

# Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“?

STEPHAN LORENZ

## I. Die Ausgangslage

Die strukturell wohl einschneidendste und anfänglich<sup>1</sup> (und gelegentlich auch noch heute<sup>2</sup>) manchmal missverstandene Neuerung des vor 10 Jahren in Kraft getretenen reformierten Leistungsstörungenrechts des BGB war die Rückführung (nahezu) sämtlicher Leistungsstörungen auf den einen einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand in § 280 I BGB. Freilich hat dieser nur vordergründig einheitliche Tatbestand in seiner Gesetz gewordenen Fassung die seit jeher das Leistungsstörungenrecht prägende grundlegende Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Verspätung der Leistung nicht entbehrlich gemacht. Verlangt nämlich der Gläubiger „Schadensersatz statt der Leistung“, ist die Anspruchsgrundlage des § 280 I BGB um weitere Tatbestandsvoraussetzungen zu ergänzen (so durch §§ 280 III, 281 BGB für den Fall der Verzögerung der Leistung) oder aber durch eine spezielle Regelung verdrängt (so durch § 311a II BGB für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit). Auch für den Verzögerungsschaden verlangt § 280 II BGB durch die Verweisung auf § 286 BGB über die bloße Pflichtverletzung hinaus das Vorliegen weiterer Tatbestandsvoraussetzungen.

Das führt dazu, dass der Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten entscheidende Bedeutung zukommt: Der Rechtsanwender muss den geltend gemachten Schaden analysieren, um die für seinen Ersatz notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen festzustellen. Relevant ist die Unterscheidung der Schadensarten aber nicht nur für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Schäden ersatzfähig sind, sondern auch für die Kombinationsmöglichkeiten von Rechtsbehelfen. So schließen sich etwa Schadensersatz statt der Leistung und das Recht auf die Leistung selbst, d.h. Naturalerfüllung, bereits begrifflich aus: Soweit der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung geltend macht, kann er nicht die Leistung geltend machen (§ 281

<sup>1</sup> S. zur damaligen Kritik exemplarisch *Altmeyden*, DB 2001, 1131 ff sowie daraufhin *S. Lorenz*, JZ 2001, 742 ff.

<sup>2</sup> Paradigmatisch hierfür *Deutsch*, Festschrift Koziol, 2010, S. 553 ff.

IV BGB), und zwar auch nicht im Wege der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution. Wichtig ist die Schadensqualifikation aber auch für die Frage des Aufwendungsersatzes (§ 284 BGB), der nicht mit dem Schadensersatz statt der Leistung, wohl aber mit einfachem Schadensersatz oder Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kombiniert werden kann.

## II. Abgrenzungskriterien

### 1. Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung

Die Abgrenzung der Schadensarten hat bisher in der Literatur vielfältige Formeln und Kriterien zutage gebracht. Einigkeit dürfte im Ausgangspunkt darüber bestehen, dass mit dem Schadensersatz statt der Leistung das *Äquivalenzinteresse* des Gläubigers befriedigt werden soll. Er soll nun eben „statt“ der Naturalerfüllung vermögensmäßig den Wert erhalten, den diese für ihn gehabt hätte. Bis zu dem Zeitpunkt des Entstehens eines solchen Anspruchs darf der Schuldner die Leistung noch in natura erbringen, d.h. der Gläubiger muss sich mit dieser zufrieden geben und darf nicht auf einen Sekundäranspruch übergehen. Das stärkt reflexartig *pacta sunt servanda*, denn der Schuldner darf sich durch die Leistung entlasten und muss nicht etwa andere Mittel einsetzen, um das Leistungsinteresse des Gläubigers zu befriedigen.<sup>3</sup> Zugleich bleibt ihm im Falle eines gegenseitigen Vertrags die Möglichkeit erhalten, sich die Gegenleistung zu verdienen.

Die Nichterbringung der geschuldeten Leistung kann aber bereits vor dem Zeitpunkt, ab welchem es das Gesetz dem Gläubiger gestattet, anstelle der Leistung Schadensersatz zu fordern, beim Gläubiger Schäden verursachen, die durch den Erhalt der Leistung nicht mehr kompensiert werden können. Auch solche endgültig eingetretene Schäden, die ebenfalls das Äquivalenzinteresse im weiteren Sinne betreffen können, kann der Gläubiger trotz Festhalten am Erfüllungsanspruch liquidieren, da der Schuldner nach § 280 I BGB jeden aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Allerdings steht es dem Gesetzgeber frei, auch den Ersatz dieser Schäden von besonderen weiteren Bedingungen abhängig zu machen. So sollen Schäden, die sich aus der Verzögerung der Leistung ergeben, wegen der für erforderlich gehaltenen Warnung des Schuldners nicht bereits ab Fälligkeit, sondern erst ab Verzugseintritt ersetzbar sein (§ 280 I, II i.V.m. § 286 BGB). Das ändert aber nichts daran, dass es sich auch bei einem Verzögerungsschaden, der zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem der Schuldner die Leistung noch

<sup>3</sup> S. dazu etwa S. Lorenz, Festschrift Wolfsteiner, 2007, S. 121 ff.

erbringen darf, um einen endgültig eingetretenen Schaden handelt, der durch die spätere Leistungserbringung nicht kompensiert würde.

Das Leistungsstörungenrecht kennt damit strukturell zwei Arten von Schäden: Bereits endgültig eingetretene Schäden, die durch die Leistung nicht mehr behoben werden und Schäden, die noch nicht endgültig eingetreten sind oder lediglich drohen, wenn die Leistung nicht noch erbracht wird. Ob die Leistung aber noch erbracht wird oder nicht, steht erst fest, wenn entweder die Leistung unmöglich geworden ist (§ 275 I BGB)<sup>4</sup> oder aber die Leistungspflicht aus einem anderen Grund erloschen ist. Letzteres ist bei verzögerter Leistung nicht schon mit Ablauf einer Nachfrist, sondern erst dann der Fall, wenn der Gläubiger nach § 323 BGB vom Vertrag zurückgetreten ist oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat, da erst die Ausübung des Rücktrittsrechts oder das Schadensersatzverlangen (§ 281 IV BGB) zum Wegfall des Primärleistungsanspruch führen. Damit kann Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung nur derjenige Schaden sein, der allein durch das endgültige Ausbleiben der Leistung verursacht wird und nicht bereits vorher (endgültig) entstanden ist. Man kann diesen Schaden auch als „Nichterfüllungsschaden im eigentlichen Sinne“ bezeichnen<sup>5</sup>, da auch vor dem Wegfall der Leistungspflicht endgültig eingetretene Schäden (wie z.B. entgangener und nicht mehr nachholbarer Gewinn aus einem wegen Verzögerung der Leistung gescheiterten Weiterverkauf) das Erfüllungsinteresse des Gläubigers betreffen können. Umgekehrt ist jeder bereits vor dem endgültigen Ausbleiben der Leistung eingetretene Schaden, der durch die Erbringung der Leistung zum letztmöglichen Zeitpunkt nicht behoben wäre, allenfalls als Schadensersatz neben der Leistung (ggf. in der Unterform des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung) ersetzbar.

Auf dieser Grundlage ist das Begriffspaar Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung eine zeitlich wandelbare Kategorie. Ein und derselbe Schaden kann, je nachdem wann er eintritt, in die eine oder die andere Schadenskategorie fallen: Wird eine Leistung verspätet erbracht, so ist der durch die Verzögerung entstandene Nutzungsausfallschaden endgültig eingetreten und wird durch die spätere Leistungserbringung nicht behoben, während der nach Rücktritt entstandene weitere Nutzungsausfallschaden auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen und damit Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung ist. Der Gewinn aus dem Weiterverkauf eines Gegenstandes kann bei verzögerter Lieferung endgültig entgangen sein, so dass er als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung ersetzbar ist, oder durch die Nachholung der Leistung noch realisierbar sein, so dass er erst unter den Voraussetzungen von

<sup>4</sup> Oder der Schuldner eine Einrede aus § 275 II, III BGB erhebt, was für die vorliegende Problematik aus Vereinfachungsgründen außer Betracht bleiben soll.

<sup>5</sup> So U. Huber, AcP 210 (2010), S. 319, 320.

§ 280 I, III i.V.m. § 281 BGB, d.h. nach einer fruchtlosen Fristsetzung ersetzbar ist. Früher gebräuchliche Kategorien wie „Erfüllungsinteresse“ und „Integritätsinteresse“, „Mangelschaden“ und „Mangelfolgeschaden“ beschreiben damit allenfalls Phänomene, haben sich aber als Abgrenzungskriterien für die Schadensarten als untauglich erwiesen.<sup>6</sup> Damit läuft auch eine sich alleine am „Erfüllungsinteresse“ orientierende Bestimmung der maßgeblichen Schadensart Gefahr, der gesetzlichen Abgrenzung zuwiderzulaufen. Kurz: Die Gleichung „Erfüllungsinteresse = Schadensersatz statt der Leistung“ geht nicht auf.

## *2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Schadensersatz statt der Leistung als unterschiedliche Begriffe*

Das vor der Schuldrechtsreform geltende Recht enthielt in §§ 325, 326 BGB a.F. demgegenüber den Begriff des *Schadensersatzes wegen Nichterfüllung*. Das ist entgegen verbreiteter Ansicht nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich ein anderer Ausgangspunkt als derjenige des § 280 BGB n. F.:<sup>7</sup> Wenn, wie unter § 326 BGB a.F., Anknüpfungspunkt einer Schadensersatzhaftung allein die Nichterfüllung einer Vertragspflicht ohne Rücksicht auf die Art des eingetretenen Schadens ist, bestehen keinerlei Bedenken, in diesen Schadensersatzanspruch sämtliche Folgen der Nichterfüllung einer Pflicht einzubeziehen, auch wenn diese bereits vor Erlöschen des Erfüllungsanspruchs endgültig eingetreten sind. Aus der Differenzhypothese des § 249 I BGB ergibt sich dann nämlich zwanglos, dass der Gläubiger im Wege des Schadensersatzes so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Schuldner seine Pflicht rechtzeitig und ordnungsgemäß erfüllt hätte. Unter dem früheren Recht konnten sämtliche Folgeschäden, welche die Nicht- oder Schlechterbringung einer Leistung bis zum Entstehen des Schadensersatzanspruchs verursacht hatte, in den Schadensersatz wegen Nichterfüllung einbezogen werden. Damit ist der Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung weiter als derjenige des Schadensersatzes statt der Leistung. Denn Haftungsgrund für den Schadensersatz statt der Leistung ist nicht (allein) die Nichterfüllung des Schuldners, sondern das vom ihm zu vertretende endgültige Ausbleiben der Leistung.<sup>8</sup> Der gegenüber dem Schadensersatz statt der Leistung weitere Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung führte z.B. dazu, dass z.Zt. des Entstehens des Schadensersatzanspruchs bereits endgültig-

<sup>6</sup> S. dazu bereits S. Lorenz, NJW 2002, 2479, 2500.

<sup>7</sup> A. A. etwa Ernst, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2007, § 281 Rn. 1; Canaris, DB 2001, 1815, 1816; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535, 2537.

<sup>8</sup> U. Huber (o. Fn. 5), S. 320 spricht in diesem Zusammenhang vom „Schadensersatz wegen Nichterfüllung im eigentlichen Sinn“, den er (zutreffend) mit dem Schadensersatz statt der Leistung gleichstellt.

tig entstandene Verzögerungsschäden in die Gesamtabrechnung des Nichterfüllungsschadens einbezogen werden konnten.<sup>9</sup>

Diese Grundsätze sind aber wegen der unterschiedlichen Struktur des seit 2002 geltenden Rechts nicht auf das System der §§ 280 ff. BGB übertragbar.<sup>10</sup> Ausgehend von der geltend gemachten Schadensart sind die jeweiligen Haftungsvoraussetzungen zu klären, nicht aber bestimmt das geltend gemachte „Interesse“ die Schadensart: Macht etwa der Gläubiger den durch die verspätete Lieferung eines Gegenstandes entstandenen Betriebsausfallschaden geltend, so ist zwar sein Erfüllungsinteresse betroffen, dennoch handelt es sich bei dem geltend gemachten Schaden nicht zwingend um „Schadensersatz statt der Leistung“, weil der Gläubiger den Betriebsausfall gerade nicht anstelle der Leistung, sondern zusätzlich zum weiter bestehenden Anspruch auf die Leistung geltend macht. Schadensersatz statt der Leistung kann ein solcher Betriebsausfallschaden erst dann darstellen, wenn der Betriebsausfallschaden auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen ist. Der bis zu diesem Zeitpunkt eingetretene Schaden ist hingegen als Schadensersatz „neben“ der Leistung (in Form des Verzögerungsschadens) zu qualifizieren und bleibt es auch, wenn die Leistungspflicht anschließend aufgrund eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands endgültig wegfällt.<sup>11</sup> Dadurch entstehen weder Schutzlücken noch Überkompensationen, sondern es kommt zu einer trennscharfen Abgrenzung ohne Überlappungen.<sup>12</sup>

### III. Tauglichkeit der „Zauberformel“

Auf der Grundlage der soeben nur skizzenhaft dargelegten Überlegungen hat sich zunehmend die Auffassung durchgesetzt, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung wie folgt abzugrenzen: Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung ist allein derjenige Scha-

<sup>9</sup> Zu beachten war dann allein die Sperrwirkung des § 286 BGB a.F.: Da der Verzögerungsschaden erst ab Verzugsseintritt zu ersetzen war, war der Gläubiger im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung insoweit so zu stellen, als habe der Schuldner unmittelbar nach der Mahnung geleistet, vgl. *U. Huber* (o. Fn. 5), S. 340.

<sup>10</sup> S. auch *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), S. 727, 730, die zutreffend vom Erfordernis einer „schadensphänomenologischen Abgrenzung“ sprechen. Anders *U. Huber* (o. Fn. 5), S. 340 Fn. 55, der sich im Zusammenhang mit dem für diese Frage paradigmatischen Problem der Einbeziehung des ab Verzugsseintritt eingetretenen Verspätungsschadens in den Schadensersatz statt der Leistung mit dem lapidaren Hinweis begnügt, dass sich an der Problematik durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz „nichts geändert“ habe.

<sup>11</sup> S. dazu exemplarisch BGH NJW 2010, 2426 (Rn. 13).

<sup>12</sup> So die zutreffende Analyse von *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 281 Rn. 112, 114 f.; s. aber auch *dens.* a.a.O., § 281 Rn. 1, wonach der Gläubiger in seine Schadensberechnung Posten aufnehmen kann, die durch die Erfüllung schon nicht mehr zu beseitigen waren.

den, der durch das endgültige Ausbleiben der Leistung verursacht wird. Schäden, die bereits vor diesem Zeitpunkt endgültig entstanden sind, sind hingegen Bestandteil des Schadensersatzes neben der Leistung<sup>13</sup>. Die Leistung bleibt endgültig aus, wenn sie unmöglich ist (§ 275 I BGB) oder der Schuldner berechtigt eine Einrede aus § 275 II und III BGB geltend gemacht hat oder aber der Gläubiger zurückgetreten ist und/oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat (s. § 281 IV BGB). Auch der BGH scheint dieser Auffassung zu folgen, indem er Nutzungsausfallschäden, die nach einem erklärten Rücktritt angefallen sind, dem Schadensersatz statt der Leistung zuordnet, Nutzungsausfallschäden vor diesem Zeitpunkt (also auch in der Phase zwischen Fristablauf und Rücktrittserklärung) hingegen dem Schadensersatz „neben“ der Leistung (in Form des Verzögerungsschadens) zuweist.<sup>14</sup>

Diese trennscharfe Abgrenzung der Schadensarten stimmt mit dem Gesetzeswortlaut und der Systematik des Gesetzes überein. Neben dem Vorteil einer klaren Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen und der damit verbundenen Vermeidung von Überlappungen hat sie auch den Vorteil der dogmatischen Exaktheit.

Ein rein auf den Wortlaut des Gesetzes abstellendes System würde sich aber in der Tat dem Vorwurf eines „allzu schlichten Arguments“<sup>15</sup> aussetzen, wenn es „kuriose Ergebnisse“ nach sich ziehen würde.<sup>16</sup> Als Prüfstein der Formel hat sich dabei insbesondere die Problematik des Deckungsgeschäftes erwiesen, die im Folgenden näher betrachtet werden soll.

### *1. Das Deckungsgeschäft nach Rücktritt oder Schadensersatzverlangen als Schadensersatz statt der Leistung*

Setzt der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Leistung und läuft diese Frist ergebnislos ab, so hat der Ablauf der Frist zunächst keinen Einfluss auf den Erfüllungsanspruch. Anders als nach früherem Recht (§ 326 I 2 BGB

<sup>13</sup> *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2007, vor § 280 Rn. 23; *Otto*, in: Staudinger, BGB (2009), § 280 Rn. E 7; *Kaiser*, in: Staudinger, Eckpfeiler (2011), Leistungsstörungen Rn. 177; *Unberath*, in: BeckOK/BGB, Stand 1.3.2011, § 280, Rn. 28; *Faust*, in: BeckOK/BGB, Stand 1.3.2011, § 437 Rn. 57; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 280 Rn. 18; *Jauernig*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 280 Rn. 4; *Petersen*, Examensrepetitorium Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 305; *Kaiser*, Festschrift Westermann, 2008, S. 351, 355 f.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2010, Rn. 352.

<sup>14</sup> S. BGH NJW 2010, 2426 (Rn. 13): „Ein möglicher Schadensersatzanspruch der Klägerin folgt allerdings nicht ... aus § 437 Nr. 3, § 280 I BGB, sondern als Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3, § 280 I, III, § 281 I, § 249 I, II 1 BGB. Der geltend gemachte Schaden ist nicht trotz des Festhaltens am Vertrag entstanden ..., sondern beruht auf dem infolge des Rücktritts und des damit verbundenen Erlöschens der ursprünglichen Leistungspflicht endgültigen Ausbleiben der Leistung.“

<sup>15</sup> So *U. Huber* (o. Fn. 5), S. 342.

<sup>16</sup> So der Vorwurf von *Ostendorf*, NJW 2010, 2833, 2835.

a.F.) hat der Gläubiger nunmehr die Wahl zwischen Erfüllung, Schadensersatz statt der Leistung und/oder Rücktritt. Der Schuldner kann in dieser Situation aber weiter erfüllen und damit einem Rücktritt oder Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung zuvorkommen.<sup>17</sup> Ist für die Erfüllung eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich, verliert der Schuldner allerdings insofern sein „Recht“, die Leistung zu erbringen, als er zumindest nicht mehr gegen den Willen des Gläubigers erfüllen kann.<sup>18</sup> Er kann zwar durch das Angebot der Leistung die missliche Schwebelage beenden, in welche er deshalb geraten ist, weil er die Wahl des Gläubigers zwischen den diesem zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen nicht beeinflussen kann<sup>19</sup>, jedoch bleibt es dem Gläubiger grundsätzlich auch dann noch möglich, unmittelbar den Rücktritt zu erklären und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen und damit den Eintritt von Annahmeverzug zu verhindern.

Nimmt der Gläubiger nach erklärtem Rücktritt oder nach dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung ein Deckungsgeschäft vor, so sind die daraus resultierenden Schäden (Mehrkosten bzw. Mindererlöse) auf der Basis der hier zugrunde gelegten und auf ihre Tauglichkeit zu überprüfenden Abgrenzung Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 BGB, weil sie auf dem nunmehr rücktrittsbedingten oder nach § 281 IV BGB endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen. Gleiches gilt für zwischen Wegfall der Leistungspflicht und Vornahme des Deckungsgeschäfts entstandene Betriebsausfallschäden.<sup>20</sup> Bereits vor diesem Zeitpunkt endgültig entstandene Betriebsausfallschäden sind hingegen unabhängig von einem späteren Rücktritt oder dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen. Es besteht weder die Möglichkeit noch eine Notwendigkeit, sie nachträglich in den Schadensersatz statt der Leistung zu integrieren. Würde man für die Qualifikation der Schadensart hier nicht auf den Zeitpunkt des endgültigen Wegfalls des Erfüllungsanspruchs, sondern auf den Zeitpunkt des Entstehens eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, d.h. i.d.R. auf den Fristablauf abstellen<sup>21</sup>, käme man nämlich in die missliche Situation, dass der trotz Fristablaufs am Erfüllungsanspruch festhaltende Gläubiger den ab Fristablauf entstandenen Verzögerungsschaden nicht liquidieren könnte (weil es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt, der nicht neben dem Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden kann) oder zumindest den Schuldner erneut in Ver-

<sup>17</sup> So zutreffend *Faust*, Festschrift U. Huber, 2006, S. 239, 246.

<sup>18</sup> BGHZ 154, 119 = NJW 2003, 1526; in BGH NJW 2006, 1198 (Rn. 14) hat der BGH lediglich offen gelassen, ob die Nachholung der Leistung das Rücktrittsrecht beseitigt.

<sup>19</sup> S. dazu S. Lorenz, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2005* (2006), S. 5, 86 f.

<sup>20</sup> Wobei freilich eine Reduzierung des Schadensersatzanspruchs nach § 254 II BGB in Betracht kommt, wenn der Betriebsausfallschaden durch eine Verzögerung des Deckungsgeschäfts entstanden ist, s. dazu BGH NJW 2010, 2426 (Rn. 32).

<sup>21</sup> So etwa *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 506.

zug setzen müsste.<sup>22</sup> Es spricht also alles dafür, als entscheidenden Zeitpunkt für die Schadensqualifikation nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, sondern mit der überwiegenden Meinung auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem der Erfüllungsanspruch des Gläubigers und damit die Erfüllungsmöglichkeit des Schuldners endgültig erlöschen. Das aber ist erst der Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens oder der Rücktrittserklärung.

*Faust* hat sehr scharfsinnig die Probleme dargelegt, die sich daraus für den Gläubiger ergeben, der nach Fristablauf ein Deckungsgeschäft vornehmen will. Er zieht aus dem Gesagten folgende Konsequenz: Macht der Gläubiger vor Abschluss eines Deckungsgeschäfts Sekundärrechte geltend, laufe er Gefahr, dass dieses scheitere und er dann wegen § 281 IV BGB nicht mehr auf den Erfüllungsanspruch zurückkommen könne. Schließe er hingegen das Deckungsgeschäft vor einer solchen Erklärung ab, könne er dessen Kosten nicht als Schadensersatz verlangen und riskiere außerdem, die Leistung dann doppelt zu erhalten (und bezahlen zu müssen).<sup>23</sup> Dem ist allerdings die Frage voranzustellen, ob und wie man auf der Basis der hier dargelegten Abgrenzung der Schadensarten überhaupt die mangelnde Ersatzfähigkeit der Kosten eines bereits vor Fristablauf vorgenommenen Deckungsgeschäfts überzeugend begründen kann.

## 2. Das verfrühte Deckungsgeschäft als Schadensersatz neben der Leistung

### a) Deckungsgeschäft vor Fristsetzung oder Fristablauf

Hat der Schuldner die Leistung nicht rechtzeitig erbracht, geben ihm die Fristsetzungserfordernisse der §§ 281, 323 BGB weiterhin die Möglichkeit, die Leistung zu erbringen. Der Gläubiger darf also eine bloße Leistungsverzögerung grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich der Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände der §§ 281 II, 323 II BGB, noch nicht zum Anlass nehmen, sich vom Vertrag zu lösen. Da er den Erfüllungsanspruch weiterhin geltend machen kann, ist ihm in Bezug auf den Erhalt der Leistung als solcher auch noch kein Schaden entstanden: Er kann diese noch verlangen und wird sie – vielleicht – auch noch bekommen. Endgültig eintreten kann damit, solange der Erfüllungsanspruch besteht, allenfalls ein Verzögerungsschaden, der ab seinem Entstehen nach § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB „neben der Leistung“ geltend gemacht werden kann. Ein endgültiger Schaden in Bezug auf das Erfüllungsinteresse kann beim Gläubiger in Gestalt der hierfür aufgewendeten Kosten erst eintreten, wenn er ein Deckungsgeschäft tatsächlich ab-

<sup>22</sup> So treffend *Faust* (o. Fn. 17), S. 248.

<sup>23</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 247.



schließt. Geschieht dies, liegt ein endgültig eingetretener, durch eine spätere Erfüllung nicht mehr behebbarer Schaden vor.<sup>24</sup> Dieser geht nicht auf das (vor Fristablauf weder mögliche noch voraussehbare) endgültige Ausbleiben der Leistung zurück, sondern ist vor diesem Zeitpunkt endgültig eingetreten. Nach der hier zugrunde gelegten Formel handelt es sich also um Schadensersatz neben der Leistung in Form des Verzögerungsschadens (§ 280 I, II i.V.m. § 286 BGB). Damit kann eine Ersatzpflicht des Schuldners jedenfalls nicht mit dem Argument verneint werden, der Gläubiger habe diesem keine Frist gesetzt, denn der fruchtlose Ablauf einer Nachfrist ist gerade nicht Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs auf Ersatz des Verzögerungsschadens. Dennoch ist es evident, dass nach dem Grundgedanken des Fristsetzungskonzepts der Gläubiger gerade nicht berechtigt sein soll, sein Leistungsinteresse vorzeitig auf Kosten des Schuldners zu befriedigen.<sup>25</sup>

#### aa) Qualifikation als Schadensersatz statt der Leistung

So lehnt etwa *Ernst* die Ersatzfähigkeit der Kosten eines verfrühten Deckungskaufs mit dem Argument grundsätzlich ab, es handele sich insoweit um Schadensersatz statt der Leistung.<sup>26</sup> Aufwendungen, mit welchen der Gläubiger das Leistungsdefizit behebe, seien nur nach § 281 BGB ersatzfähig.<sup>27</sup> Zugleich gibt er aber in Fällen, in welchen die Kosten des vorzeitigen Deckungsgeschäfts geringer sind als der sonst eintretende, vom Schuldner nach § 280 I, II i.V.m. § 286 zu ersetzende Betriebsausfallschaden, dem Gläubiger das Recht, die Kosten des Deckungsgeschäfts nach § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB zu liquidieren. Dabei qualifiziert er den Schaden aber weiterhin als Schadensersatz statt der Leistung, weil es um das „reine Erfüllungsinteresse“ gehe, möchte aber dem Gläubiger in diesem Ausnahmefall das Recht einräumen, nach § 280 I, II i.V.m. § 286 auch Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen.<sup>28</sup> Ganz ähnlich wollen *Grigoleit/Riehm* die Kosten eines Deckungsgeschäfts unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme stets dem Schadensersatz statt der Leistung zuordnen, „weil und soweit sie dazu führen, dass das Naturalleistungsinteresse des Gläubigers endgültig ander-

<sup>24</sup> Das gilt auch dann, wenn durch den nachfolgenden Vollzug des Deckungsgeschäfts Unmöglichkeit eintritt, s. dazu unten III.3.

<sup>25</sup> Kein solcher Fall und damit vollkommen unproblematisch ein ersatzfähiger Verzögerungsschaden des Gläubigers liegt hingegen vor, wenn dieser aufgrund der Verzögerung der Leistung in berechtigter Weise von seinem Abnehmer auf Ersatz der bei letzterem entstandenen Kosten eines Deckungsgeschäfts in Anspruch genommen wird, vgl. dazu nur BGH NJW 1989, 1215 ff.

<sup>26</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 286 Rn. 118; ebenso *Unberath*, in: BeckOK/BGB (o. Fn. 13), § 286 Rn. 69.

<sup>27</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 280 Rn. 66.

<sup>28</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 286 Rn. 118.

weitig befriedigt wird, also nicht mehr durch Leistung des Schuldners befriedigt werden kann“,<sup>29</sup> wobei sie bezüglich der Frage der Befriedigung des Naturalleistungsinteresses allein auf den „Verwendungsplan“ des Gläubigers abstellen.<sup>30</sup>

#### bb) Qualifikation als Schadensersatz neben der Leistung

*Faust* geht hingegen auf der Basis der auch hier zugrunde gelegten Abgrenzungsformel der Schadensarten zutreffend davon aus, dass die Kosten eines verfrühten Deckungsgeschäfts nicht vom Schadensersatz statt der Leistung erfasst werden, sondern als (endgültig eingetretener) Verzögerungsschaden zu qualifizieren sind<sup>31</sup>. Als solcher seien sie aber (auch wenn sie nach Fristablauf entstehen) nicht ersatzfähig. Zwar sei der Schaden eine auch adäquat kausale Folge der Verzögerung der Leistung, weil die Tatsache, dass der Schuldner nicht einmal bis zum Ablauf einer hierfür gesetzten Frist leiste, die Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Gläubiger ein – wenn auch verfrühtes – Deckungsgeschäft vornehme, deutlich erhöhe.<sup>32</sup> Der Gläubiger könne aber im Rahmen des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung aus übergeordneten Kriterien nicht Befriedigung seines Interesses an der Vertragserfüllung fordern: Der Gesetzgeber habe durch die §§ 280–283 ein elaboriertes Regelwerk geschaffen, das die Interessen von Gläubiger und Schuldner zum Ausgleich bringen solle, und dabei entschieden, dass eine Liquidierung des Vertrags, aufgrund derer der Gläubiger sich anderweitig eindecken dürfe, erst mit Erklärung des Rücktritts, dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 IV BGB) oder dem Eintritt von Unmöglichkeit (§ 283 BGB) statfinde. Diese Wertung dürfe nicht dadurch überspielt werden, dass dem Gläubiger ermöglicht werde, sich schon zuvor einzudecken und dann die Folgen dieses Geschäfts, sofern ihm dies opportun erscheint, auf den Schuldner zu verlagern.<sup>33</sup> Sofern ein verfrühtes Deckungsgeschäft allerdings geeignet ist, den sonst vom Gläubiger zu ersetzenden Verzögerungsschaden zu minimieren, bejaht auch *Faust* die Ersatzfähigkeit der Kosten. Rechtstechnisch will er dies durch die Anwendung von § 254 BGB bewirken: Der Verursachungsbeitrag des Gläubigers durch vorzeitige Vornahme des Deckungsgeschäfts überwiege den Verursachungsbeitrag des Schuldners, der in der Verzögerung der Leistung liegt, so stark, dass der Schadensersatzanspruch nach § 254 BGB vollständig ausgeschlossen sei. Auf diese Weise könne dann auch ausnahmsweise Schadensersatz gewährt werden, wenn die vorzeitige

<sup>29</sup> *Grigoleit/Riehm* (o. Fn. 10), S. 737.

<sup>30</sup> Zu Recht kritisch hierzu *Teichmann*, Die Abgrenzung der Schadensarten und ihre Bedeutung (2011), S. 117 f.

<sup>31</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 253.

<sup>32</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 254.

<sup>33</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 255.

Vornahme des Deckungsgeschäfts durch besondere Gründe gerechtfertigt sei, weil sie etwa einen höheren Verzögerungsschaden vermeidet.<sup>34</sup>

Der Vorteil der von *Faust* vorgeschlagenen Lösung besteht darin, dass sie einen Widerspruch in der Qualifikation der Schadensarten vermeidet, da er – anders als *Ernst* – den Schaden nicht umdefiniert, sondern seine Ersatzfähigkeit aus übergeordneten Kriterien – nämlich dem Fristsetzungskonzept – verneint. Er geht aber bei seiner zutreffenden übergeordneten Wertung des Fristsetzungskonzepts einen Schritt zu weit: Dieses besagt nämlich dadurch, dass mit Fristablauf ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *entsteht*, d.h. der Schuldner ab diesem Zeitpunkt kein „Recht“ mehr hat, die Leistung zu erbringen, dass dem Gläubiger ab diesem Zeitpunkt sehr wohl die Befugnis zusteht, auf die Erfüllung zu verzichten und sich auf Kosten des Schuldners anderweitig einzudecken. Das Erfordernis einer rechtsgestaltenden Erklärung ist keine Voraussetzung des Eintritts dieser Befugnis, sondern dient lediglich dazu, dem Gläubiger das Festhalten am Erfüllungsanspruch zu ermöglichen und die Schwebelage zu beseitigen, in welche der Schuldner durch ebendieses Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs nach Ablauf der Frist gerät.

cc) „Nachträglich berechtigtes“ vorzeitiges Deckungsgeschäft?

An der Qualifikation der Kosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäftes als Bestandteil des Schadensersatzes neben der Leistung ändert sich entgegen verbreiteter Ansicht auch dann nichts, wenn im Anschluss an dessen Vornahme die Frist ergebnislos verstreicht und der Gläubiger zurücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt und damit das endgültige Erlöschen des Erfüllungsanspruchs herbeiführt. In der Literatur wird hier – meist bezugnehmend auf Judikatur zum früheren Recht – vertreten, dass in diesem Fall die Kosten des Deckungsgeschäfts im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung ersetzbar seien.<sup>35</sup> Das lässt sich unter dem seit dem 1. 1. 2002 geltenden Recht nicht mehr mit dem Gesetz vereinbaren. Es bleibt vielmehr dabei, dass der durch das Deckungsgeschäft verursachte Schaden bereits vor dem endgültigen Wegfall der Leistungspflicht eingetreten ist und jedenfalls nicht als Schadensersatz statt der Leistung, sondern allenfalls im Wege des Verzögerungsschadens ersetzbar sein kann. Ebenso wenig wie bei einem sonstigen vor Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung eingetretenen Verzögerungsschaden liegt es auch hier nicht in der Rechtsmacht des Gläubigers, diesen Schaden nachträglich umzudeklariieren

<sup>34</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 256.

<sup>35</sup> So *Unberath*, in: BeckOK/BGB (o. Fn. 13), § 281 Rn. 39 unter Hinweis auf BGH NJW 1998, 2901, 2902; ebenso *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 281 Rn. 25; *Otto/Schwarze*, in: Staudinger (2009), § 281 Rn. B 140; a.A. *Haberzettl*, NJW 2007, 1328.

oder in den Schadensersatz statt der Leistung einzubeziehen. Anders als beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB a.F. hat der Schuldner den Gläubiger im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung gerade nicht so zustellen, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung im Zeitpunkt der Fälligkeit gestanden hätte.<sup>36</sup> Unbenommen bleibt dem Gläubiger selbstverständlich nach Ablauf der Nachfrist eine abstrakte Schadensberechnung auf der Basis eines hypothetischen Deckungsgeschäfts.

#### b) Deckungsgeschäft zwischen Fristablauf und Rücktritt/Schadensersatzverlangen

Mit Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Nachfrist sind ein Rücktrittsrecht und ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entstanden. Für den Gläubiger dürfte es in der Tat ein normales und zweckmäßiges Vorgehen sein, nunmehr ein Deckungsgeschäft vorzunehmen und erst anschließend Ersatz der entsprechenden Kosten zu verlangen. Er wird es nicht selten unterlassen, vor der Vornahme des Deckungsgeschäfts dem Schuldner gegenüber den Rücktritt zu erklären. Auch ein Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung würde ihn dazu zwingen, einen Schaden geltend zu machen, den er mangels Vornahme des Deckungsgeschäfts zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht beziffern kann und ihn weiter in die Gefahr bringen, den Erfüllungsanspruch zu einem Zeitpunkt aufzugeben, in welchem er noch gar nicht wissen kann, ob ihm die Ersatzbeschaffung gelingt. Es bleibt aber bei der Tatsache, dass es sich auf der Basis der hier zugrunde gelegten Abgrenzungsformel um Schadensersatz neben der Leistung handelt, wenn der Gläubiger Ersatz der Kosten eines zwischen dem Ablauf der Nachfrist und der Erklärung von Rücktritt oder der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung vorgenommenen Deckungsgeschäfts geltend macht. Denn der Schaden in Gestalt der Kosten des Deckungsgeschäfts ist zu einem Zeitpunkt entstanden, in welchem die Erbringung der Leistung noch möglich war und wird durch die Nachholung der Leistung nicht behoben. Er ist also endgültig eingetreten, bevor der Erfüllungsanspruch erloschen ist. Damit ist er als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung zu qualifizieren. Konsequenterweise verneint deshalb *Faust* auch in dieser Konstellation die Ersatzfähigkeit des Schadens aus den oben genannten „übergeordneten Kriterien“. Bei dieser Wertung vernachlässigt er aber die Tatsache, dass der Gläubiger zum Zeitpunkt der Schadensentstehung *berechtigt* war, vom Erfüllungsanspruch Abstand zu nehmen und an dessen Stelle Schadensersatz statt der Leistung verlangen konnte und setzt sich dabei zugleich in gewissen Widerspruch zu

<sup>36</sup> So aber *Unberath*, in: BeckOK/BGB (o. Fn. 13), § 281 Rn. 39 sowie BGH JZ 2010, 44 (Rn. 20); vgl. hiergegen zutreffend *Klöhn*, JZ 2011, 46 ff., der dem Urteil des BGH zutreffend einen Verstoß gegen das System der §§ 280 ff. BGB attestiert.

seiner treffenden Feststellung, dass es einziger Zweck des Schadensersatzverlangens sei, die Schwebelage des Schuldners zu beenden und diesen vor den unnötigen Kosten weiterer Erfüllungsbemühungen zu bewahren.<sup>37</sup> *Ernst* hält hingegen ohne weitere Begründung die Kosten eines Deckungsgeschäfts ab dem Zeitpunkt des Entstehens des Schadensersatzanspruches, d.h. mit Fristablauf für ersatzfähig<sup>38</sup> und setzt sich dabei seinerseits in Widerspruch mit seiner zutreffenden Ansicht, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Qualifikation eines Schadens als Schadensersatz statt der Leistung nicht das Entstehen des Schadensersatzanspruches (d.h. der Fristablauf), sondern das Erlöschen der Leistungspflicht durch Rücktritt oder Schadensersatzverlangen ist.<sup>39</sup>

### c) Das vorzeitige Deckungsgeschäft als Herausforderungsfall

Indes lassen sich alle aufgeworfenen Konstellationen interessengerecht und zugleich dogmatisch konsistent innerhalb des hier zugrundgelegten Systems der Schadensarten lösen, ohne dass hierbei schadensrelevante Vorgänge vor Ablauf der Nachfrist oder vor dem Schadensersatzverlangen ohne ausreichenden Schutz blieben.<sup>40</sup> Geht man auf der Basis der von der h. M. zugrundgelegten „Zauberformel“ davon aus, dass in allen genannten Fallkonstellationen des vor Rücktritt oder Schadensersatzverlangen vorgenommenen Deckungsgeschäfts dessen Kosten als endgültig eingetretener Schaden jedenfalls nicht Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung sind, lässt sich deren Ersatzfähigkeit weder mit dem Hinweis auf die fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen von § 280 I, III i.V.m. § 281 BGB verneinen<sup>41</sup>, noch mit deren Vorliegen begründen.<sup>42</sup> Ihre Ersatzfähigkeit ist in jedem dieser Fälle vielmehr allein im Rahmen eines Anspruchs auf Ersatz des Verzögerungsschadens zu überprüfen. Will man sich nicht mit dem aus dem Gesetz nicht herleitbaren und in dieser Form auch unrichtigen apodiktischen Satz begnügen, dass das Erfüllungsinteresse nicht im Wege des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung befriedigt werden dürfe, andererseits aber immer befriedigt werden dürfe, wenn der Schuldner eine ihm gesetzte Nachfrist nicht genutzt hat, muss man der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 280 I, II i.V.m. § 286 genaueres Augenmerk widmen. Schon hier sei vorausgeschickt, dass die sich dabei ergebenden

<sup>37</sup> *Faust* (o. Fn. 17), S. 257.

<sup>38</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 280 Rn. 69.

<sup>39</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 280 Rn. 67.

<sup>40</sup> So der Vorwurf von *Otto/Schwarze*, in: Staudinger (o. Fn. 35), § 281 Rn. B 140.

<sup>41</sup> So in den Fällen des Deckungsgeschäfts vor Fristablauf.

<sup>42</sup> So in den Fällen des Deckungsgeschäfts zwischen Fristablauf und Schadensersatzverlangen oder Rücktritt nach Fristablauf sowie im oben unter 2. a) cc) behandelten Fall des „nachträglich berechtigten“ vorzeitigen Deckungsgeschäfts).

Ergebnisse gerade nicht „kurios“<sup>43</sup>, sondern kohärent und zugleich dogmatisch konsistent sind:

Der Kern der Problematik liegt bei genauer Betrachtung nämlich in der *Kausalitätsfrage*: Nach § 280 I BGB hat der Schuldner (nur) denjenigen Schaden zu ersetzen, der *durch* seine Pflichtverletzung entstanden ist. Bezogen auf den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung aus § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB also denjenigen Schaden, der durch die Verzögerung entstanden ist. In den Fällen des vorzeitigen Deckungsgeschäfts besteht kein Zweifel an der äquivalenten und adäquaten Kausalität der Pflichtverletzung des Schuldners für den Schaden in Gestalt der Kosten des Deckungsgeschäfts.<sup>44</sup> Allerdings bleibt zu beachten, dass der Schaden nicht unmittelbar auf der maßgeblichen Pflichtverletzung des Schuldners (der Verzögerung der noch möglichen Leistung) beruht, sondern in Gestalt der Vornahme des Deckungsgeschäfts eine Handlung des Gläubigers, also des Geschädigten selbst, dazwischentritt.<sup>45</sup> Erst diese verursacht den Vermögensschaden, den der Gläubiger im Rahmen des Verzögerungsschadens geltend macht. Damit liegt ein schadensrechtlicher Herausforderungsfall, d.h. ein Fall psychisch vermittelter Kausalität vor. Fälle dieser Art bedürfen aber anerkanntermaßen neben der Adäquanz einer weiteren wertenden Korrektur der äquivalenten Kausalität. Eine Zurechnung von Schadensfolgen, die der Geschädigte unmittelbar selbst in Reaktion auf ein haftungsbegründendes Verhalten eines anderen verursacht hat, erfolgt hier bekanntlich nur dann, wenn sich der Geschädigte in legitimer Weise zu einer solchen Reaktion herausgefordert fühlen darf. Zwar ist das Zurechnungskriterium der „Herausforderung“ an den sog. „Verfolgungsfällen“ im Rahmen des Deliktsrechts entwickelt worden. Es handelt es sich dabei heute jedoch um ein allgemein anerkanntes wertendes Korrektiv der haftungsbegründenden Kausalität, das für alle Fälle von schädigenden Verhaltensweisen des Geschädigten Geltung beansprucht.<sup>46</sup> Typisch an der Situation ist, dass der Geschädigte selbst eine Ursache für den Eintritt des Schadens setzt, weil er auf ein Verhalten des mittelbaren Schädigers reagiert. Kausalität wird in Fällen solcher Selbstschädigungen über das Kriterium der Adäquanz hinaus nur bejaht, „wenn für das tatsächliche Verhalten des Geschädigten nach dem haftungsbegründenden Ereignis ein rechtfertigender Anlass bestand, oder es durch das haftungsbegründende Ereignis

<sup>43</sup> So *Ostendorf*, NJW 2010, 2833, 2835, dessen Vorwurf einer inkonsequenten Lösung des Übungsfalles Nr. 35 des Verf. in *Köhler/Lorenz*, Prüfe dein Wissen: SchuldR I, AT, 21. Aufl. (2010), S. 60, allerdings berechtigt ist.

<sup>44</sup> S. *Faust* (o. Fn. 17), S. 254.

<sup>45</sup> Darauf weisen im Ansatz bereits *Haberzettl*, NJW 2007, 1328, 1329 sowie *Teichmann* (o. Fn. 30), S. 202 hin.

<sup>46</sup> *Oetker*, in: MünchKomm-BGB, BGB, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 171; aus der Rspr. s. etwa BGH NJW 1998, 2830, 2832; 2001, 512.

herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche oder unangemessene Reaktion auf dieses Ereignis darstellt“.<sup>47</sup> Auf der Ebene der Kausalität ist damit auch für die Fälle des verfrühten Deckungskaufs die Frage zu stellen, ob bzw. ab wann der Gläubiger sich gerechtfertigt veranlasst fühlen darf, ein endgültiges Deckungsgeschäft vorzunehmen. In der Regel hat er einen solchen gerechtfertigten Anlass nicht, solange er ein Leistungsangebot des Schuldners annehmen muss (und daneben den durch die Verzögerung der Leistung anfallenden Schaden liquidieren kann). Das muss er aber dann nicht mehr, wenn er vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen und damit das Recht des Schuldners, die Leistung zu erbringen, vernichten kann.<sup>48</sup> Grundsätzlich liegt also Kausalität des durch die Vornahme eines Deckungsgeschäfts entstandenen Schadens mit dem Entstehen des Rücktrittsrechts oder des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber erst mit Ausübung des Rücktrittsrechts oder Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung vor. Hierfür kann auch die Streitfrage offen bleiben, ob der Schuldner nach fruchtlosem Ablauf einer Fristsetzung, aber vor Erklärung des Rücktritts oder der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung tatsächlich noch ein „Recht“ hat, die Leistung zu erbringen.<sup>49</sup>

Das von *Faust* zu Recht als „normal und zweckmäßig“ bezeichnete, aber im Ergebnis von ihm dennoch nicht für zulässig erachtete Vorgehen des Gläubigers, nach Ablauf der Frist ein Deckungsgeschäft vorzunehmen und anschließend dessen Kosten im Wege des Schadensersatzes geltend zu machen, ist also tatsächlich ohne systematischen Bruch im System der Schadensarten möglich. Auch die Lösung von *Ernst*<sup>50</sup> erweist sich im Ergebnis als richtig, ohne dass man dafür die Grundregel aufgeben müsste, dass Schadensersatz statt der Leistung allein auf den Zeitpunkt des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs bezogen ist. Weiter wird die ebenfalls von *Ostendorf* zu Recht als „kurios“ bezeichnete Situation vermieden, dass der Gläubiger entweder vor Vornahme des Deckungsgeschäfts erst zurücktreten oder einen Schadensersatz statt der Leistung geltend machen müsste, den er zu diesem Zeitpunkt mangels Vornahme des Deckungsgeschäfts für eine konkrete Schadensberechnung noch gar nicht beziffern kann.<sup>51</sup> Es entsteht auch nicht die von

<sup>47</sup> BGH NJW 2001, 512, 513.

<sup>48</sup> S. dazu bereits *Habertzell*, NJW 2007, 1328, 1329 der für Deckungsgeschäfte nach Fristablauf zutreffend darauf abstellt, dass der Gläubiger mit Ablauf der Frist davon ausgehen kann, dass der Vertrag gescheitert ist und hierdurch *veranlasst* ist, ein Deckungsgeschäft vorzunehmen.

<sup>49</sup> S. dazu *Faust* (o. Fn. 17), S. 243 ff.; aus der Rspr. s. BGHZ 154, 119 = NJW 2003, 1526 sowie BGH NJW 2006, 1198 (Rn. 14).

<sup>50</sup> *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 7), § 281 Rn. 69.

<sup>51</sup> *Ostendorf*, NJW 2010, 2833, 2834.

*Faust* scharfsinnig aufgezeigte Gefahr der vorzeitigen Aufgabe des Erfüllungsanspruchs durch den Gläubiger<sup>52</sup>: Er kann das Deckungsgeschäft vornehmen und im Falle des Erfolges zurücktreten und/oder (weiteren) Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Beim Scheitern eines Deckungsgeschäfts kann er aber auf den Erfüllungsanspruch zurückkommen (und daneben u. U. sogar die Kosten eines gescheiterten Deckungsgeschäfts als Verzögerungsschaden liquidieren).

Gleichzeitig lassen sich mit der hier vorgeschlagenen Lösung auch die in der Literatur erkannten, dogmatisch aber nicht konsistent gelösten Fälle mühelos bewältigen, in welchen der Deckungskauf bereits vor Ablauf der Nachfrist erfolgte, aber dennoch interessengerecht war, weil die dafür erforderlichen Kosten den sonst eintretenden Verzögerungsschaden unterschreiten.<sup>53</sup> In einem solchen Fall *darf* sich der Gläubiger schon deshalb zu einem Deckungskauf herausgefordert fühlen, weil er sich ansonsten bei der Geltendmachung eines sonst höheren Verzögerungsschadens dem Einwand des Mitverschuldens nach § 254 II BGB ausgesetzt sähe. Durch ein solches Deckungsgeschäft wird dem Schuldner vorbehaltlich der noch zu erörternden Fälle, in welchen der Vollzug des Deckungsgeschäfts zur Unmöglichkeit führt<sup>54</sup>, in keiner Weise das Recht genommen, die geschuldete Leistung noch zu erbringen.<sup>55</sup>

Über die Überbrückung der Verzögerung verbleibende Gebrauchsvorteile des Deckungsgeschäfts hat sich der Gläubiger beim Ersatz des Verzögerungsschadens allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen, wenn es im weiteren Verlauf noch zu einer Erfüllung durch den Schuldner kommt. Geschieht letzteres nicht und macht der Gläubiger später Schadensersatz statt der Leistung geltend, vermindert sich zugleich der danach zu ersetzende Schaden, da ein Deckungsgeschäft jetzt nicht mehr notwendig ist. Damit kommt man zu demselben Ergebnis, wie wenn man den Schaden als Schadensersatz statt der Leistung qualifizieren würde: Zu ersetzen ist der durch das Deckungsgeschäft entstandene Mehraufwand.

Darf sich der Gläubiger, solange er weder zum Rücktritt berechtigt ist noch einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, grundsätzlich nicht zu einem Deckungsgeschäft herausgefordert fühlen, so ändert sich daran auch nichts, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Scha-

<sup>52</sup> Dazu oben bei Fn. 23.

<sup>53</sup> Dazu oben bei Fn. 28.

<sup>54</sup> Dazu unten III.3.

<sup>55</sup> Sofern man nicht in der geschilderten Konstellation von einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 II letzte Alt. BGB ausgehen will, s. *Grigoleit/Riehm* (o. Fn. 10), S. 737. Dann bleibt aber immer noch das Problem der Ersatzfähigkeit der Kosten des Deckungsgeschäfts, wenn es vor der Erklärung des Rücktritts oder der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung abgeschlossen wurde.



denersatz statt der Leistung *nach* der Vornahme eines solchen verfrühten Deckungsgeschäfts eintreten. Der hierdurch beim Gläubiger entstandene Vermögensschaden bleibt Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung und bleibt als solcher unersetzbar. Denn die Frage, ob sich der Gläubiger legitimer Weise zu einem Deckungskauf herausgefordert fühlen durfte, ist ausschließlich *ex ante*, d.h. bezogen auf den Zeitpunkt der Vornahme des Deckungskaufs zu beurteilen. Der Gläubiger ist dann auf eine abstrakte Schadensberechnung zu verweisen. Lediglich soweit er durch den unberechtigten verfrühten Deckungskauf den Eintritt eines ersatzfähigen (geringeren) Verzögerungsschadens vermieden hat, muss er vom Schuldner Ersatz verlangen können. Dem Schuldner ist es insoweit nach § 242 untersagt, sich auf die mangelnde Kausalität zu berufen. Im Rahmen von § 242 kann nämlich insoweit auf den § 326 II BGB zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsgedanken zurückgegriffen werden: Durch das Deckungsgeschäft wird der Eintritt eines sonst vom Schuldner zu ersetzenden Verzögerungsschadens verhindert, was den Schuldner aber nicht vollständig, sondern nur um den Preis des Ersatzes des sonst von ihm zu ersetzenden Verzögerungsschadens entlasten soll. Es verhält sich insoweit nicht anders, als bei der bekannten Problematik des anteiligen Ersatzes von Vorhaltekosten.<sup>56</sup>

#### d) Beispielfälle

Das Gesagte lässt sich an folgenden Beispielen exemplifizieren:

**Ausgangsfall:** S liefert auch nach Verzugsseintritt die an G für 10000.– verkaufte Maschine nicht.

**Variante (1)** G setzt eine Frist, die ergebnislos abläuft, erklärt den Rücktritt oder verlangt (unbezziffert) Schadensersatz statt der Leistung und nimmt anschließend einen Deckungskauf zum Marktpreis von 11.000.– vor. Er verlangt weiter Ersatz des durch Produktionsausfall entgangenen Gewinns für die Zeit ab Verzugsseintritt bis zum Vollzug des Deckungskaufs:

Hier geht der eingetretene Schaden (Verpflichtung aus dem Deckungsgeschäft) auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurück, da der Erfüllungsanspruch mit Rücktritt bzw. Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung endgültig weggefallen ist (s. § 281 IV BGB). Er ist als Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 I, III i.V.m. § 283 BGB ersetzbar. Der bis zum Rücktritt oder Schadensersatzverlangen entstandene Produktionsausfall ist Bestandteil des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung, der danach noch bis zum Vollzug des Deckungskaufs eintretende Produktionsausfall ist Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> S. dazu nur *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 46), § 249 Rn. 193 ff. m. w. N.

<sup>57</sup> S. dazu die oben Fn. 14 referierte Entscheidung BGH NJW 2010, 2426.

**Variante (2)** G macht den Deckungskauf nach Ablauf der Frist, aber vor Erklärung von Rücktritt oder Schadensersatzverlangen:

Der eingetretene Schaden geht nicht auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurück und wird nicht behoben, wenn S noch liefert. G kann nach § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB Ersatz der Kosten des Deckungskaufs verlangen, da er wegen des Fristablaufs Schadensersatz statt der Leistung verlangen und Rücktritt erklären kann und daher die Leistung nicht mehr von S annehmen muss.

**Variante (3)** G führt den Deckungskauf noch vor Ablauf der Frist durch:

Der eingetretene Schaden geht nicht auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurück und wird nicht behoben, wenn S noch liefert. Es handelt sich um Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, jedoch ist der eingetretene Schaden dem S nicht zurechenbar, weil G sich vor Ablauf der Frist nicht zu einem Deckungskauf herausgefordert sehen darf. Soweit durch das Deckungsgeschäft ein sonst eintretender Produktionsausfall verhindert wird, kann dieser nach den für den Ersatz von Vorhaltekosten geltenden Grundsätzen ersetzbar sein (s. Var. 5).

**Variante (4)** G macht den Deckungskauf noch vor Ablauf der Frist, im Anschluss daran läuft diese ergebnislos ab:

Der Fall ist wie Variante (3) zu lösen, der nachträgliche Ablauf der Frist ändert insoweit nichts an der rechtlichen Beurteilung. G kann auf Kosten des S entweder einen erneuten Deckungskauf vornehmen (wenn er für eine zweite Maschine Verwendung hat) oder auf Basis einer abstrakten Schadensberechnung Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Ist die Maschine jetzt nur noch für 12.000.– erhältlich, kann er nach der Differenztheorie Schadensersatz i. H. v. 2.000.– verlangen, ist der Preis gesunken, kann er nur einen entsprechend geringeren Schadensersatz geltend machen.

**Variante (5)** Der Deckungskauf erfolgt noch vor Ablauf der Frist, jedoch wird durch den Deckungskauf des G ein sonst eintretender Produktionsausfallschaden i. H. v. 20.000.– verhütet:

Hier kann G nach § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB Ersatz der Kosten des Deckungskaufs verlangen, da er sich schon angesichts seiner Schadensminderungspflicht (§ 254 II BGB) zu einem Deckungskauf herausgefordert fühlen darf. S kann auch weiterhin erfüllen. Liefert er die Maschine noch innerhalb der Frist, muss G diese abnehmen und bezahlen. Auf den Schadensersatzanspruch i. H. v. 11.000.– hat er sich entweder den Vorteil anrechnen zu lassen, den er durch eine weitere Maschine über die Überbrückung des Produktionsausfalls hinaus hat oder aber die ersatzweise gekaufte Maschine an S herausgeben.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> So die Lösung von *Faust* (o. Fn. 17), S. 255.

### 3. Deckungsgeschäft und Unmöglichkeit

#### a) Vollzug des Deckungsgeschäfts vor Fristablauf

Insbesondere bei Dienst- und Werkleistungen ist es denkbar, dass das vom Gläubiger vorgenommene vorzeitige Deckungsgeschäft zur Unmöglichkeit der Leistung führt. Da die Unmöglichkeit aber in aller Regel erst durch den Vollzug, d.h. die Erfüllung des Deckungsgeschäfts, nicht aber bereits durch den Abschluss des entsprechenden Vertrags erfolgt, bleibt es auch insoweit bei den oben genannten Kriterien: Der durch die Zahlungsverpflichtung des Gläubigers aus dem Deckungsgeschäft entstandene Schaden ist wiederum nicht durch den endgültigen Wegfall der Leistungspflicht (infolge Unmöglichkeit) entstanden. Die Vornahme des Deckungsgeschäfts ist vielmehr ihrerseits (eine) Ursache der Unmöglichkeit. Auch in dieser Konstellation handelt es sich also um Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, wenn der Gläubiger die Kosten des Deckungsgeschäfts geltend macht.<sup>59</sup> Eine Ersatzfähigkeit nach § 280 I, III i.V.m. § 283 BGB kommt damit von vorneherein nicht in Betracht. Unter dem Aspekt des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung (die bis zum nachfolgenden Eintritt der Unmöglichkeit vorlag) ist die Ersatzfähigkeit aber nicht anders zu beurteilen als in den oben dargestellten Fällen, in welchen durch den Vollzug des Deckungsgeschäfts keine Unmöglichkeit eintritt.<sup>60</sup> Damit sind auch in dieser Konstellation die Kosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur ersetzbar, wenn das Deckungsgeschäft geeignet war, einen ansonsten höheren Verzögerungsschaden zu vermeiden.<sup>61</sup>

Eine davon zu unterscheidende, aber bei genauer Betrachtung mit der Deckungsgeschäftsproblematik gerade nicht zusammenhängende Frage ist diejenige der Verantwortlichkeit für die Unmöglichkeit. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 I, III i.V.m. § 283 BGB scheidet, wenn die Selbstvornahme aufgrund des verfrühten Deckungsgeschäfts vor Ablauf der Nachfrist erfolgte, am fehlenden Vertretenmüssen des Schuldners: Dieser hat den Umstand, der zur Unmöglichkeit geführt hat, auch dann nicht zu vertreten, wenn er die Verzögerung der Leistung zu vertreten hatte. Selbst wenn man aber darauf abstellt, dass er in diesem letzteren Fall zumindest eine

<sup>59</sup> S. auch *Faust* (o. Fn. 17), S. 259: Das Deckungsgeschäft wird „eine juristische Sekunde“ vor dem Eintritt der Unmöglichkeit vorgenommen und ist daher nicht Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung.

<sup>60</sup> Insofern übereinstimmend, wenngleich in Bezug auf den maßgeblichen Zeitpunkt unterschiedlich *Faust* (o. Fn. 17), S. 259.

<sup>61</sup> Anders *Faust* (o. Fn. 17), S. 255 f., der auch in dieser Situation die Ersatzfähigkeit der konkreten Kosten des Deckungsgeschäfts im Rahmen des Verzögerungsschadens verneint.

Ursache in der Ursachenkette zu vertreten hat, fehlt es an der Kausalität der Pflichtverletzung, da sich der Gläubiger – wie dargelegt – vor Ablauf einer Nachfrist i. d. R. gerade nicht zu einem Deckungsgeschäft herausgefordert fühlen darf. Bleibt allein die Frage, ob der Gläubiger nach Maßgabe von § 326 II BGB weiterhin zur Gegenleistung (unter Abzug ersparter Schuldneraufwendungen) verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Gläubiger für die durch den Vollzug des Deckungsgeschäfts eintretende Unmöglichkeit „allein oder weit überwiegend verantwortlich“ ist. Auch hier helfen die Herausforderungskriterien weiter: Vor Ablauf der Nachfrist darf sich der Gläubiger grundsätzlich nicht herausgefordert fühlen, sein Leistungsinteresse anderweitig zu befriedigen, da der Schuldner die Leistung noch erbringen darf. Damit hat im Regelfall der Gläubiger weder einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Deckungsgeschäft noch wird er von seiner Gegenleistungspflicht aus dem Vertrag befreit, wenn die Unmöglichkeit vor Ablauf der Nachfrist eintritt.<sup>62</sup> Der Schuldner hat sich lediglich nach Maßgabe von § 326 II 2 BGB ersparte Aufwendungen anrechnen zu lassen und bleibt – wie oben dargelegt – nach § 242 BGB zum Ersatz des Verzögerungsschadens nur insoweit verpflichtet, als dadurch der Eintritt eines sonst von ihm zu deckenden geringeren Verzögerungsschadens verhindert wurde.

#### b) Vollzug des Deckungsgeschäfts nach Fristablauf

Tritt die Unmöglichkeit durch Vollzug des Deckungsgeschäftes nach Ablauf einer gesetzten Frist ein, sind die Kosten des Deckungsgeschäfts als Verzögerungsschaden nach § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB ersetzbar. Da ein Rücktrittsrecht und ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 323, 280 I, III i.V.m. § 281 BGB zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden waren (und durch die nachfolgend eingetretene Unmöglichkeit in ihrer Existenz nicht mehr berührt wurden), ist für die Frage der Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht § 326 II BGB gar nicht mehr einschlägig.<sup>63</sup> Der Gläubiger kann den Anspruch auf die Gegenleistung durch die Erklärung des Rücktritts sowie durch die Geltendmachung des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung vernichten. Im Wege der Vorteilsausgleichung hat sich der Gläubiger aber beim Ersatz der Kosten des Deckungsgeschäfts allerdings diejenigen Vorteile anrechnen zu lassen, die ihm über die Überbrückung der Verzögerung hinaus verbleiben. Dieser Vorteil besteht darin, dass er nunmehr den ursprünglich vom Schuldner geschuldeten Leistungserfolg hat, d.h. durch das Deckungsgeschäft zugleich sein Erfüllungsinteresse

<sup>62</sup> So im Ergebnis auch *Faust* (o. Fn. 17), S. 258 f.

<sup>63</sup> Das übersieht *Faust* (o. Fn. 17), S. 258 f., dessen Ausführungen zur modifizierten Sichtweise der Verantwortlichkeit für Unmöglichkeit nach Fristablauf deshalb obsolet sind.

befriedigt hat, gleichzeitig aber infolge des Rücktritts von der Gegenleistungspflicht befreit ist, die endgültige Leistung also gegenleistungsfrei bekommen würde. Damit bleiben in dieser Fallkonstellation allein die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts gegenüber der dem Schuldner geschuldeten Gegenleistung ersatzfähig. Die Rechtslage stimmt also exakt mit der Rechtslage überein, die sich ergäbe, wenn der Gläubiger zunächst den Rücktritt erklärt und anschließend das Deckungsgeschäft vorgenommen hätte. Im Ergebnis kann also der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist ein Deckungsgeschäft vornehmen ohne zuvor den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt zu haben und erst anschließend dessen Mehrkosten beim Schuldner liquidieren.

#### IV. Zusammenfassung

1. Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung ist nur derjenige Schaden, der allein auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen ist. Im Fall der Verzögerung der Leistung steht das endgültige Ausbleiben der Leistung erst fest, wenn der Gläubiger den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat (§ 281 IV BGB). Eine Integration bereits vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstandener Schäden in den Schadensersatz statt der Leistung ist anders als nach § 326 BGB a.F. nicht möglich: Der Begriff des Schadensersatzes statt der Leistung ist nicht mit demjenigen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB a.F. gleichbedeutend.

2. Jeder Schaden, der vor dem unter 1. genannten Zeitpunkt endgültig eingetreten ist, d.h. durch die nachfolgende Leistung nicht behoben worden wäre, ist demgegenüber Gegenstand des Schadensersatzes „neben“ der Leistung, ggf. in Form des Verzögerungsschadens (§ 280 II BGB).

3. Kosten eines Deckungsgeschäfts sind damit erst dann Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung, wenn der Gläubiger das Deckungsgeschäft nach Rücktritt oder Schadensersatzverlangen vornimmt. Der Gläubiger kann die Kosten eines vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen („verfrühten“) Deckungsgeschäfts auch dann nicht als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen, wenn die Frist nachträglich fruchtlos verstreicht. Dem Gläubiger verbleibt in diesem Fall aber die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung, d.h. er kann im Wege der Differenztheorie als Schadensersatz statt der Leistung die Mehrkosten eines fiktiven Deckungskaufes nach Ablauf der Nachfrist geltend machen.

4. Der Ersatz der Kosten eines verfrühten Deckungsgeschäfts im Rahmen des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung (§ 280 I, II i.V.m. § 286 II BGB) ist nicht etwa deshalb *a priori* ausgeschlossen, weil deren Ersatz das Erfüllungsinteresse des Gläubigers betrifft.

5. Die Kosten eines verfrühten Deckungsgeschäfts sind als nur mittelbar verursachter Schaden als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung unter den Voraussetzungen von § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB nur ersatzfähig, wenn sich der Gläubiger wegen der Pflichtverletzung des Schuldners zu einem solchen Geschäft legitimer Weise herausgefordert sehen durfte.

a) Das ist dann der Fall, wenn zum Zeitpunkt der Vornahme des Deckungsgeschäfts die Nachfrist bereits abgelaufen war (Deckungsgeschäft nach Fristablauf) und die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorlagen, weil der Schuldner ab diesem Zeitpunkt zur Befriedigung seines Erfüllungsinteresses nicht mehr auf den Schuldner zurückgreifen muss.

b) Ist die Nachfrist zur Zeit der Vornahme des Deckungsgeschäfts noch nicht abgelaufen (Deckungsgeschäft zwischen Verzugsbeginn und Fristablauf) ist das weiter dann der Fall, wenn durch das vorzeitige Erfüllungsgeschäft ein sonst eintretender größerer, vom Schuldner zu ersetzender Verzögerungsschaden verhindert wird. In diesem Fall muss sich der Gläubiger wegen seiner Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 II BGB) zur Vornahme des Deckungsgeschäfts herausgefordert fühlen. Einen über die Verhinderung des Verzögerungsschadens verbleibenden Vermögensvorteil hat er sich dabei nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen zu lassen.

c) Liegen die unter a) und b) genannten Voraussetzungen nicht vor, sind die Kosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts nur in Höhe eines dadurch verhinderten Verzögerungsschadens ersatzfähig. Im Übrigen ist der Gläubiger dann auf eine abstrakte Schadensberechnung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung beschränkt.

6. Dies ist nicht anders zu beurteilen, wenn durch den Vollzug des Deckungsgeschäftes Unmöglichkeit eintritt.

7. Im Ergebnis bleibt es bei der Problematik des Deckungskaufes im Grundsatz bei der Rechtslage des vor der Schuldrechtsreform geltenden Rechts: Mit Ablauf der Nachfrist (und nicht erst ab dem Zeitpunkt des Rücktritts oder des Schadensersatzverlangens) ist der Gläubiger berechtigt, ein Deckungsgeschäft auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.<sup>64</sup> Das dürfte auch dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben, der durch die Aufgabe des automatischen Wegfalls des Erfüllungsanspruchs mit Ablauf der Nachfrist (§ 326 I 2 BGB a.F.) die Stellung des Gläubigers nicht verschlechtern, sondern verbessern wollte.

<sup>64</sup> Der einzige Unterschied besteht darin, dass Kosten eines vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Deckungsgeschäfts auch dann nicht im Wege des Schadensersatzes liquidiert werden können, wenn die dem Schuldner gesetzte Frist nachträglich ergebnislos verstreicht. Das ist aber interessengerecht.

8. Der Weg zu diesem Ergebnis mag ahistorisch anmuten, weil argumentativ nicht auf das frühere Recht zurückgegriffen wird und sich die Bestimmung der Schadensart streng am Wortlaut und an der Systematik des Gesetzes orientiert. Auch mag man es als dogmatischen Umweg bezeichnen, wenn die Berechtigung des Gläubigers, auf Kosten des Schuldners sein Erfüllungsinteresse zu befriedigen, letztlich aus der Tatsache hergeleitet wird, dass ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entstanden ist, ohne damit zugleich den Schaden als Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung zu definieren. Die vorliegende Lösung hat aber den großen Vorteil, das geltende Leistungsstörungenrecht aus sich selbst heraus dogmatisch zu erklären, ohne dabei Rückgriff auf das frühere Recht zu nehmen. Nach über 10 Jahren sollte das „neue Schuldrecht“ primär ohne Rückgriff auf das vor dem 1.1.2002 geltende Recht funktionieren. Die hier zugrunde gelegte Abgrenzungsformel der Schadensarten bedarf keiner weiteren Differenzierung nach dem jeweiligen Gläubigerinteresse, um dogmatisch konsistente und zugleich sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Insofern handelt es sich wohl tatsächlich um eine „Zauberformel“.