



*Ivo Bach*

## Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung

ZJS 2013, 1-8

### I. Problemaufriss

„Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.“ Mit diesem Verweis verlangt § 280 Abs. 3 BGB grob gesagt, dass der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist gesetzt hat, dass eine Leistung ihm nicht mehr zugemutet werden kann oder dass sie unmöglich ist. Anderenfalls kann der Gläubiger nur Schadensersatz *neben* der Leistung verlangen. Ob ein Schadensposten als „statt“ oder „neben“ der Leistung einzustufen ist, kann also im Einzelfall entscheidend sein – nämlich dann, wenn die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die Abgrenzung der beiden Schadensarten bereitet indes Schwierigkeiten.

Folgender *Beispielsfall* mag der Veranschaulichung dienen:

V betreibt eine kleine Boutique für besondere Möbel. Kunde K interessiert sich für einen Tisch, der von Schreiner S produziert wird. K bestellt<sup>1</sup> schließlich einen solchen Tisch für den 8.3. bei V zum (recht hohen) Preis von 2000 €. Vereinbart wird ein relatives Fixgeschäft, weil K an diesem Tag mit einem Möbelwagen in der Stadt unterwegs ist und noch andere bestellte Möbel abholen will. V bestellt seinerseits für den 1.3. bei S – allerdings zum Preis von nur 1200 € und ohne ein relatives Fixgeschäft zu vereinbaren. Er zahlt im Voraus. Die Produktionskosten des S liegen bei etwa 800 €. S liefert am 1.3. jedoch nicht bzw. mangelhaft. Als V dem K deshalb am 8.3. keinen (mangelfreien) Tisch zur Verfügung stellen kann, nimmt K von seinem Kauf Abstand. Noch am selben Tag verlangt V seinerseits Schadensersatz von S. Ist dieser Anspruch nun als Schadensersatz statt oder als Schadensersatz neben der Leistung einzustufen?

### II. Grobe Skizze des Meinungsstands

#### 1. Teleologische Herangehensweise

Den Ausgangspunkt der Diskussion lieferten die Initiatoren der Schuldrechtsreform in ihrer Begründung des Gesetzesentwurfs. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Lieferung nahmen sie die Abgrenzung anhand der aus dem alten Schuldrecht bekannten Begrifflichkeiten des Mangelschadens (= Schadensersatz statt der Leistung) und des Mangelfolgeschadens (= Schadensersatz neben der Leistung) vor.<sup>2</sup> Allerdings ordneten sie im Rahmen ihrer weiteren Ausführungen solche Schadensposten, die nach alter Terminologie als Mangelschaden einzuordnen gewesen waren, ohne nähere Begründung dem einfachen Schadensersatz nach § 280

Abs. 1 BGB zu.<sup>3</sup> In der frühen Literatur zur Schuldrechtsreform fanden sie dennoch weitgehend Zustimmung.<sup>4</sup>

Seither haben jedoch kritische Stimmen eindeutig die Oberhand gewonnen. Abgesehen von den angesprochenen Widersprüchlichkeiten in der Gesetzesbegründung sei die Übernahme der alten Begrifflichkeiten angesichts dessen erstaunlich, dass der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform gerade die Beseitigung der mit ihnen verbundenen „vielfachen Unsicherheiten“<sup>5</sup> anstrebte.<sup>6</sup> Nach inzwischen ganz überwiegender Ansicht ist die Abgrenzung daher nicht anhand der alten Begrifflichkeiten, sondern anhand teleologischer Erwägungen vorzunehmen.<sup>7</sup>

Das Telos der §§ 281 ff. BGB wird dabei allerdings nicht ganz einheitlich beschrieben. Zumeist konzentriert sich die Zweckanalyse auf das Fristsetzungserfordernis des § 281 Abs. 1 BGB als Kern der besonderen Voraussetzungen.<sup>8</sup> Dessen Zweck wird mal damit angegeben, dem Schuldner die Chance zu gewähren, den Schaden durch Nachholung der Leistung zu vermeiden oder zu beseitigen,<sup>9</sup> mal damit, das Recht des Schuldners auf Naturalandienung zu sichern.<sup>10</sup> Mitunter werden auch beide Zwecke in einem Atemzug genannt.<sup>11</sup>

Vereinzelt wird der Zweck der §§ 281 ff. BGB zusätzlich an der Rechtsfolge des § 281 Abs. 4 BGB festgemacht. Dieser stelle eine Konkurrenzregel dar, diene also dem Zweck, ein Nebeneinander von Schadensersatz- und Erfüllungsan-

[↑ ZJS 2013, 1 ↑](#)

[↓ ZJS 2013, 2 ↓](#)

spruch auszuschließen, wenn und soweit dies einen unbilligen Vorteil für den Gläubiger bedeuten würde.<sup>12</sup>

Insgesamt werden also drei Zwecke genannt: a) Schadensvermeidung, b) Sicherung des Naturalandienungsrechts und c) Ausschluss einer Doppelbefriedigung des Schuldners.

## 2. Praktische Abgrenzung

Angesichts dieser unterschiedlichen Zweckbeschreibungen erstaunt es nicht, dass sich für die praktische Abgrenzung unterschiedliche Formeln entwickelt haben. Zweckbeschreibung a) führt zu folgender Formel, die wohl als herrschend bezeichnet werden kann: Als Schadensersatz statt der Leistung ist derjenige Schaden einzustufen, der durch das *endgültige* Ausbleiben der Leistung verursacht wird.<sup>13</sup> Diesen Schaden hätte der Schuldner nämlich durch eine (Nach-)Erfüllung im spätestmöglichen Zeitpunkt noch vermeiden können. Als spätestmöglicher Erfüllungszeitpunkt wird dabei ganz überwiegend derjenige angesehen, ab dem der Schuldner nicht mehr leisten darf (weil der Gläubiger zurückgetreten ist oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat) oder nicht mehr leisten kann (weil die Leistung unmöglich geworden ist).<sup>14</sup> Im Ergebnis läuft diese Formel auf eine zeitliche Abgrenzung hinaus: Ein Schadensposten ist dann – und nur dann – als „statt der Leistung“ anzusehen, wenn er nach dem spätestmöglichen (Nach-)Erfüllungszeitpunkt eintritt, weil jene (Nach-)Erfüllung ihn dann - und nur dann - noch hätte verhindern können.

Im obigen Beispielsfall würde eine solche zeitliche Abgrenzung dazu führen, dass der entgangene Gewinn als Schadensersatz neben der Leistung eingestuft werden müsste: Das Geschäft des V mit K ist zu einem Zeitpunkt geplatzt, in dem S gegenüber V noch zur (Nach-)Erfüllung berechtigt war – und wäre auch durch eine spätere (Nach-)Erfüllung seitens des S nicht mehr gerettet worden. Diese Einstufung als Schadensersatz neben der Leistung hätte zur Folge, dass V seinen Schaden grundsätzlich<sup>15</sup> ersetzt bekommen würde.

Auf Basis der Zweckbeschreibungen b) und c) gelangt man demgegenüber zu einer anderen Formel: Als Schadensersatz statt der Leistung sind diejenigen Schadensposten einzustufen, die jene Leistung ersetzen, die funktional an ihre Stelle treten.<sup>16</sup> Dies ist immer dann der Fall, wenn der Schadensersatz entweder den Substanzausfall oder die entgangenen Vermögensvorteile aus der geplanten Verwendung kompensieren soll.<sup>17</sup> Dabei umfasst die Kompensation für den Substanzausfall neben dem einfachen Wertersatz auch „Heilungs“-Maßnahmen des Gläubigers, wie die Ersatzbeschaffung und die Reparatur. Diese Formel setzt also nicht am Zeitpunkt der Schadensentstehung an, sondern am Schadenstypus.

Im obigen Beispielsfall würde eine solche schadenstypologische Abgrenzung dazu führen, dass der entgangene Veräußerungsgewinn des V als Schadensersatz statt der Leistung einzuordnen wäre: Er dient der Kompensation der entgangenen Vermögensvorteile aus der geplanten Verwendung. Diese Einstufung als Schadensersatz statt der Leistung hätte zur Folge, dass V seinen Schaden – mangels Nachfristsetzung – *nicht* ersetzt bekommen würde.<sup>18</sup>

Bemerkenswert ist, dass sich in der Literatur Stimmen mehren, die zur Abgrenzung weder ausschließlich auf die eine, noch ausschließlich auf die andere Formel zurückgreifen, sondern zeitliche und typologische Elemente kombinieren. Vielfach wird etwa hinsichtlich entgangener Weiterveräußerungsgewinne eine zeitliche Abgrenzung bemüht, Schäden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers jedoch - schadenstypologisch – stets dem Schadensersatz neben der Leistung zugeordnet.<sup>19</sup> Und sogar strenge Vertreter einer zeitlichen Abgrenzung ordnen Deckungsgeschäfte (und Reparaturen) stets als Schadensersatz statt der Leistung ein, also auch dann, wenn sie vor dem spätestmöglichen (Nach-)Erfüllungszeitpunkt getätigt wurden – was letztlich einer schadenstypologischen Systematisierung entspricht.<sup>20</sup>

Der BGH hat sich wohl noch nicht entschieden. Seine bisherigen Aussagen sind widersprüchlich. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009<sup>21</sup> scheint er der schadenstypologischen Abgrenzung zu folgen. Jedenfalls stuft er einen Anspruch auf Ersatz eines *vor* Rücktritt entgangenen Weiterver-

↑ ZJS 2013, 2 ↑

↓ ZJS 2013, 3 ↓

kaufgewinns ohne nähere Begründung als Schadensersatz statt der Leistung ein. Demgegenüber klingt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010<sup>22</sup> eher die Formel der zeitlichen Abgrenzungsmethode an: Hier stuft der BGH einen *nach* Rücktritt entstandenen Nutzungsausfall mit der Begründung als Schadensersatz statt der Leistung ein, „der Schaden [beruhe] auf dem in Folge des Rücktritts und des damit

verbundenen Erlöschens der ursprünglichen Leistungspflicht endgültigen Ausbleiben der Leistung“.

### 3. Kritik an beiden Abgrenzungsansätzen

Beide Abgrenzungsformeln sehen sich (berechtigter) Kritik ausgesetzt – mehrheitlich natürlich vonseiten der „Gegenansicht“, aber durchaus auch aus den eigenen Reihen. Dabei liegt der Fokus in aller Regel nicht etwa auf der jeweils zugrunde gelegten Zweckbeschreibung, sondern vielmehr auf den Folgen der konkreten Abgrenzungsformel.

Der *schadenstypologischen Abgrenzung* wird insbesondere entgegengehalten, sie laufe letztlich doch wieder auf die Einteilung in Mangel- und Mangelfolgeschaden, in Äquivalenz- und Integritätsinteresse hinaus<sup>23</sup> – und führe damit unweigerlich zu exakt jenen Schwierigkeiten, die durch die Schuldrechtsreform eigentlich überwunden werden sollten.<sup>24</sup> Wo nämlich verläuft die Grenze zwischen dem in der Sache liegenden Verwendungswert und einem bloßen Schaden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers - also die Grenze zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse, zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden? Was gilt beispielsweise, wenn wegen eines Defekts an der gelieferten Alarmanlage Eigentum des Gläubigers gestohlen wird? Was gilt, wenn wegen eines nichtgelieferten Schraubchens die gesamte Produktion des Gläubigers stillsteht?

Die *zeitliche Abgrenzung* wird insbesondere deswegen kritisiert, weil sie auch Schäden, die an anderen Rechtsgütern des Gläubigers entstehen, unter den Begriff des Schadensersatzes statt der Leistung subsumiert – nämlich dann, wenn sie nach dem spätestmöglichen (Nach-)Erfüllungsanspruch entstehen.

*Beispiel:* Der gekaufte Hund ist krankhaft aggressiv. Eine Nacherfüllung ist hier von vornherein unmöglich, so dass an sich alle Schäden, die dieser Hund beim Käufer verursacht, als Schadensersatz statt der Leistung eingeordnet werden müssten. Abgesehen von etymologischen Bauchschmerzen (es fällt schwer anzunehmen, der Käufer verlange die Kosten für die Versorgung einer Bisswunde „statt der Leistung“ ersetzt) bestehen handfeste rechtliche bzw. rechtspolitische Bedenken gegen diese Einordnung. Zwar zeitigt sie keine unmittelbaren praktischen Auswirkungen, weil per definitionem nach dem spätestmöglichen Erfüllungszeitpunkt die Voraussetzungen der § 281 ff. BGB vorliegen<sup>25</sup> – wohl aber mittelbare: Der Gläubiger kann nicht zusätzlich den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, weil § 284 BGB ein Nebeneinander von Aufwendungsersatz und Schadensersatz statt der Leistung ausschließt.<sup>26</sup>

Ebenso schwer wie diese mittelbare Konsequenz wiegt - so paradox es klingt - gerade der Umstand, dass keine *unmittelbaren* Auswirkungen zu verzeichnen sind. Dieser Umstand beruht nämlich auf einem gewissen Zirkelschluss. Definiert man den spätestmöglichen Zeitpunkt als denjenigen, in dem die (Nach-)Erfüllung unmöglich wird oder der Schuldner wegen § 281 Abs. 4 BGB daran gehindert ist, sie zu verlangen, so liegen nach diesem Zeitpunkt notwendigerweise die Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB vor.<sup>27</sup> Der Schadenersatz mutiert durch exakt dieselben Umstände von einem

solchen *neben* zu einem solchen *statt* der Leistung, durch die auch die hieraus resultierenden besonderen Voraussetzungen für seine Ersatzfähigkeit erfüllt werden. Es ist also völlig gleichgültig, ob der Gläubiger die Frist setzt oder nicht: Wenn er es tut, handelt es sich bei den später<sup>28</sup> entstehenden Schäden zwar um solche statt der Leistung; sie sind aber ohne weiteres ersatzfähig, weil der Gläubiger die Frist ja gesetzt hat. Wenn er es nicht tut, sind spätere Schäden weiterhin neben der Leistung anzusiedeln, weil § 281 Abs. 4 BGB nicht greift<sup>29</sup> und sich der spätestmögliche Zeitpunkt für eine Leistungsnachholung dementsprechend nach hinten verschiebt; in diesem Fall ist eine Fristsetzung nicht erforderlich. Kurz: Nur wenn der Gläubiger eine Frist setzt, muss er sie später auch gesetzt haben!

Dieses Ergebnis ist zwar für Schäden an anderen Sachen des Gläubigers durchaus wünschenswert. Der Zirkelschluss beschränkt sich jedoch nicht auf diesen Schadensposten, sondern erfasst auch alle anderen, also insbesondere denjenigen des Deckungsgeschäfts<sup>30</sup> und denjenigen des entgangenen Ge-

↑ ZJS 2013, 3 ↑

↓ ZJS 2013, 4 ↓

winns (wegen Betriebsausfalls oder wegen eines entgangenen Weiterveräußerungsgeschäfts). In dem oben genannten Beispiel kann V seinen Gewinnausfall grundsätzlich<sup>31</sup> von S ersetzt verlangen, obwohl er ihm keine Frist gesetzt hat – zwar nicht „statt der Leistung“, wohl aber daneben.

### III. Stellungnahme

#### 1. Einführung

Beide Abgrenzungsformeln können aufgrund der genannten Kritikpunkte nicht vollständig überzeugen. Eine Diskussion darüber, welche Kritikpunkte schwerer wiegen, erscheint jedoch müßig. Vielmehr ist es m.E. sinnvoll und notwendig, auf den Ausgangspunkt der Diskussion zurückzukommen: auf die Frage nach Sinn und Zweck der §§ 281 ff. BGB. Diese Frage gliedert sich in zwei Teilfragen. Erstens: Besteht der Zweck der besonderen Voraussetzungen darin, dem Schuldner das Recht zur Naturalandienung zu sichern oder darin dem Schuldner die Chance zu geben, den Schaden durch Nachholung der Leistung zu verhindern? Zweitens: Darf der Zweck ausschließlich anhand der besonderen Voraussetzungen bestimmt oder muss zusätzlich<sup>32</sup> die Konkurrenzregel des § 281 Abs. 4 BGB berücksichtigt werden?

#### 2. Sinn und Zweck der besonderen Voraussetzungen

##### a) Sicherung des Rechts auf Naturalandienung

Die §§ 281, 282 und 283 BGB spiegeln (nahezu<sup>33</sup>) exakt diejenigen Voraussetzungen wider, die sich in den §§ 323, 324 und 326 Abs. 5 BGB für den Rücktritt finden. Eben jene Voraussetzungen soll der Gläubiger nicht umgehen können, indem er – statt den Rücktritt zu erklären – Schadensersatz statt der Leistung verlangt.<sup>34</sup> Der Zweck der besonderen Voraussetzungen ist also primär ein abgeleiteter: die Sicherung der Rücktrittsvoraussetzungen. Deren Zweck wiederum liegt zweifelsohne schlicht darin, dem Schuldner sein Recht auf Naturalandienung zu sichern – oder allgemeiner gesagt: sein Recht auf Durchführung des vereinbarten Geschäfts. Sein Geschäft soll ihm nicht

bereits bei einer einfachen Vertragsverletzung, sondern erst dann genommen werden können, wenn er die Vertragsverletzung nicht innerhalb einer angemessenen Frist heilt.<sup>35</sup>

### b) Sicherung der Chance zur Schadensvermeidung

Einen weitergehenden – gleichsam schadensersatzspezifischen – Zweck dahingehend, dem Schuldner die Chance zu geben, den Schaden durch Nachholung der Leistung zu vermeiden, verfolgen die besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB m.E. nicht. Dafür sind sie nicht erforderlich, ja sie sind nicht einmal geeignet.

*Erforderlich* sind sie deshalb nicht, weil dieser Zweck bereits durch die allgemeine Schadensminderungsobliegenheit ausreichend gesichert ist: Hat der Schuldner die Möglichkeit, einen Schaden durch Nachholung der Leistung zu vermeiden, und räumt der Gläubiger ihm diese Möglichkeit nicht ein, so ist ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers ohnehin nach § 254 BGB ausgeschlossen.<sup>36</sup> Der Geschädigte ist nicht nur gehalten, einen drohenden Schaden selbst zu vermeiden, sondern darf selbstverständlich auch nicht verhindern, dass andere dies tun.

*Geeignet* sind die besonderen Voraussetzungen deshalb nicht, weil sie den Zweck nur unzureichend absichern und gewissermaßen hinter dem Schutzniveau des § 254 BGB zurückbleiben. Die gesetzte Frist gilt nämlich bereits dann als angemessen, wenn der Schuldner seine Leistung ohne weiteres in dem vorgegebenen Zeitrahmen nachholen kann.<sup>37</sup> Daran ändert sich nichts, wenn der konkrete Schaden erst viel später droht (die Dringlichkeit der Leistung für den Gläubiger kann grds. allenfalls zu einer Verkürzung, nicht aber zu einer Verlängerung der Frist führen).<sup>38</sup> Angenommen in obigem

↑ ZJS 2013, 4 ↑

↓ ZJS 2013, 5 ↓

Beispielsfall könnte der S binnen drei Tagen liefern, dann würde es für § 281 BGB genügen, wenn V ihm am 1.3. eine Frist bis zum 4.3. setzte. Wenn S dann innerhalb dieser Frist nicht lieferte, könnte V am 5.3. Schadensersatz statt der Leistung verlangen - und zwar selbst dann, wenn S (glaubwürdig) ankündigte, schon am nächsten Tag (6.3.) zu liefern.<sup>39</sup> § 254 BGB lässt einen solchen Schadensersatzanspruch indessen nicht zu.

Gänzlich ungeeignet, den Zweck der Schadensvermeidung zu sichern, werden die §§ 281 ff. BGB dann, wenn man aus diesem Zweck eine zeitliche Abgrenzung destilliert. Dann hindern sie den Gläubiger nämlich – wie oben bereits problematisiert - nicht einmal daran, von vornherein auf eine Fristsetzung zu verzichten, so dass weiterhin „nur“ ein Schadensersatz neben der Leistung eintritt.<sup>40</sup>

### c) Zwischenfazit

Sieht man den Zweck der besonderen Voraussetzungen dementsprechend ausschließlich darin, dem Schuldner sein Geschäft zu erhalten, müsste im Beispielsfall ein Anspruch des V auf den entgangenen Weiterverkaufserlös i.H.v. 2000 € als Schadensersatz statt der Leistung eingeordnet werden, weil dem S damit sein Geschäft (hier also: sein eigener Gewinn i.H.v. 400 €<sup>41</sup>) entgeht. Das Schadensersatzverlangen beinhaltet nämlich eine implizite Rückabwicklung des Vertrags: Betrachtet man die

Differenzhypothese, so vergleicht V hier die hypothetische Soll-Situation mit einer Ist-Situation, in der er nicht mehr von S beliefert wird:

*Soll-Situation des V:* Keine Waren mehr (weil zwar zunächst von S erhalten, dann aber an K weitergegeben), 1200 € an S gezahlt, aber 2000 € von K erhalten.

*Ist-Situation des V:* Keine Waren (weil gar nicht erst erhalten), 1200 € an S (im Voraus) bezahlt, aber kein Geld von K erhalten.

Die Differenz zwischen beiden Situationen besteht exakt und ausschließlich darin, dass V die 2000 € von K nicht erhalten hat. Das entsprechende Schadensersatzbegehren müsste als ein solches statt der Leistung eingestuft werden. Demgegenüber ließe sich ein Anspruch des V auf Ersatz des bloßen entgangenen Weiterverkaufsgewinns (also der Differenz zwischen Kauf- und Weiterverkaufspreis; hier 800 €) ohne weiteres als Schadensersatz neben der Leistung qualifizieren. Der Zweck „Erhaltung des Geschäfts“ steht dem nicht entgegen, weil S sein Geschäft behält: Er darf (bzw. muss) weiterhin *in natura* leisten und dafür den vereinbarten Kaufpreis behalten. Die Differenzhypothese sähe wie folgt aus:

*Soll-Situation des V:* Keine Waren mehr (weil zwar zunächst von S erhalten, dann aber an K weitergegeben), 1200 € an S gezahlt, aber 2000 € von K erhalten.

*Ist-Situation des V:* 1200 € an S (im Voraus) bezahlt, aber kein Geld von K erhalten; dafür aber Waren im Wert von 1200 € im Bestand.<sup>42</sup>

### 3. Zusätzliche Funktion als Konkurrenzregel?

Einer solchen Einordnung des Weiterveräußerungsgewinns als Schadensersatz *neben* der Leistung würde es indes entgegenstehen, wenn die §§ 281 ff. BGB tatsächlich den Zweck verfolgten, ein Nebeneinander von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch auszuschließen, wo dies einen unbilligen Vorteil für den Gläubiger bedeuten würde.<sup>43</sup> Es erscheint – jedenfalls grundsätzlich – kaum gerechtfertigt, dass derjenige, der sich einen entgangenen Gewinn ersetzen lässt, später die Kaufsache bekommt und damit einen weiteren Gewinn erwirtschaften kann. „You can’t have your cake and eat it too.“ Hätte der Schuldner den Gewinn erwirtschaftet, hätte er die Sache jetzt schließlich auch nicht mehr.

Bemerkenswert erscheint an dieser Stelle, dass diese Zweckbeschreibung es durchaus zuließe, dem Schuldner den gesamten Weiterveräußerungserlös (also 2000 €) als Schadensersatz neben der Leistung zuzusprechen. Denn in diesem Fall würde er die Sache (den Tisch) nicht mehr bekommen. Diese Einordnung scheidet also nicht am Zweck des § 281 Abs. 4 BGB, sondern ausschließlich an dem des § 281 Abs. 1 BGB.

Dieses Ergebnis erscheint grob unbillig: Jeder Einzelzweck würde es isoliert angewendet erlauben, den V für den Ausfall seines Geschäfts zu kompensieren. Erst die Kumulation beider Zwecke führt zu einer Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung – und damit im Beispielfall *de facto* dazu, dass ein Schadensersatzanspruch verneint werden muss. Das Grundübel liegt darin, dass § 281 Abs. 1 und Abs. 4 BGB unterschiedliche Ziele verfolgen, gleichzeitig aber an dieselben Voraussetzungen (nämlich an denselben Begriff des Schadensersatzes statt der Leistung) anknüpfen.<sup>44</sup>

Es erscheint daher geboten, einen der beiden Zwecke zurücktreten zu lassen – dem V im vorliegenden Fall also entweder einen Anspruch auf 2000 € oder einen solchen auf 800 € plus Naturalleistung zuzubilligen.

Die besseren Argumente sprechen m.E. dafür, die Konkurrenzregel zurücktreten zu lassen. Zum einen erscheint es dogmatisch geboten, sich bei der Zweckanalyse im Wesentlichen auf die Voraussetzungen der § 281 ff. BGB zu konzentrieren – weil ausweislich des Verweises in § 280 Abs. 3 BGB

↑ ZJS 2013, 5 ↑

↓ ZJS 2013, 6 ↓

gerade sie den Grund der Regelung darstellen. Demgegenüber stellt die Konkurrenzregel in § 281 Abs. 4 BGB keine primäre Rechtsfolge (die liegt nämlich in dem Schadensersatzanspruch), sondern lediglich einen Rechtsfolgenreflex dar. § 281 Abs. 4 BGB ist also gegenüber dessen Abs. 1 von untergeordneter Bedeutung.

Zum anderen entspricht dieses Ergebnis eher den Interessen des Schuldners. In aller Regel hat der Schuldner ein Interesse daran, zu leisten, weil er mit jedem Geschäft einen Gewinn erwirtschaftet (im Beispielsfall die Differenz zwischen den 1200 € Kaufpreis und den 800 € Herstellungskosten - insgesamt also 400 €). Stellte man isoliert auf den Zweck des § 281 Abs. 4 BGB ab, würde der Schuldner dieses Gewinns beraubt. Im Beispiel müsste S dem V 2000 € für den entgangenen Weiterveräußerungserlös zahlen und bliebe auf seinem Tisch sitzen – anstatt ihm 800 € zu zahlen und den Tisch im (subjektiven) Wert von ebenfalls 800 € zu liefern. Kurz: Er verlöre 2000 € statt 1600 €.

Im Ergebnis ist mithin festzuhalten, dass die Konkurrenzregel des § 281 Abs. 4 BGB für die Zweckbeschreibung der §§ 281 ff. BGB außer Betracht zu bleiben hat. § 281 Abs. 4 BGB soll und kann dementsprechend nur ausschließen, dass der Gläubiger zwei Leistungen zum Preis von einer erhält – nicht aber, dass er mit einer Sache zwei Gewinne erwirtschaftet.

Das weitergehende Ziel einen doppelten Gewinn zu verhindern, lässt sich im Übrigen ohne weiteres auf anderem Wege erreichen, nämlich über das Institut der Vorteilsanrechnung bei der Berechnung der Schadensersatzhöhe. Wenn der Schuldner die Sache später noch bekommt, und wenn er mit ihr einen Gewinn erzielt, den er sonst (also mit einer anderen Sache) nicht erzielt hätte, muss er sich diesen Gewinn als Vorteil anrechnen lassen. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.<sup>45</sup>

## IV. Konsequenzen für die praktische Abgrenzung

### 1. Allgemeine Abgrenzungsformel

Der oben dargelegte Zweck der §§ 281 ff. BGB – nämlich zu verhindern, dass dem Schuldner unter Umgehung der Rücktrittsvoraussetzungen sein Geschäft genommen werden kann - erlaubt einen recht einfachen Abgrenzungsansatz; m.E. erzwingt er ihn sogar: Der besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB bedarf es dann, aber auch nur dann, wenn das Schadensersatzbegehren de facto eine Rückabwicklung des Vertrages beinhaltet.<sup>46</sup> Von einer solch impliziten Rückabwicklung ist immer dann

auszugehen, wenn der Gläubiger seinen Schaden auf Basis der Annahme berechnet, dass er keine Leistung mehr vom Schuldner bekommt.

Konkret bedeutet dies: Liegen die Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB nicht vor, kann der Gläubiger dennoch zunächst einmal jeden erdenklichen Schadensersatz verlangen. Er muss allerdings eine spätere Leistung des Schuldners akzeptieren und dann seinerseits die Gegenleistung erbringen. Dieser spätere Leistungsaustausch muss dann bei der Berechnung des Schadens Berücksichtigung finden. Dem Gläubiger dürfen selbstverständlich keine Vorteile aus der Pflichtverletzung des Schuldners erwachsen, er darf nicht doppelt kompensiert werden.<sup>47</sup>

## 2. Folgen für die Schadensberechnung

### a) Anrechnung des Werts der späteren Leistung

Dass sich der Gläubiger eine spätere Leistung des Schuldners anrechnen lassen muss, führt automatisch zu der Folgefrage, wie deren Wert zu bestimmen ist. Im Wesentlichen kommen zunächst einmal zwei Möglichkeiten in Betracht: eine rein objektive Berechnung auf Basis des tatsächlichen Wertes und eine subjektive, die einbezieht, ob der Gläubiger die Leistung des Schuldners noch gebrauchen oder zumindest anderweitig verwerten kann. Bei ersterer Betrachtung würde man den Wert des Beispiel-Tisches wohl auf 1200 € taxieren – entweder, weil ein entsprechender Markt besteht, oder mangels eines solchen, weil der Vertrag zeigt, dass er den beiden Parteien exakt diesen Betrag wert ist.

Bei einer subjektiven Betrachtung müsste zweierlei berücksichtigt werden. Einerseits müsste der Wert (unter Umständen auf Null) reduziert werden, wenn der Gläubiger die Sache - nach Wegfall des ursprünglich mit ihr avisierten Geschäfts – weder selbst gebrauchen noch versilbern kann. V würde dann im Beispielfall die vollen 2000 € ersetzt verlangen können, auch wenn er den (jetzt nutzlosen) Tisch später noch geliefert bekommt. Andererseits müsste ein etwaiger Gewinn berücksichtigt werden, den V aus der Verwendung (insb. aus einem Weiterverkauf) der Waren ziehen kann. Könnte V den Tisch im Beispielfall also ohne weiteres für 2000 € an einen anderen Interessenten veräußern, wäre sein Wert mit jenen 2000 € anzusetzen, und V würde überhaupt keinen Schaden ersetzt verlangen können.

Klar ist, dass eine subjektive Wertermittlung dann ausscheiden muss, wenn sie zu Lasten des *Schuldners* gehen würde. Es würde den oben genannten Sinn und Zweck der §§ 281 ff. BGB aushöhlen, wenn der Schuldner dadurch, dass der Wert seines Leistungsgegenstands auf null reduziert würde, gewissermaßen durch die Hintertür doch noch seines Geschäftes beraubt werden könnte. Zulasten des *Gläubigers* ist eine subjektive Wertermittlung jedoch durchaus naheliegend – nämlich als Mittel der bereits angesprochenen Vorteilsausgleichung. Eine solche Differenzierung erscheint allerdings aus Gründen der Rechtsklarheit wenig überzeugend. Vielmehr sollte der Wert der späteren Leistung in einem ersten Schritt grundsätzlich objektiv beurteilt werden und die Vorteilsanrechnung dann in einem anschließenden zweiten Schritt nachfolgen.

## b) Vorteilsausgleichung

Die grundsätzlich objektive Berechnung des Wertes einer späteren Leistung bedeutet also keineswegs, dass der Gläubiger aus der Pflichtverletzung des Schuldners Vorteile ziehen darf. Der Gläubiger soll so gestellt werden, wie er ohne die Pflichtverletzung stünde – nicht schlechter, aber auch nicht besser. Vorteile, die er erlangt, muss er von seinem Schadensersatzanspruch in Abzug bringen.

Gerade hinsichtlich eines späteren Gewinns muss allerdings sehr genau geprüft werden, ob darin ein anzurechnender Vorteil liegt oder nicht. Der Gewinn resultiert nämlich regelmäßig aus dem Geschäft des Gläubigers mit dem Dritten, nicht aber aus der Sache selbst – und darf folglich nicht als Vorteil aus dem Erhalt jener Sache gewertet werden. Jedenfalls bei marktgängiger Ware ist davon auszugehen, dass der Gläubiger das spätere Geschäft auch hätte tätigen können, wenn ihm das erste Geschäft nicht entgangen wäre. So hätte etwa der V das Geschäft mit jenem weiteren Interessenten auch dann durchführen können, wenn er den Tisch wie ursprünglich geplant an K geliefert hätte – er hätte schlicht einen neuen Tisch bei S bestellt und bekommen.

Etwas anderes gilt freilich für Fälle, in denen der Gläubiger das zweite Geschäft nicht hätte tätigen können, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte – beispielsweise deshalb, weil es sich bei der konkreten Sache um ein Unikat handelt, das denotwendig nur einmal gewinnbringend weiterveräußert werden kann. Handelt es sich im obigen Beispielfall etwa nicht um einen von S neu hergestellten Tisch, sondern um eine einmalige Antiquität, wäre ein späterer Gewinn aus der Veräußerung an einen anderen Kunden als Vorteil einzustufen und dementsprechend bei der Schadensersatzberechnung in Abzug zu bringen. Diesen Gewinn hätte V nämlich nicht erwirtschaften können, wenn er den Tisch – wie intendiert – an K ausgeliefert hätte.

Aber selbst in diesem Fall muss ein Vorteil verneint werden, wenn und soweit der Schuldner denselben Gewinn zwar nicht mit jenem Gegenstand wohl aber mit einem anderen erzielt hätte. Im Beispiel: Hätte V den anderen Kunden auch zum Kauf eines ähnlichen Tisches bewegen können, wenn der von S nicht mehr vorhanden gewesen wäre, und hätte er damit denselben Gewinn erzielt, so entsteht ihm durch das spätere Geschäft kein anzurechnender Vorteil.

## 3. Besonderheiten bei Deckungskauf und Ersatzvornahme

### a) Deckungskauf

Auch wenn der Gläubiger die Kosten eines „Deckungsgeschäfts“ ersetzt verlangt, ist dieser Anspruch nicht notwendigerweise als Schadensersatz statt der Leistung einzuordnen. Akzeptiert er eine spätere – zusätzliche – Lieferung durch den Schuldner und zahlt dafür den Kaufpreis, ist sein Ersatzverlangen vielmehr als ein solches neben der Leistung zu qualifizieren. Ein solcher zusätzlicher Deckungskauf neben der Leistung ergibt insbesondere dann Sinn, wenn der Käufer ohnehin regelmäßig am Markt tätig ist – also sowieso zusätzliche Waren gekauft hätte.

Verlangt der Gläubiger die Kosten des Deckungsgeschäfts zusätzlich zu einer Leistung des Schuldners ersetzt, muss er sich selbstverständlich wiederum den Wert der hierdurch erhaltenen Waren als Vorteil anrechnen lassen. Sofern diese Waren – wie im Regelfall – dem für sie bezahlten Preis entsprechen, mindert sich der ersatzfähige Schaden auf Null. Ein (ersatzfähiger) „Restschaden“ bleibt nur dann, wenn der Käufer besondere Zuschläge zahlen musste, etwa für eine Eillieferung o.ä.

Besonderheiten ergeben sich dann, wenn der Preis der Ware Marktschwankungen unterliegt. Hier kommt es für die Wertfeststellung entscheidend auf deren Zeitpunkt an. Hielte man diesbezüglich den Zeitpunkt für ausschlaggebend, in dem der Gläubiger das Deckungsgeschäft vorgenommen hat, bliebe es bei der soeben beschriebenen Reduktion des ersatzfähigen Schadens auf Null bzw. auf einen eventuellen Restschaden – wie bspw. einen Eilzuschlag. Jedoch erscheint es angemessener, auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen: Der Vorteil eines Gläubigers, der immer wieder gleichartige Waren kauft, weil er sie immer wieder verkauft, verarbeitet oder anderweitig gewinnbringend nutzt, liegt darin, zu einem Zeitpunkt, in dem er unter normalen Umständen wieder am Markt tätig werden würde, nicht tätig werden zu müssen, weil er die betreffenden Waren schon vorrätig hat. Der Vorteil besteht also in der Differenz zwischen dem Preis, der bei jenem späteren Zweitgeschäft angefallen wäre, und demjenigen, der bei dem tatsächlich vorgenommenen Deckungsgeschäfts angefallen ist.<sup>48</sup>

*Beispiel:* K kauft von V Kakaobohnen zum Preis von 2000 €/t; V liefert nicht. Ist der Preis zum Zeitpunkt des Deckungsgeschäfts auf 2500 € gestiegen, so muss sich K jene 2500 € dann (aber auch nur dann) als „Wert der Ersatzwaren“ anrechnen lassen, wenn der Marktpreis auf diesem Niveau bleibt (oder sogar weiter steigt). Der Schaden des K ist dann auf 0 € zu taxieren. Ist der Marktpreis für Kakaobohnen zu dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger ohne die Pflichtverletzung des Schuldners sein Zweitgeschäft vorgenommen hätte, wieder auf den Ausgangswert von 2000 € gesunken, so sind nur jene 2000 € als Vorteil in Abzug zu bringen. Der ersatzfähige Schaden des Gläubigers beträgt dementsprechend 500 €. <sup>49</sup> Ist der Preis zu jenem Zeitpunkt sogar weiter – etwa auf 1500 € gesunken, so sind jene 1500 € anzurechnen und der ersatzfähige Schaden liegt bei 1000 €.

## b) Ersatzvornahme

Nimmt der Gläubiger die dem Schuldner obliegende Handlung selbst vor, hat dies oftmals zur Folge, dass der Schuldner sie seinerseits nicht mehr vornehmen kann (Beispiel: eigenständige Mängelbeseitigung durch den Gläubiger). In diesen Fällen scheint eine Berechnung auf Basis einer späteren Leistung durch den Schuldner zu scheitern. Hieraus ließe sich

[↑ ZJS 2013, 7 ↑](#)

[↓ ZJS 2013, 8 ↓](#)

schließen, dass in einem solchen Fall von vornherein nur eine Berechnung auf Basis einer impliziten Rückabwicklung in Betracht kommt. Dies wiederum würde bedeuten, dass der Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme de facto stets als Schadensersatzanspruch statt der Leistung einzustufen wäre.

Jedoch ist diese Schlussfolgerung keineswegs zwingend. Alternativ ließe sich eine „hypothetische“ spätere Vornahme durch den Schuldner fingieren und in die Differenzhypothese einstellen. In diesem Fall müsste der Gläubiger, wollte er nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen, den Wert jener späteren Reparatur durch den Schuldner beim Ist-Zustand in Ansatz bringen. Was aber ist die Reparatur einer bereits reparierten Sache wert? Würde man diese Frage mit „Nichts“ beantworten, würde dies die Anrechnung einer hypothetischen Reparatur durch den Schuldner konterkarieren. Fingiert man die Reparatur, muss man daher konsequenterweise auch ihren Erfolg fingieren – und der Erfolg einer Reparatur liegt darin, dass der mangelbedingte Minderwert der Sache entfällt.

Setzt man den Wert der hypothetischen Mängelbeseitigung mit dem des mangelbedingten Minderwerts gleich, muss der Schuldner Schadensersatz leisten, wenn und soweit die Reparaturkosten den mangelbedingten Minderwert übersteigen. Mindert etwa ein Kratzer im Lack eines Gebrauchtwagens dessen Wert um 100 € und kostet eine Neulackierung 500 €, könnte der Käufer 400 € ersetzt verlangen – neben der Leistung, also ohne dass die besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB vorliegen müssten.

Dieses Ergebnis mag prima vista überraschen. Es entspricht aber vollständig dem Zweck und den Wertungen der besonderen Voraussetzungen, der darin liegt, dem Schuldner sein Geschäft zu sichern. Dieser Zweck ist erfüllt: Der Verkäufer hat den Kaufpreis (ungemindert) erhalten und seine Leistung erbracht (zwar nur fiktiv, aber jedenfalls muss sich der Käufer so behandeln lassen, und nur darauf kommt es dem Verkäufer an). Dass er den Differenzbetrag zwischen Reparaturkosten und Minderwert zahlen muss, nimmt ihm sein Geschäft nicht, sondern ist unmittelbare Folge des (verschuldeten) Mangels. Hätte der Käufer die Reparatur nicht durch einen Dritten ausführen lassen, hätte der Verkäufer dies selbst tun müssen – und dafür sogar 500 € bezahlt.

Etwas anderes gilt selbstverständlich, wenn der Verkäufer die Reparatur selbst billiger hätte ausführen (lassen) können. Das aber ist eine Frage für § 254 BGB: Der Käufer hätte den Schaden mindern können, wenn er dem Verkäufer die Reparatur überlassen hätte.

## V. Zusammenfassung

1. Der Zweck der §§ 281 ff. BGB liegt ausschließlich darin, dem Schuldner sein Geschäft zu sichern.
2. Ein Schadensersatz statt der Leistung ist demnach anzunehmen, wenn und soweit seine Berechnung eine implizite Rückabwicklung beinhaltet – also immer dann, wenn der Gläubiger seinen Schaden auf Basis der Annahme berechnet, dass er die Leistung des Schuldners nicht mehr bekommt.
3. Akzeptiert (und bezahlt) der Gläubiger eine spätere Leistung durch den Schuldner, kann er jeden dennoch entstandenen Schaden als Schadensersatz neben der Leistung

ersetzt verlangen, ohne dass die besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB vorliegen müssten.

4. Er muss den Wert der späteren Leistung jedoch im Rahmen seiner Schadensberechnung berücksichtigen. Dieser Wert ist zunächst einmal objektiv zu bestimmen. Beim Deckungskauf liegt er in der Differenz zwischen dem Preis, der bei einem späteren Zweitgeschäft angefallen wäre, und demjenigen des tatsächlich vorgenommenen Deckungsgeschäfts. Bei der Selbstvornahme entspricht er dem Betrag des mangelbedingten Minderwerts der gelieferten Sache.

5. Vorteile, die der Käufer aus einer eventuellen Doppelbelieferung zieht, muss er von seinem Schadensersatz in Abzug bringen. Einen zusätzlichen Gewinn muss sich der Gläubiger jedoch nur dann als Vorteil anrechnen lassen, wenn er ihn bei ordnungsgemäßer Leistung des Schuldners nicht hätte machen können.

6. Unterlässt es der Gläubiger, vom Schuldner eine Nachholung der Leistung zu verlangen und entsteht oder erhöht sich dadurch der Schaden, so liegt hierin eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 BGB. Der Ersatzanspruch des Gläubigers mindert sich dementsprechend.

---

<sup>1</sup> Es sei einmal unterstellt das bei V vorhandene Exemplar des Tisches sei bereits anderweitig verkauft.

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 225. Vgl. zu Bedeutung und Inhalt dieser Begrifflichkeiten im alten Schuldrecht U. Huber, in: Soergel, § 463 Rn. 38 ff.; P. Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13, Rn. 101; Dauner-Lieb, in Nomos-Kommentar, § 280 Rn. 47 f.

<sup>3</sup> So insbesondere den mangelbedingten Betriebsausfallschaden, BT-Drs. 14/6040, S. 225, li.Sp. unten; siehe hierzu ausführlich Dauner-Lieb, in Nomos-Kommentar, § 280 Rn. 48.

<sup>4</sup> P. Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rn. 105; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 538; nach wie vor: Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007 § 2 Rn. 275 und 282.

<sup>5</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 133, li.Sp. unten.

<sup>6</sup> Siehe nur Dauner-Lieb, in Nomos-Kommentar, § 280 Rn. 46.

<sup>7</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 9-12.

<sup>8</sup> So explizit Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (732 f.), die zu Recht darauf hinweisen, dass die übrigen Voraussetzungen (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Leistung) letztlich keinen eigenen Zweck verfolgen, sondern lediglich Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis darstellen.

<sup>9</sup> Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 56; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2007, Rn. 226, 227; Bredemeyer, ZGS 2010, 71, 71.

<sup>10</sup> Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (732); Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

<sup>11</sup> So etwa Dauner-Lieb (Fn. 2), § 280 Rn. 52 f.; Ady, ZGS 2003, 13 (14 f.).

<sup>12</sup> Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2005, Rn. 618.

<sup>13</sup> So insbesondere Faust (Fn. 9), § 437 Rn. 56; Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 280 Rn. 66; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615 (617 f.); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Bredemeyer, ZGS 2010, 71; Klöhn, JZ 2010, 46 (47); Kaiser, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 351 (S. 358 f.).

<sup>14</sup> Faust (Fn. 9) § 437 Rn. 56; Ernst (Fn. 13), § 280 Rn. 66; krit. Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835); a.A. (Zeitpunkt des Fristablaufs) Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 281 Rn 16; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615 (617).

<sup>15</sup> Vorbehaltlich § 254 BGB.

<sup>16</sup> So insbesondere Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735 ff.); Ady, ZGS 2003, 13 (15); wohl auch Otto, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Bearb. 2009, § 280 Rn. E 19 ff. (insb. E 25 f.).

<sup>17</sup> Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735); Otto (Fn. 16), § 280 Rn. E 19.

<sup>18</sup> Jedenfalls dann, wenn man unterstellt, dass eine Frist von einer Woche angemessen gewesen wäre. In Fällen, in denen der Schaden bereits vor Ablauf einer sofort gesetzten, angemessenen Nachfrist eingetreten ist, nehmen Vertreter der schadentypologischen Abgrenzung nämlich vielfach an, die Fristsetzung sei nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich; so etwa Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (741), mit der etwas zweifelhaften Begründung, der Gläubiger habe kein Interesse mehr an der Naturalleistung.

<sup>19</sup> So etwa Dauner-Lieb (Fn. 2), § 280 Rn. 66 bzw. 54; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2838 f.); wohl auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 352 ff.

<sup>20</sup> So etwa Ernst (Fn. 13), § 280 Rn. 67; wohl auch Faust (Fn. 9), § 437 Rn. 57; a.A. noch ders., in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 239 (S. 254); sowie jüngst Lorenz, in: Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, 2012, S. 147 (S. 157).

<sup>21</sup> BGH JZ 2010, 44 (45 Rn. 19 f.).

<sup>22</sup> BGH NJW 2010, 2426 (2427 Rn. 13).

<sup>23</sup> Freilich mit leicht veränderter Ausfüllung dieser Begriffe und auf Basis eines teleologischen Fundaments; vgl. Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (733).

<sup>24</sup> Faust (Fn. 9), § 437 Rn. 62.

<sup>25</sup> Ansonsten dürfte bzw. könnte der Schuldner ja noch erfüllen (dazu sogleich); vgl. Faust (Fn. 9), § 437 Rn. 61.

<sup>26</sup> Krit. etwa Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2836); „selbst“-kritisch auch Faust (Fn. 9), § 437 Rn. 63 f., der dieses Ergebnis hinsichtlich des Aufwendungsersatzanspruchs über eine einschränkende Auslegung des Verbots einer parallelen Geltendmachung zu überwinden sucht.

<sup>27</sup> Krit. Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835).

<sup>28</sup> Genauer: nach Schadensersatzverlangen.

<sup>29</sup> Verlangt der Gläubiger nämlich Schadensersatz statt der Leistung, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, geht sein Verlangen ins Leere und § 281 Abs. 4 BGB greift nach ganz h.M. nicht; vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 14/6857, S. 50 li. Sp. (zu Nr. 29); Ernst (Fn. 13), § 281 Rn. 105; Unberath, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 281 Rn. 50.

<sup>30</sup> Um zu verhindern, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts stets ersatzfähig sind, greift Lorenz neuerdings auf Grundsätze der Kausalität zurück: Das Deckungsgeschäft sei ein Fall psychischer Herausforderung. Es beruhe daher nur dann kausal auf der Pflichtverletzung des Schuldners, wenn der Gläubiger sich in legitimer Weise dazu herausgefordert fühlen durfte (Lorenz (Fn. 20), S. 147 (159 ff.); vgl. hierzu auch die Replik von Ostendorf, ZIS 2012, 742.

<sup>31</sup> Praktisch dürfte einem Schadensersatzanspruch freilich § 254 BGB entgegenstehen; siehe dazu unten III. 2. b).

<sup>32</sup> Dass der Zweck ausschließlich aus § 281 Abs. 4 BGB zu extrahieren wäre, wird soweit ersichtlich – zu Recht – nicht vertreten.

<sup>33</sup> Konkret wurden die Regelungen in § 323 Abs. 4 BGB (Rücktritt vor Fälligkeit) und § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim relativen Fixgeschäft) nicht ins Schadensersatzrecht übernommen. Wie Jaensch (NJW 2003, 3613) zutreffend bemerkt, beruht der fehlende Gleichlauf wohl auf einem Fehler des Gesetzgebers im Zuge der „Entkopplung“ von Rücktritt und Schadensersatz (vgl. hierzu unten Fn. 33). Der Rechtsanwender kann und muss daher selbst für

eine Übernahme sorgen (durch analoge Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB bzw. extensive Auslegung des § 280 Abs. 2 Alt. 2 BGB).

<sup>34</sup> Der Kommissionsentwurf zur Schuldrechtmodernisierung hatte noch vorgesehen, den Schadensersatz statt der Leistung an einen wirksamen Rücktritt zu knüpfen (§ 280 Abs. 2. S. 3 BGB-KE). Diese Konstruktion wurde als „schwer durchschaubar und kompliziert“ kritisiert und daher fallen gelassen. Stattdessen wurden „die Voraussetzungen für den Rücktritt und die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung inhaltlich angeglichen und aufeinander abgestimmt“, Begründung zum Entwurf des Schuldrechtmodernisierungsgesetz, BT-Drs 14/6040, S. 183, re. Sp., 2. Absatz.

<sup>35</sup> Allerdings erfassen die §§ 281 ff. BGB auch Ansprüche auf Schadensersatz statt einer nicht-synallagmatischen Leistung, wie z.B. einer Rückgabepflicht oder der Erfüllung eines Schenkungsversprechens. Hier droht grundsätzlich keine Umgehung der Rücktrittsvorschriften (bei nicht synallagmatischen Verträgen, weil die §§ 320 ff. BGB nicht anwendbar sind; bei nicht-synallagmatischen Pflichten, weil durch den Schadensersatz – außer in Fällen des § 282 BGB – nicht das gesamte Geschäft implizit rückabgewickelt wird). Für diese Fälle gilt die Zielsetzung unmittelbar.

<sup>36</sup> *Kaiser* (Fn. 13), S. 351 (S. 361); *Grigoleit/Riehm*; AcP 203 (2003), 727 (758); *Gruber*, ZGS 2003, 130 (133).

<sup>37</sup> Vgl. Regierungsbegründung zum Schuldrechtmodernisierungsgesetz, BT-Drs 14/6040, S. 140, re. Sp., 2. Absatz: „Die Frist muss so lang sein, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich auch erbringen kann.“

<sup>38</sup> *Otto/Schwarze*, in: *Staudinger* (Fn. 16), § 281 Rn. B47.

<sup>39</sup> Insofern dürfte Einigkeit bestehen. Umstritten ist hingegen, ob V, wenn er nicht bereits am 5.3. Schadensersatz statt der Leistung verlangt hätte, am 6.3. die Annahme der Lieferung verweigern dürfte. Dies wird man aus Gründen des Schuldnerschutzes wohl grundsätzlich zu verneinen haben; überzeugend *Faust*, in *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, 2006, S. 239 (S. 246 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht).

<sup>40</sup> Krit. etwa *Bredemeyer*, ZGS 2010, 71 f.; *Ostendorf*, NJW 2010, 2833 (2837).

<sup>41</sup> Errechnet aus dem Verkaufspreis S an V (1200 €) abzüglich der Herstellungskosten (800 €).

<sup>42</sup> Siehe zur Bestimmung des Warenwerts unten IV. 2. a).

<sup>43</sup> *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 12), Rn. 618.

<sup>44</sup> Dies konstatieren auch *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 12), Rn. 619, ohne jedoch die hier vorgeschlagenen Konsequenzen zu ziehen.

<sup>45</sup> Siehe zur Vorteilsausgleichung ausführlich unten IV. 2. b).

<sup>46</sup> In diese Richtung bereits *Gruber*, *Das neue Schuldrecht*, 2002, 4. Kap., 2. Unterabschnitt, A. IV. 5. f); *Schellhammer*, MDR 2002, 301 (304); tendenziell wohl auch *Grunewald*, in: *Erman*, *Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2011, § 437 Rn.13.

<sup>47</sup> Auch darf der Gläubiger selbstverständlich keine Schäden „neben der Leistung“ ersetzt verlangen, die nur dadurch entstanden sind, dass er eine (Nach-)Erfüllung durch den (leistungsbereiten) Schuldner verhindert hat. Dafür sorgt indes § 254 BGB.

<sup>48</sup> Vgl. *Huber/Bach*, in: *Liber Amicorum Eric Bergsten*, 2011, S. 585 (S. 595).

<sup>49</sup> Selbstverständlich kann ein Schadensersatz nach § 254 BGB ausgeschlossen sein, wenn es dem Käufer zuzumuten gewesen wäre, mit seinem Deckungsgeschäft auf absehbar fallende Preise zu warten.