

Examensübungsklausur: Ein Übel kommt selten allein...*

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiterin Ann-Kristin Mayrhofer, München**

Sachverhalt – Teil 1

K, die in Augsburg die K-Schraubenproduktion betreibt, bestellt bei der Herstellerin V zwei Produktionsmaschinen (Typ M1 und M2), deren Lieferung für den 1.4.2019 vereinbart wird. Die Zahlung des Kaufpreises soll im Anschluss an die ordnungsgemäße Lieferung erfolgen. Pünktlich zum Lieferungstermin wird eine M2 geliefert. Dagegen unterbleibt die Lieferung einer M1 aufgrund eines Versehens in der Vertriebsabteilung der V. K nimmt die M2 am 2.4.2019 frühmorgens in Betrieb und stellt dabei fest, dass die Produktionskapazität um 20 % niedriger ist als im Katalog der V angegeben. Aufgrund dessen vermag die K mit dieser Maschine statt eines Produktionsgewinnes von täglich 1.000 € nur 800 € zu erzielen. Durch die unterbleibende Inbetriebnahme von M1 entgeht K täglich ein Produktionsgewinn in Höhe von 1.000 €. K fordert V noch am Morgen des 2.4.2019 dazu auf, bis spätestens 9.4.2019 sowohl die ausstehende Maschine des Typs M1 zu liefern, als auch „für die vereinbarte Produktionskapazität von M2 zu sorgen“, wobei es K ausdrücklich der V überlässt, ob sie „die gelieferte M2 repariert oder eine Ersatzmaschine mit der versprochenen Produktionskapazität liefert“. Am 11.4.2019 erscheint V frühmorgens sowohl mit einer einwandfreien M1 als auch mit einer M2, welche die im Katalog angegebene Produktionskapazität aufweist, auf dem Werksgelände der K. K nimmt zwar die M1 entgegen und bezahlt diese auch. Sie verweigert jedoch die Abnahme und Bezahlung der M2, wobei sie V erklärt, dass sie sich wenige Minuten vor dem Erscheinen der V mit P, dem Produzenten eines Konkurrenzproduktes, auf die Lieferung einer gleichwertigen, aber aufgrund des zwischenzeitlich angestiegenen Marktpreises solcher Maschinen um 5.000 € teureren Ersatzmaschine für den folgenden Tag geeinigt habe. V ist zwar froh, dass K wenigstens die M1 entgegennimmt und ihr die ursprünglich gelieferte M2 überlässt. Die aktuell angebotene M2 nimmt V aber nur knurrend wieder mit. Sie ist der Ansicht, K hätte sich „eben schneller entscheiden müssen“.

K verlangt von V am selben Tag Ersatz des ihr „in Bezug auf M1 in der Zeit vom 2.4.2019 bis zum 10.4.2019 entgangenen Produktionsgewinnes von täglich 1.000 €“. Sie fordert außerdem Ersatz des ihr „in Bezug auf M2 in der Zeit vom 2.4.2019 bis zum 10.4.2019 entgangenen Produktionsgewinnes von täglich 200 €“ sowie Zahlung des „Differenzbetrages

* Der Sachverhalt beruht überwiegend auf einem Fall, der im Rahmen des Klausurenkurses an der LMU München im Sommersemester 2020 zur Aufgabe gestellt wurde. Es handelt sich um eine eher schwierige Klausur. Eine Lösung, wie in der hier vorgestellten Tiefe und Ausführlichkeit, kann bei einer Bearbeitung unter Klausurbedingungen selbstverständlich nicht erwartet werden.

** Die Autorin Prof.'in Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Ann-Kristin Mayrhofer ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

zwischen dem für M2 vereinbarten Kaufpreis und dem Kaufpreis der bei P erworbenen Ersatzmaschine in Höhe von 5.000 €“. V ist der Meinung, dass sie nichts schulde, K sich „im Hinblick auf den geltend gemachten Differenzbetrag“ aber jedenfalls einen Abzug gefallen lassen müsse für den in Bezug auf M2 in der Zeit vom 2.4.2019 bis zum 10.4.2019 erzielten Nutzungsvorteil, den sie mit 800 € täglich veranschlagt. Das hält K für „abwegig“, da – was zutrifft – die M-Maschinen viele Jahre, wenn nicht Jahrzehnte haltbar seien und deshalb ein Gebrauch von wenigen Tagen zu keiner messbaren Abnutzung führe.

Sachverhalt – Teil 2

Nach all dem Ärger mit den Maschinen bestellt sich K zum Zwecke der Entspannung in ihrer Freizeit im Online-Shop von H im Juni 2019 für 599 € einen neuen Fernseher. Durch ein Versehen bei dem E-Mail-Versand der Bestell-Bestätigung durch eine Mitarbeiterin von H erhält K zwar eine Bestätigungsmail, in welcher die Bestellung unter Nennung des Typs des Gerätes, des Preises und des Liefertermins bestätigt wird, jedoch keinerlei weitere Informationen. Als das Gerät im Juli 2019 geliefert wird, ist K schon wieder so vielbeschäftigt, dass sie den Karton in den Keller stellt und auch vergisst, die beigelegte Rechnung zu begleichen. Meist benutzt sie mittlerweile ein anderes E-Mail-Postfach, so dass sie auch die an die alte E-Mail-Adresse gehenden Zahlungsaufforderungen von H ignoriert. Auf die Zustellung eines Mahnbescheides über die Kaufpreisforderung zuzüglich Verzugszinsen im Januar 2020 reagiert K ebenfalls nicht, ebenso wenig auf die Zustellung eines Vollstreckungsbescheides im März 2020. Erst als sich im April 2020 der Gerichtsvollzieher bei ihr meldet und eine Vollstreckung des Betrages ankündigt, wird K hellhörig. Sie schreibt sofort eine E-Mail an H, in der sie erklärt, „das Geschäft zu widerrufen“ und auch die Rücksendung des Fernsehers anbietet. Außerdem sucht sie Rechtsanwältin R auf und bittet um Rat, wie sie sich gegen die drohende Vollstreckung wehren kann.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu prüfen, ob K gegen V die geltend gemachten Ansprüche zustehen und ob im Hinblick auf die drohende Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid ein Rechtsbehelf der K Aussicht auf Erfolg hat. Die Einhaltung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten nach §§ 377 ff. HGB durch K ist zu unterstellen.

Lösungsvorschlag zu Teil 1: Ansprüche der K gegen V

A. Anspruch der K gegen V auf Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes (in Bezug auf M1) i.H.v. 9.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des ihr in Bezug auf M1 in der Zeit vom 2.4.2019 bis zum 10.4.2019 entgangenen Produktionsgewinnes i.H.v. 9.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB haben.

I. Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Zwischen K und V bestand ein vertragliches Schuldverhältnis in Form eines wirksamen Kaufvertrages i.S.v. § 433 BGB.

II. Verzug des V, §§ 280 Abs. 2, 286 BGB

V müsste mit ihrer Leistungspflicht in Verzug gekommen sein. Dies setzt voraus:

1. Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht der V, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB

V war gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, der K eine Maschine des Typs M1 zu übergeben und zu übereignen. Diese Leistungspflicht wurde am 1.4.2019, dem vereinbarten Liefertermin, fällig (§ 271 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 BGB). Sie war auch durchsetzbar, insbesondere stand V aufgrund ihrer Vorleistungspflicht – die Zahlung des Kaufpreises sollte erst im Anschluss an die ordnungsgemäße Lieferung erfolgen – keine Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB zu.

Hinweis: Bereits das Bestehen der Einrede gem. § 320 BGB hindert den Schuldnerverzug. Der Gläubiger muss dem Schuldner die Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbieten. Dagegen schließt allein das Bestehen der Einrede gem. § 273 BGB den Schuldnerverzug noch nicht aus, hier ist zusätzlich erforderlich, dass der Schuldner sich auf sein Zurückbehaltungsrecht beruft.¹

2. Mahnung oder Entbehrlichkeit der Mahnung, § 286 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Da für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war (1.4.2019), war eine Mahnung gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

3. Nichtleistung, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB

V hat die M1 zunächst nicht geliefert, die geschuldete Leistung also nicht erbracht.

4. Vertretenmüssen, §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB

Dass V selbst vorsätzlich oder fahrlässig i.S.v. § 276 BGB handelte, ist nicht ersichtlich. Die Verspätung der Lieferung beruhte vielmehr auf den Abläufen in der Vertriebsabteilung der V. Da es sich bei den dort tätigen Mitarbeitern jedoch um Erfüllungsgehilfen der V handelt, muss sich V gem. § 278 BGB deren Verschulden zurechnen lassen. Den Mitarbeitern unterlief ein Versehen. Sie ließen also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Betracht und handelten somit fahrlässig i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB. V hat die Nichtleistung folglich zu vertreten.

5. Zwischenergebnis

V kam mit ihrer Leistungspflicht mit Ablauf des 1.4.2019 in Verzug. Der Verzug wurde am 11.4.2019 dadurch beendet, dass V der K eine M1 übergab und übereignete. Damit wurde die Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt.

III. Rechtsfolge: Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB*1. Schaden*

Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist V zur Herstellung des Zustands verpflichtet, der bestehen würde, wenn sie ordnungsgemäß erfüllt hätte. Gem. § 252 S. 1 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Hätte V pünktlich am 1.4.2019 eine M1 geliefert, hätte K diese vom 2.4.2019 bis zum 10.4.2019 eingesetzt und in diesem Zeitraum einen Produktionsgewinn von 9 x 1.000 € erwirtschaftet (hypothetische Lage, vgl. auch die Vermutung in § 252 S. 2 BGB). Infolge der Verspätung konnte K diesen Gewinn nicht realisieren (reale Lage). Die Differenz zwischen hypothetischer und realer Lage beträgt folglich 9.000 €.

Der Schaden der K ist auch nicht insofern gemindert, als eine pünktlich gelieferte M1 mittlerweile eine gewisse Abnutzung erlitten hätte (hypothetische Lage), den die verspätet gelieferte Maschine nicht aufweist (reale Lage). Denn laut Sachverhalt führt ein Gebrauch von wenigen Tagen bei den M-Maschinen nicht zu einer messbaren Abnutzung. K hat also dadurch, dass sie eine M1 in Händen hält, die einige Tage weniger genutzt wurde als es bei einwandfreier Erfüllung der Fall wäre, keinen Vermögensvorteil erlangt, der im Wege der Vorteilsausgleichung² abzusetzen wäre.

Nach der Differenzhypothese liegt somit ein Schaden i.H.v. 9.000 € vor.

2. Adäquate Kausalität und Schadenskategorie

Die Verzögerung der Leistung war im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet, einen Nutzungsausfallschaden, wie K ihn erlitt, herbeizuführen. Der eingetretene Schaden wurde somit durch die Pflichtverletzung in adäquat kausaler Weise verursacht.³

Außerdem müsste er von §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB umfasst sein. Dies setzt voraus, dass es sich dabei nicht um einen Schaden statt der Leistung i.S.v. § 280 Abs. 3 BGB und auch nicht um einen allein nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzenden einfachen Schaden neben der Leistung, sondern um einen Verzögerungsschaden gem. § 280 Abs. 2 BGB handelt.

¹ Siehe dazu Gsell, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 320 Rn. 80 m.w.N.

² Siehe dazu Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 228 ff.

³ Zur Definition der Adäquanz des Kausalverlaufs siehe z.B. BGH NJW 2018, 944 (945 m.w.N.). Zur Kritik an diesem Kriterium siehe Oetker (Fn. 2), § 249 Rn. 116 ff.

a) Schaden neben der Leistung

Nach welchem Kriterium die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung zu erfolgen hat, ist umstritten.

aa) Zeitliches Kriterium („Zauberformel“)

Nach dem zeitlichen Kriterium („Zauberformel“) liegt ein Schaden statt der Leistung vor, wenn die Schadensposition aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultiert. Ein Schaden neben der Leistung ist dagegen gegeben, wenn die Schadensposition sich bereits vor dem Erlöschen der Leistungspflicht so verfestigt hat, dass sie durch Nacherfüllung nicht mehr abwendbar oder kompensierbar ist.⁴

Vorliegend wurde die geschuldete Leistung nachgeholt, ohne dass dadurch der Schaden in Form des entgangenen Produktionsgewinnes abgewendet oder kompensiert wurde. Dieser ist vielmehr bereits zuvor endgültig eingetreten. Nach dieser Ansicht liegt also ein Schaden neben der Leistung vor.

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach dem schadensphänomenologischen Kriterium ist anhand der Art des Schadens abzugrenzen. Der Schadensersatz statt der Leistung erfasst das gegenständliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers (Naturalleistungsinteresse), der Schadensersatz neben der Leistung dagegen das zeitbezogene Erfüllungsinteresse und das Integritätsinteresse.⁵

Zum Naturalleistungsinteresse zählen die Schadenspositionen, die wirtschaftlich an die Stelle der endgültig ausgebliebenen Naturalerfüllung treten.⁶ Ein Betriebsausfallschaden kann daher nur dann einen Schaden statt der Leistung darstellen, wenn die Nutzung endgültig gescheitert ist.⁷ Maßgeblich ist die Sicht des Gläubigers und dessen Verwendungsplan.⁸

Die Nutzungen der K fielen hier nur vorübergehend während der Nichtleistung aus. Dadurch, dass die Leistung später erbracht wurde, konnte sie ihre Verwendungsplanung noch realisieren. Anders als z.B. in dem Fall, in dem der Gläubiger eine Maschine gerade zur Ausführung eines konkreten Auftrags erworben hat, der aufgrund der nicht rechtzeitigen Leis-

tung endgültig scheitert⁹, entfiel hier daher nicht das Naturalleistungsinteresse der K, dieses wurde durch die Nachholung der Leistung vielmehr noch befriedigt. Auch nach dieser Ansicht liegt daher ein Schaden neben der Leistung vor.

b) Verzögerungsschaden

Ebenfalls umstritten ist, wie die Abgrenzung zwischen einfachem Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB und Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB zu erfolgen hat.

aa) Art der Pflichtverletzung

Nach e.A. kommt es für die Abgrenzung zwischen Verzögerungsschaden und einfachem Schaden auf die Art der Pflichtverletzung an. Ein Verzögerungsschaden liegt danach vor, wenn der Schaden ausschließlich auf der Verzögerung der Leistung beruht.¹⁰ Der Nutzungsausfallschaden resultiert hier zweifelsfrei aus der Verspätung der Lieferung der M1. Die der geschilderten Ansicht zugrundeliegende Vorstellung, der Schaden entstehe im Falle des Verzuges ausschließlich aus der Verzögerung, ist allerdings in den meisten Verzugsfällen insofern unzutreffend, als mit der Verzögerung der Leistung regelmäßig eine weitere Pflichtverletzung und zwar eine Nebenpflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB in Gestalt der mangelnden Aufklärung über die bevorstehende Leistungsverzögerung einhergeht.¹¹ Vorzugswürdig ist es deshalb, auf die Einschränkung der Ausschließlichkeit zu verzichten und sämtlichen kausal durch die Leistungsverzögerung verursachten Schaden als Verzögerungsschaden für ersatzfähig zu erachten, soweit dieser nicht als Schaden statt der Leistung einzuordnen ist. Tatsächlich ist auch vorliegend nicht ausgeschlossen, dass K bei rechtzeitiger Warnung vor der Leistungsverzögerung geeignete Maßnahmen ergriffen hätte, um den Produktionsausfall zu mindern, etwa eine Ersatzmaschine angemietet oder rechtzeitig Nachtschichten für den Einsatz der

⁴ Vgl. *Gsell*, in: *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 451 (452); *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2450); *ders.*, in: *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, 2012, S. 147 (149); *Ernst*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 70; *Faust*, in: *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, 2006, S. 239 (254).

⁵ *Riehm*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, Stand: 1.2.2020, § 280 Rn. 221 ff.; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (735 f., 747 f., 751 f.); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (6).

⁶ *Riehm* (Fn. 5), § 280 Rn. 218.

⁷ *Riehm*, (Fn. 5), § 280 Rn. 265.

⁸ *Riehm* (Fn. 5), § 280 Rn. 218.

⁹ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (750 f.).

¹⁰ *Lorenz*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, 54. Ed., Stand: 1.5.2020, § 280 Rn. 29; *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323 f.).

¹¹ Zur Aufklärungspflicht im Fall der Schlechtleistung siehe *Gsell*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, 2007, S. 337 (352 f.). Die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB führt nicht dazu, dass das Mahnungserfordernis des § 286 BGB unterlaufen wird, wenn man zutreffend davon ausgeht, dass es sich bei diesem um eine besondere Anforderung an das Vertretenmüssen handelt (vgl. *Gsell* [a.a.O.], S. 337 [349]) und diese Wertung im Rahmen des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB berücksichtigt. Sieht man dies anders, müsste der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB im Wege der Spezialität verdrängen (vgl. zum ähnlich gelagerten Problem von Mangelgeschäden *Grigoleit*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, 2007, S. 275 [296, 298 ff.]: Vorrang der Leistungspflichtverletzung vor der Schutzpflichtverletzung).

vorhandenen Maschinen organisiert hätte. Allerdings enthält der Sachverhalt diesbezüglich keine Angaben, so dass es vertretbar ist, anzunehmen, dass der Betriebsausfallschaden ausschließlich auf der Pflichtverletzung der Verzögerung der Leistung beruht und mithin nach beiden Ansichten, die auf die Art der Pflichtverletzung abstellen, ein Verzögerungsschaden i.S.v. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB vorliegt.

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach a.A. ist wiederum nach der Art des Schadens abzugrenzen. Entscheidend ist, ob das zeitbezogene Erfüllungsinteresse (dann Verzögerungsschaden) oder das Integritätsinteresse (dann einfacher Schaden) betroffen ist.¹²

Das Integritätsinteresse betrifft das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung des Zustandes, der ohne die geschuldete Leistung bestünde (negatives Interesse). Diese Ansicht begegnet insofern erheblichen Bedenken, als das Mahnungserfordernis des § 286 BGB sich seiner Ratio nach auch auf verzögerungsbedingte Integritätsschäden erstreckt: Wer es etwa unterlässt, den Schuldner hinsichtlich der geschuldeten Lieferung eines Kühlschranks anzumahnen, der sollte für seine mangels Kühlung verdorbenen Lebensmittel keinen Ersatz nach § 280 Abs. 1 BGB erlangen können.¹³ Bei dem hier vorliegenden Ertragsausfallschaden geht es allerdings um das Interesse der K an einem Vermögenszuwachs (positives Interesse), also um das (zeitbezogene) Erfüllungsinteresse.¹⁴ Somit liegt auch nach dieser Ansicht ein Verzögerungsschaden i.S.v. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB vor und wirkt sich die Unzulänglichkeit dieser Ansicht vorliegend nicht aus.

c) Zwischenergebnis

Der entgangene Produktionsgewinn stellt nach allen Ansichten einen Verzögerungsschaden dar und ist somit von §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB umfasst. Ein Streitentscheid ist nicht erforderlich.

3. Mitverschulden, § 254 BGB

Anhaltspunkte dafür, dass K den Produktionsausfall hätte vermeiden oder verringern können, bestehen nicht. Der Anspruch auf Schadensersatz ist daher nicht gem. § 254 BGB wegen Mitverschulden zu kürzen.

IV. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes (in Bezug auf M1) i.H.v. 9.000 €.

B. Anspruch der K gegen V auf Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes (in Bezug auf M2) i.H.v. 1.800 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des ihr in Bezug auf M2 in der Zeit vom 2.4.2019. bis zum 10.4.2019

¹² Riehm (Fn. 5), § 280 Rn. 221 ff.; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (10 f.).

¹³ Vgl. Canaris, ZIP 2003, 321 (325) zum Fall des „säumigen Dachdeckers“.

¹⁴ Vgl. Riehm (Fn. 5), § 280 Rn. 213 ff.

entgangenen Produktionsgewinnes i.H.v. 1.800 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB haben.

I. Kaufvertrag als Schuldverhältnis, §§ 433, 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Zwischen K und V bestand ein wirksamer Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB als Schuldverhältnis gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.

II. Sachmangel als Pflichtverletzung, §§ 434, 433 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Sachmangel nach § 434 BGB liegt insbesondere vor, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache von deren Soll-Beschaffenheit für den Käufer negativ abweicht.¹⁵

Die Soll-Beschaffenheit könnte sich zunächst aus einer Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Im Katalog der V war eine bestimmte Produktionskapazität angegeben. Bei Katalogangaben handelt es sich in der Regel nicht um ein rechtsverbindliches Angebot des Verkäufers, sondern um Werbung, mit der potentielle Käufer zur Abgabe eines Vertragsangebots aufgefordert werden (sog. *invitatio ad offerendum*).¹⁶ Allerdings kann eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung vorliegen, wenn der Käufer auf Grundlage eines solchen Katalogs ein Angebot macht und der Verkäufer dieses annimmt ohne auf Abweichungen hinzuweisen.¹⁷

Ob eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, kann letztlich offenbleiben, wenn jedenfalls ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB gegeben ist. In Betracht kommt hier ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB. Die Angaben zur Produktionskapazität in dem Katalog der V stellen öffentliche Äußerungen der Verkäuferin über bestimmte Eigenschaften der M2 dar, aufgrund derer K erwarten durfte, die M2 weise die angegebene Produktionskapazität auf. Da auch kein Fall von § 434 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BGB vorliegt, sind die Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB gegeben und ist die angegebene Produktionskapazität Teil der Soll-Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Die tatsächliche Produktionskapazität weicht von dieser für K negativ ab, so dass ein Sachmangel vorliegt. Dieser bestand auch schon im Zeitpunkt der Übergabe und somit bei Gefahrübergang, §§ 434 Abs. 1 S. 1, 446 BGB. Durch die Lieferung der mangelhaften Sache hat V ihre Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verletzt.

¹⁵ Vgl. Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 434 Rn. 8. Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB kann sich aus der Beschaffenheit (S. 1 und S. 2 Nr. 2 Var. 2) oder aus der Verwendbarkeit (S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 Var. 1) der Kaufsache ergeben, vgl. Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 54. Ed., Stand: 1.5.2020, § 434 Rn. 12. § 434 Abs. 2 BGB regelt den Fall des Montagefehlers (S. 1) und der mangelhaften Montageanleitung (S. 2), § 434 Abs. 3 BGB die Falsch- (Var. 1) und Zuweniglieferung (Var. 2).

¹⁶ BGH NJW 2009, 1337 (1338); Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 145 Rn. 11.

¹⁷ BGH NJW 2009, 1337 (1338); siehe auch Grunewald, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 434 Rn. 14.

III. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Worauf diese Pflichtverletzung beruht, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Vertretenmüssen allerdings vermutet. Da V nichts zu ihrer Entlastung vorgetragen hat, ist von einem Vertretenmüssen auszugehen.

IV. Rechtsfolge: Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB*1. Schaden*

Hätte V die M2 sogleich am 1.4.2019 einwandfrei geliefert, so hätte K sie sofort mit voller versprochener Kapazität einsetzen können und einen Produktionsgewinn von $9 \times 1.000 \text{ €} = 9.000 \text{ €}$ erwirtschaftet (hypothetische Lage, vgl. auch § 252 S. 2). Aufgrund der Mangelhaftigkeit konnte K nur einen Gewinn i.H.v. $9 \times 800 \text{ €} = 7.200 \text{ €}$ realisieren (reale Lage). Somit liegt nach der Differenzhypothese ein Schaden i.H.v. 1.800 € vor, der grundsätzlich nach §§ 249 Abs. 1, 252 S. 1 BGB zu ersetzen ist.

2. Adäquate Kausalität und Schadenskategorie

Der eingetretene Schaden wurde durch die Pflichtverletzung in adäquat kausaler Weise verursacht.

Fraglich ist, ob der geltend gemachte Schaden von §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB umfasst ist. Dies setzt voraus, dass es sich weder um einen Schaden statt der Leistung gem. § 280 Abs. 3 BGB, noch um einen Verzögerungsschaden gem. § 280 Abs. 2 BGB handelt.

a) Schaden neben der Leistung

Zunächst muss vom Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB abgegrenzt werden.

aa) Zeitliches Kriterium („Zauberformel“)

Nach dem zeitlichen Kriterium liegt ein Schaden neben der Leistung vor, wenn der Schaden nicht auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen ist, sondern bereits vor Erlöschen der Leistungspflicht endgültig eingetreten ist.¹⁸

Vorliegend erlosch die Leistungspflicht der V gem. § 281 Abs. 4 BGB mit dem Verlangen der K nach Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Der Schaden in Form des entgangenen Produktionsgewinnes wurde nicht durch Nacherfüllung abgewendet oder kompensiert und wäre auch nicht abgewendet oder kompensiert worden, wenn V der K unmittelbar vor dem Schadensersatzverlangen eine mangelfreie M2 übergeben und übereignet hätte. Er ist vielmehr bereits zuvor endgültig eingetreten. Nach dieser Ansicht liegt folglich ein Schaden neben der Leistung vor.

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach dem schadensphänomenologischen Kriterium handelt es sich um einen Schaden statt der Leistung, wenn das Naturalleistungsinteresse betroffen ist, im Übrigen um einen Schaden neben der Leistung.¹⁹

Zwar wurde hier die Leistungspflicht nicht nachträglich erfüllt, sondern ist nach § 281 Abs. 4 BGB erloschen. Auch in diesem Fall soll der bereits zuvor²⁰ eingetretene Produktionsausfall aber nur dann das Naturalerfüllungsinteresse betreffen, wenn dadurch die Möglichkeit zur Ertragserzielung endgültig verloren geht.²¹ Hier ist die Nutzungsmöglichkeit nach dem Verwendungsplan der K jedoch wiederum nur zeitabhängig und vorübergehend entfallen. Auch die M2 hatte sie nicht zur Bearbeitung eines konkreten Auftrags, sondern zum Zweck einer „Dauerverwendung, deren zeitbezogene Einzelakte austauschbar und nachholbar sind“²² gekauft. Der Produktionsausfall betrifft daher nicht das Naturalleistungsinteresse, so dass auch nach dieser Ansicht ein Schaden neben der Leistung vorliegt.

b) Einfacher Schaden

Weiterhin ist zwischen dem einfachen, allein nach § 280 Abs. 1 BGB ersetzbaren Schaden und dem Verzögerungsschaden, der nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB zu ersetzen ist, abzugrenzen.

aa) Art der Pflichtverletzung

Nach der Rspr. und einem Teil der Lit. kommt es für die Einordnung des mangelbedingten Nutzungsausfallschadens darauf an, ob der Schaden bereits auf der anfänglichen Schlechtleistung (dann einfacher Schaden) oder erst auf der Verzögerung der Nacherfüllung (dann Verzögerungsschaden) beruht.²³ Die Verzögerung der Nacherfüllung wird danach als eigenständige, von der ursprünglichen Schlechtleistung zu unterscheidende Pflichtverletzung aufgefasst. Diese Aufspaltung ist jedoch weder gesetzlich geboten noch zweckmäßig. Solange der Schuldner keine mangelfreie Kaufsache geliefert hat, dauert die Verletzung der Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB an, auch wenn diese Pflichtverletzung nun durch Befriedigung des Nacherfüllungsanspruchs als modifiziertem Erfüllungsanspruch zu beenden ist. Vorzugswürdig erscheint es daher, von einer einheitlichen Pflichtverletzung auszugehen und den gesamten mangelbedingten Nutzungsausfallschaden als einfachen Schaden einzuordnen.²⁴

Vorliegend resultiert der Produktionsausfall bereits aus der anfänglichen Schlechtleistung. Ob daneben noch eine weitere Pflichtverletzung vorliegt, kann daher dahinstehen. Nach beiden Auffassungen liegt ein einfacher Schaden vor.

²⁰ Nach Erlöschen der Leistungspflicht liegt dagegen ein Schaden statt der Leistung vor, vgl. *Riehm* (Fn. 5), § 280 Rn. 265; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (751). Zu diesem Ergebnis gelangt auch eine zeitliche Abgrenzung, vgl. *Lorenz* (Fn. 4), S. 147 (151).

²¹ *Riehm* (Fn. 5), § 280 Rn. 265.

²² *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (750).

²³ BGH NJW 2009, 2674 (2675 f.); *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 280 Rn. 4; *Lorenz* (Fn. 10), § 280 Rn. 30; *Ernst* (Fn. 4), § 280 Rn. 58 ff; *Canaris*, ZIP 2003, 321 (326).

²⁴ *Gsell* (Fn. 11), S. 337 (338 ff.).

¹⁸ Vgl. vor und mit Fn. 4.

¹⁹ Vgl. vor und mit Fn. 5.

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach a.A. ist für die Einordnung des mangelbedingten Nutzungsausfallschadens die Art der Pflichtverletzung unerheblich. Vielmehr kommt es auch hierfür auf die Art des Schadens an.²⁵ Da der geltend gemachte Nutzungsausfallschaden nicht das Integritäts-, sondern das zeitbezogene Erfüllungsinteresse betrifft, liegt ein Verzögerungsschaden i.S.v. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB vor.²⁶

cc) Streitentscheid

Für die Einordnung des mangelbedingten Nutzungsausfallschadens als Verzögerungsschaden wird angeführt, der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache liefert dürfe nicht schlechter stehen als ein Verkäufer, der gar nicht leistet; letzterer hat den Nutzungsausfallschaden aber erst ab Verzugseintritt zu ersetzen.²⁷ Die Vertreter der h.M. argumentieren dagegen mit den Gesetzesmaterialien (historische Auslegung)²⁸ und der Tatsache, dass § 437 Nr. 3 BGB nicht unmittelbar auf § 286 BGB verweist (systematische Auslegung). Zudem wird auf die Interessenlage hingewiesen (teleologische Auslegung): Anders als bei der Nichtleistung stelle sich die Pflichtverletzung bei der Schlechtleistung häufig erst heraus, wenn der Nutzungsausfall nicht mehr abwendbar ist, so dass sich der Käufer nicht durch eine Mahnung schützen könne.²⁹

Letztlich kann die Abgrenzung allerdings dahinstehen, wenn auch die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB gegeben sind, wenn also V mit ihrer Pflicht zur Nacherfüllung in Verzug war.

(1) Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht der V, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB

Mit der Übergabe³⁰ der mangelhaften M2 wandelte sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch der K aus § 433 Abs. 1

BGB in einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB um.³¹ Dieser wurde jedenfalls mit Zugang³² des Nacherfüllungsbegehrens der K am 2.4.2019 fällig.³³ Dass K trotz ihres Wahlrechts nach § 439 Abs. 1 BGB die Art der Nacherfüllung der V überließ, ist unschädlich; in diesem Fall kann der Verkäufer die Entscheidung zwischen Nachbesserung und Nachlieferung selbst treffen.³⁴ Der Anspruch war auch durchsetzbar, insbesondere stand V aufgrund ihrer Vorleistungspflicht – der Kaufpreis sollte erst nach ordnungsgemäßer Lieferung gezahlt werden – nicht die Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB zu.³⁵

(2) Mahnung oder Entbehrlichkeit der Mahnung, § 286 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Unter den Vertretern der schadensphänomenologischen Einordnung ist wiederum umstritten, ob im Fall der Schlechtleistung eine Mahnung wegen der bereits geschilderten Interessenlage – der Käufer kann sich regelmäßig nicht wirksam durch eine Mahnung schützen – stets gem. § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich ist.³⁶ Da es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um eine modifizierte Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs handelt³⁷ und für die Erfüllung eine Zeit nach dem Kalender (9.4.2019) vereinbart war, kommt auch eine Entbehrlichkeit gem. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Dies kann allerdings dahinstehen, wenn eine Mahnung vorliegt. Indem K der V am 2.4.2019 eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, hat sie V eindeutig und bestimmt zur Leistung aufgefordert, so dass diese Erklärung zugleich eine Mahnung beinhaltet.³⁸

Gem. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB kann die Mahnung grundsätzlich erst nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen. Fraglich ist daher, ob die Mahnung zeitgleich mit dem die Fälligkeit

²⁵ Vgl. vor und mit Fn. 12.

²⁶ Riehm (Fn. 5), § 280 Rn. 274; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (52); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1828); Fliegner, JR 2002, 314 (322).

²⁷ Fliegner, JR 2002, 314 (322).

²⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225 li. Sp.: „Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 Abs. 1 RE zu ersetzen.“

²⁹ BGH NJW 2009, 2674 (2675 f.); Ernst (Fn. 4), § 280 Rn. 60 f; Canaris, ZIP 2003, 321 (326); Gsell (Fn. 11), S. 337 (355 ff.).

³⁰ Nach h.M. wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch zum Zeitpunkt des (hypothetischen) Gefahrübergangs gem. §§ 446 f. BGB in den Nacherfüllungsanspruch um, vgl. Grunewald (Fn. 17), § 439 Rn. 1; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 433 Rn. 21. Nach a.A. muss der Käufer die Sache als Erfüllung gem. § 363 BGB angenommen haben, vgl. Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2020, § 439 Rn. 8, § 437 Rn. 9.

³¹ Hier liegt ein Gattungskauf vor. Siehe zur Ersatzlieferung auch beim Stückkauf BGH NJW 2006, 2839 sowie jüngst BGH NJW 2019, 1133 („Abgasskandal“ – Ersatzlieferung trotz Modellwechsel).

³² Vgl. Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 6: empfangsbedürftige Willenserklärung.

³³ Höpfner (Fn. 30), § 439 Rn. 9; Weidenkaff (Fn. 30), § 439 Rn. 3a; a.A. Grunewald (Fn. 17), § 439 Rn. 23: Fälligkeit bereits mit Gefahrübergang.

³⁴ Höpfner (Fn. 30), § 439 Rn. 13.

³⁵ Da es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch gem. § 439 BGB um eine modifizierte Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, steht auch dieser im Synallagma zum Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB, so dass § 320 Abs. 1 BGB grundsätzlich Anwendung findet, vgl. Martinek, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, Vor §§ 433 ff. Rn. 29.

³⁶ So Riehm (Fn. 5), § 280 Rn. 284; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (52); a.A. Fliegner, JR 2002, 314 (322).

³⁷ Vgl. Fn. 32.

³⁸ BGH NJW 2006, 3271 (3271); Ernst (Fn. 4), § 286 Rn. 51; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 286 Rn. 17.

begründenden Abhilfeverlangen erklärt werden konnte. Nach h.M. ist es zulässig, die Mahnung mit der fälligkeitsbegründenden Handlung zu verbinden.³⁹ Dies überzeugt, denn vom Gläubiger zwei aufeinanderfolgende Erklärungen zu verlangen, würde nur zu einem unnötigen Formalismus führen. Somit hat K die V wirksam gemahnt.

(3) Nichtleistung, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB

V hat den Mangel der M2 weder beseitigt noch eine mangelfreie M2 geliefert und somit die Nacherfüllungspflicht gem. § 439 Abs. 1 BGB nicht erbracht.

(4) Vertretenmüssen, §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB

Worauf die Nichtleistung beruht, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Gem. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB wird das Vertretenmüssen allerdings vermutet. Da V nichts zu ihrer Entlastung vorgetragen hat, ist von einem Vertretenmüssen auszugehen.

(5) Zwischenergebnis

V geriet mit ihrer Nacherfüllungspflicht jedenfalls mit Zugang der Mahnung am Morgen des 2.4.2019 in Verzug. Der Schuldnerverzug endet auch dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbietet.⁴⁰ V bot K am 11.4.2019 die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien M2 ordnungsgemäß i.S.v. § 294 BGB tatsächlich an. Während des Zeitraums, für den K Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes fordert (2.4.–10.4.2019), lagen die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung jedoch vor. Ein Streitentscheid ist folglich nicht erforderlich.

3. Mitverschulden, § 254 BGB

Anhaltspunkte für ein Mitverschulden bestehen nicht.

V. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes (in Bezug auf M2) i.H.v. 1.800 €.

C. Anspruch der K gegen V auf Ersatz des Differenzbetrages i.H.v. 5.000 € (Unterschied zwischen dem für M2 vereinbarten Kaufpreis und dem Kaufpreis der bei P erworbenen Produktionsmaschine) aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des Differenzbetrages i.H.v. 5.000 €, den sie aufgrund des Unterschieds zwischen dem für M2 vereinbarten Kaufpreis und dem Kaufpreis der bei P erworbenen Produktionsmaschine zu zahlen hat, aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. Kauvertrag als Schuldverhältnis, §§ 433, 280 Abs. 1 S. 1 BGB
Zwischen K und V bestand ein wirksamer Kauvertrag i.S.v. § 433 BGB als Schuldverhältnis gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Sachmangel als Pflichtverletzung, §§ 434, 433 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Es lag ein Sachmangel bei Gefahrübergang nach § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB und damit eine Verletzung der Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB durch K vor.

3. Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht der V, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB

Wie gesehen bestand jedenfalls ab Zugang des Nacherfüllungsbegehrens der K am 2.4.2019 eine fällige und durchsetzbare Pflicht der V zur Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.

4. Erfolglose Setzung einer angemessenen Frist oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 281 Abs. 1, Abs. 2 BGB

K hat der V am 2.4.2019 eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Auch hierfür ist es unschädlich, dass K trotz ihres Wahlrechts aus § 439 Abs. 1 BGB der V die Entscheidung über die Art der Nacherfüllung überließ.⁴¹ Für die Angemessenheit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Die Nacherfüllung muss objektiv möglich sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, wie wichtig eine schnelle Nacherfüllung für den Käufer ist.⁴² Insbesondere angesichts des Umstandes, dass K durch den Nutzungsausfall ein Teil ihres Gewinns entging, ist die gesetzte Frist von sieben Tagen danach angemessen. Sie verstrich, ohne dass V die Leistung erbrachte.

5. Keine Unerheblichkeit, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB

K wollte die mangelhafte M2 nicht behalten, sondern hat diese V wieder zur Verfügung gestellt. Sie verlangt Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Im Fall der Schlechtleistung ist der Anspruch auf den „großen“ Schadensersatz jedoch ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB. Für die insoweit erforderliche Interessenabwägung kommt es in erster Linie auf den Beseitigungsaufwand an.⁴³ Ist dieser, wie hier, unbekannt, ist auf die Gebrauchsbeeinträchtigung abzustellen.⁴⁴ Die Produktionskapazität der M2 war um 20 % geringer als die einer mangelfreien M2, so dass die Gebrauchstauglichkeit der Sache durch den Sachmangel wesentlich gemindert wurde. Folglich ist die Pflichtverletzung nicht unerheblich.

³⁹ BGH NJW 2006, 3271 (3271); BGH NJW 2017, 1823 (1826); *Ernst* (Fn. 4), § 286 Rn. 55; krit. *Rother*, AcP 164 (1964), 97, 106.

⁴⁰ BGH NJW 2007, 2761 (2762); OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1396 (1397); *Lorenz* (Fn. 10), § 286 Rn. 65.

⁴¹ Vgl. *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 54. Ed., Stand: 1.5.2020; § 437 Rn. 22; *Grüneberg* (Fn. 38), § 439 Rn. 5.

⁴² *Faust* (Fn. 41), § 437 Rn. 15.

⁴³ Zur Erheblichkeitsschwelle von 5 % des Kaufpreises siehe insbesondere BGH NJW 2014, 3229 (3230 ff.).

⁴⁴ BGH NJW 2017, 153 (155); *Lorenz* (Fn. 10), § 281 Rn. 74.

6. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Worauf die Nichtleistung beruht, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Vertretenmüssen allerdings vermutet. Da V nichts zu ihrer Entlastung vorgetragen hat, ist von einem Vertretenmüssen auszugehen.

7. Rechtsfolge: Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB

a) Schaden

Beim Schadensersatz statt der Leistung ist der Anspruch auf die Leistung und somit die Naturalrestitution ausgeschlossen (vgl. 281 Abs. 4 BGB), so dass Wertersatz gem. § 251 Abs. 1 BGB zu leisten ist.⁴⁵ Bei rechtzeitiger einwandfreier Leistung wäre K Eigentümerin und Besitzerin einer Produktionsmaschine. Gleichzeitig wäre sie zur Zahlung des geringeren, mit V vereinbarten Kaufpreis verpflichtet (hypothetische Lage). Tatsächlich befindet sich zwar ebenfalls eine Produktionsmaschine in ihrem Vermögen, allerdings ist K verpflichtet, an P einen um 5.000 € höheren Preis zu zahlen (reale Lage). Folglich stellt die Preisdifferenz i.H.v. 5.000 € grundsätzlich einen ersatzfähigen Schaden i.S.d. Differenzhypothese dar.

b) Adäquate Kausalität und Schadenskategorie

Der eingetretene Schaden wurde durch die Pflichtverletzung in adäquat kausaler Weise verursacht.

Fraglich ist, ob er von §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB umfasst ist. Dies setzt voraus, dass es sich um einen Schaden statt der Leistung handelt.

aa) Zeitliches Kriterium („Zauberformel“)

Nach dem zeitlichen Kriterium („Zauberformel“) liegt ein Schaden statt der Leistung vor, wenn die Schadensposition durch Nachholung der Leistung unmittelbar vor dem Erlöschen der Leistungspflicht noch abgewendet oder kompensiert worden wäre.⁴⁶

Selbst wenn V unmittelbar vor dem Schadensersatzverlangen der K gem. § 281 Abs. 4 BGB noch ordnungsgemäß nacherfüllt hätte, wäre K gegenüber P zur Zahlung des (höheren) Kaufpreises für die Ersatzmaschine verpflichtet gewesen, was zunächst für einen endgültig eingetretenen Schaden spricht.⁴⁷ Allerdings wird dabei übersehen, dass den Kosten des Deckungskaufes der Erwerb einer gleichwertigen Maschine gegenübersteht und damit in dem Deckungsgeschäft als solchem gar kein Schaden liegt, wenn man unterstellt, dass der Marktpreis für eine entsprechende Maschine dem zwischen K und P vereinbarten Betrag entspricht und auch zwischenzeitlich nicht mehr gesunken ist. Jedoch hätte K, wenn ihr von V eine mangelfreie Produktionsmaschine übergeben und übereignet worden wäre, zusätzlich eine weitere Maschine in ihrem Vermögen, die ihr aktuell fehlt, wobei dieses Minus auch nicht durch die tatsächlich erhaltene mangelhafte Maschine ausgeglichen wird, weil diese ja im Falle

des begehrten „großen“ Schadensersatzes nach §§ 281 Abs. 5, 346 BGB zurückgewährt werden muss. Dieses Vermögensminus in Gestalt einer fehlenden Maschine wäre durch Nachholung der (einwandfreien) Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt selbstverständlich noch abgewendet worden, so dass nach der „Zauberformel“ ein Schaden statt der Leistung vorliegt.⁴⁸

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach dem schadensphänomenologischen Kriterium liegt ein Schaden statt der Leistung vor, wenn die Mehrkosten für das Deckungsgeschäft das Naturalleistungsinteresse der K betreffen.⁴⁹ Zum Naturalleistungsinteresse sollen die Schadenspositionen zählen, die aus Sicht des Gläubigers und nach dessen Verwendungsplan wirtschaftlich an die Stelle der endgültig ausgebliebenen Naturalerfüllung treten.⁵⁰ Der Deckungskauf der K ersetzt hier die von V zunächst geschuldete, infolge des Schadensersatzverlangens nach § 281 Abs. 4 BGB schließlich aber endgültig ausbleibende Nacherfüllung und dient somit der Befriedigung des gegenständlichen Erfüllungsinteresses der K. Somit handelt es sich auch nach dieser Ansicht um einen Schaden statt der Leistung.

cc) Zwischenergebnis

Nach beiden Kriterien liegt ein Schaden statt der Leistung i.S.v. § 280 Abs. 3, 281 BGB vor. Ein Streitentscheid ist entbehrlich.⁵¹

⁴⁸ S. dazu Gsell (Fn. 4), S. 451 (458, 467).

⁴⁹ Vgl. vor und mit Fn. 5.

⁵⁰ Riehm (Fn. 5), § 280 Rn. 218; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (737); siehe auch BGH NJW 2013, 2959 (2960), der erklärt, dieser Ansicht zu folgen, allerdings im Wesentlichen damit argumentiert, dass bei Annahme eines Schadens neben der Leistung eine Doppelkompensation drohe. In der Tat könnte der Käufer, wenn er bei steigendem oder gleichbleibendem Marktpreis zugleich die Mehrkosten und die Leistung verlangen könnte, die Kaufsache „zu dem vertraglich vereinbarten Preis doppelt [...] beanspruchen“. Wie soeben dargestellt, führt aber auch die korrekte Anwendung der „Zauberformel“ in dieser Konstellation zur Einordnung als Schaden statt der Leistung und zur Vermeidung der Überkompensation, vgl. Gsell (Fn. 4), S. 451 (461 ff.).

⁵¹ Die Befürworter einer Einordnung als Schaden neben der Leistung schränken die Ersatzfähigkeit teilweise ein. Nach Lorenz (Fn. 4), S. 147 (159 ff.) liegt hier ein Fall der psychisch vermittelten Kausalität vor. Der Schaden sei dem Verkäufer nur zuzurechnen, wenn der Käufer sich in legitimer Weise zur Vornahme des Deckungskaufes herausgefordert fühlen durfte, was allerdings nach Fristablauf regelmäßig der Fall sei. Faust (Fn. 4), S. 239 (255 f.) vertritt die Ansicht, dass die Ersatzpflicht regelmäßig nach § 254 BGB ausgeschlossen ist, da der Verursachungsbeitrag des Gläubigers durch die Vornahme des Deckungsgeschäfts vor Erlöschen der Leistungspflicht den Verursachungsbeitrag des Schuldners überwiege. Nur in Einzelfällen, insbesondere, wenn durch die Vornahme des Deckungsgeschäfts ein höherer Verzögerungs-

⁴⁵ BGH NJW 2019, 3085 (3086).

⁴⁶ Vgl. vor und mit Fn. 4.

⁴⁷ Vgl. Lorenz (Fn. 4), S. 147 (154 f.); Faust (Fn. 4), S. 239 (255); ähnlich Klöhn, JZ 2010, 46 (47).

c) *Mitverschulden*, § 254 BGB

Für ein Mitverschulden der K bestehen keine Anhaltspunkte, insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sie sich zu überhöhten Preisen eingedeckt hat und der Anspruch deshalb nach § 254 Abs. 2 BGB zu kürzen wäre.

8. *Zwischenergebnis*

Der Anspruch der K ist entstanden.

II. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch der K könnte jedoch erloschen sein.

1. *Aufgrund des nachträglichen Leistungsangebots der V*

V hat der K am 11.4.2019 die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien M2 angeboten, was K jedoch abgelehnt hat. Fraglich ist, ob dieses Leistungsangebot, das nach Fristende, aber noch vor dem Schadensersatzverlangen der K gem. § 281 Abs. 4 BGB erfolgte, Auswirkungen auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat. Dies ist umstritten:

Hinweis: Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entsteht bereits mit Fristablauf. Das Verlangen nach Schadensersatz ist keine Entstehungsvoraussetzung, sondern betrifft die Fälligkeit des Anspruchs. Das nachträgliche Leistungsangebot betrifft folglich nicht das Entstehen, sondern das Erlöschen des Anspruchs.⁵²

a) *Erlöschen des Anspruchs*

Nach e.A. erlischt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Schuldner ein Leistungsangebot macht, durch das der Gläubiger in Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB gebracht werden kann. Ein annahmeverzugsbegründendes Angebot müsse insofern dieselbe Wirkung haben wie die erfolgte Tilgung der Schuld. Denn dadurch werde der Schuldnerverzug beendet mit der Folge, dass der Gläubiger die auf die bisherige Leistungsverzögerung und den Fristablauf gestützte Befugnis, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, verliere.⁵³ Der Gläubiger habe die Möglichkeit, den Erfüllungsanspruch sofort nach Fristablauf durch ein Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB zum Erlöschen zu bringen; macht er hiervon keinen Gebrauch, sei ihm die Entgegennahme der Leistung zuzumuten.⁵⁴

schaden vermieden wird, komme eine Ersatzpflicht in Betracht.

⁵² Vgl. *Ernst* (Fn. 4), § 281 Rn. 98, 91; a.A. *Bressler*, NJW 2004, 3382 (3384 f.)

⁵³ *Ernst* (Fn. 4), § 281 Rn. 91; *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (43 ff.).

⁵⁴ *Faust* (Fn. 4), S. 239 (246). Nach *Bachmann*, Die elektive Konkurrenz: eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, S. 208 f. soll in der Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger bereits das Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB liegen, krit. *Ernst* (Fn. 4), § 281 Rn. 91.

Hingewiesen wird auch auf die Gesetzesmaterialien: Darin wird angeführt, der Schuldner könne nach Fristablauf die aufgrund des Wahlrechts des Gläubigers bestehende „Ungewissheit jederzeit dadurch beenden, dass er die nach dem Schuldverhältnis geschuldete Leistung erbringt.“⁵⁵

Hier hat V der K die Übergabe und Übereignung der M2 i.S.v. § 294 BGB am 11.4.2019 ordnungsgemäß in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, was nach dieser Ansicht grundsätzlich zum Erlöschen des Anspruchs führt.

Allerdings wird innerhalb dieser Auffassung teilweise vertreten, der Gläubiger verliere seinen Anspruch nicht, wenn das Angebot des Schuldners vor Ablauf eines angemessenen Überlegungszeitraums nach Nachfristende erfolgt. Denn dem Gläubiger müsse für die Entscheidung zwischen den ihm zustehenden Ansprüchen (Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung) eine gewisse Bedenkzeit eingeräumt werden.⁵⁶

Nach a.A. ist eine solche Ausnahme abzulehnen. Es wird argumentiert, der Gläubiger könne diese Entscheidung bereits vor Ablauf der Nachfrist treffen.⁵⁷

Hier waren zum Zeitpunkt des Angebots am 11.4.2019 erst zwei Tage seit dem Fristablauf am 9.4.2019 verstrichen, so dass das Angebot noch innerhalb eines angemessenen Überlegungszeitraums erfolgte. Bejaht man eine Ausnahme, war K folglich noch berechtigt, das verspätete Leistungsangebot der V zurückzuweisen, ohne ihren Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu verlieren.

b) *Kein Erlöschen des Anspruchs*

Nach a.A. führt das nachträgliche Leistungsangebot generell nicht zum Erlöschen des Anspruchs. Dafür wird angeführt, dass mit der Abschaffung der Ablehnungsandrohung (vgl. § 326 BGB a.F.) und des ipso-iure-Erlöschens des Primärleistungsanspruches bei Fristablauf durch die Schuldrechtsmodernisierung das Ziel verfolgt wurde, den Gläubiger nicht mehr zu einer frühzeitigen Entscheidung über das Schicksal der Primärleistung (und des Vertrages) zu zwingen. Dieser Gesetzeszweck würde konterkariert, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Leistung auch nach fruchtlosem Fristablauf ohne weiteres noch aufzwingen könnte (kein Recht zur „dritten Andienung“).⁵⁸ Die Gesetzesmaterialien stünden dem nicht entgegen.⁵⁹ In der Tat kann bezweifelt werden, ob der Schuldner die Leistung bereits im Sinne der zitierten Passage „erbringt“, wenn er nicht den Leistungserfolg i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB herbeiführt, sondern lediglich die Leistungshandlung vornimmt.⁶⁰

⁵⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 140 re. Sp., vgl. *Faust* (Fn. 4), S. 239 (244).

⁵⁶ *Ernst* (Fn. 4), § 281 Rn. 92; *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (46).

⁵⁷ *Faust* (Fn. 4), S. 239 (248 f.).

⁵⁸ Vgl. *Bressler*, NJW 2004, 3382 (3384 ff.); *Schwab*, JR 2003, 133 (134).

⁵⁹ *Faust* (Fn. 4), S. 239 (248 f.).

⁶⁰ Siehe aber *Faust* (Fn. 4), S. 239 (244), wonach das Wort „erbringt“ durch „anbietet“ ersetzt werden könne.

Nach dieser Ansicht hat K ihren Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht verloren.

c) Streitentscheid

Lediglich die Ansicht, die ein Erlöschen des Anspruchs bejaht und eine Bedenkzeit des Gläubigers verneint, kommt hier zum Wegfall des Schadensersatzanspruchs.

Dagegen spricht, dass von dem Gläubiger nicht erwartet werden kann, bereits vor Fristablauf seine Entscheidung zwischen Erfüllung und Schadensersatz zu treffen. Vor der Entstehung des Schadensersatzanspruchs ist ihm nicht zuzumuten, die organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen, die nötig sind, um mögliche Alternativen zur Erfüllung durch den Schuldner, z.B. die Vornahme eines Deckungsgeschäfts zu prüfen. Häufig kann er zu diesem Zeitpunkt die Marktentwicklung nach Fristablauf noch gar nicht absehen.⁶¹ Diese Ansicht ist folglich abzulehnen.

Da die anderen Auffassungen zum Fortbestand des Anspruchs gelangen, ist insofern ein Streitentscheid entbehrlich.

2. Durch Aufrechnung gem. § 398 BGB

Der Anspruch könnte jedoch – zumindest teilweise – durch Aufrechnung der V gem. § 398 BGB erloschen sein. Neben einer Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB ist hierfür eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB erforderlich. Diese setzt zunächst einen Gegenanspruch der V gegen K voraus.

Hier könnte V gegen K ein Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB zustehen.

Hinweis: V erklärt hier, K müsse sich „im Hinblick auf den geltend gemachten Differenzbetrag“ einen Abzug gefallen lassen. Die Aufrechnung richtet sich somit gegen den Anspruch auf Ersatz des Differenzbetrags, nicht (auch) gegen die Ansprüche auf Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes, vgl. § 396 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) Wortlaut

Bei wortlautgetreuer Lesart des Gesetzes ist K gem. §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verpflichtet, für die (eingeschränkte) Nutzung der M2 Wertersatz zu leisten. Es greift keiner der Ausschlussstatbestände des Abs. 3 ein. Mit diesem Anspruch könnte V grundsätzlich gegen den Schadensersatzanspruch nach §§ 387, 389 BGB aufrechnen und diesen insoweit zum Erlöschen bringen.

b) Teleologische Reduktion

Allerdings könnte hier eine teleologische Reduktion der Verweisung in § 281 Abs. 5 BGB geboten sein.

Ausgangspunkt ist die unterschiedliche Zielrichtung von Rücktrittsfolgen- und Schadensersatzrecht: Die §§ 346 ff. BGB, deren Anwendung durch § 281 Abs. 5 BGB angeordnet wird, zielen darauf, die Parteien so zu stellen, wie sie ohne den Vertrag stünden (negatives Interesse). Dagegen soll der Gläubiger durch den Schadensersatz statt der Leistung sowie den Ersatz etwaiger Begleitschäden gem. §§ 249 ff.

BGB im Wesentlichen so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages stünde (positives Interesse).⁶²

Bei ordnungsgemäßer Erfüllung hätte K eine M2-Maschine mit 100 % der versprochenen Produktionskapazität nutzen können. Tatsächlich konnte K nur 80 % nutzen. Daher kann K für die fehlenden 20 % Produktionskapazität der M2 Schadensersatz verlangen (s.o.). Die sich aus der Anwendung von § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB ergebene Verpflichtung zur Nutzungsentschädigung würde dazu führen, dass K gleichzeitig für die eingeschränkte Nutzung der M2 (80 %) Ersatz leisten müsste. Damit stünde sie aber gerade nicht so, wie sie bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung stünde, sondern schlechter. Die von § 281 Abs. 5 BGB angeordnete Anwendung des Rücktrittsfolgenrechts würde folglich die Ziele des Schadensersatzrecht konterkarieren.

aa) Bejahung einer teleologischen Reduktion

Nach einem Teil der Lit. ist die Verweisung des § 281 Abs. 5 BGB daher dahin teleologisch zu reduzieren, dass der schadensersatzberechtigte Gläubiger nicht zur Leistung von Wertersatz für die Nutzungen der mangelhaften Sache verpflichtet ist.⁶³

Sinn und Zweck der Verweisung in § 281 Abs. 5 BGB sei es lediglich, eine Bereicherung des schadensersatzberechtigten Gläubigers verhindern. Dagegen sei nicht beabsichtigt, dessen Anspruch auf das positive Interesse zu beschneiden.

Eine Bereicherung drohe aber nur, soweit bei der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung der Wert der Sache ohne Rücksicht auf eine etwaige hypothetische Entwertung angesetzt wird, eine solche aber bei einer einwandfreien Erfüllung aufgrund Abnutzung mittlerweile eingetreten wäre. Soweit es dagegen an einem hypothetischen Wertverlust fehlt, führe die Verpflichtung zur Nutzungsentschädigung dazu, dass der Gläubiger schlechter gestellt würde als er bei korrekter Erfüllung stünde.

Eine Verpflichtung der K zum Nutzungsersatz würde nach dieser Ansicht daher nur bestehen, wenn der Gebrauch der Maschine zu einem Wertverlust geführt hätte. Nur dann würde im Vermögen der K nach Erfüllung des Schadensersatzanspruchs (s.o.) ein „Plus“ gegenüber der hypothetischen Lage (ordnungsgemäße Vertragserfüllung) vorliegen, welches durch die Verpflichtung zum Nutzungsersatz als „Minus“ auszugleichen wäre. Ein solcher Wertverlust ist hier aber gerade nicht gegeben (s.o.).

Für eine solche teleologische Reduktion spricht insbesondere der Vergleich mit der verspäteten Lieferung, wie hier im Fall von M1. Denn auch in dieser Konstellation ist der Käufer

⁶² Gsell, JuS 2006, 204 (205).

⁶³ Vgl. Gsell, JuS 2006, 204 (206); dies., JZ 2004, 643 (646), dies. (Fn. 1), § 325 Rn. 11; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 346 Rn. 39; Lieder, Jura 2010, 612 (616); zum ähnlichen Problem der Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion der in § 439 Abs. 5 BGB für den Fall der Ersatzlieferung enthaltenen Verweisung auf den rücktrittsrechtlichen Nutzungsersatz vgl. Gsell, NJW 2003, 1969 (siehe heute aber § 475 Abs. 3 BGB für den Verbrauchsgüterkauf).

⁶¹ Vgl. Derleder/Hoolmans, NJW 2004, 2787 (2789).

berechtigt, für die entgangenen Nutzungen Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB beanspruchen. Eine Pflicht zum Nutzungersatz entsprechend § 346 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist hier aber nicht vorgesehen und der Ersatzumfang wäre nur dann (im Wege der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung) zu reduzieren, wenn ein Vorteil aufgrund eines hypothetischen Wertverlustes der rechtzeitig gelieferten Sache entstanden wäre. Warum der Käufer in diesem Fall, in dem die Leistung letztlich (wenn auch verspätet) in Natur erbracht wird, besser stehen soll als in dem Fall, in dem er den Wert der Leistung aufgrund des Wegfalls der Primärleistungspflicht in Geld ersetzt bekommt, ist nicht ersichtlich.

Nach dieser Ansicht besteht kein Gegenanspruch der V gegen die K.

bb) Ablehnung einer teleologischen Reduktion

Die Rspr. und ein anderer Teil der Lit. lehnen eine teleologische Reduktion dagegen ab.⁶⁴ Der Gesetzgeber habe mit § 281 Abs. 5 BGB gerade den Ersatz der Nutzungen regeln wollen, so dass bereits methodische Bedenken gegen eine teleologische Reduktion bestünden.⁶⁵ Allerdings geht auch diese Ansicht davon aus, dass die „Vorschriften über den Schadensersatz den rücktrittsrechtlichen Anspruch des Schuldners überlagern“⁶⁶ und „dass die grundsätzlich anwendbaren Bestimmungen der §§ 346, 347 BGB hinsichtlich der dort geregelten Vermögenspositionen (Nutzungen, Verwendungen) nicht die Herstellung eines am Erfüllungsinteresse ausgerichteten Zustandes hindern“⁶⁷. Dies sei aber nicht durch eine teleologische Reduktion des § 281 Abs. 5 BGB, sondern durch „ein Nacheinander von Rücktritts- und Schadensersatzrecht“⁶⁸ zu erreichen. Der Ausgleich habe mittels eines zweistufigen Ausgleichsystems zu erfolgen: zunächst sei der Käufer gem. §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 (direkt oder i.V.m. § 281 Abs. 5 BGB) verpflichtet, Nutzungersatz zu leisten. Anschließend könne er (ggf. i.V.m. § 325 BGB) einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wobei der Nutzungsausfall als Schadensposten fungiere.⁶⁹

Auf den vorliegenden Fall übertragen, würde dies bedeuten, dass K zunächst zum Ersatz des Wertes der aus der 80 %-igen Produktionskapazität gezogenen Nutzungen gem. §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB verpflichtet

wäre (1. Stufe).⁷⁰ Dadurch würde sie so gestellt werden, als hätte sie die Leistung nie erhalten (negatives Interesse). Anschließend könnte K gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen (2. Stufe), so gestellt zu werden, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags stünde (positives Interesse). Dieser Anspruch würde zum einen den aus der Preisdifferenz, zum anderen den aus einem etwaigen Produktionsausfall nach dem Schadensersatzverlangen resultierenden Schaden erfassen. Aufgrund des Deckungsgeschäfts liegt ein Produktionsausfall nach Schadensersatzverlangen hier allerdings nicht vor.

Allein dadurch würde aber die Verpflichtung des Käufers, Ersatz für die vor dem Schadensersatzverlangen gezogenen Nutzungen zu leisten, nicht kompensiert werden. Deshalb wird innerhalb dieser Ansicht die Auffassung vertreten, dem Käufer sei für diese Zeit ein Anspruch auf Ersatz des vollen (fiktiven) Nutzungsausfallschadens, den er erlitten hätte, wäre die Leistung von vornherein ganz ausgeblieben, zu gewähren.⁷¹ Dieser Anspruch wird zum Teil in voller Höhe auf §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB gestützt.⁷² Vorzugswürdig ist es aber, den Teil des Schadens, der erst daraus folgt, dass der Käufer zum Nutzungersatz verpflichtet wird (hier: Entzug der Nutzungen aus der Produktionskapazität von 80 %) in den Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB einzubeziehen.⁷³ Denn dieser folgt – wie ein etwaiger Produktionsausfall nach Schadensersatzverlangen – erst aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung, welches wiederum auf dem Schadensersatzverlangen beruht (§ 281 Abs. 4, Abs. 5 BGB). Würde man K diesen Anspruch gewähren, stünde sie tatsächlich so, als wäre von Anfang an ordnungsgemäß erfüllt worden.

Die gegenseitigen Ansprüche könnten im Wege der Aufrechnung verrechnet werden.⁷⁴ Der Anspruch der V auf Nut-

⁶⁴ BGH NJW 2017, 3438 (3441 f.); *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (144 f.); *Höpfner*, NJW 2010, 127 (129).

⁶⁵ BGH NJW 2017, 3438 (3441); *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (144).

⁶⁶ BGH NJW 2017, 3438 (3440); siehe auch schon BGH NJW 2010, 2426 (2427 f.); BGH NJW 2008, 911 (912) sowie *Wiefeld*, Bereichsverweisung auf Rückabwicklungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2020, S. 419 ff.

⁶⁷ BGH NJW 2010, 2426 (2428); krit. *Faust*, JZ 2008, 471 (474).

⁶⁸ BGH NJW 2017, 3438 (3441).

⁶⁹ *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (144 f.); *Markworth*, NJW 2017, 3442.

⁷⁰ Gem. §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB ist K außerdem zur Rückgabe und Rückübereignung der mangelhaften M2 verpflichtet. Diese Verpflichtung hat K bereits erfüllt, indem sie die ursprünglich gelieferte M2 der V überlassen hat.

⁷¹ Die Rspr. wird insofern unterschiedlich interpretiert. Nach *Löwisch*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2012, Vor §§ 346–354 Rn. 50 sowie *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (141 f.) beschränke der BGH in den Entscheidungen BGH NJW 2010, 2426 und BGHZ 174, 290 = BGH NJW 2008, 911 den Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens auf den Zeitraum nach Schadensersatzverlangen. In BGH NJW 2017, 3438 (3441) wird gerade „(*Kaiser*, ZfPW 2015, [141 ff.])“ zitiert, was dafür sprechen könnte, dass der BGH dieser Interpretation folgt, vgl. auch *Schwab*, JuS 2018, 708 (710). Anders wohl die Interpretation der Entscheidung BGH NJW 2008, 911 durch *Faust*, JZ 2008, 472 (472).

⁷² So wohl *Löwisch* (Fn. 71), Vor §§ 346–354 Rn. 51.

⁷³ So wohl *Kaiser*, ZfPW 2015, 129 (145 f.); *Schwab*, JuS 2018, 708 (710).

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2017, 3438 (3440): keine automatische Saldierung. Das Verlangen der K nach Ersatz des entgangenen Produktionsgewinnes i.H.v. (nur) 200 € dürfte als Aufrechnungserklärung i.S.v. § 388 BGB ausgelegt werden kön-

zungersatz bzgl. der 80 %-igen Produktionskapazität und der Anspruch der K auf Schadensersatz bzgl. der (durch den Nutzungsersatz entzogenen) 80 %-igen Produktionskapazität würden sich ausgleichen und gem. § 389 BGB erlöschen. Es bliebe folglich auch nach dieser Ansicht bei einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.d. Mehrkosten für die bei P gekaufte Produktionsmaschine und somit i.H.v. 5.000 €, wobei dieser Weg allerdings gegenüber der teleologischen Reduktion insoweit unnötig kompliziert erscheint, als zunächst im Wege des Rücktrittsfolgenrechts in Gestalt der Verpflichtung zur Nutzungsentschädigung ein Schaden überhaupt erst „produziert“ wird, nur um ihn dann sogleich im Wege des Schadensersatzes wieder auszugleichen, während die teleologische Reduktion einen solchen – gleichsam durch entsprechende Gesetzesanwendung erst verursachten – Schaden schlicht vermeidet.⁷⁵ Außerdem ist zweifelhaft, ob die Lösung der h.M. methodisch vorzugswürdig ist. Denn auch durch ein „Nacheinander von Rücktritts- und Schadensersatzrecht“ wird der Intention des Gesetzgebers, den Ausgleich der Nutzungen (nur) dem Rücktrittsrecht zu unterstellen, letztlich nicht entsprochen, wenn im Anschluss an den ersten Schritt einer Nutzungsentschädigung diese im zweiten Schritt durch gegenläufigen Schadensersatz wieder rückgängig gemacht wird. Es spricht daher mehr dafür, in dem Fehlen einer Einschränkung der Verweisung eine Gesetzeslücke zu sehen, die durch eine teleologische Reduktion (methodisch korrekt) ausgefüllt werden kann⁷⁶, zumal die Verweisung auch dadurch nicht völlig leerläuft, sondern z.B. für die Fälle des hypothetischen Wertverlustes (s.o.) und die Herausgabe der Nutzungen in Natur⁷⁷ Bedeutung behält.

c) *Zwischenergebnis*

Ein Streitentscheid ist aber vorliegend letztlich nicht erforderlich. Der Anspruch ist nicht gem. § 389 BGB erloschen.

III. Ergebnis

K hat einen Anspruch gegen V auf Ersatz des Differenzbetrages i.H.v. 5.000 €.

Lösungsvorschlag zu Teil 2: Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs der K

Zu prüfen ist, ob sich K mit einem Rechtsbehelf erfolgreich gegen die drohende Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid wehren kann.

A. Einspruch

K könnte Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid einlegen. Fraglich ist jedoch, ob ein solcher zulässig ist.

Hinweis: Wird gegen einen Vollstreckungsbescheid Einspruch eingelegt, gibt das Gericht, das diesen erlassen hat, das Verfahren an das Streitgericht ab (§ 700 Abs. 3 S. 1 ZPO). Ein zulässiger Einspruch führt gem. §§ 700 Abs. 1, 342 ZPO dazu, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand, hier also in die Lage nach einem rechtzeitig erhobenen Widerspruch gegen den Mahnbescheid. Der Antragsteller wird zur Anspruchsbegründung aufgefordert (§ 700 Abs. 3 S. 2, 697 Abs. 1 ZPO). Geht diese ein, ist wie nach Eingang einer Klage weiter zu verfahren (§ 700 Abs. 4 S. 1 ZPO).⁷⁸ Für die Klausur bedeutet dies, dass nach der Prüfung der Zulässigkeit des Einspruchs regelmäßig die Zulässigkeit und die Begründetheit der Klage zu prüfen ist; keinesfalls darf die „Begründetheit des Einspruchs“ geprüft werden.

I. Statthaftigkeit

Gem. § 700 Abs. 1 ZPO steht der Vollstreckungsbescheid einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich. Demnach ist gem. § 338 ZPO der Einspruch statthaft.

II. Einspruchsfrist

Gem. §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO beträgt die Einspruchsfrist zwei Wochen und beginnt mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheids (vgl. § 699 Abs. 4 ZPO). Hier wurde der Vollstreckungsbescheid der K bereits im Januar 2020 zugestellt. Im April 2020 ist die Einspruchsfrist daher längst abgelaufen.

Zu denken wäre an eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO. Gem. § 339 Abs. 1 Hs. 2 ZPO handelt es sich bei der Einspruchsfrist um eine Notfrist und damit um eine nach § 233 S. 1 ZPO grundsätzlich wiedereinsatzfähige Frist. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass K glaubhaft machen kann (vgl. §§ 236 Abs. 2 S. 1, 294 Abs. 1 ZPO), ohne ihr Verschulden verhindert gewesen zu sein, die Frist einzuhalten, § 233 S. 1 ZPO. Eine Wiedereinsetzung scheidet daher aus.

III. Zwischenergebnis

Ein Einspruch ist unzulässig.⁷⁹ Dieser Rechtsbehelf hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

B. Vollstreckungsabwehrklage

In Betracht kommt weiterhin eine Vollstreckungsabwehrklage. Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

nen; zu den praktischen Auswirkungen siehe *Marktworth*, NJW 2017, 3442.

⁷⁵ Vgl. auch *Lieder*, Jura 2010, 612 (616); *Marktworth*, NJW 2017, 3442; *Gaier* (Fn. 63), Vor § 346 Rn. 39.

⁷⁶ Zu den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion siehe BGH NJW 2009, 427 (429 zu § 439 Abs. 4 BGB a.F.).

⁷⁷ Siehe dazu *Gsell*, JZ 2004, 643 (646).

⁷⁸ Siehe dazu z.B. *Schüller*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 700 Rn. 26 ff.

⁷⁹ Gem. §§ 700 Abs. 1, 341 Abs. 1 S. 2 ZPO würde das Gericht den Einspruch daher als unzulässig verwerfen. Das Urteil kann gem. § 341 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergehen.

I. Zulässigkeit*1. Statthaftigkeit*

Gem. §§ 795 S. 1, 794 Nr. 4, 767 Abs. 1 ZPO ist die Vollstreckungsabwehrklage statthaft, wenn der Kläger materiellrechtliche Einwendungen geltend macht, die den durch den Vollstreckungsbescheid festgestellten Anspruch betreffen. Streitgegenstand der Klage ist die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels.⁸⁰ Hier behauptet K, der im Vollstreckungsbescheid titulierte Kaufpreisanspruch sei aufgrund des Widerrufs des Geschäfts erloschen und macht damit eine rechtsvernichtende Einwendung nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB geltend. Die Vollstreckungsabwehrklage ist folglich statthaft.

2. Zuständigkeit

Gem. § 796 Abs. 3 ZPO ist für Klagen, durch die Einwendungen gegen den im Vollstreckungsbescheid titulierten Anspruch selbst geltend gemacht werden, also für Vollstreckungsabwehrklagen, das Gericht zuständig, das für eine Entscheidung im Streitverfahren zuständig gewesen wäre.

Für eine Klage des H gegen K auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 599 € wäre sachlich gem. § 1 ZPO, § 23 Nr. 1 GVG das Amtsgericht zuständig gewesen, da der Streitwert 5.000 € nicht übersteigt (vgl. §§ 2 ff. ZPO). Örtlich zuständig wäre gem. §§ 12, 13 ZPO (allgemeiner Gerichtsstand) das Gericht, bei dem K ihren Wohnsitz hat. Dieses wäre auch nach § 29 Abs. 1 ZPO (besonderer Gerichtsstand) örtlich zuständig; da der Erfüllungsort für die Kaufpreiszahlung weder bestimmt ist, noch sich aus den Umständen ergibt, liegt dieser nach § 269 Abs. 1 BGB an dem Ort, an welchem K bei Entstehung des Kaufpreisanspruches ihren Wohnsitz hatte. Eine Wahlmöglichkeit des H nach § 35 ZPO besteht daher nicht.

3. Ordnungsgemäße Klageerhebung

K müsste eine Klageschrift nach §§ 495, 253 ZPO einreichen. Eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist vor dem Amtsgericht nicht erforderlich (§ 78 ZPO), aber möglich (§ 79 Abs. 2 S. 1 ZPO)

4. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsabwehrklage besteht in zeitlicher Hinsicht, sobald ein Vollstreckungstitel vorliegt und solange die Vollstreckung nicht vollständig beendet ist.⁸¹ Vorliegend liegt ein Vollstreckungsbescheid als Vollstreckungstitel vor, die Zwangsvollstreckung wurde sogar schon angekündigt. Durchgeführt und beendet wurde sie jedoch noch nicht.

Ein einfacherer und billigerer Weg, zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels zu gelangen⁸², ist nicht ersichtlich, insbesondere ist ein Einspruch wie gesehen unzulässig.

Folglich besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

⁸⁰ BGH NJW 2005, 2313 (2313); *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 41. Aufl. 2020, § 767 Rn. 3.

⁸¹ *Seiler* (Fn. 80), § 767 Rn. 14, 16.

⁸² Vgl. *Lackmann*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 17. Aufl. 2020, § 767 Rn. 19.

5. Zwischenergebnis

Eine Vollstreckungsabwehrklage ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist begründet, wenn K eine Einwendung gegen den titulierten Kaufpreisanspruch zusteht und diese Einwendung nicht präkludiert ist.

1. Einwendung gegen den titulierten Kaufpreisanspruch

Eine rechtsvernichtende Einwendung könnte sich daraus ergeben, dass K ihre auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung widerrufen hat und deshalb die Parteien gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr an ihre Erklärungen gebunden sind. Dies setzt voraus, dass K ein Widerrufsrecht i.S.v. § 355 BGB zusteht und sie den Widerruf rechtzeitig erklärt hat.

a) Widerrufsrecht

Ein Widerrufsrecht der K gem. § 355 BGB könnte sich hier aus § 312g Abs. 1 Var. 2 BGB ergeben.

aa) Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB

Es müsste zunächst ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorliegen, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat, §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB. K schloss den Kaufvertrag über den Fernseher ab, um sich in ihrer Freizeit entspannen zu können und verfolgte daher Zwecke, die weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Sie ist damit Verbraucherin i.S.v. § 13 BGB. H dagegen handelte bei Abschluss des Kaufvertrages in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit als Betreiber eines Online-Shops, ist also Unternehmer i.S.v. § 14 BGB. Damit liegt ein Verbrauchervertrag gem. der Legaldefinition in § 310 Abs. 3 BGB vor. Der Kaufvertrag hat ferner eine Leistung des Unternehmers in Form der Übergabe und Übereignung des Fernsehers (§ 433 Abs. 1 BGB) gegen Entgelt (§ 433 Abs. 2 BGB) zum Gegenstand.

Somit ist der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB nach § 312 Abs. 1 BGB grundsätzlich eröffnet. Es greift auch keine der einschränkenden Vorschriften der §§ 312 Abs. 2–7 BGB.

bb) Fernabsatzvertrag, § 312c BGB

Bei dem Kaufvertrag könnte es sich um einen Fernabsatzvertrag i.S.v. § 312c BGB handeln.

Dies setzt zunächst voraus, dass für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet wurden. Vorliegend kann die genaue Bestimmung von Angebot und Annahme als Voraussetzungen für das Zustandekommen des Vertrages und die Abgrenzung zur bloßen vorausgehenden invitatio ad offerendum offenbleiben.⁸³ Denn das ursprüngliche wirksame Zustande-

⁸³ Zur Abgrenzung von Angebot und bloßer invitatio ad offerendum bei der Präsentation von Waren im Internet siehe

kommen des Vertrages steht nicht in Frage und jedenfalls handelt es sich bei sämtlichen verwendeten Kommunikationsmitteln – Präsentation des Fernsehers auf der Internetseite, Bestellung im Online-Shop, E-Mail-Versand der Bestellbestätigung, Versand des Fernsehers – um solche, die zur Anbahnung eines Vertrages oder zu dessen Abschluss eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind und damit um Fernkommunikationsmittel gem. § 312c Abs. 2 BGB.

Somit verwendeten H – bzw. die in seinem Namen oder Auftrag handelnden Personen – und K für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel. Da der Vertragsschluss auch im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems, nämlich des von H betriebenen Online-Shops, erfolgte, liegt ein Fernabsatzvertrag gem. § 312c Abs. 1 BGB vor.

cc) Keine Ausnahme, § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB

Da kein in § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB genannter Vertrag vorliegt, besteht auch keine Ausnahme von dem in § 312g Abs. 1 Var. 2 BGB angeordneten Widerrufsrecht.

dd) Zwischenergebnis

Ein Widerrufsrecht der K nach § 312g Abs. 1 Var. 2 BGB besteht.

b) Widerrufserklärung

Gem. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB erfolgt der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. Aus der Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf eindeutig hervorgehen, § 355 Abs. 1 S. 3 BGB.

Aus der von K an H gesendeten E-Mail, in der diese erklärt, „das Geschäft zu widerrufen“ und die Rücksendung des Fernsehers anbietet ergibt sich zweifelsfrei, dass K nicht mehr an ihre vertragskonstituierende Willenserklärung gebunden sein will. Diese Erklärung ist H zugegangen (§ 130 Abs. 1 BGB). Eine Begründung ist nicht erforderlich, § 355 Abs. 1 S. 4 BGB. Auch eine bestimmte Form sieht das Gesetz nicht vor.

Somit ist auch eine Widerrufserklärung gegeben.

c) Rechtzeitigkeit des Widerrufs

Fraglich ist jedoch, ob K auch die Widerrufsfrist eingehalten hat. Diese beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB 14 Tage. Geht es, wie hier, um einen im Fernabsatz geschlossenen Verbrauchsgüterkaufvertrag, richtet sich der Beginn der Widerrufsfrist grundsätzlich nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Da kein Fall von § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b bis d BGB vorliegt, ist nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB der Erhalt der Ware maßgeblich. Da K den Fernseher bereits im Juli 2019 erhalten hat,

wäre bei diesem Anfangstermin im April 2020 der Widerruf bereits verfristet.

Allerdings beginnt nach § 356 Abs. 3 BGB die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB unterrichtet hat.⁸⁴ Vorliegend ist H diesen Informationspflichten nicht nachgekommen; die Bestellbestätigung enthielt lediglich den Typ und den Preis des Gerätes sowie den Liefertermin. Es fehlte dagegen an den nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB erforderlichen Informationen über das Widerrufsrecht. Folglich begann die Widerrufsfrist nicht zu laufen.

Gem. § 356 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB erlischt das Widerrufsrecht spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem Erhalt der Ware. Diese Frist war jedoch im Zeitpunkt des Widerrufs im April 2020 noch nicht verstrichen.

Auch ein Erlöschensgrund nach § 356 Abs. 4, Abs. 5 BGB ist nicht gegeben.

Somit erfolgte der Widerruf rechtzeitig.

dd) Zwischenergebnis

K steht eine Einwendung gegen den titulierten Kaufpreisanspruch gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

c) Keine Präklusion

Gem. § 796 Abs. 2 ZPO sind Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Die Einwendung besteht hier in dem Widerruf. Das Widerrufsrecht der K bestand bereits ab Vertragsschluss und somit schon vor Zustellung des Vollstreckungsbescheids. Dagegen erfolgte die Widerrufserklärung erst nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids und Ablauf der Einspruchsfrist gem. §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO.

Fraglich ist daher, auf welchen Zeitpunkt hier abzustellen ist. Ob bei Gestaltungsrechten wie dem Widerrufsrecht die Ausübung oder das objektive Entstehen des Rechts maßgeblich ist, ist grundsätzlich umstritten:

aa) Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts

Ein Teil der Lit. stellt generell auf den Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts ab. Dafür wird angeführt, dass erst dadurch die Gestaltungswirkung eintrete und die materielle Rechtslage verändert werde. Die materiell-rechtliche Befugnis, das Gestaltungsrecht innerhalb bestimmter Fristen geltend zu machen, dürfe durch die prozessualen Präklusions-

OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1073 (1074 f.); *Busche* (Fn. 16), § 145 Rn. 14 ff.; *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 145 Rn. 7. Zur Einordnung einer Bestellbestätigung siehe BGH NJW 2013, 598 (599); OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1073 (1075); *Busche* (Fn. 16), § 145 Rn. 14; *Armbrüster*, ebd., § 147 Rn. 2.

⁸⁴ In dem – hier nicht vorliegenden – Fall eines Fernabsatzvertrages über Finanzdienstleistungen kommt es für den Beginn der Widerrufsfrist auf die Einhaltung der Informationspflichten nach Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB an (siehe auch § 312d Abs. 2 BGB).

vorschriften der §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO nicht ausgeschlossen werden.⁸⁵

Zur Vermeidung einer Verschleppungsgefahr, wird teilweise die analoge Anwendung der Präklusionsvorschriften der § 533, 296 Abs. 2 ZPO befürwortet.⁸⁶ Hier geht es aber weder um eine Aufrechnung gem. § 533 Var. 2 ZPO, noch ging dem Erlass des Vollstreckungsbescheids ein Prozess voraus, in dem K ihr Widerrufsrecht rechtzeitig i.S.v. §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO hätte ausüben können. Da gegen den Vollstreckungsbescheid der Einspruch statthaft ist, könnte man an eine Analogie zu § 540 Abs. 3 ZPO denken. Diese Vorschrift findet allerdings bei einem Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid nach § 700 Abs. 3 S. 3 ZPO gerade keine Anwendung. Eine analoge Anwendung von Präklusionsvorschriften ist daher jedenfalls im vorliegenden Fall abzulehnen.

Folglich ist nach dieser Ansicht die Einwendung der K nicht präkludiert.

bb) Zeitpunkt des Entstehens des Gestaltungsrechts

Die Rspr. und ein anderer Teil der Lit. stellen dagegen grundsätzlich auf den Zeitpunkt des objektiven Entstehens des Gestaltungsrechts ab.⁸⁷ Zwar trete materiell-rechtlich die Gestaltungswirkung erst durch die Ausübung des Gestaltungsrechts ein, der „Grund“, auf dem die Gestaltungswirkung beruht, entstehe jedoch bereits zu dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner erstmals die Möglichkeit habe, sein Recht auszuüben. Die Einschränkung der nach materiellem Recht bestehenden Entscheidungsfreiheit sei durch den Zweck der Präklusion – Schutz der materiellen Rechtskraft und damit Rechtssicherheit – gerechtfertigt.⁸⁸ Die rechtstechnische Ausgestaltung einer Einwendung – ipso-iure-Wirkung oder Gestaltungsrecht – könne auf die prozessuale Obliegenheit des Schuldners, diese rechtzeitig in das Verfahren einzuführen, grundsätzlich keinen Einfluss haben. So sei etwa nicht ersichtlich, warum der arglistig Getäuschte (Anfechtungsrecht nach §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB) der Präklusion nicht unterliegen sollte, wohl aber der sittenwidrig Benachteiligte (Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB).⁸⁹

Folgt man dem, wäre die Einwendung der K an sich präkludiert.

⁸⁵ Lackmann (Fn. 82), § 767 Rn. 37; Kindl, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2019, § 767 Rn. 22; Schwab, JZ 2006, 170 (175).

⁸⁶ Lackmann (Fn. 82), § 767 Rn. 37; Schwab, JZ 2006, 170 (176).

⁸⁷ BGH NJW 1987, 1691 (1691 zur Aufrechnung); BGH NJW 1994, 2769 (2770 zur Aufrechnung); BGH NJW 2004, 1252 (1253 f. zur Anfechtung); BGH NJW 2020, 2876 Rn. 14 ff. (zum Widerrufsrecht nach §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB a.F.); Schmidt/Brinkmann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 80 ff.; Herget, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 33. Aufl. 2020, § 767 Rn. 14.

⁸⁸ BGH NJW-RR 2006, 229 (231) (zur ordentlichen Kündigung eines Mietverhältnisses); BGH NJW 2020, 2876 Rn. 16.

⁸⁹ Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82.

Allerdings ist innerhalb dieser Ansicht wiederum umstritten, ob für die Ausübung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts nach § 355 BGB eine Ausnahme zuzulassen ist.

(1) Ausnahme im Fall eines Widerrufsrechts

Ein Teil der Lit. und der Rspr. bejaht eine solche Ausnahme.⁹⁰ Begründet wird dies mit der Erwägung, bei diesem Gestaltungsrecht gehe es gerade darum, dem Berechtigten zu ermöglichen, sich innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen für oder gegen den Vertrag zu entscheiden.⁹¹ Anders als etwa ein Anfechtungsrecht oder ein gesetzliches Rücktrittsrecht setze das verbraucherschützende Widerrufsrecht keine besonderen „Gründe“ i.S.v. §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO voraus, deren Geltendmachung präkludiert sein könnte; vielmehr stehe dessen Ausübung – innerhalb der zeitlichen Grenzen des materiellen Rechts – im Belieben des Berechtigten.⁹²

(2) Keine Ausnahme im Fall eines Widerrufsrechts

Nach a.A. ist eine Ausnahme abzulehnen.⁹³ Das Widerrufsrecht diene nicht dem Zweck, den Zeitpunkt der Widerrufserklärung frei zu wählen – dies sei lediglich eine Nebenfolge –, sondern dem Schutz des Verbrauchers vor einer übereilten Bindung an seine Erklärung.⁹⁴ Außerdem wird angeführt, der zum Widerruf Berechtigte verdiene keinen weitergehenden Schutz als etwa der arglistig Getäuschte.⁹⁵ Hiergegen wird jedoch eingewandt, es gehe bei der Differenzierung nicht um eine Bewertung der Gestaltungsgründe, sondern um den Zweck des Widerrufsrechts: dieser bestehe darin, dem Berechtigten eine Schwebelage zu sichern, wohingegen etwa das Anfechtungsrecht an einen abgeschlossenen Tatbestand anknüpfe.⁹⁶ Während die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 BGB Ähnlichkeit zum Eintritt einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB aufweise⁹⁷ – bei der es für die Präklusion auf den Bedingungseintritt ankommt –, sei die

⁹⁰ LG Darmstadt NJOZ 2011, 644 (645); LG Bielefeld Beck-RS 2014, 14353; Schmidt, JuS 2000, 1096 (1098 f.). Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82; Herget (Fn. 87), § 767 Rn. 14.

⁹¹ Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82.

⁹² Schmidt, JuS 2000, 1096 (1098 f.).

⁹³ So wohl Seiler (Fn. 80), § 767 Rn. 22b; BGH NJW 2020, 2876 Rn. 17 ff. (zum Widerrufsrecht nach §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB a.F.). In einer Entscheidung zum Widerrufsrecht nach dem HWiG ging der BGH davon aus, dieses sei nicht als Gestaltungsrecht, sondern als rechtshindernde Einwendung anzusehen und bejahte eine Präklusion, BGH NJW 1996, 57 (57 ff.). Heute ist die Rechtsnatur der Widerrufsrechte als Gestaltungsrechte jedoch unumstritten, vgl. Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 355 Rn. 22 ff.

⁹⁴ BGH NJW 2020, 2876 Rn. 17 ff. (zum Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1, 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB a.F.).

⁹⁵ OLG Hamm NJW 1993, 140 (141 zu § 1b AbzG).

⁹⁶ Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82.

⁹⁷ Müller-Christmann, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 54. Ed., Stand: 1.11.2019, § 355 Rn. 13.

Ausübung des Anfechtungsrecht nach §§ 123, 142 Abs. 1 BGB eher mit der Berufung auf eine Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB vergleichbar.⁹⁸

cc) Streitentscheid

Vorzugswürdig ist es, jedenfalls für das Verbraucherschützende Widerrufsrecht gem. § 312g BGB, auf die Ausübung abzustellen, wobei der Meinungsstreit im Übrigen offen bleiben kann. Die zeitlichen Grenzen dieses Widerrufsrechts in §§ 355 Abs. 2, 356 Abs. 2, Abs. 3 BGB beruhen auf der Umsetzung der zwingenden Vorschriften der Art. 9 f. der Richtlinie 2011/83/EU (Verbraucherrechterichtlinie). Die zeitliche Verkürzung, die eintritt, wenn man für die Präklusion auf den Zeitpunkt des Entstehens des Widerrufsrechts abstellt, verletzt somit Unionsrecht.⁹⁹ Jedenfalls im Sinne einer unionsrechtskonformen Auslegung ist daher für die Präklusion der Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts maßgeblich.

Somit ist die Einwendung der K nicht präkludiert.

3. Zwischenergebnis

Die Klage der K ist begründet.

III. Zwischenergebnis

Die Vollstreckungsabwehrklage ist zulässig und begründet. Das Gericht wird ein Gestaltungsurteil erlassen, das die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid für unzulässig erklärt, vgl. §§ 795 S. 1, 775 Nr. 1 ZPO.

Hinweis: Gem. §§ 795 S. 1, 794 Abs. 1 Nr. 4, 769 ZPO besteht außerdem die Möglichkeit, einen Antrag auf eine einstweilige Anordnung zu stellen. Dadurch kann erreicht werden, dass bis zum Erlass des Urteils über die Vollstreckungsabwehrklage die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistungen eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt wird.

C. Ergebnis

Ein Rechtsbehelf der K in Form einer Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 795 S. 1, 794 Nr. 4, 767 Abs. 1 ZPO hat Aussicht auf Erfolg.

⁹⁸ Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82.

⁹⁹ Schmidt/Brinkmann (Fn. 87), § 767 Rn. 82; siehe bereits zur früheren Rechtslage Heiderhoff, ZEuP 2001, 276 (287, 289 f.). Der BGH stellte in seiner Entscheidung zu §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB a.F. fest, dass „für den zwischen den Parteien [...] geschlossenen Darlehensvertrag unionsrechtliche Vorgaben von vornherein fehlen“, BGH NJW 2020, 2876 Rn. 19. Er musste folglich nicht zum Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung Stellung nehmen.