

Das endgültige Ausbleiben der Leistung als „Zauberformel“ für die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vom Schadensersatzanspruch neben der Leistung?*

Von Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London), Bielefeld**

Ausgangspunkt der mittlerweile wohl überwiegenden Auffassung zur Schadensabgrenzung¹ ist bekanntermaßen, dass Gegenstand des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nur derjenige Schaden sein kann, der allein auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen ist – was nach Lage der Dinge entweder die Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 BGB), ein berechtigtes Schadensersatzverlangen statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) oder aber den Rücktritt vom Vertrag voraussetzt.

Der durch diese Abgrenzung generierte Vorteil ist ohne Frage die trennscharfe Unterscheidungsmöglichkeit zwischen beiden Anspruchsgrundlagen, die eine Reihe von Inkonsistenzen anderer Abgrenzungstheorien vermeidet.² Gerade am Beispiel des Deckungsgeschäfts zeigen sich bei vordergründiger Betrachtung allerdings auch Defizite, die gegenüber einer Abgrenzung auf Grundlage des geltend gemachten Interesses des Gläubigers bestehen können: Nimmt der Gläubiger ein Deckungsgeschäft nämlich vor dem Schadensersatzverlangen statt der Leistung gem. § 281 Abs. 4 BGB oder sogar noch vor dem Ablauf einer gesetzten Nachfrist vor, stellen die hier anfallenden Mehraufwendungen auf dem Boden dieser Auffassung konsequenter Weise keinen Schadensersatz statt, sondern einen Schadensersatz neben der Leistung dar. Daher bestünde die Gefahr, dass die Mehrkosten für das Deckungsgeschäft entgegen der gesetzlichen Grundwertungen der §§ 280 ff. BGB bereits bei Vorliegen der geringeren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs neben der Leistung liquidiert werden könnten, weil eine Nachfristsetzung hier anders als im Fall des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 BGB) nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich ist.³ Einzelne Vertreter dieser Auffassung halten eine Ersatzfähigkeit der genannten Schäden im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs neben der Leistung daher auch aus übergeordneten Gründen nicht für möglich.⁴

Lorenz will diese Problematik nun über ein Instrument der Schadenszurechnungslehre in den Griff bekommen: Da

* Erwiderung auf nur Lorenz, in: Häublein/Lutz (Hrsg.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus*, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, S. 147 und zugleich Nachtrag zu Ostendorf, NJW 2010, 2833.

** Der Autor ist Prof. für Wirtschaftsrecht an der FH Bielefeld und als Of Counsel für die Sozietät Orth Kluth Rechtsanwälte, Düsseldorf, Berlin, tätig.

¹ Vgl. nur Lorenz, in: Häublein/Lutz (Hrsg.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus*, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, S. 147 (S. 152) mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Literatur. Ebenso wohl auch BGH NJW 2010, 2426.

² Dazu Lorenz (Fn. 1), S. 148 ff.

³ So im Ausgangspunkt auch Lorenz (Fn. 1), S. 155.

⁴ So etwa Faust, in: *Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag*, S. 239 (S. 254); Klöhn, JZ 2010, 46 (47).

die Mehrkosten für das Deckungsgeschäft auf einer Handlung des Gläubigers beruhten und damit einen Anwendungsfall der psychisch vermittelten Kausalität darstellten, käme ein Zurechnung nur in Betracht, wenn sich der Gläubiger zur Vornahme des Deckungsgeschäfts auch legitimer Weise hätte herausgefordert sehen dürfen: Zwar verlange der Schadensersatz neben der Leistung wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280, 286 BGB keine Nachfristsetzung. Vor Ablauf einer Nachfrist dürfe sich der Gläubiger zur Vornahme des Deckungsgeschäfts regelmäßig aber nicht legitimer Weise herausgefordert sehen. Dies sei vielmehr grundsätzlich erst dann der Fall, wenn die Voraussetzungen eines Rücktritts oder eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vorlägen, weil der Gläubiger in diesem Fall die Berechtigung des Schuldners zur Erfüllung ohnehin zu Fall bringen könne.⁵

Letztlich bleiben aber auch nach dieser Weiterentwicklung der wohl herrschenden Auffassung zur Abgrenzung der Schadensarten Bedenken bestehen, die im Folgenden anhand dreier Beispiele kurz skizziert werden sollen:

I. Paradoxien

Unstreitig erlischt der Erfüllungsanspruch gem. § 281 Abs. 4 BGB nur durch ein berechtigtes Schadensersatzverlangen statt der Leistung.⁶ Dazu gehören jedenfalls die Anspruchsvoraussetzungen Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, erfolglose Nachfristsetzung (soweit nicht im Einzelfall entbehrlich) und Vertretenmüssen. Zählt man aber zutreffender Weise auch einen entstandenen Schaden zu den Anspruchsvoraussetzungen der §§ 280, 281 BGB,⁷ entsteht auf Basis der skizzierten überwiegenden Auffassung zur Schadensabgrenzung ein Paradoxon: Denn Schadensersatzansprüche statt der Leistung erfas-

⁵ Eine psychisch hinreichend vermittelte Kausalität nimmt Lorenz zusätzlich allerdings auch bei Deckungsgeschäften vor Fristablauf an, wenn durch das vorzeitige Erfüllungsgeschäft ein sonst eintretender größerer, vom Schuldner zu ersetzender Verzögerungsschaden verhindert wird, vgl. Lorenz (Fn. 1), S. 162. Dies dürfte wohl auch gelten, wenn die Fristsetzung nach der Wertung des § 281 Abs. 2 BGB bzw. (im Mangelfall) gem. § 440 BGB entbehrlich war.

⁶ Statt vieler Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 281 Rn. D 8.

⁷ Dafür spricht auch, dass die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs (von den Sonderfällen der §§ 438, 634a BGB abgesehen) erst mit dem Entstehen des Schadensersatzanspruchs beginnt, zu dem nach allgemeiner Meinung auch der Schadenseintritt gehört; s. für den Anspruch auf Ersatz von Verzugsschäden etwa Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 199 Rn. 21. Rechtsfolge der §§ 280 ff. BGB ist daher auch nicht etwa der Schaden, sondern die Berechtigung, den entstandenen Schaden vom Schuldner ersetzt zu verlangen.

sen nach dieser Auffassung ja von vorneherein ausschließlich Schäden, die erst *nach* dem (berechtigten) Schadensersatzverlangen eingetreten sind. Damit könnten Schadensersatzansprüche statt der Leistung in dieser Fallkonstellation im Ergebnis aber nie begründet sein.

II. Funktionslosigkeit der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen in § 281 Abs. 1 und 2 BGB

Als noch gewichtiger erweist sich vielleicht ein systematisches Argument: Wenn (neben den Fällen der Unmöglichkeit und des Rücktritts vom Vertrag) nur solche Schäden zum Schadensersatz statt der Leistung gerechnet werden können, die (unabhängig von der oben skizzierten Problematik des Schadenseintritts als Anspruchsvoraussetzung) erst nach berechtigtem Schadensersatzverlangen statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) entstehen, entfällt neben der dadurch bewirkten Funktionslosigkeit der Nachfrist im Tatbestand von § 281 Abs. 1 BGB denklogischer Weise auch jegliche – zumindest unmittelbare – Anwendungsmöglichkeit für § 281 Abs. 2 BGB sowie § 440 BGB,⁸ weil bereits eine Qualifizierung als Schadensersatz statt der Leistung zwangsläufig voraussetzt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Geltendmachung vorliegen: Andernfalls läge ja kein berechtigtes Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB vor, nach dem in zeitlicher Hinsicht Schäden, die dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung unterfallen sollen, überhaupt erst entstehen können.

Die von *Lorenz* vorgeschlagene Berücksichtigung der Nachfristsetzung (und dann wohl konsequenter Weise auch ihrer Ausnahmen gem. §§ 281 Abs. 2, 440 BGB) im Rahmen der Schadenszurechnung beim Schadensersatz neben der Leistung führt damit auf Basis der wohl herrschenden Auffassung zur Schadensabgrenzung dazu, dass die gesetzliche Regelung in § 281 BGB zunächst weitgehend ihres Anwendungsbereichs beraubt, gleichzeitig aber durch die Hintertür der Schadenszurechnung und der Lehre von der psychisch vermittelten Kausalität bei den Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzes neben der Leistung wieder fruchtbar gemacht wird. Die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Nachfrist und ihrer Ausnahmen in § 281 Abs. 2 und § 440 BGB im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch *statt* der Leistung dürfte demgegenüber aber doch gerade da-für sprechen, dass der Gesetzgeber bewusst davon ausgegangen ist, dass es Schadenspositionen geben muss, die einerseits als Schadensersatz *statt* der Leistung qualifiziert werden müssen, andererseits aber wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen im Ergebnis nicht erfolgreich geltend gemacht werden können – und zwar insbesondere dann, wenn eine erforderliche Nachfrist nicht gesetzt wurde. Das unterstreicht nicht zuletzt auch § 281 Abs. 1 S. 3 BGB.⁹

⁸ In Bezug auf Schadensersatzansprüche.

⁹ Hier heißt es: „Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.“ In beiden Fallgruppen geht der Gesetzgeber

Man mag diese Diskussion für ein juristisches Glasperlenspiel halten, weil die von *Lorenz* bewirkte Projektion der Anspruchsvoraussetzungen des § 281 BGB in die Anspruchsgrundlage des §§ 280, 286 BGB letztlich meist zum gleichen Ergebnis führen dürfte. Bedenklich bleibt aber, dass Rechtsklarheit und nicht zuletzt auch Benutzerfreundlichkeit eines Gesetzestextes leiden, wenn gesetzlich klar definierte Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr unmittelbar angewandt, sondern statt dessen im Rahmen eines nicht kodifizierten Instruments der Schadenszurechnung bei einer anderen Anspruchsgrundlage wertungsmäßig herangezogen werden sollen.

III. Weiterbestehender Erfüllungsanspruch

Werden Mehrkosten für einen Deckungskauf *vor* dem Schadensersatzverlangen statt der Leistung als Schadensersatz neben der Leistung qualifiziert, folgt daraus auch, dass der Gläubiger neben dem Schadensersatzanspruch weiterhin Erfüllung verlangen kann, aber auch weiter zur Entgegennahme der Leistung verpflichtet bleibt. Das gilt im Übrigen selbst dann, wenn der Gläubiger – gestützt auf §§ 280, 286 BGB – die für das Deckungsgeschäft aufgewendeten Mehrkosten vom Schuldner verlangt und damit gerade zum Ausdruck gebracht hat, dass sein Erfüllungsinteresse bereits befriedigt ist. Der Käufer läuft dadurch letztlich Gefahr, den Vertragsgegenstand zweimal bezahlen zu müssen, auch wenn hierdurch erlittene Schäden dann gegebenenfalls als Schadensersatz geltend gemacht werden könnten.¹⁰ Ob das vom Gesetzgeber gewollt war, kann mit Blick auf die Grundwertung in § 281 Abs. 4 BGB aber nur schwerlich angenommen werden.

Letztlich stellt sich damit die Frage, ob die Problematik der Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung überhaupt mit Hilfe einer einheitlichen „Formel“ gelöst werden kann oder aber die Anwendung unterschiedlicher Abgrenzungskriterien unumgänglich ist.¹¹ Ohne unerfreuliche Nebenwirkungen bleibt eine einheitliche „Zauberformel“ für die Abgrenzung jedenfalls nicht.

also offenkundig davon aus, dass es als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizierende Schadenspositionen gibt, die (mangels Interessenfortfall oder Unerheblichkeit der Pflichtverletzung) aber gerade nicht berechtigter Weise ersetzt verlangt werden können.

¹⁰ Dazu (für das UN-Kaufrecht) etwa *Schlechtriem*, in: Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, S. 383 (S. 387 ff.), der bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts entgegen der h.M. ein Deckungsgeschäft auch unabhängig von einer Vertragsaufhebung zulassen möchte und im Fall einer verspäteten Erfüllung durch den Verkäufer *nach* Vornahme eines Deckungsgeschäfts durch den Käufer die dadurch entstehenden Mehrkosten für den Käufer (Verkauf des nunmehr überflüssigen Deckungsgegenstandes) als erstattungsfähigen Schadensersatz bewertet.

¹¹ Dazu *Ostendorf*, NJW 2010, 2833.