu vertreten habe. Sie unterscheide nicht danach, ob es sich um die Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten handelt oder ob der Anspruch der Durchsetzung eines anderen Anspruchs dient und damit Hilfscharakter hat oder ob es sich um einen Anspruch handelt, der der Durchsetzung der Interessen des Gläubigers vorrangig dient. Bezüglich der hier maßgeblichen Haftung für den durch die verzögerte Erfüllung eintretenden Schaden stelle die Vorschrift § 280 BGB in ihrem Absatz 2 in Verbindung mit § 286 BGB darauf ab, ob es sich um die Verletzung einer Leistungspflicht handele (BGHZ 208, 133-140 Rn. 9; MüKo BGB⁹/Ernst, § 286 Rn. 16).

- Solche Leistungspflichten könnten sich auch aus dinglichen Ansprüchen ergeben. Deshalb habe die Rechtsprechung etwa die Vorschrift des § 275 BGB auf den Anspruch auf Beseitigung einer Störung nach § 1004 BGB angewandt (BGH NJW 2008, 3122-3123, Rn. 17; BGH NJW 2008, 3123-3125 Rn. 19; BGH NJW-RR 2010, 315-316 Rn. 22 ff.; BGH v. 14.11.2013 – V ZR 302/12, juris). Entsprechendes gelte für die Vorschriften über die Haftung des Schuldners auf Ersatz des Verzögerungsschadens, um die es hier geht. Sie fänden nach der BGH-Rechtsprechung auf den Anspruch auf Herausgabe einer schuldhaft überbauten Grundstücksteilfläche Anwendung (BGHZ 156, 170-172, Rn.7).
- Zwischen dem Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB und dem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB oder dem Anspruch auf Beseitigung einer Störung nach § 1004 BGB bestehe kein Unterschied, der es rechtfertige, die Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nur auf die zuletzt genannten Ansprüche, nicht aber auf § 888 BGB anzuwenden.
- Die Vorschrift begründe allerdings einen unselbständigen Hilfsanspruch, der allein der Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs diene. Während § 883 Abs. 2 BGB für das materielle Recht die relative Unwirksamkeit des Rechtserwerbs des Dritten anordne, stelle die Vorschrift des § 888 BGB sicher, dass die nach dem formellen Grundbuchrecht notwendige Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) erwirkt werden könne. Der akzessorische Charakter des Anspruchs werde materiell-rechtlich durch den Erklärungsgehalt der abzugebenden Zustimmung sichergestellt; dieser richte sich nach dem Inhalt des vormerkungsgesicherten Anspruchs.
- Trotz dieses akzessorischen Charakters sei der Zustimmungsanspruch ein eigenständiger Anspruch gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen, der zur Durchsetzung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs notwendig sei. Denn der Vormerkungsschuldner sei bei vormerkungswidrigen Eintragungen allein nicht in der Lage, dem Vormerkungsgläubiger die ihm geschuldete Rechtsstellung zu verschaffen. Es bedürfe der Zustimmung des vormerkungswidrig Eingetragenen, die der Vormerkungsgläubiger selbst solle erzwingen können. Seiner Funktion und seinem Zweck nach sei der Zustimmungsanspruch deshalb ein Leistungsanspruch, der sich als solcher nicht von anderen dinglichen Leistungsansprüchen unterscheide. Aus dem akzessorischen Charakter des Anspruchs lasse sich deshalb kein Argument gegen die Anwendung der Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nach §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB ableiten.

- Der BGH greift auch die zuvor dargelegte Kritik der Literatur an der früheren Rechtsprechung auf (Staudinger²⁰²⁰/Kessler, 2013, § 888 Rn. 75 ff. m. w. N.): Der Vormerkungsberechtigte könne wegen des aus der Verzögerung der Zustimmung entstehenden Schadens auch nicht auf den Vormerkungsschuldner verwiesen werden. Die Verzögerung der Zustimmung durch den vormerkungswidrig Eingetragenen führe zwar im Ergebnis auch zu einer Verzögerung der Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. Der durch diese Verzögerung entstehende Schaden sei bei der gebotenen wertenden Betrachtung aber nicht die Folge einer Pflichtverletzung des Schuldners des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs, sondern die Folge einer Pflichtverletzung des vormerkungswidrig Eingetragenen. Die vormerkungswidrige Eintragung müsse nicht auf einem eigenen Fehler des Schuldners des gesicherten Anspruchs beruhen. Dieser sei in dem zuletzt genannten Fall nicht in der Lage, die vormerkungswidrige Eintragung selbst zu beseitigen. Die durch eine Verweigerung der geschuldeten Zustimmung eintretende Verzögerung und der auf dieser Verzögerung beruhende Schaden seien allein die Folge des pflichtwidrigen Verhaltens des vormerkungswidrig Eingetragenen, für die er – wie jeder andere Schuldner – selbst einstehen müsse, wenn er seine Weigerung zu vertreten habe. Nichts anderes entspreche auch dem Zweck des Anspruchs. Der Schutz des durch die Vormerkung gesicherten Gläubigers würde nämlich entscheidend entwertet werden, könnte der vormerkungswidrig Eingetragene die Erfüllung des Zustimmungsanspruchs gegenüber dem Vormerkungsberechtigten verweigern oder hinauszögern, ohne mit der Möglichkeit rechnen zu müssen, für die von ihm gegebenenfalls sogar mutwillig herbeigeführten Verzögerungen zu haften. Einer solchen Entwertung lasse sich nur durch die Anwendung der Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden effektiv begegnen.
- Ob der Vormerkungsgläubiger in diesem vom BGH gezeichneten Beispiel tatsächlich vollständig schutzlos ist, kann diskutiert werden. Einerseits dürfte bei mutwilligem Verhalten des vormerkungswidrig Eingetragenen eine deliktische Haftung nach § 826 BGB in Betracht kommen. Zudem wäre – unter Zugrundelegung der Umstände des Einzelfalls – zu prüfen, ob sich der durch die Verzögerung des Zustimmungsanspruchs eingetretene Schaden nicht auch als kausale Folge der vormerkungswidrigen Verfügung darstellt, sodass auch eine Haftung des Vertragspartners nicht per se ausgeschlossen ist.

Anmerkung: Letzteres dürfte auch für den Fall gelten, in welchem ein Dritter – ohne ein Zutun des Vertragspartners – die Zwangsvollstreckung betreibt. Die Zwangsvollstreckungsmaßnahme steht gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB einer Verfügung des Vertragspartners gleich. Anknüpfungspunkt für eine mögliche vertragliche Haftung des Vertragspartners könnten dann die Umstände sein, die die Zwangsverfügung überhaupt erst ermöglicht haben.

c. **Stellungnahme**

- Es sprechen die besseren Argumente für die neue Rechtsprechungslinie. Die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB auf den Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB lässt sich mit guten Argumenten bejahen. Selbst wenn ein Anspruch gegen den Vertragspartner V nicht ausgeschlossen sein sollte, spricht dies nicht gegen die dogmatisch im „neuen Schuldrecht“ verankerte Zurverfügungstellung eines weiteren schuldrechtlich haftenden Schuldners in der Person des vormerkungswidrig Eingetragenen.
- Die Argumentation der früheren gegenteiligen Rechtsprechung wird durch die Schuldrechtsmodernisierung abgeschwächt, weil das Schuldrecht nun nicht mehr zwischen der Art der Pflichtverletzung unterscheidet und es deshalb auch auf den „Hilfsanspruch“ des § 888 Abs. 1 BGB angewandt werden kann. Die Anwendung des Schuldrechts erhöht schließlich die Effektivität der Vormerkung.
- Ob die Anwendung des Schuldrechts direkt oder im Wege einer Analogie erfolgt, ist nicht eindeutig. Durch die mehrheitliche Anwendung des allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche (BGH NJW 2008, 3122-3123, Rn. 18 ff.; BGH NJW 2008, 3123-3125, Rn. 19; BGH NJW-RR 2010, 315-316 Rn. 22 ff.; BGHZ 209, 270-278, Rn. 15 ff.) zeigt der BGH, dass er im Rahmen der sachenrechtlichen Wertungen (vorbehaltlich der gleichwohl erforderlichen Einzelfallprüfung) im Grundsatz von der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts auszugehen scheint. Nach anderer Ansicht (u.a. Staudinger²⁰¹⁹/Thole, § 985 Rn. 3; MüKo BGB⁸/Baldus, Vor § 985. Rn. 64 ff.) sind die Regeln des allgemeinen Schuldrechts nicht unmittelbar, sondern allenfalls entsprechend anwendbar.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist vertretbar.

2. Fälliger und durchsetzbarer Anspruch des K (+)

3. Nichtleistung

- B verweigerte die Erteilung der Löschungsbewilligung und leistet damit nicht. (+)

4. Mahnung

- Eine Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete endgültige und bestimmte Aufforderung des Gläubigers, nunmehr unverzüglich zu leisten (BGH NJW 1998, 2132, 2133).
- Hier hat K die B gemahnt, indem er sie unter Hinweis auf die Auflassungsvormerkung zur Erteilung der Löschungsbewilligung aufgefordert hat.
- Dem steht nicht entgegen, dass eine Mahnung grundsätzlich erst nach Eintritt der Fälligkeit ausgesprochen werden kann (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) und der Anspruch auf Zustimmung zur Löschung nach § 888 Abs. 1 BGB nur auf Verlangen zu erteilen ist. Denn die Mahnung kann – wie hier geschehen – mit der die Fälligkeit auslösenden Handlung verbunden werden (BGH NJW 2017, 1823, 1826).
- Darüber hinaus ist eine Mahnung jedenfalls nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, da B auf die Aufforderung des K mitgeteilt hat, dass sie die Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek „unter allen Umständen“ verweigere. Hierin ist eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu sehen.

5. Vertretenmüssen, § 286 Abs. 4 BGB

- B müsste hier darlegen, dass die Erteilung der Löschungsbewilligung in Folge eines Umstandes unterblieben ist, den sie nicht zu vertreten hat.
- Insoweit kommt allein ein Rechtsirrtum der B in Betracht, da B der Auffassung ist, sie sei zur Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek nicht verpflichtet.
- Jedoch hat B als Schuldnerin auch für einen Rechtsirrtum einzustehen, wenn sie hierbei fahrlässig gehandelt hat. Dies bedeutet, dass der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss (Grüneberg⁸¹/Grüneberg, § 276 BGB, Rn. 22).
- Dies ist vorliegend nicht geschehen. Das Vertretenmüssen ist zu bejahen. (+)

6. Ersatzfähigkeit der Rechtsanwaltskosten

- K kann von B gem. § 249 Abs. 1 BGB den Verzögerungsschaden ersetzt verlangen.
- Die Ersatzpflicht erstreckt sich grundsätzlich auch auf die durch die Zuziehung eines Rechtsanwalts entstehenden Kosten.
- Allerdings hat der Schädiger nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. Maßgeblich ist dabei die ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person, wobei keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind. Es kommt darauf an, wie sich die voraussichtliche Abwicklung des Schadensfalls aus der Sicht des Geschädigten darstellt (BGH NJW 2015, 3793, 3794; BGH NJW 2018, 2417).
- An der Zweckmäßigkeit könnte es hier fehlen, da B bereits vor der Beauftragung des R gegenüber K mitgeteilt hat, dass sie die Zustimmung zur Löschung „unter allen Umständen“ verweigere. Bei einer solchen ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung wird teilweise vertreten, dass außergerichtliche Aufforderungen durch den Rechtsanwalt nicht erfolgversprechend und daher nicht zweckmäßig seien (vgl. zur „Erinnerungsmahnung“, BeckOK BGB⁶³/Lorenz, § 286, Rn. 76).
- Andere betonen, dass auch bei einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung zu fragen sei, ob nach der gebotenen ex-ante-Perspektive im Einzelfall ein anwaltliches Vorgehen die Erfolgsaussichten steigere. Es sei dann z.B. danach zu differenzieren, ob dem Gläubiger bekannt ist, dass der Schuldner in gleichgelagerten Fällen auch bei anwaltlicher Aufforderung nicht leistet (z.B. Unternehmen, die eine Haftung oder Leistung in bestimmten Fällen grundsätzlich ablehnen). Die Einschaltung eines Rechtsanwalts sei (allein) in diesen Fällen nicht erfolgversprechend (BGH NJW 2015, 3793 Rn. 11; vgl. BeckOGK BGB/Dornis, Stand: 01.03.2020, § 286, Rn. 342).
- Danach könnte vorliegend die Erforderlichkeit der Beauftragung des R bejaht werden. Es ist nicht bekannt, dass B ihre Zustimmung zur Löschung von Zwangshypotheken generell ablehnt. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass B als Schuldnerin ihre Position noch einmal überdenkt, wenn ihr durch einen Rechtsanwalt (zumal – wie hier – mit umfangreichen Rechtsausführungen) nachdrücklich vor Augen ge-

führt wird, dass sich der Gläubiger durch die Verursachung von Rechtsverfolgungskosten nicht abschrecken lässt und ein Prozess deshalb sehr wahrscheinlich ist (vgl. *Hunecke*, NJW 2015, 3745, 3748).

Anmerkung: Beide Auffassungen sind vertretbar.

II. Gesamtergebnis zu Frage 3:

- K kann die für die Beauftragung des R angefallenen Gebühren von B gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB (nicht) ersetzt verlangen.