

Examensübungsklausur: Jegliches hat seine Zeit...*

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Johannes Rübbeck, München**

Sachverhalt – Teil 1

Ausgangsfall

K, die unter anderem importierte Medizinprodukte an Drogerien vertreibt, erfährt Ende Januar 2020 von ersten Fällen einer COVID-19-Erkrankung in Deutschland. Sie wittert sofort Gewinnchancen und bemüht sich, so viele FFP2-Masken wie möglich einzukaufen, um sie dann später zu gestiegenen Preisen weiterzuverkaufen. Am 31.1.2020 bestellt sie bei Großhändlerin V 100.000 FFP2-Masken zum damals für eine solche Menge üblichen Einkaufspreis von 150.000 €. Vereinbart wird als Lieferdatum der 1.4.2020 und Zahlung binnen einer Woche nach Lieferung.

Kurz darauf beginnen die Preise angesichts der sich ausbreitenden Pandemie stark anzusteigen. V war es aufgrund ihrer exzellenten Geschäftsverbindungen noch gelungen, sich Mitte Februar 2020 zum Preis von 160.000 € für 100.000 FFP2-Masken mit einer größeren Menge einzudecken. Gleichwohl liefert sie am 1.4.2020 keine Masken an K aus. Im Laufe des März haben sich die Einkaufspreise für Zwischenhändler im Vergleich zu Ende Januar vervierfacht und V ist der Meinung, dass sie nun nicht mehr zum vereinbarten Preis liefern müsse. V hat im März neue Verträge mit anderen Zwischenhändlern geschlossen, die bereit waren, die gestiegenen Marktpreise zu zahlen und hat ihre aus dem Februar-Einkauf vorrätige Ware komplett an diese Kunden ausgeliefert.

Dies teilt V der K am 2.4.2020 angesichts der anhaltend hohen Marktpreise mit. K antwortet sofort, dass dies inakzeptabel sei und sie auf Lieferung binnen einer Woche bestehe und sie außerdem Ersatz aller Schäden aus der verzögerten Lieferung geltend machen werde. In der Folgezeit mahnt K mehrfach erfolglos die Lieferung an. Im Juli beginnen die Preise aufgrund weltweit gesteigener Produktionskapazitäten wieder zu sinken. Ende August, als die Preise für 100.000 FFP2-Masken wieder auf 150.000 € gefallen sind, kündigt V an, dass sie am 31.8. liefern werde. K nimmt die Masken am 31.8. entgegen, weist aber nochmals darauf hin, dass V ihr Schadensersatz für die Verzögerung schulde.

Sie macht geltend, dass sie – was zutrifft – aus dem von ihr tatsächlich beabsichtigten sofortigen Weiterverkauf der Masken im Falle rechtzeitiger Lieferung mindestens 450.000 € mehr hätte Erlösen können, als dies nun aktuell angesichts der (wieder) gefallen Marktpreise der Fall ist.

* Der Sachverhalt beruht auf einem Fall, der im Rahmen des Klausurenkurses an der LMU München im Sommersemester 2021 zur Aufgabe gestellt wurde. Eine Lösung in der hier vorgestellten Tiefe und Ausführlichkeit kann bei einer Bearbeitung unter Klausurbedingungen selbstverständlich nicht erwartet werden.

** Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privatrecht und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Johannes Rübbeck ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

Variante

Wie der Ausgangsfall, nur dass K sich am 10.4., nachdem die Lieferung durch V weiterhin ausgeblieben ist, anderweitig mit 100.000 FFP2-Masken eingedeckt hat und zwar zu dem in diesem Zeitpunkt marktüblichen Einkaufspreis von 600.000 €, um die von ihr Ende März mit verschiedenen Drogerien geschlossenen Lieferverträge über insgesamt 100.000 FFP2-Masken und eine (in diesem Zeitpunkt für Drogerien als Abnehmer marktgerechte) Gesamtkaufpreissumme von insgesamt 650.000 € pünktlich erfüllen zu können.

Sachverhalt – Teil 2

S ist Studentin und in dauernder Geldnot, weil ihre Eltern sie nur wenig unterstützen. Ihr gehört allerdings ein Diamantring, den sie von ihrer Oma geerbt hat, von dem sie sich aber nicht trennen möchte. S bittet deshalb Freundin F, eine gutverdienende Rechtsanwältin, ihr 2.000 € zu leihen und bietet an, für die Sicherung der Rückzahlung F den Ring als Pfand zu überlassen. F ist einverstanden und nimmt, nachdem sie das Geld überwiesen hat, den Ring in Empfang.

Leider geht es S aber weiterhin finanziell schlecht und so nutzt sie die Gelegenheit eines kurzen Besuches bei F, um den Ring heimlich aus deren Schmuckschatulle im Schlafzimmer zu entwenden. Schweren Herzens veräußert S am nächsten Tag den Ring zum Preis von 2.500 € an Juwelierin J. In der Folgezeit gelingt es S nicht, ihre finanziellen Verhältnisse zu stabilisieren und F wartet vergeblich auf Rückzahlung. Fünf Jahre später entdeckt F zufällig im Schaufenster des Schmuckgeschäfts von J den Ring. J weigert sich jedoch, den Ring herauszugeben. Sie ist der Auffassung, F habe keine Rechte an dem Ring und dies erst recht nicht mehr nach so langer Zeit.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten, wobei auf etwaige pandemiebedingte Sondergesetzgebung nicht einzugehen ist!

Zu Teil 1 (jeweils Ausgangsfall und Variante):

Kann K von V 450.000 € Schadensersatz verlangen?

Zu Teil 2:

Kann F von J den Ring herausverlangen?

Lösungsvorschlag zu Teil 1: Ausgangsfall

I. Anspruch der K gegen V auf Schadensersatz i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des ihr entgangenen Mehrerlöses i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2,

286 BGB¹ haben. Hierfür müsste Verzug der V mit einer Leistungspflicht aus einem Schuldverhältnis vorliegen, durch den K in zurechenbarer Weise ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Schaden entstanden ist.

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

Zwischen K und V bestand ein Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB und somit ein vertragliches Schuldverhältnis.

2. Verzug der V, §§ 280 Abs. 2, 286 BGB

Ferner müsste ein Verzug der V in Ansehung ihrer Leistungspflicht vorliegen. Ein solcher setzt eine fällige und durchsetzbare Leistungspflicht und eine von V zu vertretende Nichtleistung nach Mahnung bzw. Entbehrlichkeit der Mahnung voraus, § 286 BGB.

a) Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht der V

Die nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche fällige und durchsetzbare Leistungspflicht der V liegt hier in der Pflicht zur Übergabe und Übereignung von 100.000 FFP2-Masken nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie wurde hier am 1.4.2020 als vereinbartem Liefertermin fällig, § 271 Abs. 1 Var. 1 BGB. Mangels entgegenstehender Einreden war die Leistungspflicht auch durchsetzbar. Insbesondere lag keine Einrede nach § 320 BGB² vor, da V sich zur Vorleistung verpflichtet hatte.

V konnte die Leistung auch nicht aufgrund der zwischen dem Kaufvertragsschluss und dem vereinbarten Liefertermin entstandenen Vervierfachung des Marktpreises für Masken nach § 275 Abs. 2 BGB verweigern. Denn mit dem Anstieg des Marktpreises steigt auch das Leistungsinteresse des Gläubigers.³ Daher ist nicht von einem groben Missverhältnis zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse gem. § 275 Abs. 2 BGB auszugehen.

Schließlich liegt in der Preissteigerung auch keine für die V unzumutbare Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB. Das Geschäft hat aufgrund des gehörigen Vorkaufs vor dem vereinbarten Liefertermin durchaus ein speku-

latives Moment⁴ und es verwirklicht sich in den Marktpreissteigerungen mithin lediglich das insoweit bewusst eingegangene Risiko. Insbesondere war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ende Januar 2020 die Viruserkrankung COVID-19 und das grundsätzliche Risiko einer pandemischen Entwicklung in der Öffentlichkeit durchaus bereits bekannt, wenngleich das konkrete Ausmaß freilich noch nicht absehbar war. Ob angesichts dieser Unvorhersehbarkeit der Pandemie und des Ausmaßes der konkreten Marktpreissteigerung eine Störung der Geschäftsgrundlage hier gänzlich zu verneinen ist, kann letztlich dahinstehen.⁵ Denn jedenfalls hatte sich V Mitte Februar 2020 noch zu vernünftigen Preisen eingedeckt, sodass es ihr zumutbar war,⁶ diese rechtzeitig angeschafften Vorräte zur Erfüllung bereits getätigter Geschäfte einzusetzen, anstatt neue Verträge abzuschließen. Durch diese neuen Geschäfte mit Dritten vermag V die dem Vertrag vom Januar 2020 zugrunde gelegte Risikoverteilung gerade nicht zu ihren Gunsten zu verschieben.

b) Nichtleistung

V lieferte die Masken am 1.4.2020 nicht, erbrachte mithin nicht die geschuldete Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt.

c) Entbehrlichkeit der Mahnung

Eine Mahnung war hier aufgrund des vereinbarten Liefertermins am 1.4.2020 entbehrlich. Denn im Liefertermin liegt eine nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

d) Vertretenmüssen

Da V die ihr zur Verfügung stehenden 100.000 Masken aufgrund attraktiverer Konditionen komplett an andere Kunden ausgeliefert hatte, hat sie bewusst und gewollt, also vorsätzlich, ihre Leistungspflicht gegenüber K nicht am vereinbarten Termin erfüllt, §§ 286 Abs. 4, 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

e) Zwischenergebnis

Aufgrund der vorsätzlichen Nichtleistung zum vereinbarten Termin befand sich V somit im Schuldnerverzug nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB. Erst mit der Lieferung der Masken am 31.8.2020 erlosch die Leistungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 362 Abs. 1 BGB und endete folglich der Verzug.

¹ Der Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung nach § 437 BGB war hier nicht eröffnet, da keine mangelhafte Leistung zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 446 BGB vorlag, sondern vielmehr überhaupt nicht rechtzeitig geleistet wurde.

² Anders als im Fall des § 273 BGB, bei dem ein Berufen des Schuldners auf die Einrede erforderlich ist, würde bei § 320 BGB bereits das Bestehen der Einrede verzugs hindernde Wirkung entfalten, siehe *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 320 Rn. 80; *Lorenz*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57., Stand: 1.2.2021, § 286 Rn. 14 f.

³ *Riehm*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2021, § 275 Rn. 197 mit spezifischem Blick auf die COVID-19-Pandemie.

⁴ Vgl. *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 70.

⁵ Für die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage bei pandemiebedingten Preissteigerungen etwa *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017 (1021 f.); eher restriktiv dagegen *Otte-Gräbener*, GWR 2020, 147 (149 f.); differenzierend *Weaver*, ZVetriebsR 2020, 159 (164).

⁶ Die Prüfung der Zumutbarkeit erfolgt im Wege einer umfassenden Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, siehe nur BGH NJW 2015, 1014 (1015) m.w.N.

3. Zurechenbarer Schaden, §§ 249 ff. BGB

Auf Rechtsfolgenseite bedarf es eines Schadens, der im Wege des Verzugserschadensersatzes nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig ist.

a) Schaden nach § 249 Abs. 1 BGB

Aus der Verpflichtung zum Schadensersatz folgt nach § 249 Abs. 1 BGB, dass V den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn sie rechtzeitig geliefert hätte. Dabei ist gem. § 252 S. 1 BGB ausdrücklich auch der entgangene Gewinn ersatzfähig. Hätte V hier pünktlich am 1.4.2020 die 100.000 Masken geliefert (hypothetischer Zustand), so hätte K im Vergleich zur erfolgten Lieferung am 31.8.2020 (realer Zustand) einen Mehrerlös beim Weiterverkauf von 450.000 € erzielt. Nach der Differenzhypothese⁷ entstand der K somit ein ersatzfähiger Schaden in Höhe von 450.000 €, §§ 249 Abs. 1, 252 BGB.

b) Kausalität und Zurechnung

Der Schaden beruht auch kausal auf der Pflichtverletzung, da diese nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfiel (Äquivalenz⁸) und die Schadensfolge in Form des entgangenen Gewinns bei verspäteter Leistung nicht gänzlich unwahrscheinlich ist (Adäquanz⁹).

Zudem müsste der Schaden dem Schutzzweck¹⁰ der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zuzuordnen sein, sich mithin als Schaden neben der Leistung darstellen. Umstritten ist, nach welchen Kriterien sich die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung richtet.

aa) Zeitliches Kriterium („Zauberformel“)

Nach dem zeitlichen Abgrenzungsansatz („Zauberformel“) liegt ein Schaden neben der Leistung dann vor, wenn sich die Schadensposition schon vor dem Erlöschen der Leistungspflicht in der Weise endgültig verfestigt hat, dass sie durch Nacherfüllung nicht mehr abwendbar oder kompensierbar ist.¹¹ Umgekehrt ist hiernach dann von einem Schaden statt

der Leistung auszugehen, wenn die Schadensposition auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruht.¹²

Vorliegend ist der Schaden, der K durch die entgangene Möglichkeit zum Weiterverkauf im April entstand, nicht durch die Lieferung der Masken durch V Ende August entfallen. Aufgrund des Verfalls des Marktpreises konnte er durch die Nachholung der Leistung nämlich nicht mehr kompensiert werden, sondern hatte sich bereits zu einem endgültigen Schaden verfestigt.¹³ Somit liegt nach dieser Auffassung hier ein nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zu ersetzender Schaden neben der Leistung vor.¹⁴

bb) Schadensphänomenologischer Ansatz

Nach dem schadensphänomenologischen Kriterium richtet sich die Abgrenzung von Schäden statt und neben der Leistung nach der abstrakt-normativen Art des Schadens.¹⁵ Dabei erfasst der Schadensersatz statt der Leistung solche Schäden, die das leistungsersetzende Äquivalenzinteresse des Gläubigers betreffen.¹⁶ Schadensersatz neben der Leistung dagegen bezieht sich auf das zeitabhängig leistungsergänzende Äquivalenzinteresse (Verzögerungsschadensersatz) und das Integritätsinteresse des Gläubigers (einfacher Schadensersatz).¹⁷

Innerhalb dieser Ansicht herrscht Uneinigkeit hinsichtlich der Einordnung der hiesigen Konstellation des Weiterveräußerungsschadens. Zum einen wird vertreten, dass im Fall eines Fortbestehens des Interesses des Gläubigers an der Erfüllung trotz Wegfalls der geplanten Verwendungsmöglichkeit ein nur vorübergehend entgangener Ertrag vorliegt, der als Verzögerungsschaden und damit im Wege des Schadensersatzes neben der Leistung ersatzfähig ist.¹⁸ Ein fortbestehendes Interesse an der Naturalerfüllung wird im hiesigen Fall gerade durch die Annahme der Masken Ende August deutlich.

Zum anderen wird vertreten, dass sich der Weiterveräußerungsschaden auf die Leistungssubstanz und somit das Naturalerfüllungsinteresse des Gläubigers bezieht, was eine Ein-

⁷ Zum Begriff *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 16–22.

⁸ Auch *condicio-sine-qua-non*-Formel, siehe etwa *Flume*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57, Stand: 1.2.2021, § 249 Rn. 280–282.

⁹ Vgl. hierzu BGHZ 3, 261; teilweise wird pauschal eine Anwendung des einschränkenden Kriteriums der Adäquanz auf fahrlässige Schadensverursachung begrenzt, siehe BGHZ 79, 259 (262), was jedoch aufgrund des fehlenden Zusammenhangs zwischen subjektiver Verursachung und objektiver Wahrscheinlichkeit nicht überzeugt, siehe *Flume* (Fn. 8), § 249 Rn. 284 m.w.N. zur Kritik.

¹⁰ Zu diesem Zurechnungskriterium *Oetker* (Fn. 7), § 249 Rn. 120–126.

¹¹ Vgl. *Gsell*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 451 (S. 452); *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2450); *ders.*, in: Liber Amicorum für Detlef Leenen

zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, 2012, S. 147 (S. 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 (S. 254).

¹² *Gsell* (Fn. 11), S. 452.

¹³ Vgl. *Gsell* (Fn. 11), S. 466.

¹⁴ Zu diesem Ergebnis gelangt ebenfalls, wer mit *Benicke/Hellwig*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 285 ff. eine einheitliche Schadensberechnung vornimmt und die Auswahl der einschlägigen Normen nach dem Inhalt des Schadensersatzverlangens trifft, welches hier gerade kumuliert mit dem Verlangen (und darauffolgend dem Erhalt) der Naturalerfüllung erfolgt.

¹⁵ *Riehm* (Fn. 3), § 280 Rn. 217 ff.; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (735 f., 747 f., 751 f.); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (6).

¹⁶ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (24 f.).

¹⁷ *Riehm* (Fn. 3), § 280 Rn. 229 ff.

¹⁸ *Riehm* (Fn. 3), § 280 Rn. 266.

ordnung als Schaden statt der Leistung zur Folge hat.¹⁹ Da hier mit der Lieferung der Masken Ende August schließlich doch eine Naturalleistung vorliegt, wäre nach dieser Ansicht der zwischenzeitlich entgangene Gewinn der K nicht zu ersetzen (vgl. § 281 Abs. 4 BGB).

Hinweis: Eine derart detaillierte Darstellung des Meinungsstreits kann keinesfalls erwartet werden.

cc) Streitentscheid

Für den letztgenannten Ansatz wird angeführt, dass ein Festhalten am Fristsetzungserfordernis im Fall der entgangenen Weiterverkaufsmöglichkeit sinnvoll sei, da der potenzielle Drittkäufer dem Käufer seinerseits eine Frist zur (Nach-)Erfüllung setzen werde.²⁰ Zudem seien Unbilligkeiten hinsichtlich der Fristsetzung durch die Anwendung des § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu entschärfen.²¹ Vor allem werde aber eine Überkompensation des Käufers durch § 281 Abs. 4 BGB vermieden.²²

Hierbei wird jedoch verkannt, dass auch bei einer korrekten Anwendung der „Zauberformel“ und an sich auch bei konsequenter Anwendung der schadensphänomenologischen Idee eine Überkompensation des Käufers ausgeschlossen wird. Ein Schaden ist nämlich dann nicht endgültig im Sinne der „Zauberformel“, wenn bei Nachholung der Leistung eine Kompensation noch möglich ist.²³ Das ist konkret dann der Fall, wenn – anders als im hiesigen Fall – der Marktpreis zwischen dem vereinbarten Liefertermin und dem Zeitpunkt der Leistungserbringung stabil bleibt. Dann fehlt es auch nach der „Zauberformel“ an einem zu ersetzenden Schaden. Ferner droht bei der starren Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung eine inakzeptable Unterkompensation.²⁴ Dem Käufer wurde durch die verspätete Leistung eine sichere Gewinnmöglichkeit genommen. Diese muss ihm ersetzt werden. Dass der Marktpreis möglicherweise im Anschluss an den für den Zeitpunkt der Schadensberechnung maßgeblichen Zeitpunkt irgendwann wieder steigt und damit ein neuerlicher potenzieller Gewinn mit der nachgeholt Leistung nicht ausgeschlossen werden kann, steht als völlig ungewisse Möglichkeit einer Ersatzleistung nicht entgegen. Allgemein muss die Schadensberechnung notwendig auf einen bestimmten zeitlichen Punkt fixiert werden und müssen deshalb Unsicherheiten einer künftigen Entwicklung ausgeblendet werden, soweit sie nicht bereits aktuell als Risiko oder Chance eine vermögensmäßige Bewertung erlauben.²⁵ Wird beispielsweise

se die versprochene Kaufsache gar nicht mehr geliefert und verlangt der Käufer deshalb berechtigterweise Schadensersatz statt der Leistung, so wird sich ebenfalls in vielen Fällen nicht ausschließen lassen, dass der im Zeitpunkt der Schadensberechnung ermittelte Marktwert sich irgendwann in Zukunft ändert, etwa später wieder fällt. Selbstverständlich vermag eine solche Unsicherheit nicht den Anspruch des Gläubigers auf vollen Wertersatz zu schmälern. Auch vorliegend steht deshalb ein aktuell nicht absehbarer, eventuell künftig eintretender Gewinn rechtlich nicht mehr in einem hinreichenden Bezug zur maßgeblichen, nämlich zeitlich gebundenen Schadensberechnung. Es besteht deshalb kein rechtlicher Anlass dafür, das auch bei Scheitern des ursprünglichen Verwendungsplans der Käuferin fortbestehende Leistungsinteresse zu ignorieren und lediglich auf die Möglichkeit eines neuerlichen Vertragsschlusses zu verweisen.²⁶ Überdies erscheint der Verweis auf einen solchen Neuvertragsschluss lebensfremd und entspricht nicht der tatsächlichen Interessenlage der Parteien, die ersichtlich beide am Leistungsaustausch in Natur in Erfüllung des ursprünglichen Vertrages festhalten wollen.

Im Übrigen widerspricht diese Auffassung dem für das modernisierte Schuldrecht zentralen Konzept eines Vorrangs der Nacherfüllung²⁷: Denn sie führt dazu, dass das Festhalten am Leistungsaustausch sich in Situationen wie der vorliegenden als „juristischer Kunstfehler“²⁸ für die Käuferin erweist, die, obwohl sie den Vertrag gerne weiter vollziehen würde, genötigt wird, ein Erlöschen ihres Leistungsanspruches nach § 281 Abs. 4 BGB herbeizuführen, da sie andernfalls auf ihrem Schaden sitzen bleibt.

Damit ist die Auffassung, die den Weiterveräußerungsschaden stets als Schaden statt der Leistung einordnet, abzulehnen und von einer Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns der K im Wege des Schadensersatzes neben der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB auszugehen.

c) Mitverschulden, § 254 BGB

Anhaltspunkte für ein Mitverschulden der K bei der Entstehung des Schadens nach § 254 BGB bestehen nicht.

in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. 2021, § 322 Rn. 28; konkret im Hinblick auf die Schadensberechnung BGH NJW 2020, 1795 (1796) m.w.N.

²⁶ So aber *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (37).

²⁷ Dieses Prinzip fußt letztlich auf dem Grundsatz der Vertragstreue („pacta sunt servanda“) und wird gesetzlich durch §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB abgebildet, vgl. *Looschelders*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2021, § 323 Rn. 12.

²⁸ So treffend *Huber*, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Bd. 1, S. 677, 716 zur nach altem Recht angeordneten und heute durch § 325 BGB überwundenen Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz, die dazu führte, dass sich der voreilig den Rücktritt wählende Gläubiger den Schadensersatz abschnitt.

¹⁹ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (35–37).

²⁰ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (36).

²¹ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (37).

²² *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (38–40).

²³ *Gsell* (Fn. 11), S. 461–464.

²⁴ *Gsell* (Fn. 11), S. 467–469.

²⁵ In der gerichtlichen Praxis ist dies grundsätzlich spätestens der Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz, was sich aus dem Zusammenspiel von § 296a ZPO und § 767 Abs. 2 ZPO ergibt, siehe allgemein *Musielak*,

4. Ergebnis

K hat somit gegen V einen Anspruch auf Ersatz des ihr entgangenen Weiterverkaufsgewinns i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

Lösungsvorschlag zu Teil 1: Variante**II. Anspruch der K gegen V auf Schadensersatz i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz des ihr entgangenen Weiterverkaufsgewinn i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB haben. Hierfür müsste wiederum ein von V zu vertretender Verzug mit einer Leistungspflicht aus einem Schuldverhältnis vorliegen, durch den K in zurechenbarer Weise ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Schaden entstanden ist.

1. Schuldverhältnis und Verzug

V war hier mit ihrer aus dem Kaufvertrag folgenden Pflicht zur Lieferung von 100.000 Masken in Verzug (siehe oben).

2. Zurechenbarer Schaden, §§ 249 ff. BGB

a) Schaden nach § 249 BGB

Anders als im Ausgangsfall entsteht der K vorliegend ein Schaden daraus, dass sie, um ihre Verpflichtungen aus bereits Ende März geschlossenen Verträgen mit Dritten zu erfüllen, für die anderweitige Beschaffung von 100.000 Masken Kosten aufgewendet hat. Hätte V hier am 1.4.2020 geliefert (hypothetische Lage), so hätte K nicht auf eine teure Ersatzbeschaffung zurückgreifen müssen. Tatsächlich musste K hingegen am 10.4.2020 600.000 € für den Deckungskauf aufwenden, während den verspätet gelieferten Masken nur noch ein Wert von 150.000 € zukam. Ihr ist somit ein nach der Differenzhypothese zu ersetzender Schaden i.H.v. 450.000 € entstanden, § 249 Abs. 1 BGB.

b) Kausalität und Zurechnung

Der Schaden beruht auch adäquat-kausal auf der Leistungsverzögerung. Fraglich ist jedoch erneut, ob der Schaden vom Schutzzweck des Schadensersatzes neben der Leistung erfasst ist. Dabei ist erneut die Abgrenzung von Schadensersatz statt und neben der Leistung problematisch.

aa) Zeitliches Kriterium („Zauberformel“)

Nach der „Zauberformel“ ist für diese Abgrenzung entscheidend, ob sich die Schadensposition bereits vor dem Erlöschen der Leistungspflicht in der Weise endgültig verfestigt hat, dass sie durch Nacherfüllung nicht mehr abwendbar oder kompensierbar ist.²⁹ Da hier die Leistung durch V lediglich mit einem Wert von 150.000 € nachgeholt wurde, sind die Kosten des Deckungskaufes der K i.H.v. 600.000 € nur in

diesem Umfang kompensiert worden.³⁰ Somit liegt nach der zeitlichen Abgrenzung ein Schaden neben der Leistung vor.

Innerhalb dieser Auffassung ist wiederum umstritten, ob dieses Ergebnis wertungsmäßig korrekturbedürftig ist. Zum einen wird vorgebracht, es sei ein Ersatz der Mehraufwendungen durch das Deckungsgeschäft zu versagen, solange der Käufer noch Erfüllung verlangen kann und die Vornahme des Deckungsgeschäfts nicht ausnahmsweise durch besondere Gründe gerechtfertigt sei.³¹ Andererseits wird in Anlehnung an den Herausforderungsgedanken im Schadensrecht vertreten, dass ein Ersatz der Mehraufwendungen dann möglich ist, wenn eine dem Schuldner gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist zum Zeitpunkt des Deckungskaufs bereits fruchtlos verstrichen ist oder der Deckungskauf höhere Schäden verhindert hat.³² Schließlich wird angeführt, dass eine Korrektur bei zutreffender Anwendung der „Zauberformel“ gar nicht nötig ist.³³

Die zwei letztgenannten Auffassungen kommen zum selben Ergebnis, wenn von K eine angemessene Nachlieferungsfrist gesetzt wurde, die fruchtlos verstrichen ist. In dem Nachlieferungsverlangen und der Aufforderung zur Leistung binnen einer Woche vom 2.4.2020 liegt eine solche Fristsetzung. Die Frist ist dann angemessen, wenn sie lang genug ist, um den Schuldner in die Lage zu versetzen, seine Leistungspflicht tatsächlich zu erfüllen.³⁴ Die Beschaffung von 100.000 Masken erscheint hier für V insbesondere vor dem Hintergrund des langen Vorlaufs³⁵ vor dem vereinbarten Leistungszeitpunkt am 1.4.2020 (Vertragsschluss am 31.1.2020) innerhalb von einer Woche durchaus möglich. Auch die Dringlichkeit der Lieferung aus Sicht der K aufgrund ihrer Verpflichtungen mit Dritten spricht für die Angemessenheit der Frist im hiesigen Einzelfall.

Da also die angemessene Nachlieferungsfrist von einer Woche verstrichen ist, kommt nur die erstgenannte Unteransicht zur Versagung des Anspruchs. Denn es liegt wohl keine ausnahmsweise Rechtfertigung des Deckungskaufs durch einen drohenden höheren Verzögerungsschaden vor.³⁶ Diese Ansicht überzeugt jedoch schon dogmatisch nicht, da § 254 BGB, auf den sich die Ansicht maßgeblich stützt, für die Abgrenzung der Schadensarten keine Relevanz hat.³⁷ Auch

³⁰ Anders wäre dies beispielsweise, wenn der Marktpreis im Zeitraum zwischen dem Deckungskauf und der tatsächlichen Leistungserbringung konstant geblieben wäre. Denn in diesem Fall wird die Leistung mit einem Wert nachgeholt, der die zwischenzeitlichen Mehraufwendungen vollständig kompensiert, weshalb letztlich kein Schaden vorliegt, siehe *Gsell* (Fn. 11), S. 466.

³¹ *Faust* (Fn. 11), S. 255 f.

³² *Lorenz* (Fn. 11), S. 159 ff.

³³ *Gsell* (Fn. 11), S. 461 ff.

³⁴ Vgl. *Lorenz* (Fn. 2), § 281 Rn. 17 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

³⁵ Vgl. *Ernst* (Fn. 11), § 323 Rn. 72.

³⁶ Insbesondere enthält der Sachverhalt keinerlei Hinweise auf möglicherweise zu befürchtende Schäden der Drittabnehmer.

³⁷ *Gsell* (Fn. 11), S. 472.

²⁹ *Gsell* (Fn. 11), S. 452.

ist ein Alles-oder-Nichts-Prinzip, welches die Konsequenz der Berücksichtigung bei der Schadensabgrenzung ist, mit der Funktionsweise des einzelfallorientierten § 254 BGB nicht vereinbar.³⁸ Damit liegt nach der „Zauberformel“ bei zutreffender Anwendung hier ein grundsätzlich ersetzbarer Schaden neben der Leistung vor.³⁹

bb) Schadensphänomenologisches Kriterium

Nach dem schadensphänomenologischen Ansatz ist für die Abgrenzung maßgeblich, ob der Schaden das leistungsersetzende Äquivalenzinteresse (dann statt der Leistung) oder das leistungsergänzende Äquivalenzinteresse bzw. das Integritätsinteresse betrifft (dann neben der Leistung).⁴⁰

Auch die hiesige Konstellation eines Deckungskaufs nach Fristablauf und vor der späteren Nachholung der Naturalleistung wird jedoch von Vertretern des schadensphänomenologischen Ansatzes uneinheitlich beurteilt.

Zum einen wird vertreten, die mit den Mehraufwendungen verbundenen Gewinneinbußen betreffen ausschließlich die Kompensation des Substanzwerts und seien als Schaden statt der Leistung einzuordnen.⁴¹ Andererseits wird vertreten, in Fällen des Deckungskaufs zwischen Fristablauf und nachgeholter Naturalerfüllung trete das Deckungsgeschäft nicht an die Stelle der vom Schuldner geschuldeten Leistung, sondern neben diese mit der Folge, dass die Mehrkosten im Wege des Schadensersatzes neben der Leistung ersatzfähig sind.⁴² Ein Schadensersatz statt der Leistung, zu dem die erstgenannte Unteransicht gelangt, ist vorliegend aufgrund der schließlich erfolgten Naturalleistung ausgeschlossen (vgl. 281 Abs. 4 BGB).

³⁸ Diese Kritik gilt freilich in gleichem Maße für den von Lorenz (Fn. 11), S. 159 ff. vertretenen Ansatz der Anwendung des Herausgabedankens, was sich hier jedoch aufgrund der Ergebniskongruenz nicht auswirkt.

³⁹ So im Ergebnis wiederum die einheitliche Schadensberechnung nach Benicke/Hellwig (Fn. 14), § 280 Rn. 285 ff. und auch Bach, ZJS 2013, 1 (7), der anhand einer de-facto-Rückabwicklung des Vertrags abgrenzt.

⁴⁰ Riehm (Fn. 3), § 280 Rn. 217 ff.; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735 f., 747 f., 751 f.); Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (6).

⁴¹ In diesem Sinne pauschal und ohne Differenzierung im Hinblick auf eine etwaige nachfolgende Naturalleistung Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (29 f.); ebenso Kindl, JA 2020, 881 (884); im Ergebnis möglicherweise auch BGHZ 197, 357 = NJW 2013, 2959 (2960), wobei unklar bleibt, wie sich in dem entschiedenen Fall der Marktpreis zwischen Deckungskauf und Nacherfüllung entwickelte, kritisch hinsichtlich der Pauschalität der Entscheidung daher Gsell, LMK 2013, 353035; dies. (Fn. 11), S. 468 Fn. 53.

⁴² So Riehm (Fn. 3), § 280 Rn. 240 ff., 260 ff., der zwischen „unechtem“ und „echtem“ Deckungskauf differenziert; kritisch zu dieser Unterscheidung Gsell (Fn. 11), S. 469 f.

Hinweis: Auch an dieser Stelle kann eine derart detaillierte Kenntnis des Meinungsstreits nicht erwartet werden.

cc) Streitentscheid

Ähnlich wie schon im Fall des Weiterveräußerungsschadens wird für den schadensphänomenologischen Ansatz, der hier zum Schaden statt der Leistung kommt, angeführt, er führe zu einer zwanglosen Durchführung der Differenzhypothese.⁴³ Ferner werde mit der Einordnung des auf dem Deckungskauf beruhenden Schadens als Schaden statt der Leistung eine Überkompensation des Käufers verhindert.⁴⁴

Dem ist wiederum entgegenzuhalten, dass in der hiesigen Konstellation tatsächlich gerade keine Überkompensation durch den Deckungskauf vorliegt. Vielmehr ist der Schaden aufgrund des nach dem Deckungskauf gesunkenen Marktpreises endgültig eingetreten und dessen Ersatz eine angemessene Kompensation.⁴⁵ Die vorliegende Situation zeigt, dass eine Aufspaltung des Leistungsinteresses in einen leistungsersetzenden Substanz- und einen leistungsergänzenden Nutzwert⁴⁶ verfehlt ist, soweit dabei ignoriert wird, dass der Substanzwert schwanken kann und folglich beim Gläubiger trotz Nachholung der Leistung aufgrund deren Wertverfall ein Schaden verbleiben kann, der bei rechtzeitiger Leistung vermieden worden wäre.⁴⁷

Darüber hinaus zwingt man in der hiesigen Situation mit einer Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung den rechtskundigen Käufer dazu, eine doch noch angebotene Nacherfüllung abzulehnen, nur um sich nicht den Weg in den Schadensersatz zu verbauen.⁴⁸ Dieser Anreiz widerspricht nicht nur dem Prinzip des Vorrangs der Nacherfüllung,⁴⁹ sondern führt auch völlig losgelöst von einem möglichen übereinstimmenden Parteiinteresse zum endgültigen Scheitern des Leistungsaustauschs. Es entspricht der erneute Abschluss eines Vertrags gerade nicht dem beiderseitigen Willen und

⁴³ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (30).

⁴⁴ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (33–35); Kindl, JA 2020, 881 (884).

⁴⁵ Gsell (Fn. 11), S. 469; kritisch, allerdings ohne Begründung Kindl, JA 2020, 881 (884).

⁴⁶ Hierfür Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (19).

⁴⁷ Dass sich der Wert der Leistung im Laufe der Zeit ändern kann, ist einer der maßgeblichen Gründe dafür, dass das Leistungsinteresse des Gläubigers – für beide Vertragsparteien bei Vertragsschluss ersichtlich – nicht allein gegenstandsbezogen ist, sondern auch zeitbezogen. Dass der Gläubiger neben dem Erhalt der Naturalleistung auch die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts ersetzt bekommt, entspringt vor diesem Hintergrund der Wertung, dass sich der Gläubiger neben der bloßen Substanz auch deren Verkehrswert zum Zeitpunkt der vereinbarten Lieferung „erkauft“ hat. Die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten des Deckungskaufs ist somit schon synallagmatisch geboten.

⁴⁸ Zu diesem „juristischen Kunstfehler“ vgl. bereits oben vor und mit Fn. 28.

⁴⁹ Hierzu siehe bereits Fn. 27.

Interesse.⁵⁰ Schließlich fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung dafür, die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für den Deckungskauf vom endgültigen Ausbleiben der Leistung abhängig zu machen, soweit aufgrund mittlerweile wieder gefallener Marktpreise die Nachholung der Leistung diese Kosten gerade unkompensiert lässt.⁵¹ Vorliegend kann aufgrund der zuletzt gesunkenen Marktpreise die nachgeholte Leistung den Mehraufwand des Deckungskaufes i.H.v. 600.000 € eben nur im Umfang von 150.000 € ausgleichen und es ist deshalb kein Sachgrund dafür ersichtlich, K Ersatz ihres verbleibenden Schadens i.H.v. 450.000 € zu versagen.

Nach alledem erscheint eine Einordnung des hiesigen Schadens der K als Schaden neben der Leistung vorzugswürdig.

c) *Mitverschulden, § 254 BGB*

Anhaltspunkte dafür, dass K hier im Zusammenhang mit dem Deckungskauf gegen ihre Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen hat, liegen nicht vor. Denn K hat hier vor dem Deckungskauf am 10.4.2020 bereits am 2.4.2020 eine angemessene Nachfrist von einer Woche gesetzt, die fruchtlos verstrichen ist. Auch entsprach der zum Deckungskauf aufgewendete Betrag dem zu diesem Zeitpunkt marktüblichen Einkaufspreis und der Weiterverkaufspreis war ebenfalls marktgerecht.

3. *Ergebnis*

K hat somit gegen V auch in der Variante einen Anspruch auf Ersatz des ihr entgangenen Weiterverkaufsgewinns i.H.v. 450.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

Lösungsvorschlag zu Teil 2

Fraglich ist, ob F von J den Ring herausverlangen kann.

I. §§ 1227, 985 entspr. BGB analog

F könnte gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des Rings nach §§ 1227, 985 entspr. BGB analog haben. Hierfür müsste F Inhaberin eines Pfandrechts am Ring sein, J Besitzerin des Rings sein und J dürfte kein Recht zum Besitz haben.

1. *Pfandrecht*

Das Pfandrecht müsste zunächst entstanden sein und dürfte nicht erloschen sein.

a) *Wirksame Bestellung, §§ 1204, 1205 Abs. 1 BGB*

S und F haben sich hier über die Bestellung eines Pfandrechts an dem Ring als bewegliche Sache nach § 90 BGB zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs⁵² der F gegen S

⁵⁰ Vgl. bereits oben unter Teil 1: Ausgangsfall I. 3. b) cc).

⁵¹ Gsell (Fn. 11), S. 469.

⁵² Als akzessorisches Sicherungsmittel setzt das Pfandrecht eine zu sichernde Forderung voraus. Es kann dabei sowohl eine bereits bestehende als auch eine zukünftige Forderung gesichert werden, solange diese dem Grunde nach bestimm-

nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB geeinigt.⁵³ Auch hat S F den unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB am Ring verschafft, dabei selbst jeglichen Besitz verloren und ihn S damit übergeben.⁵⁴ Da S zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung Eigentümerin nach § 903 BGB und nicht in ihrer Verfügungsmacht beschränkt⁵⁵ war, war sie auch zur Verfügung über den Ring befugt.

b) *Erlöschen*

aa) *Besitzverlust*

Das Pfandrecht könnte zunächst durch Rückgabe nach § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sein. Ein Untergang des Pfandrechts nach § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB setzt indes voraus, dass der Pfandgläubiger den Besitz am Pfand zugunsten des Eigentümers freiwillig und mit einem Rückgabewillen aufgibt.⁵⁶ Hier hat S bei einem Besuch bei F den Ring heimlich aus deren Schmuckschatulle im Schlafzimmer entwendet, weshalb gerade keine freiwillige Besitzaufgabe der F nach Maßgabe des § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Die Vermutung des § 1253 Abs. 2 S. 2 BGB ist folglich widerlegt.

Aus § 1253 BGB folgt ferner e contrario, dass der bloße Besitzverlust am Pfand das Pfandrecht gerade nicht zum Erlöschen bringt.⁵⁷

bb) *Durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb*

Das Pfandrecht der F könnte jedoch durch einen gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb der J nach § 936 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB erloschen sein. Hierfür müsste ein Eigentumserwerb der J vorliegen und sie müsste beim Erwerb in Ansehung des Pfandrechts gutgläubig sein.

bar ist, siehe *Schärfl*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57, Stand: 1.2.2021, § 1204 Rn. 61.

⁵³ Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen nach §§ 1204 ff. BGB hat in der Praxis nur geringe Bedeutung, siehe *Förster*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2021, § 1204 Rn. 31. Häufig wird von den Parteien eine Sicherungsübereignung nach § 930 BGB (ggf. i.V.m. § 158 Abs. 2 BGB) bevorzugt, da hierbei die Sache beim Schuldner verbleiben und er weiter mit dieser wirtschaften kann, um die zu sichernde Forderung zu erfüllen.

⁵⁴ Vgl. *Schärfl* (Fn. 52), § 1205 Rn. 11 ff.

⁵⁵ Eine solche Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers kann sich aus Gesetz oder behördlicher Anordnung ergeben. Man unterscheidet zwischen relativen (etwa §§ 135 f. BGB) und absoluten Verfügungsbeschränkungen (beispielsweise § 1369 Abs. 1 BGB), siehe *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 44 ff. Letztere können dabei nicht durch eine Gutgläubigkeit des Erwerbers überwunden werden.

⁵⁶ *Damrau*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1253 Rn. 2 ff.

⁵⁷ *Förster* (Fn. 53), § 1253 Rn. 5 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

(1) *Eigentumserwerb der F im Wege eines Verkehrsgeschäfts*
S und J haben sich über den Übergang des Eigentums an dem Ring geeinigt und S hat J den unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB dergestalt verschafft, dass sie selbst jeden Besitz an der Sache dauerhaft verliert, mithin den Ring übergeben, § 929 S. 1 BGB. S war als Eigentümerin auch Verfügungsbefugt. Insbesondere tangiert das bis dahin jedenfalls bestehende Pfandrecht nicht die Verfügungsbefugnis des Eigentümers. Denn das Pfandrecht stellt eine dingliche Belastung des Eigentums dar, die – vorbehaltlich der Möglichkeit des lastenfremen Erwerbs – im Bestand unabhängig von der Person des Eigentümers ist.⁵⁸ Auf die Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs nach § 932 BGB kommt es somit nicht an. Mangels auch nur teilweiser Personenidentität liegt auch ein Verkehrsgeschäft vor.⁵⁹

(2) *Gutgläubigkeit in Ansehung des Pfandrechts*

Ein gutgläubiger lastenfremder Erwerb wäre jedoch nach § 936 Abs. 2 BGB dann ausgeschlossen, wenn die Erwerberin zum Zeitpunkt der Übergabe (§ 929 S. 1 BGB) in Ansehung des Pfandrechts nicht in gutem Glauben war. Maßgeblich ist dabei der Maßstab des § 932 Abs. 2 BGB, wonach der Erwerberin die Belastung der Sache mit dem Pfandrecht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein müsste.⁶⁰ Vorliegend war aus der Sicht der J bei der Übergabe des Rings kein Anhaltspunkt dafür gegeben, dass der Ring mit einem Pfandrecht belastet war.

Die Voraussetzungen des gutgläubigen lastenfremen Erwerbs nach §§ 936 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 932 Abs. 2 BGB lagen somit vor.

(3) *Ausschluss wegen Abhandenkommens*

Ein Ausschluss des lastenfremen Erwerbs könnte gleichwohl vorliegen, wenn man § 935 BGB in der vorliegenden Situation analog⁶¹ anwendet. Denn mit dem Entwenden des Rings aus der Schatulle hat J als unmittelbare Besitzerin den Besitz am Ring ohne ihren Willen verloren,⁶² weshalb ihr der Ring abhandengekommen ist, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine planwidrige Regelungslücke liegt zunächst vor, da § 936 BGB selbst nicht auf § 935 BGB verweist und § 935 BGB seinerseits lediglich auf §§ 932–934 BGB verweist, der Gesetzgeber aber gleichwohl eine Beachtung des Gedankens

des § 935 BGB beabsichtigte.⁶³ Auch eine parallele Interessenlage liegt vor, da der gutgläubige lastenfremde Erwerb auf denselben Erwägungen beruht wie der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten.⁶⁴ Konkret erscheint es interessengerecht, dass auch beim gutgläubigen lastenfremen Erwerb der Drittberechtigte an der Entstehung des Rechtsscheins, dass die Sache unbelastet sei, mitgewirkt haben muss, indem er die Sache selbst aus der Hand gegeben hat.⁶⁵

Nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB analog ist daher der gutgläubige lastenfremde Erwerb der J ausgeschlossen.

cc) *Zwischenergebnis*

Das Pfandrecht der F ist somit weder durch den Besitzverlust noch durch einen gutgläubigen lastenfremden Erwerb der J erloschen.

2. *Besitz der J*

J hat die tatsächliche Sachherrschaft am Ring und ist somit unmittelbare Besitzerin des Rings nach § 854 Abs. 1 BGB.

3. *Recht zum Besitz der J*

Fraglich ist, ob J F ein Recht zum Besitz entgegenhalten kann, § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. Als Besitzrechte kommen solche dinglicher Natur und solche schuldrechtlicher Natur in Betracht.⁶⁶

a) *Eigentum*

Ihr wirksam erworbenes Eigentum am Ring (§ 903 BGB) kann J F nicht entgegenhalten, da eine der wesentlichen mit dem Pfandrecht (nicht durch lastenfremden Erwerb erloschenen) verbundenen Beschränkungen gerade darin besteht, dass kein Recht des Eigentümers zum unmittelbaren Besitz gegenüber dem Pfandrechtsinhaber besteht. Das Pfandrecht ist insoweit ein „stärkeres“ Recht zum Besitz.⁶⁷ Auch stehen dem Pfandrecht keine Einreden entgegen, durch die seine Geltendmachung dauerhaft ausgeschlossen ist.⁶⁸

b) *Abgeleitetes Besitzrecht*

Ein von S im Wege des bestehenden Schuldvertrags nach §§ 433 ff. BGB abgeleitetes Besitzrecht der J besteht eben-

⁵⁸ Zur dogmatischen Einordnung Förster (Fn. 53), § 1204 Rn. 5 ff.

⁵⁹ Hierbei handelt es sich freilich nicht um eine allgemeine Voraussetzung des § 929 BGB, sondern um ein spezielles Tatbestandsmerkmal des gutgläubigen Erwerbs. Für § 936 BGB siehe Klinck, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2021, § 936 Rn. 24 m.w.N.

⁶⁰ Siehe nur Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 936 Rn. 3.

⁶¹ Zu den Voraussetzungen der Analogiebildung siehe etwa Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 253 ff.

⁶² Vgl. Schulte-Nölke, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 935 Rn. 1.

⁶³ Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte, auf die sich die heute ganz h.M. einer analogen Anwendung des § 935 BGB stützt, Klinck (Fn. 59), § 936 Rn. 22 m.w.N.; a.A. Bartels/Nißing, Jura 2011, 252 (257).

⁶⁴ Siehe etwa Oechsler (Fn. 55), § 936 Rn. 13.

⁶⁵ Treffend Klinck (Fn. 59), § 936 Rn. 22 a.E.

⁶⁶ Spohnheimer, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2021, § 986 Rn. 5.

⁶⁷ Vgl. Schärfl (Fn. 52), § 1227 Rn. 2 m.w.N.

⁶⁸ Folge einer solchen Einrede wäre, dass dem Pfandgläubiger die dolo-agit-Einrede nach § 242 BGB entgegengehalten werden könnte, da der Eigentümer/Verpfänder nach erfolgter Herausgabe sofort seinerseits Rückgabe des Pfands verlangen könnte, § 1254 BGB, siehe Förster (Fn. 53), § 1227 Rn. 5.

falls nicht, da S ihrerseits kein (dingliches oder obligatorisches) Besitzrecht gegenüber F hat.

4. Einrede der Verjährung

Schließlich kann J die Herausgabe des Rings nicht gestützt auf die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB verweigern, da es sich um einen Anspruch aus dem Pfandrecht handelt, für den nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB eine dreißigjährige Verjährungsfrist gilt.

5. Ergebnis

Daher hat F gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des Rings nach §§ 1227, 985 BGB.

II. § 861 BGB

F könnte gegen J ferner einen Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB haben.⁶⁹ Dafür müsste F der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein und J gegenüber F fehlerhaft besitzen.

1. Besitzentzug durch verbotene Eigenmacht

Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn dem Besitzer ohne seinen Willen der Besitz entzogen wird oder er im Besitz gestört wird, § 858 Abs. 1 BGB. Hier hat S der F den Ring ohne deren Wissen aus der Schatulle entwendet und somit den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen.

2. Fehlerhafter Besitz der J

Ferner müsste J gegenüber F fehlerhaft besitzen. Als Nachfolgerin der S im Besitz muss J die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nach § 858 Abs. 2 BGB nur gegen sich gelten lassen, wenn sie Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ihrer Vorgängerin bei dem Besitzerwerb kennt. Vorliegend ist J weder Erbin der S geworden (§ 1922 Abs. 1 BGB), noch wusste sie davon, dass S der F den Besitz ohne deren Willen entzogen hat, also fehlerhaft besaß. Der Besitz der J ist somit nicht fehlerhaft.

3. Ergebnis

Ein Herausgabeanspruch der S gegen J nach § 861 BGB besteht folglich nicht.

III. § 1007 Abs. 1 BGB

F könnte jedoch einen Herausgabeanspruch gegen J aus § 1007 Abs. 1 BGB haben.⁷⁰ Hierfür müsste F den Ring als

⁶⁹ Hierbei handelt es sich um den sog. possessorischen Besitzschutz, dessen Zweck darin besteht, dem bisherigen Besitzer die Möglichkeit einer zügigen gerichtlichen Durchsetzung der Wiedereinräumung des Besitzes zu geben, siehe Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 861 Rn. 1.

⁷⁰ § 1007 BGB stellt den sog. petitorischen Besitzschutz dar, der im Gegensatz zu § 861 BGB das relativ bessere Recht

bewegliche Sache früher im Besitz gehabt haben und J müsste im Hinblick auf ihr Besitzrecht beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben gewesen sein.

1. Früherer Besitz der F

F als Pfandgläubigerin hatte nach der Bestellung des Pfandrechts unmittelbaren Besitz am Ring, § 854 Abs. 1 BGB.

2. Bösgläubigkeit der J bei Besitzerwerb

J wusste hier nichts vom Pfand- und damit Besitzrecht der F und es bestanden auch keine Anhaltspunkte für ein solches, weshalb sie ihr fehlendes Besitzrecht beim Erwerb von S weder kannte noch kennen musste, § 932 Abs. 2 BGB analog.⁷¹ Sie war daher beim Besitzerwerb gutgläubig.

3. Ergebnis

Aufgrund der Gutgläubigkeit der J besteht kein Anspruch der F aus § 1007 Abs. 1 BGB.

IV. § 1007 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch der F gegen J auf Herausgabe des Rings nach § 1007 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass die Sache der F als frühere Besitzerin abhandengekommen ist und J kein besseres Recht zum Besitz hat.⁷²

1. Früherer Besitz der F

F als Pfandgläubigerin hatte nach der Bestellung des Pfandrechts unmittelbaren Besitz am Ring, § 854 Abs. 1 BGB.

2. Abhandenkommen

Aufgrund des Entwendens des Rings aus ihrem Schlafzimmer ist F der Ring abhandengekommen. Denn wie bei § 935 Abs. 1 BGB ist auch hier ein unfreiwilliger Verlust der unmittelbaren Sachherrschaft erforderlich,⁷³ welcher hier durch das Entwenden aus der Schmuckschatulle vorliegt (siehe oben).

3. Besseres Besitzrecht der J

Fraglich ist, ob der Anspruch aufgrund des Eigentumserwerbs von J nach § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen ist

zum Besitz dauerhaft schützt, siehe Spohnheimer (Fn. 66), § 1007 Rn. 4 f.

⁷¹ Siehe Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57, Stand: 1.11.2020, § 1007 Rn. 8.

⁷² Der Wortlaut des § 1007 Abs. 2 BGB erscheint im Hinblick auf den letzten Halbsatz missglückt, da die Einwendung des besseren Besitzrechtes schon über § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB Berücksichtigung findet, siehe Fritzsche (Fn. 71), § 1007 Rn. 13. Es erscheint daher sinnvoll, diesen nicht als eigenständigen Prüfungspunkt aufzuführen, sondern schlicht das bessere Besitzrecht im Rahmen von § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen.

⁷³ Fritzsche (Fn. 71), § 1007 Rn. 11.

oder J nach § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB im Vergleich zur F ein besseres Recht zum Besitz zusteht. Zwar hat J hier gem. § 929 S. 1 BGB wirksam Eigentum (§ 903 BGB) an der Sache erworben. Grundsätzlich folgt aus dem Eigentum auch ein besseres Recht zum Besitz.⁷⁴ Wie bereits oben⁷⁵ ausgeführt, hat F jedoch wirksam ein Pfandrecht am Ring erworben, welches das Eigentum an der Sache dergestalt belastet, dass gerade auch der Eigentümer gegenüber dem Pfandrechtsinhaber kein Recht zum Besitz mehr hat („Faustpfandrecht“). Da das Pfandrecht hier nicht durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb erloschen ist, vermittelt es F ein besseres Besitzrecht im Vergleich zum Eigentum der J und steht nach wohl h.M. auch der Eigentumserwerb von J entgegen dem Wortlaut von § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB dem Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB ausnahmsweise nicht entgegen.⁷⁶

4. Ergebnis

Daher besteht auch ein Herausgabeanspruch der F gegen J aus § 1007 Abs. 2 BGB.

V. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch der F gegen J nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist nicht gegeben, da keine Leistung, also keine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,⁷⁷ der F in Ansehung des Rings vorliegt.

VI. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

F könnte gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des Rings aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) haben. Voraussetzung hierfür ist, dass J in sonstiger Weise auf Kosten der F etwas erlangt hat.

1. Kondiktionsgegenstand

J hat hier Besitz am Ring erlangt (siehe oben).

2. „in sonstiger Weise auf dessen Kosten“

Problematisch ist jedoch, dass J den Besitz hier durch Leistung der S erlangt hat, da diese ihr den Ring in Erfüllung eines Kaufvertrags (*causa solvendi*) nach § 929 S. 1 BGB übereignet hat. Denn sämtliche Formen der Nichtleistungskondiktion sind gegenüber der Leistungskondiktion

subsidiär.⁷⁸ Eine Ausnahme vom Vorrang der Leistungskondiktion erscheint hier jedoch geboten, da der Besitz am Ring der F durch das Pfandrecht rechtlich „zugewiesen“ ist und J wegen des gescheiterten gutgläubigen lastenfreien Erwerbs gegenüber F nicht schutzwürdig ist.⁷⁹ Durch den Besitzerwerb der J wurde unmittelbar in die F zugewiesene Rechtsposition eingegriffen.

3. Fehlender Rechtsgrund

Im Verhältnis zwischen J und F besteht kein Behaltensgrund. Der Kaufvertrag zwischen J und S entfaltet keine Drittwirkung.

4. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB auf Herausgabe des Rings ist somit ebenfalls gegeben.

VII. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

Schließlich scheidet ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB aus, da die Veräußerung an J nicht unentgeltlich erfolgte.

VIII. Gesamtergebnis

F hat gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des Rings aus §§ 1227, 985 BGB sowie aus § 1007 Abs. 2 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

⁷⁴ Dies folgt schon aus der Konzeption des Eigentums als umfassenden Herrschaftsrechts, vgl. § 903 BGB.

⁷⁵ Siehe vor und mit Fn. 67.

⁷⁶ Siehe nur *Spohnheimer* (Fn. 66), § 1007 Rn. 29; *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1007 Rn. 28.

⁷⁷ Dieser Leistungsbegriff entspricht der ständigen Rechtsprechung, siehe nur BGH NJW 2018, 1079; BGH WM 2002, 1560; BGH NJW 1972, 864 (865) und der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur, siehe statt vieler *Stadler*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 2 ff.

⁷⁸ Statt vieler siehe *Wiese*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, Vorb. §§ 812–822 Rn. 4.

⁷⁹ Ein abweichendes Ergebnis scheint insbesondere mit dem Argument, bei einer wertenden Betrachtung seien die möglichen Einwendungen der J gegenüber ihrer Vertragspartnerin S zu erhalten, durchaus vertretbar.