



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

VI ZR 4/11

Verkündet am:  
15. November 2011  
Böhringer-Mangold  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 252; § 823 F; ZPO § 850f Abs. 2

Hat der Käufer marktgängiger Ware über seine Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit getäuscht, wird zu Gunsten des Verkäufers vermutet, dass der Kaufpreis ohne die Täuschung dem Verkäufer über ein Geschäft mit einem Dritten zugeflossen wäre.

BGH, Versäumnisurteil vom 15. November 2011 - VI ZR 4/11 - LG Kassel  
AG Fritzlar

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Zoll und Wellner, die Richterin Diederichsen und den Richter Pauge

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 9. Dezember 2010 im Kostenpunkt aufgehoben und soweit die Feststellungsanträge der Klägerin hinsichtlich 1.798,80 € nebst 4 % Zinsen ab dem 1. Juli 2009 und 136,85 € abgewiesen worden sind.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Fritzlar vom 5. Januar 2010 im Feststellungs- und Kostenausspruch abgeändert und neu gefasst wie folgt:

Es wird festgestellt, dass die Forderungen der Klägerin in Höhe von 1.798,80 € nebst 4 % Zinsen seit 1. Juli 2009 und über 366,15 € solche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung der Beklagten sind.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, die in kaufmännischem Umfang einen Einzelhandel für Brennstoffe betreibt, verlangt von den Beklagten neben Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises für eine Heizöllieferung die Feststellung, dass dem Begehren Ansprüche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zugrunde liegen.
- 2 Die Beklagten bestellten am 10. November 2008 unter Verwendung eines falschen Namens bei der Klägerin Heizöl. Dabei verschwiegen sie ihre Überschuldung, die Erfolglosigkeit der gegen sie durchgeführten Vollstreckungsversuche, und dass sie bereits eidesstattliche Versicherungen abgegeben hatten. Die Klägerin lieferte das Heizöl und stellte einen Betrag von 2.140,57 € in Rechnung. Nachdem die Beklagten nach Fristsetzung bis zum 1. Juli 2009 nicht gezahlt hatten, beauftragte die Klägerin ein Inkassounternehmen mit der Durchsetzung der Forderung. Nach zweimaliger vergeblicher Zahlungsaufforderung suchte ein Außendienstmitarbeiter des Inkassounternehmens die Beklagten auf und schloss mit ihnen eine Ratenzahlungsvereinbarung mit monatlichen Raten von 50 €, der die Beklagten nicht nachkamen.
- 3 Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung des Kaufpreises und eines Teils der Inkassokosten sowie die Feststellung, dass den Forderungen Ansprüche aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung zugrunde liegen. Die Beklagten sind vor dem Amtsgericht und in der Berufung vor dem Landgericht säumig geblieben. Das Amtsgericht hat die Beklagten durch Teilversäumnis- und Schlussurteil unter Klageabweisung im Übrigen zur Zahlung von 2.140,57 € nebst Zinsen und Inkassokosten von 229,30 € verurteilt sowie festgestellt, dass die Forderung der Klägerin in Höhe von 229,30 € eine solche aus vorsätzlich

begangener unerlaubter Handlung der Beklagten ist. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin führte zu einer Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von weiteren Inkassokosten in Höhe von 136,85 €. Im Übrigen hat das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen und die Revision insoweit zugelassen, als die Feststellungsklagen abgewiesen worden sind. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die bisher erfolglosen Anträge auf Feststellung weiter.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

4

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Feststellungsklage zwar im Hinblick auf § 850f Abs. 2 ZPO zulässig sei, jedoch seien die Hauptforderung der Klägerin und die Nebenforderung auf Zahlung weiterer Inkassokosten nicht Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. Zwar hätten die Beklagten gegenüber der Klägerin einen Eingehungsbetrug begangen. Es fehle jedoch an schlüssigem Vortrag der Klägerin zur Höhe der Ansprüche aus deliktischer Haftung der Beklagten. Für die Feststellung im Sinne des § 850f Abs. 2 ZPO komme es darauf an, ob es sich bei den Forderungen um Verbindlichkeiten des Schuldners **aus** einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung handele und nicht etwa um Verbindlichkeiten des Schuldners, die **anlässlich** einer unerlaubten Handlung des Schuldners entstanden sind. Die geltend gemachte Forderung müsse als Rechtsfolge der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB geschuldet sein. § 263 StGB solle Vermögensschäden verhindern, diene aber nicht dazu, die Gewinnerwartung des Getäuschten oder des geschädigten Dritten zu schützen. Deswegen sei lediglich das negative Interesse, also der Vertrauensschaden und nicht das Erfüllungsinteresse der Klägerin für die Schadenshöhe maßgebend. Zwar könne der Vertrauensschaden

bei einem Kaufvertrag der Höhe nach theoretisch an das Erfüllungsinteresse heranreichen und dieses sogar übertreffen, wenn der Verkäufer die Kaufsache an einen solventen und leistungsbereiten Dritten zum selben oder gar zu einem höheren Preis hätte verkaufen können, hätte er sie nicht dem zahlungsunfähigen oder -unwilligen Käufer verkauft. Bei einem Kaufvertrag über Heizöl, das jederzeit am Markt besorgt werden könne, entgehe indes dem Verkäufer praktisch nie ein anderes Geschäft. Durch den täuschungsbedingten Vertragsabschluss entstehe lediglich ein Schaden in Höhe der Selbstkosten für die Beschaffung und den Transport des Heizöls zum Kunden. Demgegenüber könnten die in den Rechnungsbetrag einkalkulierten sog. fixen Kosten und der entgangene Gewinn nicht geltend gemacht werden. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, dass ihr infolge des Vertragsabschlusses mit den Beklagten ein lukrativeres Geschäft mit einem anderen Kunden entgangen sei. Ein Mindestschaden sei nicht nach § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen, weil die Klägerin zu ihren Einkaufs- und Transportkosten konkret hätte vortragen und den vollen Beweis für die ihr erwachsenen Schäden hätte erbringen können.

## II.

5 Über die Revision der Klägerin ist, da die Beklagten trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin nicht vertreten waren, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

6 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist, soweit es die Klägerin mit der Revision weiterverfolgt, begründet.

7           1. Mit Recht hat bereits das Amtsgericht ein rechtliches Interesse der Klägerin an den begehrten Feststellungen durch richterliche Entscheidung (§ 256 Abs. 1 ZPO) bejaht. Aufgrund der bisherigen Zahlungsverweigerung durch die Beklagten liegt es nahe, dass die Klägerin Zahlungen von den Beklagten nur im Wege der Zwangsvollstreckung erhalten wird. Nach § 850f Abs. 2 Halbsatz 1 ZPO kann das Vollstreckungsgericht, wenn die Vollstreckung "wegen einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung betrieben" wird, auf Antrag des Gläubigers den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens ohne Rücksicht auf die in § 850c ZPO vorgesehenen Beschränkungen bestimmen. Ist in dem zu vollstreckenden Titel keine auf eine vorsätzliche unerlaubte Handlung lautende Anspruchsgrundlage genannt, kann der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren ohne Zustimmung des Schuldners nicht mehr nachweisen, dass der titulierte Anspruch auch auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht (BGH, Beschluss vom 26. September 2002 - IX ZB 180/02, BGHZ 152, 166, 168 ff.). Der Schuldner hat nämlich ein schützenswertes Interesse daran, sich bereits im Erkenntnisverfahren und nicht erst im Vollstreckungsverfahren darauf einstellen zu können, dass auch über den durch § 850f Abs. 2 ZPO erweiterten Umfang des Pfändungszugriffs gestritten wird. Umgekehrt kann der Gläubiger, wenn er auf die durch diese Norm erweiterte Pfändungsmöglichkeit Wert legt, den Anspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung bereits im Erkenntnisverfahren geltend machen. Eine Entscheidung des Prozessgerichts kann er dadurch erzwingen, dass er neben dem Leistungsantrag die Feststellung eines derartigen Anspruchs begehrt (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1989 - III ZR 215/88, BGHZ 109, 275, 276 ff.).

8           2. Im Streit steht nur noch die Frage, ob der Klägerin der geltend gemachte Vermögensschaden der Höhe nach aufgrund eines deliktischen Schadensersatzanspruches zusteht. Dies ist zu bejahen.

9 a) Ob ein zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, ist bei Forderungen aus unerlaubter Handlung grundsätzlich nach der sog. Differenzhypothese zu ermitteln. Die Vermögenslage, die infolge des die Haftung begründenden Ereignisses eingetreten ist, ist mit derjenigen zu vergleichen, die ohne dieses Ereignis bestünde. Mithin hat der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zum Schadensersatz Verpflichtete den Differenzschaden zu ersetzen (Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 Rn. 8 mwN). Davon zu unterscheiden ist der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Dieses ist zu ersetzen, wenn der Anspruchsinhaber verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob eine Verbindlichkeit ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Da die deliktische Haftung nicht an das Bestehen einer Verbindlichkeit und deren Nicht- oder Schlechterfüllung anknüpft, stellt sich im Deliktsrecht die Frage nach dem Erfüllungsinteresse als solche nicht (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, aaO). Der deliktische Schadensersatzanspruch richtet sich allein auf das "Erhaltungsinteresse" (Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 67). Das gilt für die deliktische Haftung grundsätzlich auch dann, wenn sie neben einer vertraglichen Schadensersatzpflicht besteht. Der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, besser zu stehen als er stünde, wenn der Schädiger die unerlaubte Handlung nicht begangen hätte (vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., Rn. 867).

10 Allerdings muss der Differenzschaden nicht notwendigerweise geringer sein als das positive Interesse des Geschädigten an der Vertragserfüllung. So ist anerkannt, dass die Anwendung der Differenzhypothese in dem Fall, in dem der Geschädigte nachweist, dass er ohne die für den Abschluss des Vertrages ursächliche Täuschungshandlung einen anderen günstigeren oder gleichgünstigen Vertrag - mit seinem Vertragspartner oder einem Dritten - abgeschlossen hätte, im Ergebnis das Erfüllungsinteresse verlangen kann und zwar deswegen,

weil der Schaden in diesem Ausnahmefall dem Erfüllungsinteresse entspricht (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09, aaO Rn. 10 mwN).

11            b) Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zwar zutreffend aus, fasst aber den der Ermittlung des Differenzschadens zugrunde zu legenden hypothetischen Geschehensablauf zu eng. Hätte nach den tatsächlichen Gegebenheiten der Verkauf der Ware in jedem Fall stattgefunden, ist dieser Umstand in die Betrachtung des hypothetischen Geschehensablaufes einzubeziehen. Dem Geschädigten wäre dann bei Wegfall der Täuschung der Vorteil in jedem Fall über ein hypothetisches Geschäft zugeflossen (vgl. BGH, Urteile vom 29. Juni 1994 - VIII ZR 317/93, BGHZ 126, 305, 308 und vom 2. März 1988 - VIII ZR 380/86, NJW 1988, 2234, 2236). Anders als das Berufungsgericht meint, gelten für den deliktischen Anspruch die allgemeinen Regeln des Schadensrechts in den §§ 249 ff. BGB und mithin auch die Beweiserleichterung in § 252 Satz 2 BGB. Ist der Geschädigte Kaufmann, so entspricht es dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass marktgängige Waren jederzeit zum Marktpreis abgesetzt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1994 - VIII ZR 317/93, aaO und vom 19. Oktober 2005 - VIII ZR 392/03, NJW-RR 2006, 243 Rn. 9). Diese Vermutung kann der Schädiger durch den Beweis entkräften, dass der Gewinn im tatsächlichen Verlauf doch nicht gemacht worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 1988 - VIII ZR 380/86 aaO), im Streitfall die Klägerin also das Heizöl nicht oder nicht zu dem mit den Beklagten vereinbarten Preis hätte verkaufen können.

12            c) Das Berufungsgericht zieht zwar nicht in Zweifel, dass die Klägerin das Heizöl jederzeit an einen Dritten zu den gleichen Bedingungen hätte verkaufen können, meint jedoch, dass der Klägerin ein über die Anschaffungs- und Lieferkosten hinausgehender Schaden nicht entstanden sei, weil ein Deckungskauf für das an die Beklagten gelieferte Heizöl ohne weiteres möglich gewesen

und die Klägerin deshalb eines Geschäftes mit einem Dritten nicht verlustig gegangen sei. Diese Auffassung vermag der erkennende Senat nicht zu teilen. Das Berufungsgericht lässt unberücksichtigt, dass der Verlust des Kaufpreises für die streitgegenständliche Lieferung nicht dadurch ausgeglichen wird, dass eine gleiche Menge Heizöl eingekauft werden kann. Die Klägerin hätte jedenfalls ohne den täuschungsbedingten Irrtum das Heizöl an Dritte verkauft und den der Höhe nach nicht im Streit stehenden Preis erzielt. Sie hat mithin in dieser Höhe einen Schaden erlitten und kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, als hätte sie den Kaufpreis erlangt.

13 d) Dem steht auch nicht der Schutzzweck des Betrugstatbestandes gemäß § 263 StGB entgegen. Zwar kann den Umfang des nach § 823 Abs. 2, §§ 249 ff. BGB geschuldeten Schadensersatzes auch der Normzweck des verletzten Schutzgesetzes, hier also des § 263 StGB, bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 18. November 2003 - VI ZR 385/02, VersR 2004, 255; Palandt/Sprau, BGB 70. Aufl. § 823 Rn. 58 mwN). Der Schaden der Klägerin, dem der mittels des täuschungsbedingten Irrtums erstrebte stoffgleiche Vermögensvorteil der Beklagten entspricht, besteht jedoch in dem Verlust des Eigentums an dem Heizöl, ohne dass in Höhe des Kaufpreises eine werthaltige Forderung im Vermögen der Klägerin begründet worden ist.

14 e) Dass es sich bei den Inkassokosten um Aufwendungen zur Rechtsverfolgung (Senatsurteil vom 8. November 1994 - VI ZR 3/94, BGHZ 127, 348, 350 f.) handelt, die nach § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB, § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB der Klägerin zustehen (vgl. Senatsurteil vom 16. November 2010 - VI ZR 17/10, NZI 2011, 64 Rn. 8), zieht auch das Berufungsgericht grundsätzlich nicht in Zweifel. Auch die geltend gemachten Zinsen, die Folge der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung sind, werden vom Vollstreckungsprivileg des

§ 850f Abs. 2 ZPO erfasst (vgl. BGH, Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZB 70/08, WM 2011, 944 Rn. 12 ff.).

III.

15 Nach alledem war das Berufungsurteil teilweise aufzuheben und, da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, den Feststellungsanträgen der Klägerin zu entsprechen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

16 Der Kostenausspruch folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Galke

Zoll

Wellner

Diederichsen

Pauge

Vorinstanzen:

AG Fritzlar, Entscheidung vom 05.01.2010 - 8 C 954/09 (12) -

LG Kassel, Entscheidung vom 09.12.2010 - 1 S 38/10 -