

§§ 280, 281 BGB

## Schadensersatz statt der Leistung für Schäden zwischen Fristablauf und Schadensersatzverlangen

BGH, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 328/07

### Leitsatz

Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage.

(Leitsatz dem Urteilstext entnommen)

### Fall

Der Kläger war bis zum 01.07.2002 Gesellschafter und Geschäftsführer der als M.GmbH firmierenden Beklagten zu 1). Am 12.07.2002 verkaufte und übertrug er dem Beklagten zu 2) seine Anteile an der Beklagten zu 1), zu deren Geschäftsführer dieser inzwischen bestellt worden war. Der Kläger und der Beklagte zu 2) unterzeichneten einen als „Aufrechnungsvereinbarung“ überschriebenen Vertrag, und ließen ihre Unterschriften notariell beglaubigen. Ferner schlossen sie einen notariell beurkundeten „GmbH-Geschäftsanteil-Kauf- und Übertragungsvertrag“. In der Aufrechnungsvereinbarung, nicht aber in dem GmbH-Geschäftsanteil-Kauf- und Übertragungsvertrag, ist u.a. bestimmt:

„Die Kraftfahrzeuge Mercedes 600 Coupé, ML 55 AMG und Motorräder gehen in das Eigentum von Herrn P. (Kläger) über. Für diese Fahrzeuge wird Herrn P. kein Entgelt berechnet.“

Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt im Besitz der Kraftfahrzeuge Mercedes 600 Coupé, Mercedes ML 55 AMG und des Motorrads Harley Davidson V-Rod. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.12.2002 forderte der Kläger die Beklagten unter Fristsetzung und Nachfristsetzung vergeblich zur Übereignung und Herausgabe der Kraftfahrzeugbriefe für die Fahrzeuge auf.

In der Folgezeit gelangten das Motorrad Harley-Davidson und der Mercedes S 600 Coupé wieder in den Besitz der Beklagten. Zur Herausgabe sind die Beklagten außerstande, weil sie die Fahrzeuge anderweitig veräußert haben. Der Mercedes ML 55 AMG verblieb zunächst beim Kläger, wurde ihm aber Anfang des Jahres 2004 gestohlen.

Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz i.H.v. 190.000 €. Er hätte die Fahrzeuge bis zum 31.01.2003 zum Preis von jeweils 105.000 € (600 Coupé), 60.000 € (ML 55) und 25.000 € (Harley) an einen Dritten veräußern können.

Steht dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu?

### Entscheidung

**I.** Dem Kläger könnte gegen die Beklagten für den Mercedes Benz ML 55 AMG ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB i.H.v. 60.000 € zustehen.

**1.** Zwischen den Beteiligten müsste ein wirksames Schuldverhältnis bestehen, aus dem sich ein Anspruch des Klägers ergibt. Die Abrede über das Fahrzeug wurde in der „Aufrechnungsvereinbarung“ getroffen. Dieser Vertrag könnte gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig sein.

**a)** Dann müsste eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten worden sein. Gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bedarf die Vereinbarung, durch die eine Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils einer GmbH begründet wird, der notariellen Form. Es ist eine notarielle Beurkundung erforderlich, die notarielle Unterschriftsbeglaubigung ist nicht ausreichend. Das Form-

Dass sich das Formerfordernis auf sämtliche Nebenabreden erstreckt, ist keine Besonderheit des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG. Für § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gilt das Gleiche.

erfordernis bezieht sich nicht nur auf die Hauptpflicht, sondern auch auf alle Nebenabreden, die nach dem Willen der Beteiligten Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen (BGH, Urt. v. 27.06.2001 – VIII ZR 329/99). Die Aufrechnungsvereinbarung ist nicht notariell beurkundet. Wenn sie nach dem Willen der Parteien Bestandteil des Verpflichtungsvertrags ist, ist sie gemäß § 125 S. 1 BGB (zunächst) nichtig.

**b)** Da die Abtretung des Geschäftsanteils notariell beglaubigt wurde, ist gemäß § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG Heilung eingetreten.

*„[18] Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Aufrechnungsvereinbarung auch wirksam. Ob sie wegen eines engen inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2 geschlossenen Kaufvertrag über die Geschäftsanteile ebenfalls notariell hätte beurkundet werden müssen (§ 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG; vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1983 – IV a ZR 187/81, NJW 1983, 1843, unter II 1 a), kann dahinstehen. Ein etwaiger Formfehler wurde jedenfalls durch die – nach den vergebenen Nummern der Urkundenrolle unmittelbar danach erfolgte – notariell beurkundete Abtretung des Geschäftsanteils geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG; vgl. Senatsbeschluss vom 29. Januar 1992 – VIII ZR 95/91, GmbHR 1993, 106). ...“*

**2.** Dem Kläger müsste gegen die Beklagten aus der „Aufrechnungsvereinbarung“ ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch zustehen.

**a)** Der Anspruch auf Übereignung des Fahrzeugs ist gemäß § 929 S. 2 BGB erfüllt worden.

**b)** Der Kläger hatte jedoch einen Anspruch auf Herausgabe der Fahrzeugbriefe analog § 952 Abs. 2 BGB.

**3.** Die geschuldete Leistung ist nicht erbracht worden. Bezüglich der Nichtleistung muss sich die beklagte GmbH das Handeln des Geschäftsführers gemäß § 31 BGB zurechnen lassen.

**4.** Die im anwaltlichen Schreiben vom 17.12.2002 gesetzte Frist ist erfolglos abgelaufen.

**5.** Die Beklagten haben sich nicht gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet.

**6.** Sie sind gemäß §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB zum **Schadensersatz statt der Leistung** verpflichtet.

**a)** In der Lit. wird die Auffassung vertreten, dass mit dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung die Schäden zu ersetzen sind, die durch das **endgültige Ausbleiben der Leistung** entstehen (Lorenz JuS 2008, 203, 204). Die Leistung bleibe aber erst in dem Zeitpunkt endgültig aus, in dem der Schuldner sie nicht mehr erbringen könne (§ 283 BGB) oder erbringen dürfe (§ 281 Abs. 4 BGB). Nicht Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung seien alle Schäden, die vor diesem Zeitpunkt eintreten. Im vorliegenden Fall macht der Kläger einen entgangenen Gewinn aus einem Geschäft geltend, das er bis zum 31.01.2003 hätte abschließen können. Nach dieser Ansicht hat der Kläger nur dann einen Schadensersatzanspruch, wenn er – was unwahrscheinlich ist – bereits vor dem 31.01.2003 Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat.

**b)** Teilweise wird vertreten, mit dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB seien die Schäden zu ersetzen, die **durch die Pflichtverletzung verursacht** worden sind (jurisPK/Alpmann, 4. Aufl. 2008, § 281 Rdnr. 71; Haberzettl NJW 2007, 1328). Die für den Anspruch entscheidende Pflichtverletzung ist danach die Nichtleistung bei Fristablauf (oder die Handlung des Gläubigers, die die Fristsetzung entbehrlich macht). Nach dieser Ansicht sind alle Schäden zu ersetzen, die nach Fristablauf entstanden sind. Da-

nach hat der Kläger einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung, da er entgangenen Gewinn aus einem Geschäft nach Fristablauf verlangt.

**c)** Nach einer weiteren Ansicht sind mit dem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB alle Schäden zu ersetzen, die **nach dem Entstehen des Anspruchs eingetreten** sind (MünchKomm/Ernst, 5. Aufl., § 280 Rdnr. 69). Der Anspruch entsteht, wenn alle Voraussetzungen vorliegen, d.h. grundsätzlich bei Fristablauf, aber auch dann, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (MünchKomm/Ernst, 5. Aufl. 2007, § 281 Rdnr. 55). Auch nach dieser Ansicht hat der Kläger einen Schadensersatzanspruch, da der Schaden nach Fristablauf eingetreten ist.

**d)** Der BGH vertritt die Ansicht, mit dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung seien alle Schäden zu ersetzen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht eingetreten wären.

*„[20] c) Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, kann verlangen, **wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte**. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu ermitteln, also unter Darlegung im einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat (Senatsurteil vom 27. Mai 1998 – VIII ZR 362/96, NJW 1998, 2901, unter II 2 a; BGH, Urteil vom 24. September 1999 – V ZR 71/99, NJW 1999, 3625, unter II 2, jeweils zu § 326 Abs. 1 BGB aF und m.w.N.; MünchKommBGB/Emmerich, 5. Aufl., Vor § 281 Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 281 Rdnr. 34, 36; Staudinger/Otto, BGB (2004), § 281 Rdnr. B 152, B 155).*

*[21] Vorliegend macht der Kläger den ihm konkret durch das Scheitern eines angebotenen Weiterverkaufs entstandenen Schaden geltend und trägt dazu vor, dass er **ohne das pflichtwidrige Verhalten** der Beklagten das Fahrzeug bereits Ende 2002/Anfang 2003 an die R. veräußert und dabei einen Kaufpreis in Höhe von 60.000 € erzielt hätte.“*

**e)** Die erstgenannte Ansicht ist abzulehnen. Bei dem hier vorliegenden Fall des Schadens wegen eines entgangenen Gewinns würde sie den Gläubiger verpflichten, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen und damit den Erfüllungsanspruch gemäß § 281 Abs. 4 BGB zum Erlöschen zu bringen, bevor feststeht, dass das gewinnträchtige Geschäft scheitert. Der Kläger hätte vor dem 31.01.2003 Schadensersatz statt der Leistung verlangen und sich damit die letzte Chance auf einer Veräußerung an den Dritten selbst nehmen müssen. Ersetzt man nur Schäden, die nach dem Schadensersatzverlangen gemäß § 281 Abs. 4 BGB eingetreten sind, muss der Gläubiger Schäden geltend machen, bevor sie eingetreten sind.

Mit den anderen drei Ansichten erscheint es vielmehr gerechtfertigt, mit dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB zumindest alle Schäden zu ersetzen, die nach Ablauf der Frist entstanden sind.

Der Kläger kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB entgangenen Gewinn i.H.v. 60.000 € verlangen.

**7.** Der Anspruch besteht gemäß § 348 BGB nur Zug um Zug, wenn die Beklagten wegen des Abhandenkommens des Fahrzeugs einen Wertersatzanspruch aus §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB haben. Ein solcher Anspruch der Beklagten besteht gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB allerdings dann nicht, wenn dem Kläger eine Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt nicht vorzuwerfen ist.

Wenn der Senat auf ein pflichtwidriges **Verhalten** abstellt, folgt er offensichtlich nicht der in der Lit. herrschenden Ansicht, allein das Ausbleiben des Leistungserfolgs sei die für den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB relevante Pflichtverletzung.

Im AS-Skript Schuldrecht AT 1 [2008], Fall 11, Rdnr. 231 wurde noch der Literaturansicht gefolgt. Nachdem der BGH mit dem hier zugrunde liegenden Urteil eine Entscheidung getroffen hat, sollte man auch bei einem nach Fristablauf aber vor dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs getätigten Deckungskauf die Mehrkosten als ersatzfähig ansehen.



„[23] ... Das spätere Abhandenkommen des Fahrzeugs hat auf die Höhe des durch das Scheitern des Weiterverkaufs eingetretenen Schadens, der in dem entgangenen Kaufpreis in Höhe von 60.000 € besteht, keinen Einfluss. Es führt lediglich dazu, dass der Kläger, dessen Erfüllungsanspruch durch das Schadensersatzverlangen gemäß § 281 Abs. 4 BGB erloschen ist, das bereits empfangene Fahrzeug nicht gemäß § 281 Abs. 5, § 346 Abs. 1 BGB zurückgewähren kann. Ob er als Rückgewährschuldner in diesem Fall Wertersatz zu leisten hätte, bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 3 BGB.“

Da nicht ersichtlich ist, dass der Kläger den Diebstahl durch eine Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt mitverursacht hat, besteht kein Wertersatzanspruch der Beklagten.

II. Wegen des fehlgeschlagenen Verkaufs der Mercedes S 600 Coupé und der Harley Davidson steht dem Klägen gegen die Beklagten ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 283 BGB zu.

„[34] a) Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen der anderweitigen Veräußerung des Kraftfahrzeugs Mercedes S 600 Coupé und des Motorrads Harley-Davidson V-Rod bejaht. Die Beklagten können ihre sich aus dem Urteil im Vorprozess ergebende Pflicht zur Übereignung der Fahrzeuge an den Kläger nicht mehr erfüllen, weil sie die Fahrzeuge an Dritte veräußert haben. Sie haften dem Kläger daher auf Schadensersatz (§ 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB).“

Der Kläger hat gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung des entgangenen Gewinns.

---

Mit dieser Entscheidung des VIII. Senats des BGH kann man nun als h.M. ansehen, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB zumindest auf Ersatz der Schäden gerichtet ist, die nach Fristablauf entstanden sind.

Die vom Senat verwendete Formulierung geht aber wesentlich weiter. Wenn der Gläubiger verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, dann kann er auch Schäden ersetzt verlangen, die vor Fristablauf entstanden sind. Ordnungsgemäß wäre die Erfüllung gewesen, wenn sie bei Fälligkeit und nicht erst bei Fristablauf erfolgt wäre. Es war im vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant, nach den vom VIII. Senat des BGH zitierten Entscheidungen und Kommentaren kann der Gläubiger auch Ersatz von Schäden verlangen, die **vor Fristablauf** entstanden sind.

In der Entscheidung vom 27.05.1998 (VIII ZR 326/96, NJW 1998, 2901) wird ausgeführt, es ergebe sich aus dem erforderlichen Vermögensvergleich zwischen der ordnungsgemäßen Erfüllung und der tatsächlichen Vermögenslage, dass auch die Mehrkosten eines Deckungskaufs vor Fristablauf ersatzfähig seien. Der Gläubiger liefe in einem solchen Fall zwar in der Zeit bis zum Fristablauf Gefahr, die Leistung doppelt zu erhalten. Bleibe die Leistung bis zum Fristablauf aber aus, bestehe kein Anlass, dem Gläubiger den Schadensersatzanspruch deshalb zu verwehren, weil er mit dem Deckungsgeschäft nicht bis zum Ablauf der Nachfrist zugewartet hätte.

**Josef Alpmann**

Das Landgericht hatte nur 145.000 € zugesprochen. Mit der Revision hat der Kläger lediglich Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils verlangt. Nach dem hier vorliegenden Sachverhalt hätte er auch die zunächst beanspruchten 190.000 € verlangen können, da (anders als im tatsächlichen Verfahren) feststeht, dass er diese Summe bei einem Verkauf an den Dritten hätte erzielen können.