Seiten 1-72
Heft 1
21. Februar 2020

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT BRZ

Herausgeber: *Berliner Rechtszeitschrift e.V.*

Redaktion: *Piet Akkermann, Sina Bierwirth, Elif Dilek, Leah Gölz, Julian Hettihewa, Konrad Kahle, Valentina Kleinsasser, Leo Miura, Charles Müller, Melina Rebensburg, Jan Rinklake, Felix Schott*

Schriftleitung: *Lukas Böffel, Hendrik Schwenke*

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*, Univ.-Prof. Dr. *Burkhard Breig*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*, Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*, Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. *Andreas Fijal*, Prof. Dr. *Johannes W. Flume*, Prof. Dr. *Thomas Grützner*, Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*, Prof. Dr. *Peter Kreutz*, Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*, Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*, Prof. Dr. *Dorothea Magnus*, Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*, Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*, Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*, Dr. *Hilmar Odemer*, Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*, Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*, Dr. *Michael Sommerfeld*, Prof. Dr. *Maik Wolf*, Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

---

*Iuliia Voronova**

Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf

Der Beitrag behandelt Fragen der Abgrenzung von Schadensersatz statt und neben der Leistung sowie der Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs innerhalb dieser Schadensarten. Zu Beginn werden verschiedene Lösungsansätze dargestellt und kritisch diskutiert. Dabei wird insbesondere auf die Frage eingegangen, wie die Pflichtverletzung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB zu definieren ist. Anschließend wird anhand der sog. „Biodiesel-Entscheidung" des BGH geklärt, was überhaupt unter einem Deckungskauf zu verstehen ist.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung ... 1
B. Abgrenzung der Schadensarten der §§ 280 ff. BGB ... 2
  I. Rein materielle Abgrenzung der Schadensarten ... 2
    1. Inhalt ... 2
    2. Stellungnahme ... 2
  II. Rein zeitliche Abgrenzung der Schadensarten ... 2
    1. Inhalt ... 2
    2. Stellungnahme ... 3
  III. Gemischte Lösungsansätze ... 4
    1. Zeitlich-materielle Abgrenzung der Schadensarten ... 4
    2. Materiell-zeitliche Abgrenzung der Schadensarten ... 7
C. Der abgrenzungsvermeidende Ansatz ... 8
  I. Inhalt ... 8
  II. Kritik ... 8
  III. Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs ... 9
D. Besprechung des Biodiesel-Falls ... 9
  I. Begriff des Deckungskaufs ... 10
  II. Folgen für die Ersetzbarkeit der Mehrkosten im Biodiesel-Fall ... 10
E. Fazit ... 11

A. Einleitung

Eines der wesentlichen Ziele des im Jahr 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) war die Beseitigung der vielfachen Unsicherheiten bei der Unterscheidung zwischen verschiedenen Schadensersatzansprüchen.[1] Auf den ersten Blick erscheint die Grundstruktur der Anspruchsvoraussetzungen sehr transparent: § 280 Abs. 1 BGB stellt einen einheitlichen Haftungstatbestand dar, der in bestimmten Fällen durch weitere Anforderungen der §§ 281-283, 286 BGB ergänzt wird. Hinzu tritt im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung die eigenständige Anspruchsgrundlage des § 311a Abs. 2 BGB. Allerdings besteht schon seit jeher Uneinigkeit bezüglich der Frage nach der Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung. Zu den prominentesten Streitfällen in diesem Zusammenhang gehört insbesondere die Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs.

Schon die kontinuierlich wachsende Anzahl an vertretenen Lösungsansätzen verdeutlicht die Komplexität dieses Problems. Besondere Schwierigkeiten bereitet der Umstand, dass die verschiedenen Lösungswege zum Teil zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen. Hebt man etwa hervor, dass ein Deckungskauf funktional die ursprünglich geschuldete Leistung ersetzen soll,[2] scheidet ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung von vornherein aus. Stellt man dagegen mit der zeitlichen Abgrenzungsformel darauf ab, ob der betreffende Schaden durch die Nacherfüllung beseitigt würde,[3] hängt die Einordnung des Deckungskaufs vom Zeitpunkt seiner Vornahme ab.

Zwar hat der achte Senat des BGH in seinem Urteil vom 3.7.2013[4] entschieden, dass die Mehrkosen eines Deckungskaufs unabhängig von dem Zeitpunkt der Vornahme nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig sind,[5] was in der Praxis für Klarheit

---

* Die *Verfasserin* studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus einem im Jahr 2017 von Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard) angebotenen Seminar zum Zivil- und Arbeitsrecht hervor.

[1] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

[2] *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (735).

[3] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (155).

[4] BGHZ 197, 357 = NJW 2013, 2959.

[5] BGHZ 197, 357 (361) = NJW 2013, 2959 ff.

gesorgt hat.[6] Dieses Ergebnis wird in der Entscheidung jedoch kaum mit eigenen Argumenten begründet.[7] Vielmehr wurde lediglich auf die „*im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Ansicht*“[8] verwiesen. Freilich teilt sich die herrschende Ansicht in verschiedene Unteransichten auf, zu denen der Senat in seiner Entscheidung nicht im Einzelnen Stellung bezieht.[9] Da die sehr knappe Argumentation des Senats von vielen als widersprüchlich und kritikwürdig angesehen wird,[10] bleibt die Streitfrage nach der Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten und der Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs aus wissenschaftlicher Sicht mithin auch 18 Jahre nach Inkrafttreten des SMG weiterhin von Relevanz.

B. Abgrenzung der Schadensarten der §§ 280 ff. BGB

I. Rein materielle Abgrenzung der Schadensarten

1. Inhalt

Ein Teil der Literatur versucht die Anwendungsbereiche der §§ 280 ff. BGB mithilfe einer schadenstypologischen Betrachtung voneinander zu unterscheiden, die noch im alten Schuldrecht zur Abgrenzung von § 286 Abs. 1 BGB a.F. und § 326 Abs. 1 a.F. entwickelt wurde.[11] Danach ist entscheidend, ob die geltend gemachten Schadenspositionen funktional das Erfüllungs- oder das Integritätsinteresse betreffen.[12] Vom Schadensersatz statt der Leistung sind danach nur diejenigen Schäden umfasst, die an die Stelle der nicht mehr erbrachten Leistung treten (Erfüllungsinteresse),[13] was beim Deckungskauf unabhängig von dem Zeitpunkt seiner Vornahme immer der Fall sei.

Deshalb könne der Gläubiger nur dann ein Deckungsgeschäft abschließen und die dadurch bedingten Mehrkosten ersetzt verlangen, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen.[14] Bei § 281 BGB ist dies wiederum nur dann der Fall, wenn eine vom Gläubiger gesetzte Frist erfolglos abgelaufen oder eine solche gem. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.

2. Stellungnahme

Diese Abgrenzungsformel ist kritikwürdig, da die Begriffe Erfüllungs- und Integritätsinteresse „*kaum objektivierbar und sehr intuitiv*“[15] sind. In manchen Konstellationen ist es sehr schwierig festzustellen, welche Schäden an die Stelle der Leistung treten:[16] So ließe sich etwa vertreten, dass ein aufgrund der ausgebliebenen Leistung entgangenes Gewinngeschäft keinen Schaden im Sinne von § 280 Abs. 3 BGB darstellt, der an die Stelle der Leistung tritt, weil der ausgebliebene Erlös nicht identisch mit der geschuldeten Leistung, sondern nur mittelbar auf deren Ausbleiben zurückzuführen ist. So schuldet beispielsweise der Verkäufer lediglich die Lieferung der Sache, nicht hingegen den Erlös aus deren Weiterveräußerung durch den Käufer an einen Dritten.[17] Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass der aus einem Anschlussgeschäft resultierende Gewinn gerade den Ertrag der Leistung darstellt, weil er den weiterveräußerten Leistungsgegenstand verkörpert und damit sehr wohl an dessen Stelle rückt.[18] Die Frage, was als Äquivalent an die Stelle der Leistung tritt, lässt sich somit nicht immer eindeutig beantworten.[19]

Ein weiteres Problem taucht im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von Betriebs- und Nutzungsausfallschäden auf, die erst nach dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs anfallen. Es lässt sich vertreten, dass die Betriebsausfallschäden nicht an die Stelle der Leistung treten und konsequenterweise nicht *statt* der Leistung ersetzt werden können; sie wären jedoch auch nicht *neben* der Leistung ersatzfähig, weil der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB mit dem endgültigen Ausbleiben der Leistung entfällt.[20]

Hinzukommt, dass auch unter den Vertretern dieses Lösungsansatzes keine Einigkeit darüber besteht, welche Schäden unter welchen Voraussetzungen ersetzt werden können. So ist etwa unklar, ob Integritätsschäden als Verzögerungsschaden[21] oder als einfacher Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB[22] zu qualifizieren sind. Die rein materielle Abgrenzungsmethode ermöglicht somit nicht die angesichts unterschiedlicher Anspruchsvoraussetzungen notwendige trennscharfe Abgrenzung.[23] Da sie auch den Anforderungen an Klarheit und Vollständigkeit nicht genügt, bedarf sie der Konkretisierung durch andere Kriterien. Ohne eine solche Konkretisierung erweist sich dieser Ansatz für die Abgrenzung der Schadensarten als unpassend.

II. Rein zeitliche Abgrenzung der Schadensarten

1. Inhalt

Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung sind die Schadensarten anhand von zeitlichen Kriterien

[6] *Bach,* JR 2014, 436; *Hilbig-Lugani,* NJW 2013, 2961.
[7] Vgl. *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077; *Hilbig-Lugani,* NJW 2013, 2961.
[8] BGHZ 197, 357 (263) = NJW 2013, 2959 ff.
[9] *Hilbig-Lugani,* NJW 2013, 2961.
[10] *Bach,* JR 2014, 436 f.; *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 ff.; *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 f.
[11] Zu Letzterem *Hirsch,* JuS 2014, 97 (98).
[12] *Dauner-Lieb,* in: Anwaltkommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 73; *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 13/105; in Anknüpfung an die Begriffe „*Mangel- und Mangelfolgeschäden*“ *Westermann,* in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 280 Rn. 15.
[13] *Westermann* (Fn. 12) § 280 Rn. 15.
[14] Vgl. *Ackermann,* JuS 2012, 865 (869).
[15] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1079).
[16] *Ackermann,* JuS 2012, 865 (871); *Hirsch,* JuS 2014, 97 (98).
[17] *Grunewald,* in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 437 Rn. 13.
[18] *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (739).
[19] *Ackermann,* JuS 2012, 865 (871).
[20] *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2834).
[21] *Dauner-Lieb,* in: NomosKomm-BGB, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 56.
[22] *Kaiser,* in: FS Westermann, 2008, S. 351 (352).
[23] *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2834).

abzugrenzen. Danach sei darauf abzustellen, ob eine gedachte Nacherfüllung im letztmöglichen Moment den Schaden hätte beseitigen können.[24] Da die Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs durch die spätere Erfüllung nicht entfallen würden, käme hiernach nur Schadensersatz neben der Leistung in Betracht.[25] Dies gelte auch dann, wenn der Deckungskauf nach dem Fristablauf, aber noch vor dem Schadensersatzverlangen oder der Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Primärleistungsanspruch entfällt (§ 281 Abs. 4 BGB).[26] Neben der Leistung seien die Aufwendungen eines Deckungsgeschäfts wiederum nur dann ersatzfähig, wenn sie auf die Pflichtverletzung in Form der Verzögerung der Leistung zurückzuführen, also dem Schuldner zuzurechnen sind.[27] Dies sei grundsätzlich dann der Fall, wenn sich der Geschädigte zur anderweitigen Eindeckung herausgefordert fühlen durfte.[28] Ein sog. Herausforderungsfall[29] läge immer dann vor, wenn die vom Gläubiger gesetzte Nachfrist erfolglos abläuft[30] oder die Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs den sonst zu erwartenden Verzögerungsschaden erheblich unterschreiten, weil bei derartigen Sachlagen vom Vorliegen psychisch vermittelter Kausalität auszugehen sei.[31] Denn der Gläubiger müsse nach dem Fristablauf die Leistung des Gläubigers nicht mehr annehmen und habe somit einen gerechtfertigten Anlass, einen Deckungskauf vorzunehmen.[32] Im Übrigen sei der Gläubiger nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet, seinen Schaden gering zu halten, weshalb es ihm möglich sein müsse, einen Deckungskauf ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zu tätigen, wenn die (drohenden) Verzögerungsschäden i. S. d. § 286 BGB bei weiterem Zuwarten (wesentlich) größer wären als die Kosten des Deckungsgeschäfts.[33] Auch sei es einem wirtschaftlich denkenden Gläubiger nicht zuzumuten, einen höheren Verzögerungsschaden entstehen zu lassen, weil er letztlich hierfür das Insolvenzrisiko des Schuldners trage.[34]

2. Stellungnahme

Diese von *Lorenz* als „*Zauberformel*"[35] bezeichnete Lösung ermöglicht zwar eine klare Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen, erscheint allerdings in vielerlei Hinsicht fragwürdig.

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Mehrkosten eines Deckungskaufs, der grundsätzlich an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leitung tritt, als Schaden neben der Leistung geltend gemacht werden können.[36] Eine solche Einordnung hat zur Folge, dass der Schuldner immer noch leisten darf und der Gläubiger die Leistung annehmen muss,[37] wobei er (in den meisten Fällen) kein Interesse mehr an der Erfüllung hat. Es wird zwar vorgeschlagen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall die als Ersatz gekaufte Sache an den Schuldner herausgeben kann.[38] Diese Lösung ist allerdings für den Gläubiger nicht interessensgerecht, insbesondere wenn er den ersatzweise gekauften Gegenstand schon installiert und in Betrieb gesetzt hat.

Darüber hinaus sehen sich die Vertreter dieser Ansicht gezwungen, das von ihnen gefundene Ergebnis im Rahmen der Kausalitätsfeststellung[39] oder des Mitverschuldens[40] zu korrigieren und die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten von Voraussetzungen abhängig zu machen, die inhaltlich denen des § 281 Abs. 1 BGB entsprechen.[41]

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, lassen sich all die von *Lorenz* als Herausforderungsfälle bezeichneten Konstellationen problemlos im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung lösen, und zwar ohne sich künstlicher Kriterien bedienen zu müssen.

a) Herausforderungsfälle nach dem Fristablauf

Nach dem Ablauf der Nachfrist kann sich der Gläubiger nicht nur zu einem Deckungsgeschäft herausgefordert fühlen, sondern darf es völlig legitimer Weise vornehmen. Es wird zwar zum Teil angenommen, dass der Schuldner bis zum Schadensersatzverlangen auch gegen den Willen des Gläubigers leisten dürfe.[42] Das wird damit begründet, dass der Gläubiger es selbst in der Hand habe, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, bevor er anderweitig disponiere, während der Schuldner bis zu dem Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens zur Erbringung der Leistung weiterhin verpflichtet bleibe.[43] Eine solche Sichtweise

[24] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 f.); vgl. *Ernst,* in: MünchKomm-BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 70; mit dem Hinweis, dass die Worte „*im letztmöglichen Zeitpunkt*" entbehrlich sind, auch *Hirsch,* JuS 2014, 97 (99).
[25] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (254).
[26] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (158).
[27] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160).
[28] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160).
[29] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (159 ff.).
[30] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 f.).
[31] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (162).
[32] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (161).
[33] Vgl. *Haberzettl*, NJW 2007, 1328 (1330 f.).
[34] *Haberzettl*, NJW 2007, 1328, 1330 f.; vgl. *Ernst* (Fn. 24) § 286 Rn. 127; *Faust*, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).
[35] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 ff.).
[36] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1080); *Medicus/Petersen,* Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 239; *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2835).
[37] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (164).
[38] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (164); nach der Ansicht von *Faust* ist es die Sache des Gläubigers, wie er die doppelte Leistung verwertet, vgl. *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).
[39] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 ff.).
[40] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).
[41] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1080).
[42] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).
[43] *Ernst* (Fn. 24), § 281 Rn. 88.

widerspricht jedoch sowohl dem Wortlaut als auch dem Telos des § 281 BGB.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung keine Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen des Anspruchs darstellt.[44] Es bestimmt lediglich das Schicksal des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Vor Inkrafttreten des SMG wurde diese Frage in § 326 BGB a.F. geregelt. Nach der alten Rechtslage musste die Bestimmung der Nachfrist mit der Erklärung verbunden werden, dass der Gläubiger die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnt. Diese für den Gläubiger ungünstige Rechtsfolge wollte der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform abschaffen.[45] Der Gläubiger sollte fortan die Wahl zwischen der Erfüllung und den Sekundärrechten haben. Der Schuldner seinerseits hat nach dem Ablauf der Frist damit zu rechnen, dass seine Leistung nicht mehr angenommen wird.[46] Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Schuldner, der sein Recht zur zweiten Andienung nicht genutzt hat, noch eine dritte Chance zur Erfüllung bekommen sollte. Aus diesen Gründen ist der Gläubiger nach dem Fristablauf berechtigt, einen Deckungskauf vorzunehmen, sodass dieses Geschäft auch nicht als „verfrüht" bezeichnet werden kann. Es erscheint auch gerecht, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, sich anderweitig einzudecken, bevor er seinen Erfüllungsanspruch zum Erlöschen bringt.

b) Herausforderungsfälle vor dem Fristablauf

Hinzu kommt, dass Konstellationen, in denen ein Deckungskaufs deshalb vor Fristablauf vorgenommen wird, um noch höhere Verzögerungsschäden zu vermeiden,[47] bereits von § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB erfasst sein dürften, weil die sofortige Vornahme eines Deckungskaufs bei derartigen Sachlagen regelmäßig den beiderseitigen Interessen entsprechen wird. Diese Betrachtungsweise steht auch mit den Vorstellungen des Gesetzgebers im Einklang, der gerade solche Fälle als Beispiele für § 281 Abs. 2 Alt. 2 nennt.[48]

„Vorzeitig" sind mithin nur solche Deckungsgeschäfte, die vor dem Fristablauf vorgenommen wurden, ohne dass freilich die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB vorlagen.

c) Zusammenfassung

Gegen die rein zeitliche Abgrenzungsformel kann angeführt werden, dass das Abstellen auf das endgültige Ausbleiben der Leistung die Gefahr mit sich bringt, den durch den Mechanismus der Nachfristsetzung gewährleisteten Vorrang der Nacherfüllung zu umgehen.[49] Sie führt dazu, dass die Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts unter §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB fallen, die keine Nachfristsetzung erfordern. Die Kosten des Deckungsgeschäfts könnten jedoch durch eine vorherige Nacherfüllung vermieden werden, weshalb das Erfordernis einer Fristsetzung zweckmäßig und systemgerecht erscheint.[50]

Daher bemühen sich die Vertreter dieser rein zeitlichen Abgrenzungsformel, die Ersetzbarkeit der Kosten eines Deckungsgeschäfts im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB einzuschränken, indem sie auf die Wertungen des § 281 BGB zurückgreifen. Dies ist jedoch im Hinblick auf den Ersatz des Verzögerungsschadens, der gerade keine Fristsetzung voraussetzt, systemfremd.[51]

Die „*Zauberformel*" von *Lorenz* führt deswegen nicht stets zu überzeugenden Ergebnissen. So werden die oben genannten berechtigten Deckungsgeschäfte, die ohne weiteres unter § 281 Abs. 1 und Abs. 2 BGB subsumiert werden können, als „verfrüht" bezeichnet und im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersetzt. Im Ergebnis ist der Gläubiger weiterhin zur Annahme der Leistung des Schuldners verpflichtet, wobei sein Interesse an dieser Leistung bereits befriedigt ist. Somit kann die Abgrenzung der Schadensarten auch anhand der rein zeitlichen Formel nicht vorgenommen werden.

III. Gemischte Lösungsansätze

1. Zeitlich-materielle Abgrenzung der Schadensarten

a) Inhalt

Um die aufgezeigten Nachteile zu vermeiden, wird von Teilen des Schrifttums vertreten, die materielle mit der zeitlichen Abgrenzungsmethode zu kombinieren, indem neben der schadenstypologischen Betrachtung auch der Zeitpunkt der Schadensentstehung in die Bewertung einbezogen wird. So unterscheidet etwa *Riehm* zwischen *Integritäts-* und *Erfüllungsinteresse*, wobei letzteres *Substanz-* (Interesse, die geschuldete Leistung selbst zu erhalten) und *Ertragsausfallschäden* (Erwartung, das Ergebnis der Leistung gewinnbringend einzusetzen) umfasse.[52] Danach schütze das Integritätsinteresse das schon ohne die geschuldete Leistung vorhandene Vermögen des Gläubigers und sei somit nur im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB relevant.[53] Absatz 2 und 3 des § 280 BGB sollen dagegen das gesamte Interesse an der Erfüllung der Leistung erfassen: Gemäß §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB sei der

[44] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1080).
[45] BT-Drucks. 14/6040, S. 139.
[46] BT-Drucks. 14/6040, S. 139; ist der Schuldner allerdings leistungsbereit, kann er dem Gläubiger gem. § 350 BGB analog eine Frist zur Entscheidung setzen, nach deren Ablauf der Schadensersatzanspruch erlischt, vgl. *Odemer*, Jura 2016, 842 (847).
[47] *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (162).
[48] BT-Drucks. 14/6040, S. 140.
[49] *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2835); *Riehm,* in: BeckOGK, Stand: 1.7.2019, § 280 Rn. 207.
[50] Vgl. *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2835).
[51] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 207.
[52] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 212.
[53] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 224.

Substanzausfallschaden und derjenige Ertragsausfallschaden ersatzfähig, der infolge des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs endgültig entsteht.[54] Der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung umfasse diejenigen Vorteile aus der Verwendung der Leistung, die vor dem Wegfall des Erfüllungsanspruchs nicht gezogen werden konnten.[55]

Nach dieser Betrachtungsweise werden nicht nur die Auswirkungen einer konkreten Leistungspflicht auf das Vermögen des Gläubigers, sondern auch zeitliche Kriterien berücksichtigt, was die Möglichkeit einer präzisen Abgrenzung der Schadensarten erhöht.[56]

Im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit der Kosten eines Deckungskaufs ergeben sich indes keine Unterschiede zu der rein materiellen Abgrenzungsmethode. Denn die im Rahmen eines Deckungsgeschäfts anfallenden Mehrkosten sind als Substanzausfallschäden einzuordnen, die ausschließlich unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu ersetzen sind, so dass jedenfalls ein nach Fristablauf oder in Gemäßheit des § 281 Abs. 2 BGB vorgenommener Deckungskauf vom Gläubiger liquidiert werden kann.[57]

b) Problemfall: Nachträglicher Eintritt der Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung

Umstritten bleibt indes die Fallkonstellation, in der die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung entstehen, nachdem der Gläubiger ein vorzeitiges Deckungsgeschäft vorgenommen hat. Überwiegend wird angenommen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall einen abstrakt berechneten Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann. Dieser Meinung schließen sich sowohl die Vertreter der zeitlichen als auch der materiellen Lösungsansätze an.[58] Für die Bestimmung des fiktiven Schadensbetrags sei auf den Zeitpunkt des Fristablaufs abzustellen,[59] da erst dann das hypothetische Deckungsgeschäft hätte abgeschlossen werden können.[60] Danach würde es sich zu Lasten des Gläubigers auswirken, wenn der Marktpreis eines Deckungsgeschäfts nach dem Fristablauf gesunken ist. Dies erscheint mit Blick auf die Bedeutung des Fristsetzungserfordernisses interessensgerecht, weil hierdurch der Vorrang der Nacherfüllung und das damit verbundene Recht zur zweiten Andienung des Schuldners abgesichert werden soll.[61] Der Schuldner soll während der Frist nicht fürchten, dass der Gläubiger, der bis zum Fristablauf lediglich Naturalerfüllung verlangen kann, ein Deckungsgeschäft abschließt und ihm die Mehrkosten in Rechnung stellt.[62]

Die hypothetische Schadensberechnung wird auch im umgekehrten Fall herangezogen: Sollte der Marktpreis nach dem Fristablauf gestiegen sein, dürfe im Umkehrschluss auch der Schuldner nicht auf den geringeren Schaden des Gläubigers verweisen.[63] Ob dies interessensgerecht ist, erscheint insbesondere mit Blick auf das im Schadensrecht geltende Bereicherungsverbot fragwürdig, wonach der Umfang des Schadensersatzes grundsätzlich die vom Geschädigten erlittene Einbuße nicht übersteigen darf.[64] Da inflationsbedingt die Durchschnittspreise ständig ansteigen, wird der voreilig handelnde Gläubiger regelmäßig bereichert sein, wenn er einen Deckungskauf vor dem Fristablauf vornimmt.

Dieses Ergebnis wird damit begründet, dass der Gläubiger die hypothetischen Kosten eines Deckungsgeschäfts auch dann hätte verlangen können, wenn er noch kein Deckungsgeschäft vorgenommen hätte.[65] Es sei kein Grund ersichtlich, warum der Gläubiger allein wegen eines zu früh vorgenommenen Deckungsgeschäfts, dessen Mehrkosten bei einer konkreten Schadensberechnung nicht berücksichtigt werden können, schlechter stehen sollte.[66]

Dieses Argument läuft jedoch ins Leere, wenn man den Vermögenszustand des Gläubigers in beiden Konstellationen vergleicht. Während sich der Gläubiger, der noch kein Deckungsgeschäft getätigt hat, nach dem Fristablauf zum Marktpreis eindecken wird, sodass sein Schaden dem vom Schuldner zu ersetzenden Betrag entspricht, hat der vorzeitig handelnde Gläubiger kein Bedürfnis mehr, ein Deckungsgeschäft zum Marktpreis vorzunehmen, sodass der Schuldner einen höheren als den tatsächlich erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Diese für den nicht schutzwürdigen Gläubiger günstige Lösung ist nicht interessensgerecht und widerspricht den Grundprinzipien des Schadensrechts. Somit stellt sich die Frage, ob zur Lösung derartiger Sachlagen nicht ein anderer Weg offensteht.

aa) Die Pflichtverletzung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB

Die Ersatzfähigkeit eines vorzeitigen, also vor Fristablauf vorgenommenen Deckungsgeschäfts gemäß § 281 BGB wird vor allem deshalb in Zweifel gezogen, weil die hierfür maßgebliche Pflichtverletzung, die den Schaden adäquat kausal verursacht haben muss, gerade im fruchtlosen Verstreichen der Frist gesehen wird.[67] Folgte man dieser

[54] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 221, 223.
[55] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 222.
[56] Vgl. *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 213.
[57] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 234 f.
[58] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); *Haberzettl*, NJW 2007, 1328 (1330); *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1085); *Lorenz,* in: FS Leenen, 2012, S. 147 (158); *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 251 f.
[59] *Stadler,* in: Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018, § 281 Rn. 19.
[60] Siehe dazu oben unter B. II. 1.
[61] BT-Drucks. 14/6040, S. 138; *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2834).
[62] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 252.
[63] *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (254).
[64] *Looschelders,* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 43 Rn. 5.
[65] *Emmerich,* in: MünchKomm-BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, Vorb. § 281 Rn. 34; *Haberzettl,* NJW 2007, 1328 (1330).
[66] *Haberzettl,* NJW 2007, 1328 (1330).
[67] *Ernst* (Fn. 24), § 281 Rn. 50; *Haberzettl,* NJW 2007, 1328 (1329).

Sichtweise, bestünde nicht nur das Risiko, dass der Gläubiger bei der hypothetischen Schadensberechnung auf Kosten des Schuldners bereichert wird.[68] Dieser Ansatz steht auch mit dem Wortlaut und der Ratio der Norm nicht im Einklang, was nachfolgend aufgezeigt wird.

(1) Insbesondere der systematische Aufbau der Norm lässt zunächst den Schluss zu, dass die für § 281 Abs. 1 BGB relevante Pflichtverletzung lediglich im Nichterbringen der fälligen Leistung zu erblicken ist. Denn auf die Notwendigkeit einer Fristsetzung wird nicht etwa unmittelbar im Zusammenhang mit dem im ersten Teil des ersten Satzes beschriebenen schuldnerischen Fehlverhalten *(„Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt")*, sondern erst im dritten Teil des Satzes hingewiesen. Hieraus lässt sich folgern, dass das Fristsetzungserfordernis lediglich eine zusätzliche Voraussetzung für die Möglichkeit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs darstellt, nicht hingegen der Beschreibung der Pflichtverletzung dient.

Diese Lesart des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB findet eine Stütze in § 281 Abs. 2 BGB, wonach eine Fristsetzung unter den dort beschriebenen Voraussetzungen entbehrlich ist, sodass eine Anknüpfung des Begriffs der Pflichtverletzung an das fruchtlose Verstreichen der Frist auch insoweit gar nicht denkbar erscheint.[69]

(2) Da der ursprüngliche Anspruch des Gläubigers auf die vertragsgemäße Leistung während des Laufs der Frist jedoch nicht suspendiert wird, sondern fortbesteht, erschöpft sich das schuldnerische Fehlverhalten i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB nicht im Ausbleiben der Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit, sondern ist als Dauerpflichtverletzung ausgestaltet, die mit der Nichterbringung der (vertragsgemäßen) Leistung ab Fälligkeit ihren Anfang nimmt und während der Frist fortwirkt.[70] Aus eben diesem Grunde sieht auch der Gesetzgeber die Pflichtverletzung des § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gerade in der *Verzögerung* der Leistung, mithin in einer Dauerpflichtverletzung.[71] Nach hier vertretener Ansicht sanktioniert § 281 BGB daher die Nichtleistung während des gesamten Zeitraums von der Fälligkeit an bis hin zum Fristablauf.

(3) Der diesem Ergebnis jedenfalls zum Teil entgegenstehenden Ansicht, wonach die von § 280 Abs. 2 und 3 BGB erfassten Schadensersatzverpflichtungen frühestens mit dem Schuldnerverzug entstehen können,[72] lässt sich entgegnen, dass § 281 Abs. 1 BGB, anders als etwa noch § 326 BGB a.F., den Schuldnerverzug gerade nicht voraussetzt. Zudem sind die Voraussetzungen des § 286 BGB im Falle des § 281 BGB nicht notwendigerweise erfüllt.[73] Vielmehr hat der Gesetzgeber, der die Pflichtverletzung in der Verzögerung der Leistung sieht, bewusst davon abgesehen, § 281 BGB von den förmlichen Voraussetzungen des Verzugs i.S.d. § 286 BGB abhängig zu machen.[74]

Ebenfalls abzulehnen ist die Sichtweise, wonach die Pflichtverletzung allein in der Nichtleistung im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erblicken ist.[75] Denn dann wäre sogar derjenige Schuldner von der Haftung des § 281 Abs. 1 BGB befreit, der zwar die ursprüngliche Nichtleistung bei Fälligkeit nicht zu vertreten hat, danach aber vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, die ihm mögliche Leistung zu erbringen.

bb) Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts

Zusammengefasst sollte man die Pflichtverletzung in § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht erst im Ausbleiben der Leistung nach dem Ablauf der Frist, sondern in der Nichtleistung ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Ablauf der Frist sehen. Der Fristablauf stellt somit eine Art Gefahrübergang dar.[76] Schließt der Gläubiger vorzeitig einen Deckungskauf ab, handelt er auf eigenes Risiko. Denn er bleibt auf den Kosten dieses Geschäftes sitzen, wenn der Schuldner bis zum Ablauf der Frist noch leistet. Liegen allerdings alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB vor, kann er seinen Schadensersatzanspruch geltend machen, wobei der Schadensberechnung das tatsächliche Deckungsgeschäft zugrunde gelegt wird. Auf diese Weise wird vermieden, dass der Schuldner die höheren Kosten eines fiktiven rechtzeitigen Deckungsgeschäfts ersetzen muss, wenn der tatsächliche Schaden geringer ist. Sollten allerdings die Kosten eines fiktiven Schadens geringer sein, ist der Vorrang der Nacherfüllung zu beachten. Da der Gläubiger keine Rücksicht auf das Recht zur zweiten Andienung genommen hat, kann er auch nicht Ersatz für einen vorzeitig entstandenen, höheren Schaden verlangen.

Diese Betrachtungsweise hat den Vorteil, dass sowohl der Vorrang der Nacherfüllung gewährleistet wird als auch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot Beachtung findet. Sie entspricht zudem der Gesetzessystematik, dem Wortlaut und Telos des § 281 BGB sowie den Vorstellungen des Gesetzgebers und ist mithin vorzugswürdig.

[68] Siehe dazu oben unter B. III. 1. b).
[69] *Hellgardt,* JuS 2016, 1057 (1061).
[70] Vgl. *Hellgardt,* JuS 2016, 1057 (1061).
[71] BT-Drucks. 14/6040, S. 138.
[72] *Haberzettl,* NJW 2007, 1328 (1330).
[73] Vgl. *Odemer*, Schadensersatz statt der Leistung im Anspruchssystem des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 2019, S. 21 ff.
[74] BT-Drucks. 14/6040, S. 138.
[75] *Huber,* in: FS Schlechtriem, 2003, S. 521 (528).
[76] *Hellgardt,* JuS 2016, 1057 (1062).

c) Problemfall: Deckungskauf führt zur Unmöglichkeit der Leistung

Eine Besonderheit stellt ein vorzeitiges Deckungsgeschäft dar, das zur Unmöglichkeit der Leistung führt.[77] Die mit dem Ersatzgeschäft einhergehenden Kosten können nicht nach §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB ersetzt verlangt werden, weil der Schuldner den Umstand, der zur Unmöglichkeit führte (Deckungskauf), nicht zu vertreten hat, wenn und solange die Nachfrist noch nicht abgelaufen ist. Das Schicksal der Gegenleistungspflicht (Kaufpreiszahlung) bestimmt sich nach § 326 Abs. 2 BGB. Danach bleibt der Gläubiger (Käufer) zur Erbringung seiner Gegenleistung verpflichtet, der Schuldner (Verkäufer) muss sich jedoch gem. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er durch die Leistungsbefreiung erspart hat.[78]

Ebenso wenig kann der Gläubiger den Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB geltend machen. Auch wenn man die Pflichtverletzung i.S.v. § 281 BGB als Dauerpflichtverletzung betrachtet, die für einen Deckungskauf kausal sein kann, müsste man berücksichtigen, dass der erfolgslose Ablauf der Frist eine der wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB darstellt. Erlischt der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gem. § 275 Abs. 1 BGB, wird der weitere Lauf der Frist ab dem Zeitpunkt des Deckungskaufs sinnlos. Die Frist läuft somit nicht ab und die Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs sind nicht erfüllt.

2. Materiell-zeitliche Abgrenzung der Schadensarten

a) Grundformel

Da manche Autoren die materielle Abgrenzung für nicht konkret genug halten,[79] gleichzeitig aber der Meinung sind, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts denklogisch nicht als Schadensersatz neben der Leistung verlangt werden können,[80] schlagen sie einen alternativen Weg vor. So wird darauf hingewiesen, dass bei der Bestimmung des auf die Pflichtverletzung zurückzuführenden Schadens das Geschädigtenverhalten nicht berücksichtigt werden müsse.[81] Vielmehr solle man lediglich darauf abstellen, welcher Schaden unmittelbar aus der Pflichtverletzung herrührt.[82] Somit sei der Schaden im Falle einer Nichtleistung bereits darin zu erblicken, dass sich der geschuldete Gegenstand nicht im Vermögen des Gläubigers befinde.[83] Dieser Schaden sei noch nicht endgültig eingetreten und könne durch die spätere Erfüllung behoben werden.[84] Die Vornahme eines Deckungskaufs begründe nicht den Schaden, sondern diene lediglich der Konkretisierung des schon durch die *Nichtleistung* eingetretenen Schadens.[85] Etwaig einhergehenden Mehrkosten des Deckungskaufs seien mithin stets und allein gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu erstatten. Hat der Gläubiger ein Deckungsgeschäft bereits vor Fristablauf vorgenommen, hängt die Ersatzfähigkeit dieses Schadens davon ab, ob die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB vorliegen.[86]

b) Konkretisierung

Korch/Hagemeyer weisen mehrmals auf die Ungenauigkeit der schadenstypologischen Abgrenzungsformel hin.[87] Ob man sich jedoch in dem hier vorgestellten Lösungsansatz allein an zeitlichen Kriterien orientieren kann, erscheint bereits anhand des folgenden Beispiels fragwürdig: Ein vom Käufer bestellter Gebrauchtwagen wird am vereinbarten Tag nicht geliefert. Der Käufer setzt dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Erfüllung und kauft sich in der Zwischenzeit ein Ersatzfahrzeug, weil die Mietwagenkosten wegen des geringen Wertes des Autos viel höher wären.

Nach der oben dargestellten Auffassung soll das Verhalten des Geschädigten zur Bestimmung des Schadens nicht berücksichtigt werden. Dann kommen aber mehrere Schadensposten in Betracht: Einerseits könnte man darauf abstellen, dass sich das geschuldete Fahrzeug nicht im Vermögen des Käufers befindet. Dieser Schaden kann durch die spätere Nacherfüllung behoben werden, was zur Folge hat, dass der Käufer nur seinen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen kann. Dann könnte der Käufer die Kosten des Ersatzfahrzeugs nicht ersetzt bekommen, wenn der Verkäufer vor dem Fristablauf noch liefert.

Andererseits könnte der Schaden in der fehlenden Nutzbarkeit des Fahrzeugs in der Zwischenzeit liegen. Dieser Schaden entfällt durch die spätere Erfüllung nicht und ist somit im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig.

Welcher von diesen beiden Schadensposten durch die Kosten des Ersatzfahrzeugs konkretisiert wird, kann nur festgestellt werden, wenn man das durch die Beschaffung des Fahrzeugs betroffene Interesse des Käufers berücksichtigt. Hat der Gläubiger durch das Geschäft sein Erfüllungsinteresse befriedigt, so handelt es sich um Schadensersatz statt der Leistung. Begehrt der Käufer weiterhin die Erfüllung seitens des Schuldners, so wollte er mit dem Geschäft nur

[77] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 244 ff.
[78] Vgl. *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 444, 446.
[79] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1079); *Ostendorf,* NJW 2010, 2833 (2834).
[80] Vgl. *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077.
[81] *Hirsch,* JuS 2014, 97 (101); *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1082).
[82] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1081).
[83] *Gsell,* Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung 12/2013 (LMK), 353035 (s. 2. dd.); *Hirsch,* JuS 2014, 97 (101).
[84] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1081).
[85] *Hirsch,* JuS 2014, 97 (101).
[86] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1084 ff.).
[87] *Korch/Hagemeyer,* Jura 2014, 1077 (1079, 1085).

die fehlende Nutzungsmöglichkeit kompensieren. Dann sind diese Kosten nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass eine korrekte Abgrenzung ausschließlich anhand zeitlicher oder materieller Kriterien unmöglich ist. Vielmehr müssen beide Faktoren beachtet werden, um zu einem zutreffenden Ergebnis zu kommen.

c) Bedenken

Problematisch ist allerdings, das bloße Nichtvorhandensein des geschuldeten Gegenstandes im Vermögen des Gläubigers mit dem allgemeinen Begriff des Schadens in Einklang zu bringen. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern.[88] Die Feststellung und die Berechnung des Vermögensschadens erfolgt anhand der Differenzhypothese.[89] Hierzu ist die tatsächliche Vermögenslage mit der Vermögenslage zu vergleichen, in der sich der Geschädigte ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses befinden würde. Danach ist der Ansatz von *Hirsch,* einen Schaden des Gläubigers bereits in der Nichtleistung des Schuldners bei Fälligkeit zu sehen, [90] insbesondere dann problematisch, wenn der Kaufpreis dem objektiven Sachwert entspricht und noch nicht gezahlt wurde, weil dann hypothetische und tatsächliche Lage einander entsprechen. Die tatsächliche Lage wäre dann dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger die Sache (Wert: 10.000 Euro) nicht bekommen hat, er verfügt allerdings über 10.000 Euro. Ohne das schädigende Ereignis hätte der Gläubiger den Gegenstand gegen die Zahlung des Kaufpreises erhalten, was seine Vermögenslage nicht verändert hätte. Die aufgewendeten Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts stellen nach *Hirsch* keinen neuen Schaden dar, sondern dienen nur der Konkretisierung eines bereits eigetretenen Schadens.[91] Da im vorliegenden Fall nach der Anwendung der Differenzhypothese jedoch kein Schaden zu erblicken ist, erscheint diese Ansicht zweifelhaft.

C. Der abgrenzungsvermeidende Ansatz

I. Inhalt

Aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten in der Abgrenzung der Schadensarten wird von einem Teil des Schrifttums vertreten, die richtige Anspruchsgrundlage allein unter Anwendung der Differenzhypothese zu bestimmen. So wird vorgeschlagen, den Haftungsgrund für den Anspruch auf Schadensersatz zunächst einheitlich zu betrachten: Die Pflichtverletzung liege sowohl bei § 281 als auch bei § 286 BGB in der Nichtleistung und stelle einen Dauerzustand dar.[92] Der Unterschied zwischen dem Schadensersatz statt und neben der Leistung werde lediglich im Rahmen der Differenzhypothese sichtbar, also beim Vergleich der tatsächlich eingetretenen mit der hypothetischen Vermögenslage, die ohne die Pflichtverletzung bestünde.[93] Während die hypothetische Vermögenslage des Gläubigers in beiden Fällen gleich bleibe, unterscheide sich Schadensersatz statt und neben der Leistung im Hinblick auf die tatsächlich eingetretene Situation: Im ersteren Falle sei diese dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer den geschuldeten Gegenstand nicht erhalten habe und nicht mehr erhalten werde; mache der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung geltend, so seien bis dahin etwaig eigetretene Verzögerungsschäden in die Gesamtabrechnung mit einzubeziehen.[94] Im zweiten Fall erfolge die Leistung noch, wenn auch verspätet, sodass die Erfüllung eingetreten sei.[95]

II. Kritik

Dieser Lösungsvorschlag ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Zunächst stellt sich die Frage, welchen Schadensersatzanspruch der Gläubiger geltend machen kann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen sowohl der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 als auch der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB vorliegen. Es entsteht der Eindruck, dass dies vom willkürlichen Verhalten des Gläubigers oder gar vom Zufall abhängig gemacht wird. Denn solange der Erfüllungsanspruch besteht, kann er nach dieser Theorie nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen. Wenn der Leistungsanspruch nach § 281 Abs. 4 BGB oder infolge des Rücktritts oder der Unmöglichkeit wegfällt, besteht nur noch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.[96] Dies hat zur Folge, dass das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung oder die Erklärung des Rücktritts zu Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB werden, was dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes widerspricht. Der Wegfall des Erfüllungsanspruchs kann als Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs nicht gleichzeitig eine Voraussetzung desselben sein.[97]

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass die in die Gesamtabrechnung einzubeziehenden Verzögerungsschäden konsequenterweise auch diejenigen Verzögerungsschäden erfassen würden, die zwischen Fälligkeit und Fristsetzung bzw. Mahnung entstehen, weil § 281 Abs. 1 BGB kein Mahnungserfordernis beinhaltet. Dies widerspricht allerdings den Vorstellungen des Gesetzgebers, der gemäß § 280 Abs. 2 BGB keine wesentlichen Rechtsnachteile für

[88] *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 29 Rn. 1; *Looschelders* (Fn. 64), § 44 Rn. 1.
[89] *Looschelders* (Fn. 64), § 44 Rn. 3.
[90] *Hirsch,* JuS 2014, 97 (101).
[91] *Hirsch,* JuS 2014, 97 (101).
[92] *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 (1110).
[93] *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 (1110).
[94] *Huber,* AcP 210 (2010), 319 (340).
[95] *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 (1110).
[96] *Ackermann,* JuS 2012, 865 (868).
[97] *Hirsch,* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2018, Rn. 588; *Weiler,* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 25 Rn. 25 ff.

den Schuldner wegen bloßer Verzögerung der Leistung bereiten wollte.[98] Nachteile sollen den Schuldner vielmehr erst treffen, wenn er besonders gewarnt wird, weil er nicht notwendigerweise Kenntnis davon hat, wie wichtig der Leistungszeitpunkt für den Gläubiger im konkreten Fall ist.[99]

Zu beachten ist außerdem, dass ein Anspruch auf Ersatz der Verzögerungsschäden früher verjähren kann als der Schadensersatzanspruch statt der Leistung, etwa wenn die vor dem Jahresende bestimmte Frist erst nach dem Jahreswechsel abläuft.[100] Auch die Voraussetzungen für das Mitverschulden des Gläubigers sind im Hinblick auf verschiedene Schadensersatzansprüche unterschiedlich,[101] was darauf hinweist, dass eine Abgrenzung zwischen verschiedenen Schadenspositionen notwendig ist.

III. Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs

Im Hinblick auf die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs stimmen die Ergebnisse dieses Lösungsansatzes in den meisten Fällen mit denen der vorzugswürdigen gemischten Abgrenzungsmethoden überein. Auch hier scheidet die Ersatzfähigkeit aus, wenn der Gläubiger ein Deckungsgeschäft vor dem Fristablauf vornimmt, es sei denn, die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB liegen vor. Dies wird damit begründet, dass der Gläubiger sich in diesem Fall über eine Nacherfüllungsbefugnis des Schuldners hinwegsetze.[102]

Ein Unterschied zu den bisherigen Überlegungen besteht jedoch in der Konstellation, in der der Gläubiger trotz eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts weiter auf die Erfüllung der Primärleistung durch den Schuldner besteht.[103] Diese Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung den geschuldeten Gegenstand später erneut gekauft hätte, etwa weil er von Anfang an ein Interesse an der doppelten Menge hatte oder derlei Leistungen regelmäßig benötigt. Erbringt der Schuldner die Leistung später noch, so kann der Gläubiger nach dem abgrenzungsvermeidenden Ansatz die Mehrkosten eines Deckungskaufs im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geltend machen. Der zu ersetzende Schaden ist anhand der Differenzhypothese zu bestimmen. Die tatsächliche Lage ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand zweimal erhalten hat: Einmal infolge des Deckungskaufs und einmal durch die Erfüllung des Schuldners. Im hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung hätte der Gläubiger die Leistung des Schuldners rechtzeitig erhalten und das zweite Geschäft später vorgenommen. Der zu ersetzende Schaden ergibt sich somit aus dem Vergleich zwischen den Kosten des Deckungskaufs und denen des hypothetischen zweiten Geschäfts.

Dieses Ergebnis erscheint interessensgerecht. Somit stellt sich die Frage, warum die Ersetzbarkeit der Kosten verneint werden muss, wenn man die in der Literatur weit verbreiteten Abgrenzungsmethoden anwendet. Das hat damit zu tun, dass dem Begriff eines Deckungskaufs häufig auch diejenigen Geschäfte zugeordnet wurden, die definitionsgemäß nicht darunter fallen. Was genau vom Begriff eines Deckungskaufs umfasst wird, ist anhand des Biodiesel-Falles zu erörtern.

D. Besprechung des Biodiesel-Falls

Wie dargelegt, führen sämtliche aufgezeigten Abgrenzungsmethoden, die sowohl materielle als auch zeitliche Kriterien berücksichtigen, zu dem Ergebnis, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts nur statt der Leistung ersatzfähig sind. Dem hat sich auch der achte Senat des BGH in seinem Urteil vom 3.7.2013 angeschlossen.[104] Seiner Entscheidung lag der folgende Fall zugrunde: Die Klägerin, die eine Spedition betreibt, hat bei der Beklagten 2.000.000 Liter Biodiesel für günstige 66 Cent pro Liter bestellt, die vereinbarungsgemäß über mehrere Monate zu liefern waren. Nach der anfänglich ordnungsgemäßen Lieferung von 350.000 Liter war die Beklagte nicht mehr bereit, die noch ausstehenden 1.650.000 Liter Biodiesel zu liefern, weshalb sich die Klägerin anderweitig zu einem höheren Preis mit Biodiesel eindecken musste. In einem Vorprozess wurde die Beklagte verurteilt, die Lieferung wieder aufzunehmen, was sie auch getan hat. Die Klägerin begehrt nun von der Beklagten Ersatz der durch das Deckungsgeschäft entstandenen Mehrkosten.

Der Senat wies die Klage mit dem Hinweis ab, die Kosten eines Deckungskaufs seien nur als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig, dessen Voraussetzungen im konkreten Fall wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung (§ 281 Abs. 2 BGB) zwar zunächst vorlagen, allerdings wieder entfielen, weil die Beklagte auf Verlangen der Klägerin die geschuldeten 1.650.000 Liter auch lieferte und damit letztlich den Vertrag erfüllte.[105]

Die Entscheidung erscheint angreifbar. Der BGH lässt insbesondere den Umstand außer Betracht, dass die Klägerin aufgrund ihrer gewerblichen Tätigkeit möglicherweise

[98] BT-Drucks. 14/6040, S. 145.
[99] *Medicus/Lorenz* (Fn. 78), Rn. 464; *Odemer* (Fn. 73), S. 25 f.; *Weiler* (Fn. 97), § 24 Rn. 7.
[100] *Ernst* (Fn. 24), § 286 Rn. 172 f.; *ders.* (Fn. 24), § 281 Rn. 173.
[101] *Klöhn,* JZ 2010, 46.
[102] *Ackermann,* JuS 2012, 865 (870).
[103] *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 (1111 f.).
[104] BGHZ 197, 357 (265) = NJW 2013, 2959 ff.
[105] Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch stehen in einem Verhältnis der elektiven Konkurrenz und können nicht nebeneinander verlangt werden, vgl. § 281 Abs. 4 BGB; so auch *Lorenz,* in: BeckOK BGB, 52. Ed. 2019, § 281 Rn. 54.

auch bei rechtzeitiger Erfüllung der Beklagten Biodiesel erneut gekauft hätte, weil sie derlei Leistungen regelmäßig benötigt. Das Problem wird deutlich, wenn man annimmt, dass die Kosten für Biodiesel über den gesamten Zeitraum stabil geblieben sind. Um einen Ausfall ihres Betriebes zu vermeiden, musste sich die Klägerin bei einem anderen Verkäufer eindecken und wegen der kleineren Abnahmemengen einen höheren Preis zahlen. Hier ist es wertungsgemäß notwendig, dass dem Gläubiger die Mehrkosten ersetzt werden.[106]

Wenn das von der Klägerin getätigte Geschäft als Deckungskauf zu qualifizieren ist, konnte der Senat einen ersatzfähigen Schaden jedoch nur verneinen. Schließlich gelangen nahezu alle oben dargestellten Ansichten zu dem Ergebnis, dass die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu ersetzen sind. Daher stellt sich die Frage, ob es sich im vorliegenden Fall tatsächlich um einen Deckungskauf handelte.

I. Begriff des Deckungskaufs

Grundsätzlich liegt ein Deckungsgeschäft immer dann vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner begehrte Leistung von einem Dritten erhält.[107] Da der Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs nach überwiegender Ansicht in der Literatur und in der Rechtsprechung nur statt der Leistung geltend gemacht werden kann, sollte der Begriff des Deckungsgeschäfts dem Wesen des Schadensersatzes statt der Leistung entsprechen: Wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB verlangt, zeigt er dadurch, dass er an der vertraglich geschuldeten Primärleistung nicht mehr festhalten möchte.[108] Somit umfasst der Schadensersatz statt der Leistung nur diejenigen Einbußen des Gläubigers, die aus dem Scheitern seines Interesses an der Naturalerfüllung folgen.[109] Daraus ergibt sich, dass es sich nicht um ein Deckungsgeschäft handeln kann, wenn sich der Gläubiger zwar äußerlich eine gleichartige Sache anderweitig beschafft, sein Interesse an der ursprünglichen Leistung gleichwohl aber weiter besteht.[110] Denn in einem solchen Fall tritt das Geschäft nicht an die Stelle der Leistung, sondern neben diese.[111] Es handelt sich um ein zusätzliches Geschäft, das der Gläubiger auch später vorgenommen hätte; er muss es nun wegen des Verzugs des Schuldners lediglich früher abschließen.

Jedenfalls in Fällen fortlaufender Warenbezüge erscheint es rechtfertigbar, das vom Gläubiger vorgezogene Ersatzgeschäft nicht als Deckungsgeschäft im eigentlichen Sinne zu qualifizieren. Denn die Leistung wird in derartigen Konstellationen jedenfalls nicht derart funktional ersetzt, wie dies bei einem Deckungskauf typischerweise der Fall ist. Vielmehr wird das Ersatzgeschäft, das der Gläubiger ohnehin vorgenommen hätte, lediglich zeitlich vorgezogen, während sich der Leistungszeitpunkt zeitlich nach hinten verschiebt. Die beiden Geschäfte werden mithin lediglich in zeitlicher Hinsicht ausgetauscht. Dies entspricht aber gerade nicht den Gegebenheiten eines klassischen Deckungsgeschäfts, weshalb hieraus resultierende Vermögenseinbußen durchaus als Verzögerungsschäden eingestuft werden können.[112] Um den sodann ersatzfähigen Schaden zu bestimmen, sind die Kosten des tatsächlich vorgenommenen Geschäfts auf Basis der Differenzhypothese mit dem Preis zu vergleichen, den der Gläubiger in dem Zeitpunkt aufzuwenden gehabt hätte, in dem er bei rechtzeitig erbrachter Leistung des Schuldners erneut hätte zukaufen müssen.[113]

Ein Deckungskauf liegt auch dann nicht vor, wenn sich der Gläubiger einen Ersatzgegenstand lediglich deshalb beschafft, um höhere Mietkosten zu vermeiden, ohne dabei sein Interesse an der Erfüllung zu verlieren. Die Kosten eines solchen Geschäfts sind gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig. Über dieses Ergebnis sind die Vertreter verschiedener Abgrenzungsmethoden einig.[114] Dem ist zu folgen. Denn obgleich es sich bei derartigen Fällen zwar um einen Kauf handelt, so kann es sich doch wegen des fortbestehenden Interesses an der Leistung seitens des Gläubigers nicht um einen *Deckungs*kauf handeln, weil auch hier die Leistung gerade nicht funktional ersetzt werden soll. Der Gläubiger, der mit dem Ersatzgeschäft lediglich seiner Schadensminderungsobliegenheit gem. § 254 Abs. 2 BGB nachkommt, ist dem Schuldner hinsichtlich des Ersatzgegenstands dann aber herausgabepflichtig.[115]

Mithin handelt es sich um einen Deckungskauf, dessen Mehrkosten nur statt der Leistung geltend gemacht werden können, nur dann, wenn der Gläubiger durch die Vornahme des Geschäfts sein Interesse an der Leistung des Schuldners vollständig verliert.

II. Folgen für die Ersetzbarkeit der Mehrkosten im Biodiesel-Fall

Auf den ersten Blick könnte man davon ausgehen, dass der von der Klägerin in der Zwischenzeit gekaufte Biodiesel an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt und somit unter den Begriff des Deckungskaufs zu subsumieren ist.

[106] Das gleiche Problem sehen auch *Benicke/Hellwig,* ZIP 2015, 1106 (1108).
[107] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 232.
[108] *Kaiser,* in: FS Westermann, 2008, S. 351.
[109] *Westermann* (Fn. 12), § 280 Rn. 12.
[110] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.
[111] *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.
[112] Vgl. *Nietsch*, NJW 2014, 2385 (2391); *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.
[113] *Bach,* JR 2014, 436.
[114] Vgl. *Ernst* (Fn. 24), § 286 Rn. 127; *Faust,* in: FS Huber, 2006, S. 239 (256); *Gsell* (Fn. 83), 353035 (unter 3.).
[115] *Hellgardt,* JuS 2016, 1057 (1060).

Dass die Klägerin im vorliegenden Fall ihr Interesse an der Leistung der Beklagten verloren hat, ist indes fragwürdig, da es aufgrund ihrer gewerblichen Tätigkeit und auch des weiterhin bestehenden Erfüllungsbegehrens naheliegt, dass sie den Biodiesel auch dann erneut gekauft hätte, wenn die Schuldnerin rechtzeitig erfüllt hätte. Aufgrund dieser besonderen Gegebenheit handelt es sich bei dem Ersatzgeschäft nicht um ein Deckungsgeschäft im eigentlichen Sinne, sondern um ein zusätzliches Geschäft der Klägerin, das nicht an die Stelle der, sondern neben die Leistung tritt und dessen Mehrkosten mithin als Verzögerungsschaden zu ersetzen sind. Die Schadensberechnung erfolgt anhand der Differenzhypothese: Die tatsächlich eingetretene Lage ist dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin im Jahr 2008 einen höheren Preis für den Biodiesel zahlen musste, beispielsweise 90 Cent/Liter, wobei sie später den von der Schuldnerin gelieferten Biodiesel zum Preis von 66 Cent/Liter bekommen hat. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung hätte sie im Jahr 2008 den Biodiesel für 66 Cent/Liter bekommen. Ob sie einen Schaden erlitten hat, hängt davon ab, wie viel sie im Zeitpunkt der Lieferung durch die Beklagte hätte zahlen müssen. Läge der Preis für Biodiesel auch später noch bei 90 Cent/Liter, wäre ein Schaden zu verneinen. Hätte die Klägerin dagegen später weniger ausgeben müssen (bspw. 80 Cent/Liter), hätte sie bei der früheren Vornahme des Geschäfts einen Schaden erlitten. Im Falle einer Preissteigerung (z.B. auf 110 Cent/Liter) hätte die Klägerin durch die Verspätung der Leistung sogar ein gutes Geschäft gemacht.[116] Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Klägerin einerseits nicht „doppelkompensiert“ wird,[117] andererseits aber auch nicht auf ihrem Schaden sitzen bleibt, was der achte Senat mit der wohl nicht zutreffenden Einordnung dieses Geschäfts als Deckungskauf zugelassen hatte.

Dieser Lösungsvorschlag erscheint vorzugwürdig, da er einerseits die richtige Einordnung der Deckungskosten als Schaden statt der Leistung erlaubt und andererseits höhere Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht, indem alle Umstände des Einzelfalls für die Einordnung eines Kaufgeschäfts als Deckungskauf herangezogen werden können.

E. Fazit

Der Versuch, sich von der Notwendigkeit einer Abgrenzung der Schadenspositionen loszusagen, hat sich als nicht zufriedenstellend erwiesen. Aufgrund der schon genannten Nachteile des Lösungsansatzes, nach dem der Schadensersatz einheitlich berechnet werden soll, und auch der Normstruktur der §§ 280 ff. BGB bedürfen die Schadenskategorien einer trennscharfen Abgrenzung, damit die einzelnen Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit festgestellt werden können. Diese Abgrenzung kann allerdings nicht anhand nur zeitlicher oder nur materieller Kriterien erfolgen. Eine „*Zauberformel*“, die eine einfache, für jeden Fall passende Unterscheidung ermöglichen könnte, gibt es nicht. Vielmehr müssen alle für den entstandenen Schaden maßgeblichen Faktoren sowie sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.

Grundsätzlich sind die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jedes Kaufgeschäft zwingend einen Deckungskauf darstellt. Vielmehr ist im Einzelfall zu untersuchen, ob das jeweilige Ersatzgeschäft zum Fortfall des Gläubigerinteresses an der Erfüllung führt. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nicht um ein Deckungs-, sondern um ein *zusätzliches Geschäft* des Gläubigers, das auch bei rechtzeitiger Erfüllung abgeschlossen worden wäre. In einem solchen Fall ist sehr genau die hypothetische Lage in den Blick zu nehmen, in der sich der Gläubiger befinden würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Zur Schadensberechnung ist der Preis des *zusätzlichen Geschäfts* mit dem Marktpreis des Geschäfts im Zeitpunkt zu vergleichen, in dem der Gläubiger bei ordnungsgemäßer Erfüllung zum zweiten Mal hätte einkaufen müssen. Diese Kosten sind als Verzögerungsschaden zu ersetzen.

Nicht als Deckungsgeschäft kann weiterhin der Kauf eines Ersatzgegenstandes eingeordnet werden, wenn der Käufer lediglich höhere Mietkosten vermeiden wollte, sein Interesse an der Erfüllung aber weiterhin besteht. In dem Fall befriedigt der Gläubiger lediglich sein Bedürfnis an der Nutzbarkeit des Gegenstandes in der Zwischenzeit, sodass die entstandenen Kosten ebenfalls als Verzögerungsschaden einzuordnen sind.

Handelt es sich hingegen um einen Deckungskauf, muss genau auf den Zeitpunkt seiner Vornahme geachtet werden. Der Gläubiger ist zum Ersatz gem. §§ 280, 281 BGB nur berechtigt, wenn er das Deckungsgeschäft ab dem Moment des Fristablaufs vornimmt, es sei denn, die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB liegen vor, sodass eine Fristsetzung entbehrlich ist. Hat der Gläubiger vorzeitig einen Deckungskauf vorgenommen, handelt er auf eigenes Risiko. Leistet der Schuldner noch innerhalb der Frist, bleibt der Käufer auf seinem Schaden sitzen. Ist die Fristsetzung erfolglos abgelaufen, kann der Gläubiger den Ersatz der Deckungskosten, die abstrakt zu berechnen sind, verlangen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kosten eines

[116] So berechnet den Schaden auch *Bach,* JR 2014, 436; vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 36) Rn. 239.

[117] Vgl. die Argumentation des Senats in BGHZ 197, 357 (365) = NJW 2013, 2959 ff.; auf die Doppelkompensation liefen die Entscheidungen beider Vorinstanzen hinaus, die die Ersetzbarkeit eines Deckungskaufs im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB zugelassen haben, vgl. LG Kiel Urt. v. 18.3.2011 – Az. 16 O 24/10; OLG Schleswig Urt. v. 4.5.2012 – Az. 14 U 39/11.

vorzeitigen Deckungskaufs geringer sind als die eines rechtzeitigen Deckungskaufs. Dann muss die Höhe des Schadensersatzes auf den tatsächlich angefallenen Betrag aufgrund des Bereicherungsverbots reduziert werden. Diese Lösung ist allerdings nur dann möglich, wenn die Pflichtverletzung des § 281 Abs. 1 BGB richtigerweise als Dauerzustand gesehen wird, der in der Nichtleistung von dem Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Fristablauf liegt.

*Laetizia Krigar**

Nachhaftung des herrschenden Unternehmens nach Beendigung eines GmbH-Vertragskonzerns

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Problematik der Endloshaftung des herrschenden Unternehmens bei Beendigung eines Organschaftsvertrages vor dem Hintergrund eines vom BGH am 7.10.2014 erlassenen Urteils. Des Weiteren behandelt der Beitrag die Frage, ob und inwieweit das ehemals herrschende Unternehmen verpflichtet ist, die langfristige Überlebensfähigkeit der GmbH zu gewährleisten. Dabei wird insbesondere der Schutzzweck der §§ 302, 303 AktG berücksichtigt, deren Analogiefähigkeit im GmbH-Recht zunächst diskutiert wird.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung ... 12
B. Interessenlage bei Beendigung eines Organschaftsvertrages ... 13
C. Analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG im GmbH-Vertragskonzern ... 13
I. Planwidrige Regelungslücke ... 13
II. Vergleichbare Interessenlage ... 14
1. Korrelat für erweiterte Eingriffsmöglichkeiten ... 14
2. „Konzernspezifische Gefahr“ ... 15
3. Ausgleich des suspendierten Kapitalschutzes 15
III. Zusammenfassung ... 16
D. Problem einer „Endloshaftung“ bei Dauerschuldverhältnissen ... 16
I. Analoge Anwendung der §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG ... 17
II. Das konkrete Sicherungsbedürfnis der Gläubiger als Maßstab ... 19
III. Besondere Schutzbedürftigkeit Versorgungsberechtigter ... 19
IV. Zusammenfassung ... 20
E. Vermögensschutz der beherrschten GmbH ... 20
I. Schranken des Weisungsrechts ... 21
II. Fehlende Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs ... 22
III. Permanente Pflicht zur Liquiditätsausstattung ... 22
IV. Pflicht zur Gewährung von „Wiederaufbauhilfen“ ... 23
1. Einzelfallabhängige Pflicht zur Liquiditätszufuhr ... 23
2. Ablehnung einer Pflicht zur Liquiditätszufuhr ... 23
3. Besonderheiten des GmbH-Rechts ... 24
V. Zusammenfassung ... 24
F. Thesen ... 24

A. Einleitung

Diese Arbeit widmet sich der Frage, in welchem Umfang und über welchen Zeitraum das herrschende Unternehmen nach Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages für die Verbindlichkeiten einer ehemals beherrschten GmbH einzustehen hat.

Im AG-Vertragskonzern verpflichtet § 302 Abs. 1 AktG das herrschende Unternehmen – vom Gesetz als „anderer Vertragsteil“ bezeichnet – den während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft auszugleichen. Diese Verlustausgleichspflicht verhindert eine Überschuldung der abhängigen Gesellschaft während des Bestehens des Unternehmensvertrages. Wird der Unternehmensvertrag beendet, endet auch die Verlustausgleichspflicht nach § 302 Abs. 1 AktG. Aufgrund der bisherigen Ausrichtung der ehemals abhängigen Gesellschaft auf das Konzerninteresse besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft auf sich allein gestellt nicht überlebensfähig ist. Daher verpflichtet § 303 Abs. 1 AktG das ehemals herrschende Unternehmen, den Gläubigern der ehemals beherrschten Gesellschaft für ihre bis dahin begründeten Forderungen Sicherheit zu leisten.

Eine analoge Anwendung der gläubigerschützenden Vorschriften der §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern wird zwar in Literatur und Rechtsprechung ohne Weiteres bejaht,[1] ist jedoch zu hinterfragen, da den GmbH-Gesellschaftern – anders als den Aktionären einer AG – die Einflussnahme auf die Geschäftsleitung grundsätzlich auch ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrages

* Die *Verfasserin* studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktsbereich Konzern- und Umwandlungsrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Chicago).

[1] BGHZ 103, 1 (4) = NJW 1988, 1326 ff.; BGH 116, 37 (39) = NJW 1992, 505 ff.; BGHZ 142, 382 (384) = NJW 2000, 210 ff.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 62 Rn. 121; *Grunewald*, JA 1992, 11 (16); *Servatius*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2019, § 303 Rn. 1; *Liebscher,* in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 13 Anh. Rn. 206; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. § 13 Rn. 71; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 13 Rn. 78; kritisch: *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (539); *Bitter*, ZIP 2001, 265 (269).