



Ivo Bach

Anmerkung zu BGH, 3. Juli 2013, VIII ZR 169/12

(Deckungskaufkosten als Schadensersatz statt der Leistung)

JR 2014, 436-438

Der Text der Entscheidung ist abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=986e7ec0ca1a569371b8ef6f94080826&nr=64902&pos=0&anz=1>

1. Einführung

Die Abgrenzung zwischen einem Schadensersatzanspruch statt und einem solchen neben der Leistung ist eines der größeren Streitthemen in der Literatur zum (inzwischen nicht mehr ganz so) neuen Schuldrecht.¹ Der BGH hatte sich bisher nur indifferent, um nicht zu sagen: widersprüchlich geäußert.² Mit seiner Entscheidung vom 3. Juli 2013 hat er nun in Bezug auf den Deckungskauf Klarheit geschaffen: Er ist stets als Schadensersatz statt der Leistung einzuordnen. Das (einzige³) Argument: Bei einer Einordnung als Schadensersatz neben der Leistung hätte die Käuferin Ersatz der Deckungskaufkosten und Erfüllung nebeneinander verlangen können und wäre folglich »doppelkompensiert« worden (Rn. 28).

Die Entscheidung ist zu aus zwei Gründen zu kritisieren: Zum einen geht das Argument der Doppelkompensation fehl, zum anderen ergeben sich Widersprüche zu einer alten BGH-Entscheidung.

2. Kritik am Argument der Doppelkompensation

Dem BGH ist zuzugeben, dass die Entscheidungen beider Vorinstanzen (LG Kiel und OLG Schleswig) tatsächlich jeweils auf eine Doppelkompensation der Käuferin hinausliefen. Wenn der BGH nun aber, um solch eine doppelte Kompensation zu vermeiden, gleich jegliche Kompensation ausschließt, dann treibt er den Teufel mit dem Belzebug aus. Anders als der BGH wohl annimmt, dürften der Käuferin durch die Leistungsverzögerung nämlich durchaus Schäden entstanden sein, die die spätere Belieferung nicht wettzumachen imstande war: Sie musste sich den Ersatzdiesel erstens am (regelmäßig teuren) Spot-Markt und zweitens in einer Phase besorgen, in der sich die Ölpreise auf einem Rekordhoch befanden (Juni bis September 2008). Freilich bekam sie dafür später (2009/2010⁴) vom Verkäufer billigen Diesel geliefert – billig aber nur im Vergleich zum Deckungskaufpreis. Das bedeutet nicht notwendigerweise, dass es auch im Vergleich zu dem Preis billig war, den die Käuferin nun (also 2009/2010) gezahlt hätte. Und nur darauf kann es ankommen.

Dies wird klar, wenn man eine schlichte Differenzhypothese zur Schadensermittlung bemüht. Hätte die Verkäuferin ordnungsgemäß erfüllt, hätte die Käuferin im Jahr 2008 nicht für einen Preis x (laut LG Schleswig 1,04 Cent/Liter) Diesel am Spotmarkt kaufen, sondern nur die vereinbarten 66 Cent/Liter an die Verkäuferin zahlen müssen. Stattdessen hätte sie 2009/2010 Diesel zum Preis y (sagen wir: 90 Cent/Liter⁵) kaufen müssen. Kurz:

- Soll Situation: 66 Cent/Liter im Jahr 2008 plus 90 Cent/Liter im Jahr 2009/2010
- Ist-Situation: 104 Cent/Liter im Jahr 2008 plus 66 Cent im Jahr 2009/2010

Der Schaden der Käuferin beträgt folglich 14 Cent/Liter. Er liegt in der Differenz zwischen dem 2008 (zum vereinbarten Lieferzeitpunkt) tatsächlich gezahlten und dem 2009/2010 (im Zeitpunkt der tatsächlichen Belieferung durch die Verkäuferin) hypothetisch zu zahlenden Dieselpreis. Auf diesem Schaden lässt der BGH die Käuferin sitzen.

M. E. ist es daher zwingend geboten, die Kosten des Deckungskaufs als Schadensersatz neben der Leistung einzustufen. Selbstverständlich ist dabei streng darauf zu achten, dass der geschädigte Käufer nicht doppelt kompensiert wird. Das gelingt aber ohne Weiteres, wenn man seinen Schaden so berechnet, wie gerade dargestellt – also auf Basis der Differenz zwischen dem Preis des Deckungskauf und dem Preis zum tatsächlichen Lieferzeitpunkt.⁶ Alternativ kann man, wie von den Vorinstanzen angedacht, den Schaden zunächst auf Basis einer Differenz zwischen dem Preis des Deckungskaufs und dem Vertragspreis berechnen – und anschließend die Differenz zwischen dem Marktpreis im Lieferzeitpunkt und dem ver-

[↑ JR 2014, 436 ↑](#)

[↓ JR 2014, 437 ↓](#)

einbarten Vertragspreis im Rahmen einer Vorteilsausgleichung in Abzug bringen.

Unglücklicherweise haben beide Vorinstanzen eine solche Vorteilsausgleichung abgelehnt, weil sie einen unangemessenen Spekulationsvorteil für den Verkäufer (!) witterten. Damit dürften sie die Grundlage dafür gelegt haben, dass der BGH letztlich ins Gegenextrem verfiel und jeglichen Schadensersatz für die Käuferin ablehnte. Ein Mittelweg wäre vorzugswürdig gewesen.

3. Widersprüche in Fällen von Lieferketten

Mit seiner Einordnung des Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung, setzt sich der BGH in Widerspruch zu einem eigenen alten Urteil: 1987 hatte er – freilich noch zum alten Schuldrecht – entschieden, dass ein Käufer sehr wohl gleichzeitig Vertragserfüllung und die Kosten für einen Deckungskauf verlangen kann.⁷ Dass die neue Entscheidung mit dieser alten kompatibel sei, begründet der BGH⁸ mit Unterschieden im Sachverhalt: Nicht der Käufer hatte seinerzeit den Deckungskauf vorgenommen, sondern dessen Abnehmer. Es handelte sich also um eine Lieferkette. Der Abnehmer machte die Kosten für den Deckungskauf beim Käufer geltend – und der suchte sich beim Verkäufer schadlos zu halten, wollte aber gleichzeitig noch zum ursprünglichen Vertragspreis beliefert werden. Der BGH gab ihm damals Recht.

Aus heutiger Sicht stellt sich die Frage, warum im Fall einer Lieferkette etwas anderes gelten sollte als im Fall des reinen Zwei-Parteien-Geschäfts. Der BGH liefert keine Begründung, und in der Tat erscheint die Unterscheidung nach Lieferketten einerseits und Zwei-Parteien-Geschäften andererseits künstlich. Auch bei der Lieferkette droht bei falscher Berechnung des Schadens eine Doppelkompensation. Immerhin wird der Käufer mit dem Weiterverkauf der Ware regelmäßig einen Gewinn gemacht haben. Dieser Gewinn verbleibt ihm unter Umständen, wenn er den gesamten gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch an den Verkäufer weiterreichen kann. Beispiel: K hat den zu 66 Cent/Liter gekauften Diesel zu 78 Cent/Liter an A weiterverkauft. Weil V nicht liefert, kann K seinerseits nicht an A liefern. A nimmt daher einen Deckungskauf zu 100 Cent/Liter vor. Angenommen A war hinsichtlich des Kaufpreises in Vorleistung getreten, dann kann er nun von K Ersatz der gesamten Deckungskaufkosten (also 100 Cent/Liter) verlangen; K kann in gleicher Höhe bei V Regress nehmen. Ihm verbleibt der gesamte Gewinn i. H. v. 12 Cent/Liter.⁹ Würde man dem Käufer daneben noch einen Erfüllungsanspruch zubilligen, wäre er in der Tat doppelkompensiert. Auch in diesem Fall lässt sich die Doppelkompensation freilich vermeiden, indem man den Regressanspruch des Käufers gegen den Verkäufer um den Gewinnanteil (im Beispiel also um 12 Cent/Liter) kürzt.¹⁰

Abgesehen davon, dass die Doppelkompensationsproblematik bei mathematisch unbedarfter Herangehensweise bei Zwei-Personen-Geschäften und Lieferketten in gleicher Weise droht, birgt eine Unterscheidung zwischen den beiden Geschäftstypen noch ein weiteres Risiko: Sie eröffnet dem trickreichen Käufer die Möglichkeit, das BGH-Verbot eines Nebeneinanders von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch zu umgehen: Er kann einfach einen ihm nahestehenden Dritten (z. B. einen Geschäftspartner oder gar eine Tochtergesellschaft) zwischenschalten, der beim Verkäufer die Ware ordert. Diesem Dritten gegenüber kann er die Deckungskaufkosten dann geltend machen, und der Dritte kann sie an den Verkäufer weiterreichen. Außerdem kann der Dritte nach der alten BGH-Entscheidung zusätzlich Erfüllung vom Verkäufer verlangen, weil die Deckungskaufkosten bei ihm ja nur als Schadensersatz neben der Leistung anfallen. Ihn hindert dann nichts daran, die vom Verkäufer gelieferte Ware an den Hintermann, also den »eigentlichen« Käufer weiterzureichen.

4. Konsequenzen für die Abgrenzung des Schadensersatzes statt vom Schadensersatz neben der Leistung

Für die abstrakte Frage nach der Abgrenzung des Schadensersatzes *neben* von demjenigen *statt* der Leistung sind

[↑ JR 2014, 437 ↑](#)

[↓ JR 2014, 438 ↓](#)

aus dieser (Fehl-) Entscheidung des BGH m. E. die folgenden Konsequenzen zu ziehen. Da eine Doppelkompensation des Geschädigten bei richtiger Schadensberechnung nicht droht, ist die vom BGH vorgenommene pauschale Einstufung des Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung nicht haltbar. Mehr noch: Die Einstufung verbietet sich, weil sie wegen § 281 Abs. 4 BGB zur Folge hat, dass ein Nebeneinander von Schadensersatz und Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist. Ein solches

Nebeneinander ist jedoch, wie gezeigt, oftmals notwendig, um dem Geschädigten eine vollständige Kompensation der durch die Leistungsverzögerung entstandenen Nachteile zu gewährleisten.

Vor diesem Hintergrund ist bei der Einstufung eines Schadensersatzanspruchs als »statt der Leistung« größtmögliche Zurückhaltung angebracht. Dies gebieten auch und gerade Sinn und Zweck des Instituts »Schadensersatz statt der Leistung«. Sie liegen darin, eine Umgehung der Rücktrittsvoraussetzungen zu verhindern.¹¹ Die §§ 281, 282 und 283 BGB spiegeln (nahezu¹²) 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 Rücktritt zu erklären – Schadensersatz statt der Leistung verlangt.¹³ Der Zweck jener Rücktrittsvoraussetzungen 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. Mittelbar dienen damit auch die besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. genau diesem Zweck.¹⁴

Daraus folgt, dass es ihrer Einhaltung dann, aber auch nur dann bedarf, wenn das Schadensersatzbegehren de facto eine Rückabwicklung des Vertrages beinhaltet. 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. Dann – und nur dann – ist der Schadensersatzanspruch als »statt der Leistung« einzustufen.¹⁵

Das bedeutet im Umkehrschluss: Liegen die Voraussetzungen der §§ 281 ff. nicht vor, kann der Gläubiger dennoch zunächst einmal jeden erdenklichen Schadensersatz verlangen. Er muss allerdings eine (verspätete) Leistung des Schuldners akzeptieren und seinerseits die Gegenleistung erbringen. Dieser (verspätete) Leistungsaustausch muss dann bei der Berechnung des Schadens Berücksichtigung finden. Der Gläubiger darf selbstverständlich nicht doppelt kompensiert werden. Wie gezeigt lässt sich eine solche Doppelkompensation aber durch die richtige Berechnung des Schadens ohne Weiteres vermeiden.¹⁶

¹ Vgl. die Literaturnachweise des BGH in den Rn. 20 und 24; für einen Überblick über den Streitstand siehe ferner *Bach*, ZJS 2013, 1, 2.

² Vgl. BGH, JZ 2010, 44 Rn 19 f. einerseits und BGH, NJW 2010, 2426 Rn. 13 andererseits.

³ Kritisch deswegen *Hilbig-Lugani*, NJW 2013, 2961.

⁴ Dies ergibt sich aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils (LG Kiel, 18. 3. 2011, 16 O 24/10).

⁵ Soweit ersichtlich enthält weder die Entscheidung des BGH diesbezügliche Angaben, noch haben die Vorinstanzen Feststellungen hierzu getroffen.

⁶ Bzw. genauer: zu dem Zeitpunkt, in dem der Käufer bei ordnungsgemäßer Erfüllung erneut hätte zukaufen müssen. Vgl. zur Parallelproblematik im CISG *Huber/Bach*, FS Bergsten, 585, 595.

⁷ BGH, NJW 1989, 1215, 1216.

⁸ Rn. 16; zustimmend *Hilbig-Lugani*, NJW 2013, 2961; *Looschelders*, JA 2013, 865, 867.

⁹ Differenz zwischen dem von A erhaltenen Kaufpreis von 78 Cent/Liter und dem an V gezahlten Kaufpreis von 66 Cent/Liter.

¹⁰ In Fällen, in denen der Endabnehmer nicht in Vorleistung getreten ist, findet eine solche Kürzung des bemerkenswerterweise gewissermaßen »automatisch« statt: Da der Endabnehmer in diesen Fällen nur die Differenz zwischen dem Preis des Deckungskaufs und dem mit K vereinbarten Kaufpreis ersetzt verlangen kann (im Beispiel also 22 Cent/Liter).

¹¹ Siehe zum Folgenden bereits *Bach*, ZJS 2013, 1, 4.

¹² 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 Schadenersatzrecht 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 Schadenersatz (vgl. hierzu unten Fn. 11). 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).

¹³ Der Kommissionsentwurf zur Schuldrechtmodernisierung hatte noch vorgesehen, den Schadenersatz 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 Schadenersatz statt der Leistung inhaltlich angeglichen und aufeinander abgestimmt« (Begründung zum Entwurf des Schuldrechtmodernisierungsgesetz, BT-Drs 14/6040, S. 183, re. Sp., 2. Absatz).

¹⁴ Allerdings erfassen die §§ 281 ff. BGB auch Ansprüche auf Schadenersatz 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 Schadenersatz – außer in Fällen des § 282 BGB – nicht das gesamte Geschäft implizit rückabgewickelt wird). Für diese Fälle gilt die Zielsetzung unmittelbar.

¹⁵ *Bach*, ZJS 2013, 1, 5; in dieselbe 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.

¹⁶ Ausführlich zur Schadensberechnung *Bach*, ZJS 2013, 1, 6 ff.