

Übungsfall: Der verfrühte Deckungskauf

Von Ass. Jur. **Roy Dörnhofer**, Austin (Texas)*

Sachverhalt

Der mit Gartenmöbeln handelnde Kaufmann K wollte wegen häufiger Nachfrage seiner Kunden einige kleine Pavillons für den anstehenden Sommer erwerben. Nach einer kurzen Recherche im Internet fand er die V-GmbH, die als Großhändler mit Gartenlauben und Pavillons handelte und ihren Firmensitz in der Nähe des K hatte. In einer E-Mail vom 4.6.2012 fragte er deshalb an, ob die V-GmbH eine kleinere Menge an Pavillons aus Massivholz in der Größe von 3 x 3 m im Angebot habe und ob sie gegebenenfalls ein Angebot machen und eine kurzfristige Auslieferung durchführen könne. Daraufhin antwortete der G als Geschäftsführer der V-GmbH in einer E-Mail vom 8.6.2012, dass er dem K zehn Pavillons der Marke X aus Massivholz mit Dach in der gewünschten Größe zu einem Preis von 700 € je Stück „freibleibend anbiete“, wobei die Anlieferung kostenfrei erfolgen könne. Nachdem der K sich die Sache kurz überlegt hatte, schrieb er in einer E-Mail vom 11.6.2012, dass er das Angebot annehme und der Auslieferung entgegenstehe. Am 25.6.2012 schrieb der G zurück, dass er aufgrund von Engpässen in der Lieferung der Pavillons seine vorhergehende E-Mail widerrufe. Noch am selben Tag bestand der K in einer weiteren E-Mail auf der Erfüllung des Vertrags und setzte der V-GmbH eine Frist zur Lieferung bis zum 9.7.2012. Da er allerdings befürchtete, das Sommerwetter werde nicht mehr lange halten und der Absatz könne sich deshalb schwierig gestalten, kaufte sich der K bereits am 2.7.2012 zehn Pavillons desselben Modells von einem anderen Großhändler, wofür er jedoch einen Preis von 800 € pro Stück zahlen musste. Als die Frist fruchtlos abgelaufen war, verlangte der K am 10.7.2012 von der V-GmbH Schadensersatz i.H.v. 1000 €, die er zusätzlich aufwenden musste, um die Pavillons zu erhalten.

Zu Recht?

Lösung

I. Anspruch auf Zahlung der Mehrkosten gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

Der K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 1000 € gegen die V-GmbH haben, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB.

1. Schuldverhältnis

Zunächst müsste zwischen K und der V-GmbH ein Schuldverhältnis bestanden haben. Hier kommt ein Kaufvertrag über zehn Pavillons der Marke X in Betracht, § 433 BGB. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei sich inhaltlich deckende und aufeinander bezogene Willenserklärungen in der Form von Angebot und Annahme zustande, §§ 145, 147 BGB. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Parteien sich in ihren E-Mails durch Angebot und Annahme geeinigt haben.

* Der Verf. war als Richter am Landgericht im Rahmen einer Abordnung in einem Zivilsenat am Oberlandesgericht Dresden tätig.

a) Angebot des K

In der E-Mail des K vom 4.6.2012 könnte ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags liegen. Das Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen zugehen muss und bei welcher der Gegenstand und der Inhalt des Vertrags so bestimmt angegeben werden müssen, dass die Annahme durch ein einfaches Ja erfolgen kann.¹ Die Abgrenzung zu einer bloßen Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*), bei der es an einem Rechtsbindungswillen fehlt, erfolgt dabei vom objektivem Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB.

Bei der Anfrage des K war allerdings noch völlig unklar, ob die V-GmbH überhaupt Pavillons in der gewünschten Größe in ihrem Verkaufsangebot hatte und in welcher Zahl sie gegebenenfalls liefern könne. Auch war nicht ersichtlich, wie hoch der Kaufpreis dafür sein sollte. Somit waren die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) des Kaufvertrags in dieser E-Mail noch nicht enthalten. Ein objektiver Empfänger der Nachricht musste deshalb annehmen, dass der K lediglich zur Abgabe eines Angebots seitens der V-GmbH aufgefordert und selbst kein verbindliches Angebot abgegeben hatte.

b) Angebot der V-GmbH

Es könnte aber ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über zehn Pavillons in der E-Mail des G vom 8.6.2012 liegen. Die V-GmbH als Gesellschaft wurde durch ihren Geschäftsführer vertreten, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, sodass der G also wirksam als Vertreter Erklärungen abgeben konnte, die für und gegen die GmbH Wirkung entfalteten. Fraglich ist allerdings, ob der G bereits ein Angebot abgeben wollte, da er dem K ausdrücklich erklärte, dass er die Lieferung der Pavillons „freibleibend anbiete“. Insofern könnte auch eine bloße *invitatio ad offerendum* in Betracht kommen, bei der es an einem Rechtsbindungswillen fehlt, sodass kein wirksames Angebot gegeben wäre.² In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie die Klausel „freibleibend“ im Handelsverkehr zu werten ist. So wäre denkbar, dass lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vorliegt oder aber bereits ein Angebot, bei dem der Erklärende die Gebundenheit an seinen Antrag nach § 145 Hs. 2 BGB ausgeschlossen hat. Auch könnte ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart worden sein.

Einigkeit besteht bei diesem Streit aber insoweit, als die Ermittlung der rechtlichen Einordnung der Klausel durch Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont aus zu erfolgen hat.³

¹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 145 Rn. 1; *Brox/Walker*, BGB AT, 35. Aufl. 2011, Rn. 165.

² *Fritzsche*, JA 2006, 674 (675).

³ *Ellenberger* (Fn. 1), § 145 Rn. 4; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 365; *Brox/Walker* (Fn. 1), Rn. 169; *Fritzsche*, JA 2006, 674 (676).

aa) Invitatio ad offerendum

Nach einer Ansicht sei die Klausel regelmäßig nur als *invitatio ad offerendum* anzusehen.⁴ Durch die Verwendung des Begriffs „freibleibend“ habe der Erklärende hinreichend deutlich gemacht, dass er keinen Rechtsbindungswillen habe, sondern in seiner Entscheidung über einen Antrag frei bleiben wolle. Dann müsse der Erklärende aber unverzüglich nach Zugang eines Angebots auf dieses reagieren, da ansonsten sein Schweigen kraft Handelsbrauchs nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB als Annahme wirke und er damit vertraglich gebunden sei.⁵ Unverzüglich bedeutet nach der Legaldefinition des § 122 Abs. 1 S. 1 BGB ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Dazu gehört eine angemessene Zeit zur Prüfung, Überlegung und Entscheidung unter Berücksichtigung der Interessen des Gegners.⁶ Nachdem der G für die V-GmbH auf die E-Mail des K vom 11.6.2012 aber erst am 25.6.2012, also zwei Wochen später, ablehnend geantwortet hatte, kann nicht mehr von einer unverzüglichen Ablehnung des Vertrags ausgegangen werden. Besonders im Handelsverkehr, an dem zwei Kaufleute beteiligt sind, kann ein schnelles Reagieren auf rechtsgeschäftliche Handlungen erwartet werden (s. etwa §§ 362, 377 HGB). Bei Zugrundelegung dieser Ansicht könnte die V-GmbH bei einer Annahmeerklärung seitens des K also vertraglich gebunden sein.

bb) Angebot mit Widerrufsvorbehalt

Nach anderer Ansicht handele es sich bei der Erklärung in der Regel um ein Angebot mit einem Widerrufsvorbehalt.⁷ Auch nach dieser Meinung könnte somit zunächst eine vertragliche Bindung der V-GmbH vorliegen, falls der K den Antrag angenommen und sie ihr Angebot nicht rechtzeitig widerrufen hat.

cc) Vertragliches Rücktrittsrecht

Letztlich wird auch vertreten, dass in der Formulierung ein vertragliches Angebot liege, worin zugleich der Wille zur Einräumung eines vertraglichen Rücktrittsrechts gesehen werden könne. Ein solches Rücktrittsrecht solle aber nur dann angenommen werden können, wenn der Verkäufer seine Lieferpflicht von seiner Leistungsfähigkeit abhängig machen wollen, also wenn er somit „das letzte Wort“ habe behalten wollen.⁸ Auch nach dieser Ansicht sei allerdings wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine unverzügliche Erklärung über den Rücktritt erforderlich. Wie oben dargelegt, war die dann als Rücktritt auszulegende Er-

klärung des G, seine frühere E-Mail zu widerrufen, jedoch nicht mehr unverzüglich erfolgt. Damit läge nach dieser Ansicht eine vertragliche Bindung der V-GmbH vor.

dd) Auslegung

Im konkreten Fall muss somit eine Auslegung der E-Mail des G vorgenommen werden, da es ganz auf den Einzelfall ankommt, was tatsächlich erklärt wurde. Es ist also zu fragen, wie der K die Erklärung des G vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. Vorliegend ist zu beachten, dass der K in seiner E-Mail vom 4.6.2012 als erster Kontakt mit der V-GmbH aufgenommen und um Informationen und gegebenenfalls ein Angebot hinsichtlich der Lieferung von Pavillons gebeten hatte. Insofern hatte er bereits eine *invitatio ad offerendum* abgegeben, weshalb die darauf erfolgende Erklärung nicht wiederum als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angesehen werden kann.⁹ Des Weiteren hatte der K in seiner Anfrage bei der V-GmbH zweifelsfrei erkennen lassen, dass er ein Angebot erwarte. So hatte er auch ausdrücklich erklärt, dass er bei Vorhandensein einer geeigneten Ware und kurzfristiger Liefermöglichkeit ein Angebot wünsche. Aus seiner objektivierten Sicht durfte er dann in der Antwort von einem Angebot ausgehen. Letztlich hatte der G zudem ausdrücklich das Wort „anbieten“ in seiner E-Mail verwendet. Der K durfte insofern annehmen, dass der G eine im Handelsverkehr zu erwartende Sorgfalt bei seiner Wortwahl beachtete, zumal die V-GmbH ein Formkaufmann nach § 6 Abs. 1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG war und der Abschluss eines Handelsgeschäfts nach § 343 Abs. 1 HGB angestrebt war. Nachdem der G in seiner Erklärung für die V-GmbH vom 8.6.2012 nicht deutlich gemacht hatte, dass er zunächst seinen eigenen Warenbestand auf eine Verfügbarkeit der Ware prüfen müsse, hatte er seine Leistungspflicht auch nicht von seiner Leistungsfähigkeit abhängig gemacht. Deshalb kann schon nicht von der Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts ausgegangen werden. Im Übrigen wäre der Rücktritt auch nicht mehr unverzüglich erfolgt (s.o.).

Somit ist nach Auslegung davon auszugehen, dass der G für die V-GmbH ein Angebot mit Widerrufsvorbehalt abgegeben hat, § 145 HS. 2 BGB.

c) Annahme durch K

In seiner E-Mail vom 11.6.2012 hatte der K dieses Angebot der V-GmbH auch ausdrücklich angenommen und erklärt, dass er auf die Auslieferung warte.

d) Widerruf durch V-GmbH

Fraglich ist, ob die V-GmbH ihr Angebot rechtzeitig widerrufen hat. Wenn man der zuvor durchgeführten Auslegung folgt und die Klausel des Freibleibens als Angebot mit Widerrufsvorbehalt auslegt, könnte die V-GmbH ihre vertragliche Bindung durch einen Widerruf beseitigt haben. So hatte auch der G in seiner E-Mail vom 25.6.2012 erklärt, dass er seine frühere E-Mail widerrufe. Allerdings kann ein solches Angebot nach wohl überwiegender Meinung nur bis zum Zugang der

⁴ Vgl. RGZ 102, 227 (229 f.); BGH NJW 1958, 1628 (1629); Lindacher, DB 1992, 1813 (1814); OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2010 – I-24 U 233/09, Rn. 14 (juris).

⁵ S. RGZ 102, 227 (229 f.); Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 29 Rn. 29.

⁶ S. Jauernig, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 121 Rn. 3.

⁷ S. BGH NJW 84, 1885 (1886); Medicus (Fn. 3), Rn. 366; s.a. Brox/Walker (Fn. 1), Rn. 169; Ellenberger (Fn. 1), § 145 Rn. 4; Flume, BGB AT, 4. Aufl. 1994, § 35 I 3 c.

⁸ Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 725.

⁹ BGH NJW 1984, 1885 (1886).

Annahmeerklärung widerrufen werden.¹⁰ Hier hatte der K in seiner E-Mail vom 11.6.2012 bereits die Annahme erklärt, die der V-GmbH auch zugegangen ist, sodass der Widerruf durch den G zu spät kam. Bei Zugrundelegung dieser Ansicht ist deshalb eine vertragliche Bindung gegeben.

Eine andere Ansicht in der Literatur will aber den Widerruf auch noch nach dem Zugang der Annahmeerklärung zulassen, allerdings nur, falls der Widerruf unverzüglich erfolge. Der Antragende habe erkennbar seine Bindung wegen einer Ungewissheit ausschließen wollen, die bis zum Zugang der Annahme andauere, sodass es nicht seinen Interessen entspreche, die Widerrufsmöglichkeit von einem Ereignis außerhalb seines Einflussbereichs abhängig zu machen.¹¹ Wie oben dargelegt, bedeutet „unverzüglich“ ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Hier hatte der G zwei Wochen gewartet, bis er den Widerruf erklärte, ohne dass ein Grund für diese Verzögerung ersichtlich wäre. Allein die Tatsache, dass es Engpässe bei der Lieferung gab, vermag nicht zu erklären, warum der G mit seiner E-Mail so lange zugewartet hatte. Unter Berücksichtigung der Interessen des K auf zügige Mitteilung eines etwaigen Widerrufs wäre deshalb auch nach dieser Meinung eine vertragliche Bindung der V-GmbH gegeben.

e) Zwischenergebnis

Zwischen den Parteien liegen damit zwei inhaltlich übereinstimmende und sich aufeinander beziehende Willenserklärungen in der Form von Angebot und Annahme vor, weshalb ein Kaufvertrag über zehn Pavillons der Marke X zum Preis von 700 € zustande gekommen ist, § 433 BGB.

2. Pflichtverletzung

Die V-GmbH müsste nun eine hauptleistungsbezogene Pflicht aus diesem Kaufvertrag verletzt haben. Sie hatte hier die Pflicht, die Auslieferung der Pavillons rechtzeitig zu erbringen. Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken, § 271 Abs. 1 BGB. Nachdem die Parteien vorliegend keine anderslautenden Vereinbarungen getroffen hatten und sich auch aus den Umständen nichts anderes ergab, war die Leistung der V-GmbH damit sofort fällig. Da sie aber die Pavillons nicht geliefert hatte, lag eine Pflichtverletzung vor.

Etwas anderes könnte sich jedoch dann ergeben, wenn der V-GmbH die Lieferung unmöglich gewesen wäre gem. § 275 Abs. 1 BGB, weil dann die Leistung nicht mehr fällig sein könnte und Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nicht mehr einschlägig wäre. Hier hatte der K sich am 2.7.2012 zehn Pavillons der Marke X bei einem anderen Händler gekauft, sodass man annehmen könnte, die Leistung sei nun nicht mehr möglich gewesen, da sein Erfül-

lungsinteresse bereits befriedigt war. Allerdings hatten die Parteien vorliegend einen Gattungskauf geschlossen, da die Pavillons als Leistungsgegenstand nur nach gemeinschaftlichen Merkmalen festgelegt waren, § 243 Abs. 1 BGB. Aus diesem Vertrag war die V-GmbH zur Lieferung von zehn Stück Handelsgut mittlerer Art und Güte verpflichtet, § 360 HGB. In einem solchen Fall tritt keine Unmöglichkeit ein, wenn der Käufer sich Stücke der Gattung anderweitig beschafft, da die ursprüngliche Lieferung durchaus noch erfolgen kann.¹²

Somit bleibt es bei der Pflichtverletzung seitens der V-GmbH.

3. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung durch Nichtleistung müsste die V-GmbH nun nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei Fahrlässigkeit dann gegeben ist, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, § 276 Abs. 2 BGB. Im Wege einer Beweislastumkehr wird das Verschulden hier nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Möglicherweise kommt es aber gar nicht auf ein Verschulden der V-GmbH an.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die V-GmbH wegen Engpässen bei der Lieferung keine Pavillons der Marke X auf Lager hatte, die sie an den K hätte ausliefern können. Allerdings hatte sie ihre Leistungsverpflichtung in dem Kaufvertrag auch nicht auf eine Vorratsschuld beschränkt, sodass vom Vorliegen einer marktbezogenen Gattungsschuld auszugehen ist. Damit hatte sie sich zur Lieferung aus dieser Gattung unabhängig von ihrem eigenen Lagerbestand verpflichtet und musste das Beschaffungsrisiko nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB losgelöst von einem Verschulden tragen.

Die V-GmbH hat ihre Nichtleistung deshalb zu vertreten.

4. Fristsetzung

Der K müsste des Weiteren der V-GmbH eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt haben.

a) Entbehrlichkeit, § 281 Abs. 2 BGB

Fraglich ist zunächst, ob eine Fristsetzung entbehrlich war, da der G den Widerruf des Vertragsangebots erklärt hatte. Die Fristsetzung ist nämlich entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, § 281 Abs. 2 BGB. In dem Widerruf könnte eine solche Verweigerung der Leistung liegen. Nach der Rechtsprechung des BGH müssen dafür Umstände gegeben sein, welche die Annahme rechtfertigen, der Schuldner werde seinen Verpflichtungen unter keinen Umständen nachkommen und es muss ausgeschlossen erscheinen, dass er sich durch eine Fristsetzung umstimmen lassen werde.¹³ Falls aber Zweifel bestehen blieben, müsse eine Fristsetzung erfolgen.¹⁴ Im Sachverhalt sind für eine solche

¹⁰ *Ellenberger* (Fn. 1), § 145 Rn. 4; *Jauernig* (Fn. 6), § 145 Rn. 5; s.a. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 145 Rn. 7 ff.

¹¹ *Medicus* (Fn. 3), Rn. 366; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 17. Aufl. 2011, § 19 Rn. 9; *Fritzsche*, JA 2006, 674 (676); *Lindacher*, DB 1992, 1813 (1814).

¹² *Faust*, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 239 (S. 253).

¹³ BGH NJW 2011, 2872 Rn. 14.

¹⁴ BGH NJW 1987, 251 (253).

Leistungsverweigerung keine Anhaltspunkte gegeben. Allein der Widerruf des Angebots ist nach den strengen Anforderungen in der Rechtsprechung nicht ausreichend. Demnach war eine Fristsetzung seitens des K erforderlich.

b) Frist gesetzt

In seiner E-Mail vom 25.6.2012 hatte der K eine zweiwöchige Nachfrist gesetzt, die bis zum 9.7.2012 lief. Diese Frist müsste nun angemessen gewesen sein. Bei der Beurteilung der Frist als angemessen muss der Schuldner in die Lage versetzt werden, die bereits in Angriff genommene Leistung zu vollenden.¹⁵ Hier handelte es sich um eine einfache Lieferung von Handelsware, die auch unschwer am Markt besorgt werden konnte, wie sich aus der Tatsache ergibt, dass auch der K sich die Pavillons noch innerhalb der Frist anderweitig beschaffen konnte. Dementsprechend erscheint die vom K gesetzte Frist in diesem Sinn angemessen, um der V-GmbH eine letzte Chance zur Leistung zu geben.

5. Ablauf der Nachfrist

Die V-GmbH hatte bis zum 9.7.2012 keine Pavillons geliefert, sodass die ihr gesetzte Frist fruchtlos ablief. Der K hatte am 10.7.2012 dann auch einen Anspruch auf Schadensersatz gelten gemacht, § 281 Abs. 4 BGB.

6. Schadensersatz statt der Leistung

Die V-GmbH war somit grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet. Nach der Differenzhypothese war ein Vergleich der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses durchzuführen,¹⁶ sodass der K verlangen konnte, so gestellt zu werden, wie er bei gehöriger Erfüllung stehen würde.

a) Konkrete Schadensermittlung

Grundsätzlich muss der Schaden konkret bestimmt werden, also ist zu ermitteln, wie sich das Vermögen des K bei ordnungsgemäßer Erfüllung darstellen würde und wie es nun tatsächlich aussieht. Vorliegend hatte der K einen Deckungskauf vorgenommen und sich die Pavillons anderweitig verschafft, wobei er seine Mehraufwendungen konkret mit 1000 € beziffert hatte. Da ihm diese Mehrkosten nicht entstanden wären, wenn die V-GmbH ordentlich erfüllt hätte, wäre dem K dieser Schaden vom Grundsatz her zu erstatten.

b) Vorzeitiger Deckungskauf

Problematisch ist im vorliegenden Fall allerdings, dass der K schon am 2.7.2012 den Deckungskauf getätigt hat, also noch vor Ablauf der Nachfrist am 9.7.2012 und vor der Geltendmachung des Schadensersatzes gegenüber der V-GmbH. Erst ab dem Zeitpunkt des Verlangens von Schadensersatz erlischt der Erfüllungsanspruch und wird durch einen Schadensersatzanspruch ersetzt, § 281 Abs. 4 BGB. Der Erfüllungsanspruch und ein geltend gemachter Schadensersatz statt der Leistung

sind ausweislich der Vorschrift des § 281 Abs. 4 BGB nicht nebeneinander möglich. Wie die Fälle des vorzeitigen Deckungsgeschäfts in diesem Zusammenhang rechtlich einzuordnen sind, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Es kommt dabei darauf an, wie der Schadensersatz statt der Leistung von dem Schadensersatz neben der Leistung zu unterscheiden ist.

aa) Schadensersatz statt der Leistung

Nach allgemeiner Ansicht in der Literatur erfolgt die Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten nach den geltend gemachten Schadensposten.¹⁷ Entsprechend der h.M. in der Literatur können nur die Schäden dem Schadensersatz statt der Leistung zugerechnet werden, die ausschließlich auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen sind, die also durch eine hypothetische Nacherfüllung zum letztmöglichen Zeitpunkt noch behoben werden könnten.¹⁸

Der hier vom K am 2.7.2012 vorgenommene Deckungskauf erfolgte aber noch vor dem Schadensersatzverlangen und sogar noch vor dem Fristablauf und ist deshalb bereits endgültig eingetreten, sodass er durch eine Nacherfüllung zum letztmöglichen Zeitpunkt nicht mehr entfallen konnte. Insofern kann der K diesen Schaden nicht als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB geltend machen.

bb) Schadensersatz neben der Leistung

In Betracht käme deshalb allenfalls ein Schadensersatz neben der Leistung. So wird auch von einer Mindermeinung in der Literatur das vorzeitige Deckungsgeschäft als Schadensersatz neben der Leistung eingeordnet und es unter bestimmten Bedingungen nach den §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB für erstattungsfähig gehalten.¹⁹ Zur Begründung wird angeführt, dass sich aus dem Gesetz nicht ergebe, dass das Erfüllungsinteresse nicht im Wege des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung befriedigt werden dürfe. Es liege ein Fall der psychisch vermittelten Kausalität vor, da die Kosten des vorzeitigen Deckungsgeschäfts auf einer eigenen Handlung des Gläubigers beruhten, sodass ein Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB dann gegeben sei, wenn der Gläubiger sich zu der Handlung habe herausgefordert fühlen dürfen. Vor Ablauf der Nachfrist müsse er aber die Leistung noch als Erfüllung entgegennehmen, sodass er bis zum Fristablauf warten müsse, da er dann das Recht des Schuldners, die Leistung zu erbringen, vernichten könne.²⁰ Nach dieser

¹⁷ Stadler, in: Jauernig (Fn. 6), § 280 Rn. 4.

¹⁸ Schulze/Ebers, JuS 2004, 265 (268); Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 10), § 280 Rn. 66; Schulze, in: Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 280 Rn. 4; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835); Klöhn, JZ 2004, 46 (47); Tiedke/Schmidt, BB 2005, 615 (617); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Grüneberg, in: Palandt (Fn. 1), § 280 Rn. 18.

¹⁹ Lorenz, in: Häublein/Lutz, Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, 2012, S. 147 (S. 155).

²⁰ Lorenz (Fn. 19), S. 159 ff.

¹⁵ BGH NJW 1995, 320 (323).

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2012, 601 (602); BGH NJW 2011, 1962 (1963).

Auffassung hätte sich der K vorliegend jedoch nicht vor Ablauf der Nachfrist anderweitig eindecken dürfen, da er sich nicht dazu herausgefordert fühlen durfte. Als Ausnahme lässt diese Mindermeinung einen vorzeitigen Deckungskauf vor Fristablauf dennoch zu, wenn die Kosten den ansonsten eintretenden Verzögerungsschaden unterschritten.²¹ Dem Sachverhalt ist aber nicht zu entnehmen, dass größere Schäden eingetreten wären, wenn der K nicht das verfrühte Deckungsgeschäft getätigt hätte. Damit wären die Mehrkosten des Deckungskaufs auch nach der Mindermeinung nicht als Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB zu ersetzen.

Nach der h.M. sei ein solches verfrühtes Deckungsgeschäft nicht als Verzögerungsschaden neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig, da es entsprechend der Systematik des Gesetzes nur als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden könne und ausschließlich das Erfüllungsinteresse betroffen sei. Die Aufwendungen zum Ausgleich eines Leistungsdefizits seien nur nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 BGB ersetzbar, da das Interesse des Gläubigers an der Naturalleistung schon befriedigt worden sei und deshalb nicht mehr durch den Schuldner befriedigt werden könne. In den Vorschriften der §§ 280-283 BGB werde deutlich, dass der Gesetzgeber eine anderweitige Eindeckung seitens des Gläubigers nur dann habe zulassen wollen, wenn Unmöglichkeit eingetreten, Schadensersatz nach § 281 Abs. 4 BGB erklärt oder zurückgetreten worden sei, sodass der Gläubiger das vorzeitige Deckungsgeschäft nicht durch den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung auf den Schuldner abwälzen dürfe.²² Auch nach dieser Auffassung könnte der K seine Mehrkosten aus dem Deckungskauf i.R.e. Schadensersatzes neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB somit nicht geltend machen.

Nachdem beide Meinungen zum selben Ergebnis kommen, kann eine Streitentscheidung unterbleiben.

cc) Nachträgliche Berechtigung des Deckungskaufs

Fraglich ist, ob der K nach dem Verlangen von Schadensersatz nunmehr die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts verlangen kann, da der Erfüllungsanspruch dann erlischt.

Nach einer noch zum alten Schuldrecht ergangenen Entscheidung des BGH war der Deckungskauf vor Fristablauf vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasst. In Anwendung des Rechts, das vor dem 2.1.2002 galt, hatte der BGH beim Schadensersatz nach Fristsetzung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. entschieden, dass es für den Gesamtvergleich der Vermögenslage auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung als Anfangspunkt und auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs ankomme, sodass auch ein Deckungskauf vor der Geltendmachung des Ersatzanspruchs umfasst sei,²³ sofern der Gläubiger bis zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs zur

Leistung bereit und in der Lage gewesen sei.²⁴ Deshalb könne nach einer Ansicht in der Literatur das vorzeitige Deckungsgeschäft auch nach der Modernisierung des Schuldrechts als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werden.²⁵

Es ist schon zweifelhaft, ob der BGH diese Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform überhaupt fortführen wird. In einer neueren Entscheidung hat er zwar ausgeführt, dass sich der Schadensersatz statt der Leistung wegen eines entgangenen Gewinns aus einem Weiterverkauf ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung berechne.²⁶ In einem anderen Urteil hat er aber entschieden, dass der bis zum endgültigen Ausbleiben der Leistung entstandene Betriebsausfallschaden auch dann noch ein Schaden neben der Leistung sei, wenn die Leistungspflicht später weg falle.²⁷ Unabhängig von diesen Entscheidungen decken sich jedenfalls aber die Begriffe Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht. Im früheren Recht reichte die Nichterfüllung einer Vertragspflicht aus, um Schadensersatz zu begründen, wobei es auf die Art des Schadens nicht ankam; im neuen Schuldrecht ist der Grund für die Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung der zu vertretende endgültige Ausfall der Leistung.²⁸ Ein Schaden i.R.d. Schadensersatzes statt der Leistung kann somit erst dann in die Berechnung einfließen, wenn der Erfüllungsanspruch erloschen ist, was in der Regel zur Zeit des Verlangens von Schadensersatz nach § 281 Abs. 4 BGB eintritt. Es kommt also gerade nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung als Anfangspunkt der Schadensberechnung an. Somit kann der nachträglich berechnete Deckungskauf im vorliegenden Fall nicht als Schaden berücksichtigt werden.

c) Abstrakte Schadensberechnung

Möglicherweise könnte der K die Mehrkosten ersetzt verlangen, wenn es ihm gestattet wäre, eine abstrakte Schadensberechnung vorzunehmen. Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden, § 376 Abs. 2 HGB. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass es dem K als Kaufmann bei einem Handelsgeschäft möglich ist, seinen Schaden abstrakt auf der Basis eines hypothetischen Deckungsgeschäfts abzurechnen. Dann könnte er die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und dem Marktpreis ersetzt verlangen. Allerdings hat er hier eine konkrete Schadensberechnung vorgenommen und sich nicht auf ein solches hypothetisches Geschäft berufen. Deshalb kann er die Mehrkosten auch über diese Berechnungsart nicht ersetzt verlangen.

II. Endergebnis

Der K hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die V-GmbH i.H.v. 1000 €.

²¹ Lorenz (Fn. 19), S. 162.

²² Unberath, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 25, Stand: 1.3.2011, § 286 Rn. 69; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (737); Faust (Fn. 12), S. 255; Ernst (Fn. 18), § 280 Rn. 66.

²³ BGH NJW 1998, 2901 (2902).

²⁴ BGH NJW 1987, 251 (253).

²⁵ Vgl. Grüneberg (Fn. 18), § 281 Rn. 25; Unberath (Fn. 22), § 281 Rn. 39.

²⁶ BGH JZ 2010, 44 (45 Rn. 20).

²⁷ BGH NJW 2010, 2426 (2427 Rn. 13).

²⁸ Lorenz (Fn. 19), S. 150.