

Grundkurs BGB II

Arbeitsblatt 13: Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 284 BGB

Literaturhinweis: Gsell, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321 ff.; Grigoleit, ZGS 2002, 122 ff.; Lorenz, NJW 2004, 26, 27 f.; Reim, NJW 2003, 3662 ff.

Rechtsprechungshinweis: LG Bonn NJW 2004, 74, 75 f.

§ 284 BGB bestimmt, daß der Gläubiger *anstelle* des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz verlangen kann für

- Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat
- und billigerweise machen durfte
- es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.

I. Der Grundgedanke des Anspruchs aus § 284 BGB

1. Die Berechnung des Nichterfüllungsschadens (*positives Interesse*)

Die meisten Klausurfälle, in denen ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu prüfen ist, sind so gelagert, daß im Sachverhalt der Vermögensnachteil genau beschrieben ist, den der Gläubiger dadurch erleidet, daß der Schuldner nicht erfüllt hat. So ist etwa die Rede von einem entgangenen Gewinn aus beabsichtigter Weiterveräußerung oder von den Kosten eines Deckungsgeschäfts.

Für die Berechnung des Nichterfüllungsschadens standen unter der Geltung des früheren Rechts zwei Berechnungsmethoden zur Diskussion:

- *Differenztheorie:* Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wird behandelt als Schadensersatz wegen Nichtausführung des Vertrags. Es wird also gewissermaßen Bilanz gezogen: Welche Vermögensvorteile hätte der Gläubiger aus der Erfüllung des Vertrags gezogen (Wert des Erfüllungsgegenstandes, entgangener Gewinn etc.), und welche Nachteile hätte er in diesem Fall in Kauf nehmen müssen (insbesondere: Betrag der Gegenleistung)? Die *Differenz* zwischen beidem wird, sofern die entgangenen Vorteile die ersparten Nachteile überwiegen, als Schadensersatz geschuldet. Der Anspruch des vertragsbrüchigen Schuldners auf die Gegenleistung bleibt nicht als selbständiger Anspruch bestehen, sondern wird mit den Schadenspositionen des Gläubigers verrechnet.
- *Surrogationstheorie:* Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *surrogiert* den bisherigen Erfüllungsanspruch, d.h. er tritt an dessen Stelle. Der Gläubiger bekommt den objektiven Wert der nicht erbrachten Leistung zuzüglich weiterer Schäden ersetzt. Demgegenüber behält der Schuldner einen selbständigen Anspruch auf die Gegenleistung: Was früher ein Anspruch auf „Leistung gegen Leistung“ war, ist jetzt ein Anspruch auf „Schadensersatz gegen Leistung“. Schadensersatz wird dabei im Rahmen der §§ 281-283 BGB immer in Geld geschuldet. Sofern der Erfüllungsanspruch des vertragsbrüchigen Schuldners ebenfalls in Geld besteht, können beide Parteien aufrechnen (§§ 387 ff. BGB).

Für die Surrogationstheorie ist unter der Geltung des neuen Rechts kein Raum. Denn sie kollidiert mit mehreren Aussagen des Gesetzes:

- Im Falle der *Unmöglichkeit* der Leistung (§§ 280 I, III, 283 bzw. § 311a BGB) bestimmt § 326 I 1 HS 1 BGB, daß der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung entfällt. Der

Schuldner, der durch eine Pflichtverletzung die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, hat also gerade keinen Anspruch mehr auf die Gegenleistung. Damit ist die Aussage der Surrogationstheorie unvereinbar, der Gegenleistungsanspruch des Schuldners bleibe selbständig bestehen.

- Im Falle der *Nichtleistung trotz Fristsetzung* (§§ 280 I, III, 281 I 1 BGB) wurde gezeigt (Vgl. Arbeitsblatt 12, sub II 7), daß der Anspruch auf die Gegenleistung *analog § 326 I 1 HS 1 BGB* erlischt. Abermals ist dann der Aussage der Surrogationstheorie, jener Anspruch bleibe selbständig bestehen, der Boden entzogen.

Es bleibt daher nach neuem Schuldrecht allein die *Differenztheorie* übrig: Zu fragen ist, was dem Gläubiger infolge der Nichterfüllung entgangen ist und was er im Gegenzug erspart hat. Der Saldo aus beidem ist der Schaden des Gläubigers (sog. *Erfüllungsinteresse* oder *positives Interesse*).

Ein Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung** setzt ungeachtet der Frage, welche Berechnungsmethode man für richtig erachtet, immer den Nachweis voraus, daß dem Gläubiger **durch das Ausbleiben der Leistung ein Schaden** entstanden ist. Zu fragen ist also: *Wie stünde der Gläubiger heute da, wenn erfüllt worden wäre?* Wäre sein Vermögen in diesem Falle größer, als es heute tatsächlich ist?

2. Die „Rentabilitätsvermutung“

Praktischer Bedarf für einen Anspruch aus § 284 BGB besteht immer dann, wenn eine Verbindlichkeit nicht erfüllt wird, der Gläubiger aber *nicht* nachweisen kann, daß ihm *infolge* der Nichterfüllung ein konkreter *Schaden entstanden* ist.

Beispiel 1: V verkauft an K ein Grundstück zum Verkehrswert, weigert sich aber in der Folgezeit, den Kaufvertrag zu erfüllen. K, der das Grundstück selbst hätte nutzen wollen, verlangt daraufhin Ersatz der Provision, die er an seinen Makler gezahlt hat, um den Kontakt mit V überhaupt herzustellen.

Im Beispiel 1 ist ein Ersatzanspruch nach §§ 280 I, III, 281 I 1, II BGB dem Grunde nach gegeben: V hat eine Pflicht verletzt, nämlich trotz Fälligkeit nicht erfüllt; V hat die Leistung vorsätzlich verweigert und damit die Nichterfüllung zu vertreten; eine Fristsetzung durch K war wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung nach § 281 II 1.Alt. BGB entbehrlich. Aber K hat infolge der Nichterfüllung **keinen Schaden** erlitten: Die **Maklerkosten** hätte er **auch aufwenden müssen**, wenn V den Vertrag **erfüllt hätte**.

Unter der Geltung des früheren Schuldrechts versuchte die Rechtsprechung, dem K durch die sogenannte **Rentabilitätsvermutung** zu helfen (BGHZ 99, 182, 197; 114, 193, 197). Diese Vermutung setzte beim Grundgedanken der Privatautonomie an: Der Vertrag hat deshalb Gültigkeit, weil verständige Parteien wissen, ob das darin ausgehandelte Gefüge von Rechten und Pflichten für sie vorteilhaft ist; dem Vertrag wohnt damit eine *Richtigkeitsgewähr* inne - die Gewähr nämlich, daß beide Parteien einen angemessenen Interessenausgleich erzielt haben. Weil man aber davon ausgehen kann, daß jede Partei die Vor- und Nachteile aus dem Geschäft wohl abgewogen hat, bestehe, so argumentierte der BGH, eine Vermutung dafür, daß die Aufwendungen, die eine Partei mit Blick darauf gemacht habe, die Leistung zu bekommen, durch die *Vorteile des Geschäfts mindestens kompensiert* würden. Der Mindestschaden bestand danach in den Aufwendungen für Vertragsschluß und Vertragsdurchführung, es sei denn, dem Gegner gelang es, die Rentabilitätsvermutung zu widerlegen: Dem Schuldner stand der Nachweis offen, daß das Geschäft für den Gläubiger ohnehin ein Verlustgeschäft gewesen

wäre, die Aufwendungen sich also nicht amortisiert (d.h. für den Gläubiger sich auf lange Sicht angesichts der gewonnenen Vorteile gelohnt) hätten.

Für solche Ersatzkonstruktionen besteht heute kein Bedarf mehr. Denn nunmehr greift **§ 284 BGB** ein: K hat im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung den Vertrag mit V geschlossen, dadurch den Provisionsanspruch des Maklers begründet (§ 652 I BGB), diesen auch und erfüllt und damit eine **Aufwendung** (nämlich ein **freiwilliges Vermögensopfer**) gemacht. K durfte die Aufwendung auch billigerweise machen: Es ist im Grundstücksverkehr absolut üblich, Kaufverträge unter Einschaltung von Immobilienmaklern zustande zu bringen. Es ist auch nichts ersichtlich, weswegen der Zweck der Aufwendungen auch im Falle der Erfüllung nicht erreicht worden wäre: K wollte das Grundstück zum Verkehrswert bekommen, um es selbst zu nutzen; wenn V erfüllt hätte, hätte K es nutzen können.

Hinweis: Die hier vertretene Auffassung, daß angesichts des § 284 BGB kein Raum mehr für Versuche bleibt, die Existenz eines Nichterfüllungsschadens mit Hilfe der Rentabilitätsvermutung zu konstruieren, ist in hohem Maße **umstritten**. Es fehlt nicht an Autoren, welche die Rentabilitätsvermutung weiterhin anwenden wollen (z. B. LG Bonn NJW 2004, 74, 75; *Grigoleit*, ZGS 2002, 122, 123; *Lorenz*, NJW 2004, 26, 28; Palandt-*Heinrichs*, BGB § 284 Rn. 4). Diese Auffassung erscheint freilich kaum verständlich: Der Gesetzgeber hat in § 284 BGB den Gedanken der Rentabilitätsvermutung explizit aufgreifen und die Schwächen jener Vermutung abmildern wollen. Der Ersatz von Aufwendungen mit Rücksicht auf Abschluß oder Durchführung des Vertrags richtet sich daher künftig auch bei Verträgen, die zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken geschlossen wurden, ausschließlich nach § 284 BGB (wie hier AnWk-*Dauner-Lieb*, BGB, § 284 Rn. 5; *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321, 324).

II. Aufwendungsersatz bei ideellen oder konsumtiven Zwecken

Die „**Rentabilitätsvermutung**“ war eine Kunstfigur der Rechtsprechung, um dem Gläubiger unter der Geltung des früheren Rechts wenigstens in einigen Fällen einen Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verschaffen. Diese Vermutung ließ sich jedoch dort **nicht mehr halten**, wo das Geschäft nach der eigenen Zwecksetzung des Gläubigers überhaupt keinen wirtschaftlichen Vorteil erbringen *sollte* - nämlich dann, wenn der Gläubiger für die Leistung des Schuldners (so sie denn erbracht worden wäre) einen Liebhaberpreis gezahlt, jene Leistung zu **ideellen Zwecken** oder zum Zwecke des **privaten Eigenverbrauchs** in Anspruch genommen hatte. In diesen Fällen war unter der Geltung des alten Rechts Aufwendungsersatz nicht zu erlangen; so entschied es denn auch der BGH für den Fall ideeller Zwecke (BGHZ 99, 182, 198; zustimmend *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/index_schuldrecht.htm, S. 35; *Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31, 182; kritisch *Altmeyen*, DB 2001, 1399, 1404).

Wohl aber besteht ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach neuem Recht; den Zugang zu ihm eröffnet **§ 284 BGB**:

1. Liebhaberpreis

Beispiel 2: V verkauft an K eine antike Vase zum Liebhaberpreis von 10.000 Euro. Die Vase wird noch vor Übereignung und Übergabe an K zerstört, weil V sie aus Unachtsamkeit fallen läßt. K hatte zur Finanzierung des Kaufpreises einen Bankkredit aufgenommen, den er zwar kündigen kann, aber nur gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung von 1.000 Euro. Diesen Betrag verlangt K von V ersetzt.

a) K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 Euro aus §§ 280 I, III, 283 BGB haben.

- Zwischen V und K besteht ein Schuldverhältnis, nämlich ein Kaufvertrag.
- Dem V ist die Leistung unmöglich geworden; er braucht deshalb nach § 275 I BGB nicht mehr zu leisten.
- V hat eine Pflicht verletzt, indem er die Vase fallen ließ und damit ihre Zerstörung herbeiführte.
- V hat diese Pflichtverletzung zu vertreten („aus Unachtsamkeit“ => Fahrlässigkeit)
- Fraglich ist, ob dem K durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Das ist zu *verneinen*: Die Vase verkörperte im Verhältnis zum Kaufpreis keinen Mehrwert; vielmehr hatte K einen Liebhaberpreis gezahlt, d.h. ein objektiv wirtschaftlich betrachtet eher nachteiliges Geschäft abgeschlossen.
- Freilich hat K den Kredit, den er nunmehr mit Vorfälligkeitsentschädigung zurückzahlen muß, letztlich vergeblich aufgenommen. Doch ist *dieser* Schaden *nicht kausal durch die Pflichtverletzung verursacht*: Hätte V erfüllt, so hätte K das Darlehen mit Zinsen zurückzahlen müssen. Die Vorfälligkeitsentschädigung, die K nunmehr zu zahlen hat, gleicht von ihrem Rechtscharakter her dieser Zinspflicht: Sie ist die Entschädigung, die K deshalb an die Bank zahlen muß, weil er das Darlehen vorzeitig zurückzahlt und der Bank daher der Zinsgewinn entgeht.

b) K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 Euro aus §§ 280 I, III, 283, 284 BGB haben.

Wichtiger Hinweis: § 284 BGB gewährt den Anspruch auf Aufwendungsersatz „anstelle“ des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. Das bedeutet, daß *sämtliche Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen müssen* mit Ausnahme des „Schadens“. Aus diesem Grund müssen die §§ 280 I, III, 281 bis 283 BGB im Obersatz bei der Benennung der **Anspruchsgrundlage** mit auftauchen.

- Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB liegen dem Grunde nach vor; lediglich ist dem K infolge der Nichterfüllung kein Schaden entstanden.
- K müßte eine Aufwendung gemacht haben. Aufwendung ist jedes freiwillige Vermögensopfer. K hat einen Kredit aufgenommen und ist damit die Verpflichtung eingegangen, Zinsen bzw. bei vorzeitiger Rückzahlung eine Vorfälligkeitsentschädigung zu bezahlen. Damit hat er freiwillig ein Vermögensopfer erbracht.
- K müßte diese Aufwendung im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht haben. K hat das Darlehen aufgenommen, weil er davon ausging, er würde die Vase erhalten und dafür den Kaufpreis bezahlen müssen. Hätte er gewußt, daß die Vase zerstört würde, so hätte er sich die Mittel für den Kaufpreis nicht darlehensweise beschaffen müssen; dann wären ihm auch die Zinsen erspart geblieben. K ist damit die Zinspflicht gerade im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung eingegangen.
- K müßte die Aufwendung billigerweise haben machen dürfen. Das ist der Fall: Wenn K das Geld für den Kaufpreis nicht aus aktuellen liquiden Mitteln bestreiten kann, bleibt ihm gar nichts anderes übrig, als ein Darlehen aufzunehmen - und dafür werden nun einmal üblicherweise Zinsen verlangt.
- Der Anspruch auf Aufwendungsersatz scheidet freilich aus, wenn deren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung nicht erreicht worden wäre. Dafür ist indes vorliegend nichts ersichtlich: K wollte offenbar nicht mehr erreichen als die Vase sein Eigentum nennen zu dürfen; das ist der typische Zweck eines Liebhaberkaufs. Der Sacherwerb war gewissermaßen Selbstzweck. Hätte V erfüllt, so wäre dieser Zweck erreicht worden.

Damit sind alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegeben. K kann von V Zahlung von 1.000 Euro nach §§ 280 I, III, 283, 284 BGB verlangen.

2. Ideelle Zwecke

Beispiel 3 (BGHZ 99, 182): Die X-Partei mietet die Stadthalle der Stadt S, um dort ihren jährlichen Bundesparteitag abzuhalten. Als die Partei im Vorfeld des Parteitags wegen ihrer rechtsextremen Ausrichtung zunehmend öffentliches Aufsehen erregt, weigert sich die Stadtverwaltung wenige Tage vor dem in Aussicht genommenen Termin kurzerhand, die Halle zur Verfügung zu stellen. Die X-Partei verlangt von S Ersatz des Aufwandes, der nötig war, um zu diesem Parteitag einzuladen.

Abermals scheitert ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung daran, daß der X kein materieller Schaden entstanden ist: X wollte in der Stadthalle keine Vermögensvorteile erwirtschaften, sondern hatte sie für einen *ideellen Zweck* angemietet, nämlich um einen Parteitag abzuhalten und dort zu diskutieren, Beschlüsse zu politischen Themen zu fassen und ggf. Parteiorgane zu wählen. Der Aufwand für die Einladung zum Parteitag ist seinerseits nicht auf die Nichterfüllung des Mietvertrags zurückzuführen; denn er wäre ebenso entstanden, wenn die Halle zur Verfügung gestellt und der Parteitag abgehalten worden wäre.

Abermals kommt daher nur ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in Betracht. Anspruchgrundlage ist §§ 280 I, III, 283, 284 BGB; § 283 BGB ist deshalb einschlägig, weil die Halle für einen Parteitag angemietet war, der an genau diesem einen Tag stattfinden sollte und an keinem anderen. Es handelte sich damit um eine absolute Fixschuld (vgl. dazu Arbeitsblatt 9 unter V.); mit ihrer Weigerung, die Halle zur Verfügung zu stellen, hat S sich die Leistung unmöglich gemacht. S hat damit zugleich eine Pflicht verletzt, nämlich die Unmöglichkeit der Leistung (Überlassung der Halle zum Gebrauch) herbeigeführt und dies, da vorsätzlich geschehen, auch zu vertreten (§ 276 I 1 BGB). Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB sind damit dem Grunde nach gegeben; es fehlt lediglich an einem Erfüllungsschaden.

In dieser Situation kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in Betracht, wenn X

- Aufwendungen gemacht hat. Aufwendung ist jedes freiwillige Vermögensopfer. Vorliegend hat X Geld verausgabt, um zu dem Parteitag einzuladen (Porto, Arbeitszeit des Büropersonals, Papier, Briefumschläge etc.).
- im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung. Hätte X gewußt, daß die Halle nicht zur Verfügung gestellt wird, hätte sie zu dem Parteitag nicht eingeladen und die entsprechenden Kosten folglich gespart.
- diese Aufwendungen billigerweise machen durfte. Die Kosten für die Einladung zum Parteitag sind unabdingbar, um die Parteimitglieder bzw. die Delegierten darüber zu informieren, wann und wo er stattfindet.
- der Zweck der Aufwendungen im Falle der Vertragserfüllung erreicht worden wäre. Wäre die Halle zur Verfügung gestellt worden, so hätte der Parteitag stattfinden können; der Zweck wäre also erreicht worden.

Damit hat X gegen S einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Einladung zum Parteitag.

Der Zweck der Aufwendung wäre demgegenüber auch bei Vertragserfüllung *nicht* erreicht worden, wenn etwa ohnehin niemand zu dem Parteitag gekommen wäre (*Reim*, NJW 2003, 3662, 3666) oder wenn der Parteitag wegen zu befürchtender Ausschreitungen verboten worden wäre.

Dies vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen ist, ebenso wie früher bei der Rentabilitätsvermutung, Sache des Schuldners.

3. Konsumausgaben

Beispiel 4: E ist verstorben und hat ein Testament hinterlassen, das den T zum Alleinerben einsetzt; dem V wird aber der von E bis zu seinem Tode benutzte Gebrauchtwagen vermacht, der zur Zeit des Erbfalls einen Zeitwert von 2.000 Euro hat. Das Testament wird den Beteiligten am 30.04.2004 eröffnet. V möchte den Wagen selbst nutzen, „bis der TÜV uns scheidet“, und mietet noch am selben Tag in der Erwartung, daß ihm der Wagen alsbald übereignet werde, mit Wirkung zum 1.05.2004 eine Garage an. Nach dem Mietvertrag muß er monatlich 30 Euro bezahlen. Der Vertrag kann mit einer Frist von 3 Monaten zum jeweiligen Monatsende gekündigt werden. Am 02.05.2004 verursacht T mit dem Wagen einen Verkehrsunfall, weil er die Vorfahrt eines anderen PKW nicht beachtet. Der Wagen erleidet Totalschaden. V verlangt von T Ersatz der Garagenmiete.

Im Beispiel 4 steht dem V gegen T ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB zu: V hatte aus dem Vermächtnis *ohne Gegenleistung* eine Sache im Wert von 2.000 Euro, nämlich den Gebrauchtwagen des E zu erwarten. Eines Anspruchs auf Aufwendungsersatz bedarf er nicht mehr. Freilich bedeutet dies nicht, daß ein solcher Anspruch nicht besteht. Vielmehr kann V sich *aussuchen*, welchen der beiden Ansprüche er geltend machen will (vgl. Wortlaut des § 284 BGB: „anstelle“):

- *Entweder* V macht den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend. Dann wird er so gestellt, wie wenn T den Vermächtnisanspruch (§ 2174 BGB) erfüllt hätte. In diesem Fall hätte V den Wagen im Wert von 2.000 Euro bekommen. Allerdings ist bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen, daß K sich entschieden hatte, für den Wagen eine Garage anzumieten und dafür Geld zu bezahlen. Hätte V erfüllt, so hätte K – unterstellt, er wäre bei dieser Entscheidung geblieben – für die restliche Lebensdauer des Wagens die monatliche Garagenmiete zahlen müssen. Die Garagenmiete mindert also *per Saldo* den Schaden des K und wird daher vom Ersatzanspruch abgezogen.
- *Oder* V macht den Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend. Dann wird er so gestellt, wie wenn er gewußt hätte, daß er die Leistung nicht bekommt. In diesem Fall hätte er die Garage nicht angemietet und müßte dafür keine Miete zahlen. Allerdings kann der Mietvertrag mit einer Frist von 3 Monaten zum jeweiligen Monatsende gekündigt werden. Am 5. 11. 2002 kann V daher den Vertrag bis Ende Februar 2003 kündigen. Ihm wird daher nur die Miete für November 2002 bis Februar 2003 ersetzt (4 x 30 = 120 Euro).

Diese Berechnungen zeigen auch, *warum* es den Aufwendungsersatz nur *anstelle* und nicht *neben* dem Schadensersatz statt der Leistung gibt: Beim Schadensersatz statt der Leistung werden alle Vor- und Nachteile aus dem Vertrag einander gegenübergestellt; die Differenz zwischen beidem ist der Schaden, den der Gläubiger ersetzt verlangen kann. Etwaiger Aufwand des Gläubigers - im Beispiel 4: der Aufwand für die Garagenmiete - wird damit bereits in die Schadensberechnung eingestellt. Sein Ersatz kann daher nicht separat verlangt werden. Denn der Schadensersatz statt der Leistung will den Gläubiger so stellen, wie wenn erfüllt worden wäre; *in diesem Fall wäre der Aufwand aber ebenso entstanden*. Man muß sich also entscheiden

- ob man so gestellt werden will, wie wenn erfüllt worden wäre (dann Schadensersatz statt der Leistung); in diesem Fall bekommt man die entgangenen Vorteile ersetzt, muß sich aber die Nachteile anrechnen lassen, die im Falle der Erfüllung ebenfalls auf einen zugekommen wären
- oder ob man so gestellt werden will, als hätte man gewußt, daß man die Leistung nicht bekommt (dann Aufwendungsersatz); in diesem Fall bekommt man den Aufwand ersetzt,

den man in diesem Fall nicht gemacht hätte, aber eben nicht die Vorteile aus dem Geschäft an sich.

Beispiel 5: Nehmen Sie im Beispiel 4 an, V hätte den Wagen von T nicht kraft Vermächtnisses zu beanspruchen gehabt, sondern zum Zeitwert gekauft.

Im Beispiel 5 läßt sich ein Erfüllungsschaden des V nicht belegen: Er bekommt zwar den Wagen nicht, spart aber nach § 326 I 1 HS 1 BGB auch den Kaufpreis. V wollte mit dem Wagen auch nicht etwa Gewinn erwirtschaften; er hatte ihn vielmehr zur *eigenen Nutzung* erworben und wußte, daß der Wagen mit der Zeit im Wert weiter sinken würde. Es handelte sich um eine *Konsumausgabe*. Hier kommt nur ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 280 I, III, 283, 284 BGB in Betracht: V kann von K Ersatz der Garagenmiete von Oktober 2002 bis Februar 2003 verlangen, insgesamt also 120 Euro.

III. Aufwendungen zur späteren Verwendung des Leistungsgegenstandes

Der **Rentabilitätsvermutung** in der Gestalt, die ihr der BGH seinerzeit gegeben hatte, wohnte noch eine weitere Schwäche inne: Ersetzt wurden allein Aufwendungen zum Zwecke des **Abschlusses** und der **Durchführung des Vertrags**, **nicht** aber Aufwendungen zur **späteren Verwendung des Leistungsgegenstandes**.

Beispiel 6: V verkauft an K ein Grundstück, auf dem eine Halle aufgebaut ist, zum Betrieb einer Diskothek und verschweigt arglistig, daß ein solcher Betrieb auf diesem Grundstück aus Gründen des öffentlichen rechts nicht genehmigungsfähig ist. K kauft für 10.000 Euro Einrichtungsgegenstände und bewirbt die baldige Eröffnung des Betriebs mit einem Aufwand von 3.000 Euro.

Zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks gehörte seine Eignung zum Betrieb einer Diskothek. Da das Grundstück diese Beschaffenheit nicht aufweist, ist es i. S. des § 434 I 1 BGB mangelhaft. Die Rechte des K bestimmen sich nach §§ 437 Nr.3, 311a II BGB: Die nach § 433 I 2 BGB geschuldete mangelfreie Leistung war von Anfang an objektiv unmöglich, weil auf diesem Grundstück niemals eine Diskothek betrieben werden dürfte.

Nach § 311a II BGB kann K alternativ Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangen. Mit einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wird er im Beispiel 6 nicht durchdringen: Die Kosten für Einrichtung und Werbung wären in gleicher Weise entstanden, wenn V den Kaufvertrag mangelfrei erfüllt hätte. Wohl aber kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 437 Nr.3, 311a II, 284 in Betracht. Voraussetzung ist, daß K mit dem Kauf der Einrichtungsgegenstände und mit der Werbemaßnahme „Aufwendungen“ getätigt hat.

BGHZ 114, 193, 199 f. hatte diese Frage noch verneint: Die Rentabilitätsvermutung decke den Ersatz solcher Aufwendungen *nicht*, welche lediglich die spätere Verwendung des Leistungsgegenstandes ermöglichen sollten. Im Rahmen des § 284 BGB besteht für eine solche Einschränkung kein Anlaß mehr (zutreffend *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, S. 321, 324 f.; *Lorenz*, NJW 2004, 26, 27): Der Gläubiger bezweckt in aller Regel, mit der ihm geschuldeten Leistung hernach etwas anzufangen. Dann aber werden *alle* Aufwendungen, die mit Blick auf die spätere Leistungsverwendung getätigt werden, „im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung“ gemacht. Sie sind daher, soweit die weiteren Voraussetzungen des § 284 BGB erfüllt sind, ersatzfähig.

IV. Zum Begriff der „Aufwendung“

Die **Aufwendung** wird definiert als ein **freiwilliges Vermögensopfer**. Das kann die Hingabe einer Sache, die Zahlung von Geld, die Eingehung einer Verbindlichkeit, aber ebenso der Einsatz von Arbeitskraft sein, sofern die Arbeit in Form eines Marktwerts in Geld bemessen werden kann (so für den Parallelbegriff der „Verwendung“ i. S. der §§ 994, 996 BGB BGH NJW 1996, 921, 922 f.; für § 284 BGB im Ergebnis ebenso *Reim*, NJW 2003, 3662, 3664 f.).

Beispiel 7: Nehmen Sie im Beispiel 2 an, K hat, weil er sich an den Vertrag mit V gebunden fühlte, ein Angebot des D ausgeschlagen, der ihm eine ähnliche Vase im Wert von ebenfalls 10.000 Euro zum Preis von

- a) 9.000 Euro
- b) 11.000 Euro angeboten hatte.

Nunmehr muß er eine vergleichbare Vase von X zu 13.000 Euro erwerben.

1. Verzicht auf Möglichkeit eines Vertragsschlusses als „Aufwendung“?

Beispiel 6a wird von der Gesetzesbegründung zur Illustration der Einsicht verwendet, daß § 284 BGB einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, *nicht* aber einen allgemeinen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gewähre (Begründung zum Regierungsentwurf S. 144, 165; ebenso *Canaris*, JZ 2001, 499, 517; *AnwK-Dauner-Lieb*, BGB, § 284 Rn.11; *Reim*, NJW 2003, 3662, 3664; *Zimmer*, NJW 2002, 1, 10). Damit greift indes die Gesetzesbegründung ins Leere. Denn selbst wenn § 284 BGB (ähnlich wie etwa §§ 122, 179 II BGB) einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gewähren *würde*, könnte K niemals verlangen, so gestellt zu werden, als habe er das Angebot des D angenommen: K hatte sich entschieden, eine Vase für 10.000 DM zu kaufen. Er kann unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschadens nicht so gestellt werden, als hätte er sie für 9.000 DM gekauft. Das negative Interesse wird nämlich niemals über das positive Interesse hinaus ersetzt; sprich: K als Gläubiger der gestörten Leistung kann unter dem Gesichtspunkt des negativen Interesses niemals besser stehen, als er stünde, wenn erfüllt worden wäre. Wäre erfüllt worden, so hätte K 10.000 Euro zahlen müssen.

2. Das Korrektiv der „Billigkeit“

Versucht man die Anwendbarkeit des § 284 BGB zu begründen, so muß man fragen, ob die Möglichkeit, die Vase zum Preis von 9.000 Euro zu erwerben, zum „Vermögen“ des K gehört hat, der Verzicht auf sie also ein freiwilliges *Vermögensopfer* und damit eine Aufwendung darstellt. Daran ist kaum zu zweifeln: Wer auf eine **gesicherte Erwerbssaussicht verzichtet**, **opfert** eine Position, die in Geld bewertet werden kann, und damit **Vermögen**.

Zweifelhaft ist aber, ob K die Aufwendung billigerweise machen durfte. Das ist im Grundsatz zu bejahen: Wer zwei Angebote auf eine Vase hat und nur eine Vase haben will, muß eines der beiden Angebote ausschlagen. Hier hat K aber bewußt auf das *billigere* Angebot verzichtet. *Diesen* Verzicht durfte er billigerweise *nicht* üben: Wenn es ihm darum ging, die Vase möglichst billig zu bekommen, hätte er sogleich das billigere Angebot des D annehmen müssen. Nun da er das teurere angenommen hat, kann er nicht erwarten, so gestellt zu werden, als hätte er das billigere bevorzugt, sondern wird an seinem Entschluß festgehalten. K hat daher im Beispiel 6a keinen Anspruch auf die 1.000 Euro Differenz zwischen den beiden Angeboten.

3. Teureres Deckungsgeschäft als Erfüllungsschaden

Spinnt man die Überlegung, daß der Verzicht auf ein günstigeres Deckungsgeschäft eine „Aufwendung“ sein kann, für das Beispiel 6b fort, so wird man geneigt sein zu sagen: K hat

auf das günstigere Angebot des D verzichtet und muß nun das um 2.000 Euro teurere Angebot des X annehmen, so daß er diesen Betrag nach §§ 280 I, III, 283, 284 BGB als Aufwendung ersetzt verlangen kann. Zweifel bleiben freilich insoweit, als im Beispiel 6 die Vase, die V schuldet, laut Sachverhalt (vgl. Verweis auf Beispiel 2) exakt 10.000 Euro wert war und die Vergleichsangebote von D und X eine „vergleichbare“ Vase zum Gegenstand hatten, also ebenfalls eine solche im Wert von 10.000 Euro. Dann kann man schon daran zweifeln, ob K Vermögen *geopfert* hat, indem er das – objektiv ungünstige – Angebot des D ausgeschlagen hat. Vor allem aber darf man eines nicht aus dem Blick verlieren: Wenn V nicht erfüllt und K deshalb bei X kaufen muß, so hat er mit X ein *Deckungsgeschäft* abgeschlossen. Die Kosten eines Deckungsgeschäfts sind ein typischer *Erfüllungsschaden* und daher bereits als *positives Interesse* direkt aus §§ 280 I, III, 283 BGB als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig – und zwar in *voller* Höhe, also in Höhe von 3.000 Euro, und außerdem *ohne* Rücksicht darauf, ob K *vor* Vertragsschluß mit V noch irgendwelche anderen Angebote hatte und wie er auf sie reagiert hat. Eines Anspruchs auf Aufwendungsersatz bedarf es daher im Beispiel 6b nicht; er müßte in einer Klausur nicht einmal diskutiert werden.

V. Das „Vertrauen auf den Erhalt der Leistung“ als Grenze des Aufwendungsersatzes

Nach § 284 BGB sind diejenigen Aufwendungen ersatzfähig, die der Gläubiger **im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung** gemacht hat. Damit scheiden alle Aufwendungen aus dem Anwendungsbereich des § 284 BGB aus, die der Gläubiger deshalb macht, weil er die Nicht- oder Schlechterfüllung kennt oder mit ihr rechnet.

1. Kein § 284 BGB bei Aufwand für Deckungsgeschäft

Beispiel 8: V verkauft an K einen Neuwagen. Als V die Übereignung und Übergabe trotz Fristsetzung schuldig bleibt, kauft K bei D einen anderen Wagen.

Die Kosten, die K im Beispiel 8 aufwenden muß, um den Wagen bei D zu erwerben, sind gewiß ein freiwilliges Vermögensopfer und damit eine „Aufwendung“. *Diese* Aufwendung hat K aber *nicht* im *Vertrauen auf den Erhalt der Leistung* gemacht, sondern ganz im Gegenteil erst in einer Situation, da er – nach erfolgloser Fristsetzung – davon ausgehen durfte, daß die Leistung endgültig ausblieb. Die Kosten eines Deckungsgeschäfts sind daher kein Aufwendungsersatz nach § 284 BGB. Vielmehr sind diese Kosten als *Schadensersatz statt der Leistung* ersatzfähig, sofern der Preis des Ersatzwagens den Preis des beim ursprünglichen Schuldner V gekauften Wagens übersteigt.

Beispiel 9: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen. Da die Bremsen defekt sind, läßt K bei D für 200 Euro die Bremsbeläge erneuern.

Indem K im Beispiel 9 dem D für die neuen Bremsbeläge eine Vergütung von 200 Euro versprochen und bezahlt hat, hat er ebenfalls ein freiwilliges Vermögensopfer auf sich genommen und damit eine Aufwendung gemacht – aber wiederum erst *nachdem* er gesehen hat, daß die Leistung nicht mangelfrei erbracht worden war. Auch diese Aufwendung hat K nicht „im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung“ gemacht. Als Schadensersatz statt der Leistung bekommt K die Kosten der neuen Bremsbeläge nach §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I 1 BGB nur ersetzt, wenn er dem V eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und damit dem V Gelegenheit gegeben hat, den Mangel an den Bremsen zu beseitigen.

2. Kein § 284 BGB bei Aufwand für Rechtsverfolgung

Beispiel 10: V verkauft an K ein Hausgrundstück. Kurz nach dem Einzug bemerkt er Schimmelbildung im Keller. Der von ihm mit der Ermittlung der Ursache beauftragte Sachverständige S kommt zu dem Ergebnis, daß die Kellerwand unzureichend gegen Feuchtigkeit abgedichtet ist. S berechnet für sein Gutachten 200 Euro. Diesen Betrag verlangt K von V ersetzt.

Das **LG Bonn** (NJW 2004, 74, 75 f.; im Ergebnis zustimmend *Lorenz*, NJW 2004, 26, 28) hielt den Anspruch des K gegen V auf Erstattung der Gutachterkosten für nach §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I 1, 284 **begründet**. Diese Entscheidung ist **abzulehnen**: Gewiß hat K, indem er den S mit der Begutachtung des Hauses beauftragte und dafür ein Entgelt versprach und auch bezahlte, eine Aufwendung gemacht. Doch geschah dies *nicht mehr im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung*: K gab das Gutachten zu einem Zeitpunkt in Auftrag, da Symptome eines möglichen Sachmangels bereits zutage getreten und sein Vertrauen auf den Erhalt der Leistung bereits erschüttert war. Wäre K davon ausgegangen, daß das Haus mangelfrei gewesen wäre, hätte er also auf den Erhalt einer mangelfreien Leistung vertraut, so hätte er keinen Anlaß gehabt, den S mit dem Gutachten zu beauftragen. Zutreffenderweise ist daher der Anspruch K gegen V im Beispiel 10 zu verneinen.

Hinweis: Zu einem abweichenden Ergebnis würde hier auch die Rentabilitätsvermutung nicht führen (so aber anscheinend LG Bonn NJW 2004, 74, 75 f.). Denn diese Vermutung beruht auf der Idee, daß der Gläubiger die Aufwendungen für Abschluß und Durchführung des Vertrags in sein Kalkül aufgenommen hat und trotz dieser Aufwendungen zu dem Ergebnis gekommen ist, daß das Geschäft sich unter dem Strich rechnet. Das Gutachten, das Mängel bzw. deren Ursache ermitteln soll, *kann* K bei Vertragsschluß in seine Kosten-Nutzen-Rechnung nicht aufgenommen haben: Es dient der Vorbereitung der Verfolgung seiner Rechte gegen V wegen Schlechtleistung, mit der er ursprünglich nicht rechnete – sonst hätte er vermutlich den Vertrag nicht geschlossen. Sein Kosten-Nutzen-Kalkül hat der Gläubiger in aller Regel auf der Grundlage der Annahme berechnet, der Vertrag werde *ohne* Störungen durchgeführt.

3. Kein § 284 BGB für Verhandlungsaufwand

Schließlich scheidet ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 280 I, III, 281 ff., 284 BGB aus, soweit es um den Aufwand geht, den der Gläubiger tragen mußte, um überhaupt den Vertrag anzubahnen (z. B. Fahrtkosten zu Vertragsverhandlungen): Zu diesem Zeitpunkt existierte noch kein Leistungsversprechen und damit auch kein Vertrauen auf den Erhalt der Leistung (*Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, S. 321, 331; *Reim*, NJW 2003, 3662, 3665).

VI. Aufwendungsersatz „statt“ und „neben“ der Leistung

§ 284 BGB gibt einen Anspruch auf Aufwendungsersatz anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung. Wenn also die Leistung *endgültig ausbleibt*, kann der Gläubiger wählen, ob er sich den Nichterfüllungsschaden oder die vergeblichen Aufwendungen ersetzen läßt. Nun kann es freilich geschehen, daß der Gläubiger in Erwartung der Leistung Aufwendungen macht, obwohl diese nicht endgültig ausbleibt, sondern lediglich verzögert wird.

Beispiel 11: Die B-GmbH handelt mit Eisenwaren. Sie eröffnet ein neues Werk, für das sie bei U eine Maschine bestellt hat, welche zum 1. 4. 2003 geliefert werden soll. B stellt zum 1. 4. 2003 mehrere Mitarbeiter ein, die sofort mit der Fertigung beginnen sollen. Da die Maschine erst mit zweiwöchiger Verzögerung geliefert wird, haben jene Mitarbeiter nichts zu tun. B muß ihnen völlig vergebens das Gehalt für die ersten zwei Wochen zahlen. Kann B dieses Geld von U ersetzt verlangen?

Die B-GmbH hat ihren Arbeitnehmern ab dem 1. 4. 2003 Lohn versprochen und muß ihn ohne Rücksicht darauf zahlen, daß die Maschine nicht geliefert wird: Die Nichtlieferung fällt in

das Betriebsrisiko der B-GmbH als Arbeitgeberin und berührt damit den Lohnanspruch der Arbeitnehmer nicht. Indem die B-GmbH ihren Arbeitnehmern Lohn versprochen und bezahlt hat, hat sie eine Aufwendung gemacht – und zwar durchaus im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung: Sie war davon ausgegangen, daß U die Maschine pünktlich liefern werde.

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 280 I, III, 281, 284 BGB scheidet aber daran, daß mangels einer Nachfrist die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung nicht vorliegen. Und die B-GmbH *will* im Beispiel 11 auch keinen Schadensersatz *statt* der Leistung: Sie ist nach wie vor daran interessiert, die Maschine geliefert zu bekommen.

Was die B-GmbH im Beispiel 11 allein vernünftigerweise begehren kann, ist nach §§ 280 I, II, 286 BGB Schadensersatz wegen *Verzögerung* der Leistung. Die Voraussetzungen sind dem Grunde nach erfüllt: Ein Schuldverhältnis zwischen U und B besteht in Gestalt des geschlossenen Werklieferungsvertrags (§ 651 BGB). Durch die Nichtleistung am 1. 4. 2003 hat U die Pflicht zur fälligen Leistung verletzt. Das Vertretenmüssen wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. U befindet sich nach § 286 II Nr.1 BGB auch ohne Mahnung im Verzug. Nur mangelt es an einem nachweisbaren *Verzögerungsschaden*: Die Lohnkosten wären auch angefallen, wenn die Maschine rechtzeitig geliefert worden wäre. Da die Vergeblichkeit der Aufwendungen *insoweit* durch die spätere Leistung nicht mehr entfällt, spricht man von **Fixaufwendungen** (*Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321, 341).

An dieser Stelle bietet sich eine *analoge* Anwendung des § 284 BGB an (für sie auch *Gsell*, a. O. S. 341 ff.; in die gleiche Richtung *Lorenz*, NJW 2004, 26, 28; *Reim*, NJW 2003, 3662, 3667: § 284 BGB analog bei allein auf § 280 I BGB gestütztem Ersatzanspruch möglich): B hat hier die Aufwendung (Lohnversprechen an die Arbeitnehmer) nicht nur im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung *überhaupt*, sondern auch im Vertrauen auf den Erhalt der *rechtzeitigen* Leistung gemacht: Hätte sie gewußt, daß die Maschine zwei Wochen später geliefert wird, so hätte sie die Arbeitnehmer erst für Mitte April 2003 eingestellt. In dieser Situation ist es ebenfalls gerechtfertigt, den Schuldner U mit diesen frustrierten Aufwendungen zu belasten: Durch seine Pflichtverletzung haben sich die Aufwendungen des B bis zur tatsächlichen Leistungserbringung als vergeblich erwiesen.

B kann daher von U Ersatz für die Lohnkosten der ersten zwei Wochen nach §§ 280 I, II, 286, 284 *analog* BGB verlangen. Es handelt sich nicht um Aufwendungsersatz *statt*, sondern um Aufwendungsersatz *neben* der Leistung.