

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.11.2024, 2 U 93/24, NJW 2025, 510 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Betriebsausfallschaden infolge einer mangelhaften Leistung

+++ Mangelhafte Leistung +++ Anspruch auf Ersatz des mangelbedingten Betriebsausfallschadens +++ Verzugsschaden, Mangelfolgeschaden oder Schadensersatz statt der Leistung +++ Schadensminderungsobliegenheit des Bestellers +++ §§ 254 II S. 1, 280 ff. BGB +++

Sachverhalt (vereinfacht und abgewandelt): Landwirt B schloss am 09.04.2024 mit U einen Vertrag über den Bau einer Fahrsilo-Anlage¹ zum Einlagern von geerntetem Mais.

B nahm die von U hergestellte Anlage am 16.09.2024 ab und bemerkte spätestens am 14.10.2024, dass diese herstellungsbedingt teilweise undicht war und sich ihre Abflüsse nicht öffnen ließen. B rügte mit Schreiben vom 15.10.2024 aber einen anderen Mangel an der Fahrsiloanlage (Pfützenbildung), der bereits aufgrund einer zuvor erfolgten Mängelrüge beseitigt worden war.

Am 25.10.2024 folgte dann ein weiteres, vorab per E-Mail übersandtes Schreiben, in dem die fortbestehenden Mängel jetzt zutreffend bezeichnet waren und U aufgefordert wurde, diese „schnellstmöglich, spätestens jedoch bis zum 08.11.2024“ zu beseitigen, weil die Fahrsiloanlage genutzt werden müsse. Diese Aufforderung war verbunden mit der Maßgabe, dass U die Mängelbeseitigungsarbeiten vorher ankündigen und die Termine unter Berücksichtigung einer entsprechenden Vorlaufzeit mit B absprechen müsse, damit B disponieren könne.

Weil B die Fahrsiloanlage im mangelhaften Zustand nicht zur Lagerung des am 18.10.2024 geernteten Maises verwenden konnte, sah er sich dazu gezwungen, diesen am 26. und am 29.10.2024 zu verkaufen.

U teilte dem B am 05.11.2024 mit, dass er die Mängelbeseitigungsmaßnahmen binnen der ihm gesetzten Frist, nämlich am 08.11.2024, durchführen würde, was er dann auch tatsächlich tat.

B musste sich wegen des bereits erfolgten Verkaufs seines Maises durch Zukauf von Futter zu höheren Marktpreisen eindecken. B hatte U zuvor weder auf den drohenden Maisverkauf infolge der mangelhaften Anlage noch auf den dadurch erforderlich werdenden Futtermittelzukauf zu höheren Preisen hingewiesen.

Kann B von U Ersatz der ihm durch den Zukauf von Mais entstandenen Mehrkosten verlangen?

Hinweis: Die Vorschriften der §§ 650a ff. BGB bleiben für die Bearbeitung außer Betracht!²

A) Sound²

Der Anspruch auf Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfalls gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB kann nach § 254 II S. 1 BGB wegen überwiegenden Mitverschuldens des Bestellers ausgeschlossen sein, wenn er ihm bekannte Mängel dem Unternehmer nicht anzeigt, die jener vor Schadenseintritt beseitigt hätte.

¹ **Hinweis:** Bei einer Fahrsilo-Anlage handelt es sich um ein Bauwerk. Fahr-Silos bestehen aus einer Bodenplatte und umliegenden Seitenwänden.

² Die §§ 650a ff. BGB haben für die Lösung des Falles keine Relevanz und gehören nach der Prüfungsordnung vieler Bundesländer weder im Ersten noch im Zweiten Staatsexamen zum Pflichtprüfungstoff. So gehören bspw. in Bayern seit dem Termin 2022/I die Vorschriften zum Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag nicht (mehr) zum Pflichtprüfungstoff, vgl. § 18 II Nr. 1b BayJAPO.

B) Problemaufriss

Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 01.01.2002 beschäftigen sich die Rechtsprechung und die wissenschaftliche Literatur ausführlich mit der Frage der Ersatzfähigkeit des **mangelbedingten Betriebsausfallschadens**, der darauf beruht, dass die Kaufsache aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit bis zur erfolgreichen Nacherfüllung nicht genutzt werden kann.

Gestritten wird nun über die Frage, ob dieser Schaden als Schadensersatz statt oder neben der Leistung ersetzt wird.

Hierbei ist nach zutreffender Ansicht danach zu differenzieren, ob der Schaden vor oder nach dem Entfallen des Nacherfüllungsanspruchs entstanden ist.

Bejaht man das Vorliegen eines Schadens neben der Leistung, so ist weiterhin umstritten, ob es sich dabei um einen Verzugschaden oder um einen Mangelfolgeschaden handelt. Hier wird danach differenziert, ob der mangelbedingte Betriebsausfallschaden unmittelbar durch die Lieferung der mangelhaften Sache entstanden ist oder durch den Verzug des Verkäufers mit der Nacherfüllung.

Anmerkung: In diesem Urteil überträgt das OLG Oldenburg die Thematik auf das werkvertragliche Mängelrecht.

C) Lösung

Fraglich ist, ob B von U Ersatz der ihm durch den Zukauf von Futtermitteln entstandenen Mehrkosten verlangen kann.

I. Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB

In Betracht kommt ein Anspruch des B gegen U auf Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB wegen mangelhaft erbrachter Werkleistung.

1. Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB

Zwischen B und U kam durch Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB) ein Vertrag über die Errichtung des Fahrsilos zustande.

a) Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag, § 650 I S. 1 BGB

Bei der Erstellung einer Siloanlage handelt es sich grds. um einen Werklieferungsvertrag über die Lieferung einer herzustellenden beweglichen Sache, auf welchen gem. § 650 I S. 1 BGB das Kaufrecht anzuwenden ist.

hemmer-Methode: Soweit es sich dabei um nicht vertretbare Sachen handelt, ordnet § 650 I S. 3 BGB die Anwendung der §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB mit der Maßgabe an, dass an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446, 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs tritt. Werkvertragsrecht tritt insoweit also nur ergänzend neben das Kaufrecht und nicht verdrängend an dessen Stelle.

Zu beachten ist ferner, dass es im Umkehrschluss zu § 650 I S. 2 BGB keinen Unterschied macht, ob die Herstellung aus Stoffen des Bestellers oder des Unternehmers erfolgt.

Vom Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts erfasst bleiben im Wesentlichen:

(1) die Herstellung von Bauwerken,

(2) reine Reparaturarbeiten und

(3) die Herstellung nichtkörperlicher Werke, wie zum Beispiel die Planung von Architekten oder die Erstellung von Gutachten.

Nach Ansicht des BGH stellt auch der Vertrag über die Errichtung einer Siloanlage für Agrarprodukte, die auf einem zu errichtenden Fundament fest montiert werden soll, einen Fall des § 650 BGB dar.³ Der Einordnung als bewegliche Sache im Sinne des § 650 I S. 1 BGB steht nicht entgegen, dass die Anlagenteile dazu bestimmt waren, zu einer Anlage zusammengesetzt und dann auf einem Grundstück fest installiert zu werden. Maßgeblich ist, ob die Sachen im Zeitpunkt der Lieferung beweglich sind.⁴

Auch der Umstand, dass bei der Errichtung von Siloanlagen auch Planungs- und Konstruktionsleistungen bzgl. der Statik geschuldet sind, ändert an der Anwendung des Kaufrechts nichts.⁵ Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, stehen der Beurteilung des Vertrages nach den Vorschriften über den Kauf nicht entgegen.

hemmer-Methode: Nach Ansicht des OLG Nürnberg⁶ soll die Vorschrift des § 650 I BGB im rein unternehmerischen Rechtsverkehr einschränkend ausgelegt werden. Wenn der Besteller Unternehmer ist, sollte die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht danach vorzunehmen sein, wo der **Schwerpunkt der vertraglichen Leistung** liegt.

Der BGH lehnt auch im rein unternehmerischen Rechtsverkehr eine einschränkende Auslegung des § 650 I BGB ab.

b) Fahrsilo-Anlage ist als bauliche Anlage aber ein Bauwerk

Bei einer Fahrsilo-Anlage handelt es sich entgegen dem verwirrenden Wortlaut nicht um eine mobile Silo-Anlage, sondern um eine *befahrbar*e Anlage.

Fahr-Silos bestehen aus einer Bodenplatte und drei umliegenden Seitenwänden und stellen daher ein Bauwerk dar. Daher handelte es sich vorliegend um einen Werkvertrag, § 631 I, II BGB.

³ BGH, **Life&LAW 11/2009, 726 - 731** = NJW 2009, 2877 ff. = **jurisbyhemmer**.

⁴ Schumann, ZGS 2005, 250 (251 m.w.N.); Rudolph, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, S. 82 ff.

⁵ Schumann, ZGS 2005, 250 (251 m.w.N.); Rudolph, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, S. 82 ff.

⁶ OLG Nürnberg, Urteil vom 17.06.2008, Az.: 1 U 148/08; IBR 209, 80 = **jurisbyhemmer**.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang, §§ 633, 640 BGB

Wann ein Sachmangel vorliegt, bestimmt § 633 II BGB in Anlehnung an die kaufrechtlichen Regelungen.

Nach § 633 II S. 1 BGB ist zunächst die Vereinbarung der Parteien maßgeblich für die Beurteilung, ob das Werk mangelhaft ist oder nicht. Nur soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart wurde, kommt es nach § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB darauf an, ob sich das Werk für die vertraglich vorausgesetzte bzw. nach § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB für die gewöhnliche Verwendung eignet und die übliche Beschaffenheit aufweist, die der Besteller erwarten kann.

a) Keine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 II S. 1 BGB

Für die Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit nach § 633 II S. 1 BGB ist nichts ersichtlich.

b) Fehlende Eignung der Siloanlage für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB

Die bestehende Undichtigkeit und das Nichtöffnen der Abflüsse könnte aber einen Sachmangel nach § 633 II S. 2, Nr. 1 BGB darstellen, wenn sich die Fahrsilo-Anlage nicht für die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ eignen würde.

(1) Verwendung

Nach Ansicht des BGH⁷ zielt das Merkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ **nicht auf konkrete Eigenschaften des Werks** ab. Vielmehr geht es darum, ob die Sache für die **Verwendung (Nutzungsart)** geeignet ist.⁸

Im vorliegenden Fall musste sich die hergestellte Fahrsiloanlage für das Einlagern des geernteten Mais eignen. Dies war aber nicht der Fall.

(2) Vertragliche Voraussetzung

Eine nach dem Vertrag „vorausgesetzte“ Verwendung liegt dabei zunächst unstrittig nur dann vor, wenn die Parteien eine **gemeinsame Vorstellung** von der Verwendung hatten und diese zudem im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss auch artikuliert und akzeptiert wurde. Der Verwendungszweck darf nicht lediglich von einer Partei vorausgesetzt sein.⁹

Auch dies ist für die Eignung des Fahrsilos für die Einlagerung des abgeernteten Mais zu bejahen, da U die Anlage zu diesem Zweck herstellen sollte.

hemmer-Methode: Im Kaufrecht entspricht es zu § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB der inzwischen h.L., dass es sich bei dieser Zweckbestimmung um einen **Vertragsbestandteil** handeln muss.

Hierfür spricht, dass die nach dem Vertrag „vorausgesetzte Verwendung“ bei den subjektiven Anforderungen des § 434 II BGB geregelt ist und auch Art. 6 b) Warenkauf-RL¹⁰ eine „Zustimmung“ des Verkäufers zu dem Zweck voraussetzt, den der Verbraucher ihm zur Kenntnis gebracht hat. Daher muss für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung eine wirksame vertragliche – zumindest konkludente – Einigung der Parteien vorliegen.¹¹

Ergebnis: Die Fahrsilo-Anlage war daher gem. § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB mangelhaft.

Anmerkung: Auf das Vorliegen eines Mangels nach § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB kommt es – anders als im Kaufrecht (vgl. § 434 I BGB: ...„und“...) nicht mehr an, wie sich aus dem Wort „sonst“ am Ende von § 633 II S. 2 Nr. 1 BGB ergibt.

3. Abnahme des Werkes (§ 640 BGB) als ungeschriebene Voraussetzung

Die Abnahme des Werkes gemäß § 640 BGB ist als Gefahrübergang nach § 644 I S. 1 BGB nach Ansicht des BGH eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte aus § 634 BGB.¹²

Anmerkung: Bereits der Begriff „Nacherfüllung“ in §§ 634 Nr. 1, 635 BGB spricht dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen.

Die Erfüllung des ursprünglichen Herstellungsanspruchs aus § 631 I BGB tritt bei einer Werkleistung regelmäßig mit der Abnahme ein, § 640 I BGB, sodass erst nach Abnahme von der „Nacherfüllung“ gesprochen werden kann.

⁷ BGH, **Life&LAW 10/2019, 659 ff.** = NJW 2019, 1937 ff. = **jurisbyhemmer**.

⁸ Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 434 Rn. 20.

⁹ Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233 (235).

¹⁰ **Art. 6 b) WK-RL lautet:** Die Waren entsprechen dem Kaufvertrag, wenn sie sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer *spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis gebracht und* dem der **Verkäufer zugestimmt hat**.

¹¹ Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066); Wilke, VuR 2021, 283.

¹² BGH, **Life&LAW 04/2017, 235 (237 f.)** = NJW 2017, 1604 ff. = **jurisbyhemmer**; Grüneberg/*Retzlaff*, BGB, 84. Auflage 2025, § 633, Rn. 4.

Hierfür spricht außerdem die Regelung in § 634a II BGB i.V.m. § 634a I Nr. 1 und 2 BGB, wonach die Verjährung von Mängelrechten in den meisten Fällen mit der Abnahme beginnt.

Nach Ansicht des BGH ist der Besteller jedoch berechtigt, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers erloschen und der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Dies ist wegen § 281 IV BGB z.B. der Fall, wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt.¹³ In diesem Fall noch die Abnahme zu verlangen, wäre Förmelei.

Die Abnahme ist hier erfolgt und die von B geltend gemachten Mängel waren herstellungsbedingt auch bereits bei Gefahrübergang auf B vorhanden.

hemmer-Methode: Mängel, die erst nach Gefahrübergang entstehen, lösen also keine Mängelrechte aus, es sei denn, sie beruhen auf einem latenten Grundmangel.

4. Vertretenmüssen, § 280 I S. 2 BGB

Der Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, § 280 I S. 2 BGB.

Nach § 276 I S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, keine strengere Haftung ergibt. Im vorliegenden Fall hat U nichts vorgetragen, wie es zu den Mängeln des Fahrtilos gekommen ist, sodass die Voraussetzungen für eine Exkulpation des U nach § 280 I S. 2 BGB nicht erfüllt sind.

5. Zusätzliche Voraussetzungen nach § 280 II, III BGB für den Ersatz des mangelbedingten Betriebsausfallschadens?

Der durch den Zukauf von Futtermitteln dem B entstandene Aufwand stellt einen mangelbedingten **Betriebsausfallschaden** dar, der darauf beruht, dass das von B hergestellte Fahrtilo aufgrund seiner Mangelhaftigkeit bis zur erfolgreichen Nacherfüllung nicht genutzt werden konnte.¹⁴

Im Fall des mangelbedingten Betriebsausfallschadens stellt sich die Frage, ob für einen Schadensersatzanspruch des Bestellers neben den Voraussetzungen des § 280 I BGB noch die zusätzlichen Voraussetzungen nach § 280 II, III BGB erfüllt sein müssen.

¹³ Grüneberg/Retzlaff, BGB, 84. Auflage 2025, § 634, Rn. 6.

¹⁴ Trübenbach/Tölch, JuS 2021, 344 (348).

hemmer-Methode: Die Abgrenzung zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz statt ⇔ neben der Leistung kann auch zu Beginn des Anspruches vorgenommen werden.

a) Schadensersatz neben oder statt der Leistung

Für die Abgrenzung der Schadenskategorien „statt“ bzw. „neben“ der Leistung bestehen verschiedene Ansätze.

aa) Nach einer Ansicht ist eine zeitliche Betrachtung vorzunehmen.¹⁵

Danach fallen unter den Schadensersatz statt der Leistung alle Schadensposten, die durch eine gedachte („fiktive“) Nacherfüllung *im letztmöglichen Zeitpunkt* noch verhindert, vermieden, abgewendet oder behoben werden könnten bzw. entfallen würden.

Ist dies der Fall und kam es tatsächlich nicht zur Nacherfüllung, ist die Schadensposition als Schaden statt der Leistung erstattungsfähig.

Alle übrigen Schadenspositionen, die bereits unveränderlich eingetreten sind und durch eine Nacherfüllung nicht mehr abgewendet werden könnten, sind dem Schadensersatz neben der Leistung zuzuordnen, da eine Fristsetzung für diesen Fall ins Leere laufen würde.¹⁶

bb) Eine a.A. stellt auf die Art des Schadens ab. Ist das Interesse am Erhalt einer ordnungsgemäßen Leistung (sog. *Äquivalenzinteresse*) betroffen, so liegt ein Schadensersatz statt der Leistung vor. Ist hingegen das Interesse des Gläubigers an der Unversehrtheit seiner sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen (sog. *Integritätsinteresse*) betroffen, liegt ein Schadensersatz neben der Leistung vor.¹⁷

cc) Nach einer dritten Ansicht fallen unter den Schadensersatz statt der Leistung nur die Schadensposten, die aus Sicht des Gläubigers wirtschaftlich an die Stelle der endgültig ausgebliebenen Naturalerfüllung treten.¹⁸

dd) Eine Entscheidung dieses Meinungsstreits kann vorliegend dahinstehen, da nach allen Ansichten der hier entstandene Schaden unter den Schadensersatz neben der Leistung fällt.

Im vorliegenden Fall hat der U seine Pflichten nachträglich tatsächlich in vollem Umfang erfüllt, indem er die von B gerügten Mängel am 08.11.2024 vollständig beseitigt und damit ordnungsgemäß nacherfüllt hat.

¹⁵ BGH, NJW 2013, 2959 ff. = **juris**byhemmer; Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Lorenz, JuS 2008, 203 (204).

¹⁶ Vgl. MüKo/Ernst, BGB, 9. Auflage 2022, § 280, Rn. 75.

¹⁷ Vgl. hierzu BeckOGK-BGB/Riehm, § 280 Rn. 223 ff.; Kindl, Jura 2020, 881 (883).

¹⁸ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735 ff.).

B hat damit gerade nicht „statt der Leistung Schadensersatz“ verlangt, also Schadensersatz unter Abkehr von der Primärleistungspflicht (vgl. § 281 IV BGB). B hat die letztlich erfolgte Nacherfüllung durch U nicht infrage gestellt. Weil B den Schadensersatz damit nicht statt der Primärleistung verlangt, ist der Schadensersatzanspruch ohne die zusätzlichen Voraussetzungen aus § 280 III BGB zu bilden.

Es handelt sich daher im vorliegenden Fall eindeutig um einen Anspruch auf Schadensersatz **neben** der Leistung.

b) Verzugsschaden gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 BGB oder reiner Mangelfolgeschaden nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB

Außerdem ist umstritten, ob der mangelbedingte Betriebsausfallschaden als Verzögerungsschaden i.S.d. §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 BGB oder als reiner Mangelfolgeschaden i.S.v. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB ersetzt wird.

hemmer-Methode: § 280 II BGB ist keine „dritte Art“ des Schadens neben dem Anspruch auf Schadensersatz statt und neben der Leistung. Der Ersatz des Verzögerungsschadens ist vielmehr ein Sonderfall des Schadensersatzes neben der Leistung, für den nach § 280 II BGB die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 BGB vorliegen müssen.

Ein Verzögerungsschaden läge vor, wenn die maßgebliche Pflichtverletzung in der Verzögerung der Nacherfüllung läge; ein Mangelfolgeschaden läge dagegen vor, wenn die Lieferung der mangelhaften Sache als solche die maßgebliche Pflichtverletzung darstellt.

Entscheidend ist also, worin die eigentliche Pflichtverletzung liegt.

aa) Nach M.M. liegt Verzugsschaden vor

Teilweise wird vertreten, dass in der Lieferung einer mangelhaften Sache eine Verzögerung der nach § 633 I BGB geschuldeten mangelfreien Leistung liegt.

Schäden, die der Besteller erleide, weil er infolge des Mangels die Kaufsache nicht wie geplant nutzen könne, seien daher erst mit Eintritt des Verzugs ersatzfähig (§§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 BGB).

Der Werkunternehmer, der nicht leiste und erst ab Verzugsbeginn schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der immerhin eine mangelhafte Leistung erbringe.

Anmerkung: Würde man dem folgen, so müssten die Voraussetzungen des § 286 BGB erfüllt sein (Mahnung gem. § 286 I S. 1 BGB oder deren Entbehrlichkeit gem. § 286 II BGB).

Überwiegend wird dann eine Mahnung nach § 286 II Nr. 4 BGB generell für entbehrlich gehalten.¹⁹

bb) Nach BGH und h.L. liegt hingegen ein „klassischer“ Mangelfolgeschaden vor

Die Rechtsprechung²⁰ und die h.L.²¹ gehen demgegenüber davon aus, dass der Besteller Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfalls nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB und damit unabhängig vom Verzug des Werkunternehmers verlangen kann. Dieser Ansicht ist zu folgen.

(1) Diese Lösung hat ihren Niederschlag in der Systematik des Gesetzes gefunden.

§ 634 BGB regelt, welche Rechte der Besteller bei Lieferung einer mangelbehafteten Sache hat, und bestimmt in Nr. 4 im Wege der Verweisung die Voraussetzungen, unter denen der Besteller Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen kann. Gerade *nicht* Bezug genommen wird auf die Regelung des § 286 BGB.

Zwar ergibt sich über § 280 II BGB eine *mittelbare* Verweisung auch auf § 286 BGB. Das gilt indes – über § 280 III BGB – auch für die §§ 281 und 283 BGB, auf die § 634 Nr. 4 BGB jedoch *unmittelbar* Bezug nimmt.

Das belegt, dass der mangelbedingte Nutzungsausfallschaden unabhängig von den Verzugsvoraussetzungen ersatzfähig sein soll.

(2) In erster Linie sprechen für die Bejahung eines Mangelfolgeschadens i.S.d. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB aber **teleologische Erwägungen**.

Von der Interessenlage ist zu unterscheiden, ob der Schuldner lediglich untätig bleibt oder ob er zwar leistet, die Leistung aber fehlerhaft erbringt. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Gläubiger regelmäßig besser schützen.

¹⁹ Vgl. dazu Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727 (755); Grigoleit/Riehm, JuS 2004, 745 (747 f.); Fliegner, JR 2002, 314 (322); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1828); Petersen, Jura 2002, 461 (462 f.); Schur, ZGS 2002, 243 (244); Wieser, JR 2002, 269 (270).

²⁰ BGH, **Life&LAW 10/2009, 649 ff.** = NJW 2009, 2674 ff. = **jurisbyhemmer**; OLG Hamm, **Life&LAW 01/2007, 1 ff.**

²¹ Grüneberg/Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 280, Rn. 18, 20; sowie Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 437, Rn. 35 f.; Lorenz, NJW 2005, 1889 (1891); Lorenz, NJW 2007, 1 (2); Ebert, NJW 2004, 1761 f.; Gruber, ZGS 2003, 130 (133 f.); Hirsch, Jura 2003, 289 (294); Katzenstein, Jura 2004, 584 (592 und 596); Medicus, JuS 2003, 521 (528); Reischl, JuS 2003, 250 (251); Schubel, JuS 2002, 313 (319); Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 (465 f.); Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615 (617 und 619).

Er kann einen kalendermäßig bestimmten Termin vereinbaren (§ 286 II Nr. 1 BGB) oder den Schuldner bei Ausbleiben der Leistung mahnen (§ 286 I S. 1 BGB).

Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn das Werk seiner Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden.

Mit anderen Worten: Erhält der Gläubiger keine Leistung, wird er den Schuldner zur Leistung auffordern.

Wird ihm hingegen ein Gegenstand geliefert, dessen Mangelhaftigkeit sich erst später zeigt, wird er mangels Kenntnis des Mangels nicht unmittelbar nach Lieferung, sondern erst nach Kenntnis vom Mangel zur ordnungsgemäßen Leistung auffordern.

Die Lieferung einer mangelbehafteten Sache ist daher für den Besteller *gefährlicher* als die gar nicht erbrachte Leistung, weil die Verzögerung für den Gläubiger leichter feststellbar und beherrschbar ist. Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung stellt der Gesetzgeber nach § 280 II BGB deshalb unter die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs, weil die Leistung bei Fehlen einer vertraglich festgelegten Leistungszeit *nicht sofort* erbracht werden muss, sondern erst dann, wenn der Gläubiger dies *verlangt* (§ 271 I BGB).

Mit Blick auf die Verpflichtung zur Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand bedarf es einer solchen Konkretisierung in zeitlicher Hinsicht dagegen nicht. Sie ist nach § 633 I BGB *von vornherein* geschuldet. Eine haftungsrechtliche Überforderung des Unternehmers tritt dadurch nicht ein. Die im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs gebotene Haftungsbegrenzung wird durch das Erfordernis *des Vertretenmüssens* (§ 280 I S. 2 BGB) sichergestellt.

Anmerkung: In dieser Ausführlichkeit wird die Darstellung dieses Meinungsstreits im Examen natürlich nicht von Ihnen erwartet. Erkennen müssen Sie das Problem für eine gute bzw. sehr gute Bewertung Ihrer Klausur aber schon, da es sich um einen seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Jahre 2002 umstrittenen „Klassiker“ handelt. Im Ersten Staatsexamen wurde dieses Thema in Bayern in der Aufgabe 2 im Termin 2024-I abgeprüft.²²

²² Eine Kurzlösung dieser Klausur finden Sie in **Life&LAW 07/2024, 494**.

c) Ergebnis

Die dem B durch den Zukauf von Futtermitteln entstandenen Mehrkosten stellen daher einen Mangelfolgeschaden dar, der nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB ersatzfähig ist, ohne dass die weiteren Voraussetzungen des § 280 II, III BGB vorliegen müssen.

Anmerkung: Das OLG Oldenburg hat die Frage, ob es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder neben der Leistung handelt, offengelassen.

Auch die Frage, ob es sich bei Bejahung eines Schadensersatzes neben der Leistung um einen Verzugschaden oder Mangelfolgeschaden handelt, hat das OLG letztlich offengelassen.²³

Das Gericht lässt den Anspruch nämlich auf der Rechtsfolgenseite an § 254 II S. 1 BGB scheitern, vgl. dazu **Punkt C) II. 7**.

In einem Gutachten sollten Sie das jedenfalls im Ersten Staatsexamen so nicht machen, da zumindest bzgl. der Anspruchsgrundlage eine Entscheidung getroffen werden muss.

6. Kausaler Schaden, § 249 I BGB

Der Umfang des Schadensersatzes bestimmt sich nach **§ 249 I BGB**. Der Schaden besteht aus der Differenz zwischen der tatsächlichen durch das Schadensereignis geschaffenen Vermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage ohne schädigendes Ereignis („*Differenzhypothese*“).

Hätte U dem B eine mangelfreie Fahrсило-Anlage errichtet, hätte dieser seinen abgeernteten Mais einlagern können und nicht am 26. und 29.10.2024 verkaufen müssen. Daher wären dem B auch die Kosten für den späteren Zukauf von Futtermitteln erspart geblieben.

Hinzukommen muss allerdings nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm bzw. vom Zurechnungszusammenhang, dass sich B auch dazu herausgefordert fühlen durfte, den Mais zu verkaufen, dafür Futtermittel zuzukaufen und so die entstandenen Mehrkosten zu verursachen. Der rechtliche Zurechnungszusammenhang bleibt nach ständiger Rechtsprechung gewahrt, wenn für das Verhalten des Geschädigten B ein rechtfertigender Anlass bestand oder dieses durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und sich die Reaktion des Geschädigten auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist.²⁴

²³ OLG Oldenburg, NJW 2025, 510 (514, Rz. 44).

²⁴ BGH, **Life&LAW 10/2009, 649 ff.** = NJW 2009, 2674 (2676) = **jurisbyhemmer**.

Davon wird hier auszugehen sein, weil bei einem Untätigbleiben des B wegen eintretenden Verderbs des Maises ein größerer Schadenseintritt zu erwarten gewesen wäre und sich dem B eine wesentlich schadensärmere Handlungsalternative nicht förmlich aufdrängen musste.²⁵

Ein kausaler Schaden lag daher vor.

7. Kürzung bzw. Verlust des Anspruches nach § 254 II S. 1 BGB wegen Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit

Nach § 254 II S. 1 Alt. 1 BGB verstößt der Geschädigte gegen seine Obliegenheit zur Schadensminderung, wenn er es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste.

In diesen Fällen kann der Anspruch anteilig gekürzt werden bzw. sogar zur Gänze ausgeschlossen sein.

Nach Ansicht des OLG Oldenburg scheidet der Anspruch des B daran, dass dieser seine Obliegenheit zur Schadensminderung nach § 254 II S. 1 BGB verletzt hat.

B hat in Kenntnis des Mangels der Fahrerloanlage die Maisernte am 18.10.2024 eingefahren, obwohl er wusste, dass er diese derzeit in dem Fahrerlo nicht einlagern konnte.

In dem vorangegangenen Schreiben vom 15.10.2024 wurde allein eine bereits behobene Pfützenbildung beanstandet.

Auf den Umstand, dass B den Mais zeitnah, nämlich in der letzten Oktoberwoche, verkaufen müsste und dass dadurch ein erheblicher Schaden durch den Zukauf von Futter entstehen würde, machte der B den U weder mit dem Schreiben vom 25.10.2024, in dem er nun zu Recht die vorhandenen Mängel rügt, noch davor aufmerksam. U hingegen hat auf die Fristsetzung dem B am 05.11.2024 mitgeteilt, dass er die Mängelbeseitigungsmaßnahmen binnen der gesetzten Frist, nämlich am 08.11.2024, durchführen würde. Genau so hat er sich dann auch tatsächlich verhalten.

Daraus zieht das OLG Oldenburg „den sicheren Schluss“, dass U, wenn er rechtzeitig, nämlich bereits nach dem Entdecken der Mängel durch B am 14.10.2024, über die Mängel und den drohenden Schaden durch den anstehenden Maisverkauf ab dem 26.10.2024 informiert und zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden wäre, die von ihm letztlich am 08.11.2024 vorgenommene Mängelbeseitigung tatsächlich schon bis zum 25.10.2024 abgeschlossen hätte.

Dies war U angesichts neun verbleibender Werk-tage möglich.

Der Umstand, dass U die Mängel innerhalb der letztlich gesetzten Frist ohne Kenntnis von dem möglichen Schaden beseitigt hat, spricht eindeutig dafür, dass er die Mängelbeseitigung in Ansehung eines großen drohenden Schadens auch früher vorgenommen hätte.

Angesichts dessen hält das OLG Oldenburg es nicht für gerechtfertigt, den U für den geltend gemachten Betriebsausfallschaden haften zu lassen.

III. Endergebnis

Der Anspruch des B gegen U auf Ersatz der ihm durch den Zukauf von Futtermitteln entstandenen Mehrkosten als mangelbedingter Betriebsausfallschaden nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB ist zwar wirksam entstanden, aber wegen des überwiegenden Mitverschuldens des B gemäß § 254 II S. 1 BGB ausgeschlossen.

D) Kommentar

(mty). Die Revision gegen diese Entscheidung ist am BGH unter dem Aktenzeichen VII ZR 187/24 anhängig.

Ob der BGH die Ansicht des OLG Oldenburg zum völligen Ausschluss des Anspruches gemäß § 254 II S. 1 BGB teilen wird, darf hingegen mit Spannung erwartet werden.

Zwingend ist dieses Ergebnis, durch welches die von U zu vertretende Pflichtverletzung völlig unter den Teppich gekehrt wird, nämlich nicht.

Hierfür kommt es nämlich entscheidend darauf an, wie sich das weitere Geschehen hätte entwickeln können, wenn U sich unmittelbar auf die Anzeige des Mangels hin bei B gemeldet hätte.

Je mehr der Schadenseintritt damit auch wieder in den Händen des U gelegen hätte, indem dieser als Folge der fortbestehenden Pflichtverletzung (teilweise) von ihm noch hätte verhindert werden können, und je weniger eine solche Verhinderungsmöglichkeit von (fortwirkenden) Verstößen des B gegen seine Obliegenheiten aus § 254 II S. 1 BGB überlagert worden wäre, umso näher hätte es gelegen, bei der anzustellenden Gesamt-abwägung von einem vollständigen Ausschluss ab- und zu einer quotalen Anspruchskürzung überzugehen.²⁶

Dann aber hätten vom OLG die behandelten Streitfragen zur Haftungsdogmatik nicht allesamt offengelassen werden dürfen.

²⁵ Hellwig, NJW 2025, 481 (485 a.E.).

²⁶ So zutreffend Hellwig, NJW 2025, 481 (486).

An der Einschätzung, dass es sich bei dem von B geltend gemachten Schaden um einen klassischen Mangelfolgeschaden nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB und nicht um einen Verzugsschaden handelt, wird der BGH mit Sicherheit festhalten.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, in welchem der Verkäufer mit der Nacherfüllung selbst in Schuldnerverzug gerät.

Dabei handelt es sich dann um einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, II, 286 i.V.m. §§ 634 **Nr. 1**, 635 I BGB, ohne dass ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 634 **Nr. 4** BGB erforderlich wäre.²⁷

Beispiel: U stellt ein mangelhaftes Werk her, das von B am 17.03.2025 abgenommen wird.

B fordert U am 20.03.2025 zur Nacherfüllung auf (= Mahnung, § 286 I BGB).

Dem U wäre es möglich und zumutbar gewesen, den Mangel bis zum 27.03.2025 zu beseitigen. Tatsächlich beseitigt U, welcher der Angelegenheit wenig Beachtung schenkt, den Mangel erst bis zum 18.04.2025.

Lösung: In diesem Fall kann B den Schaden, den er in der Zeit zwischen dem 28.03.2025 und dem 17.04.2025 erleidet, als Verzugsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB verlangen.

Das OLG Oldenburg verneint im vorliegenden Fall (zu Recht) das Vorliegen des Schuldnerverzugs. Zwar stelle die Aufforderung vom 25.10.2024 zur „schnellstmöglichen, spätestens jedoch bis zum 08.11.2024 erfolgenden Mangelbeseitigung“ die erforderliche Mahnung dar, § 286 I S. 1 BGB.

Die verzugsauslösende Wirkung konnte allerdings erst am 08.11.2024 eintreten. Es lag insoweit eine befristete Mahnung vor, weil U die Mängelbeseitigungsarbeiten vorher ankündigen und die Termine unter Berücksichtigung einer entsprechenden Vorlaufzeit mit B absprechen sollte.

Die Berücksichtigung einer entsprechenden „Vorlaufzeit“ steht dem sofortigen Verzugseintritt entgegen, da B eine eigene Annahme- bzw. Mitwirkungshandlung statuiert habe.

E) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich die Problematik am Beispiel des Kaufvertrags an drei Fällen darstellen.

I. Fall Nr. 1: Infolge der Lieferung einer mangelhaften Sache erleidet der Käufer K einen Nutzungsausfall²⁸

1. Schaden statt ⇔ neben der Leistung

Selbst wenn der Verkäufer V nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB nacherfüllt, bleibt der dem Käufer entstandene Nutzungsausfallschaden bestehen.

Ein bereits entgangener Gewinn lässt sich nicht rückwirkend erzielen, er ist also „unwiederbringlich“ verloren.

Daher handelt es sich um einen **Schaden**, der als Begleitschaden **neben der Leistung** (hier: neben der Nacherfüllung) endgültig entstanden ist.

2. Anspruchsgrundlage

Nach einer M.M. in der Literatur soll es sich um einen Fall des Verzugsschadens handeln, sodass sich der Anspruch des K auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB ergeben soll.

Die zutreffende h.L. und die Rechtsprechung²⁹ des BGH bejahen hingegen einen **Mangelfolgeschaden nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB**.

Sollte dem V die Exkulpation nach § 280 I S. 2 BGB nicht gelingen, steht K ein Anspruch auf Schadensersatz zu, der aber gegebenenfalls nach § 254 II S. 1 BGB zu kürzen ist, wenn K seine Schadensminderungsobliegenheit verletzt hat.

II. Fall Nr. 2: Infolge der Verzögerung der Nacherfüllung entsteht dem K ein weiterer Nutzungsausfall

Auch der Betriebsausfallschaden, der dem Käufer infolge der Verzögerung der Nacherfüllung entsteht, stellt einen endgültig neben der Leistung eingetretenen Schaden dar.

Dieser Anspruch wird als Verzugsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB ersetzt, weil V mit seiner Pflicht zur Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB im Schuldnerverzug ist, wenn er sich nicht nach § 280 I S. 2 BGB exkulpieren kann.

²⁷ Unklar insoweit Hellwig, NJW 2025, 481 (484), der unter der (unzutreffenden) Zugrundelegung eines Werkvertrages die Vorschrift des § 634 Nr. 4 BGB mitzitiert.

²⁸ BGH, **Life&LAW 10/2009, 649 ff.** = NJW 2009, 2674 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁹ BGH, **Life&LAW 10/2009, 649 ff.** = NJW 2009, 2674 ff. = [jurisbyhemmer](#); OLG Hamm, **Life&LAW 01/2007, 1 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

III. Fall Nr. 3: Nach Rücktritt wegen des erfolglosen Ablaufs einer Nachfrist entsteht K bis zur Ersatzbeschaffung ein weiterer Nutzungsausfall³⁰

1. Hier liegt Schaden statt der Leistung vor

Mit dem Zugang des erklärten (§ 349 BGB) Rücktritts erlischt der Nacherfüllungsanspruch des Käufers. Daher sind alle Schäden für die Zeit nach Erklärung des Rücktritts schon sprachlich zwingend Schäden statt der Leistung.

Grund: Nach wirksam erklärtem Rücktritt gibt es keine Leistungspflicht mehr. Für Schäden danach kann es daher denkbare auch keinen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung mehr geben!

2. Anspruchsgrundlage

Dieser Schaden wird nach der zutreffenden Ansicht des BGH beim Vorliegen eines behebbaren Mangels nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I S. 1 Alt. 2 BGB ersetzt.

F) Wiederholungsfrage

▪ Was ist unter einem „mangelbedingten Betriebsausfallschaden“ zu verstehen?

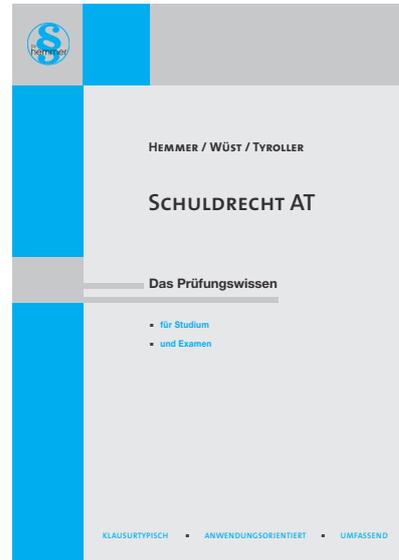
Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden ist der Schaden, der darauf beruht, dass die Kaufsache aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit bis zur erfolgreichen Nacherfüllung nicht genutzt werden kann.

Bei dem bereits eingetretenen Nutzungsausfallschaden handelt es sich um einen Schaden neben der Leistung, da dieser durch eine hypothetische ordnungsgemäße Nacherfüllung nicht entfallen würde. Dieser ist gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersatzfähig. Es handelt sich insbesondere nicht um einen Verzugschaden.

G) Zur Vertiefung

Abgrenzung Schadensersatz neben ⇔ statt der Leistung

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht AT, Rn. 122 ff.



auch als eBook erhältlich



Aus dem Inhalt:

- Leistungsstörungenrecht
- Gefahrtragungsrecht
- Sekundäranspruch auf Schadensersatz
- Schadensersatz statt der Leistung
- Rücktritt
- Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

³⁰ Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 08/2010, 503 ff.** = NJW 2010, 2426 ff. = [jurisbyhemmer](#); vgl. dazu auch **Tyroller/Fürbaß**, Schadensersatz statt der Leistung oder doch neben der Leistung, **Life&LAW 09/2014, 686 ff.**