

Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Jan Filip Stoppel

aus Rahden

Referent: Professor Dr. Barbara Grunewald

Korreferent: Prof. Dr. Ingo Mittenzwei

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 2003

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand auf Anregung meiner Doktormutter Prof. Dr. Barbara Grunewald. Ihr möchte ich für viele fruchtbaren Anregungen und die freundliche Betreuung sowie für die Erstellung des Erstgutachtens herzlich danken.

Mein Dank gilt auch dem Zweitberichterstatter Prof. Dr. Ingo Mittenzwei für seine Mühe.

Ein besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mir alle denkbaren Möglichkeiten eröffnet und mich stets unterstützt und gefördert haben.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	8
1. Abschnitt: Die Entstehungsgeschichte des § 284 BGB	11
A. Aufwendungsersatz des Gläubigers im Rahmen der Rentabilitätsvermutung	11
I. Grundsatz: Frustrierte Aufwendungen kein ersatzfähiger Schadensposten	11
1. Kausalitätseinwand	12
2. Einwand des § 253 BGB bei immaterieller Zwecksetzung	13
II. Rentabilitätsvermutung – Anbindung nutzloser Aufwendungen an das positive Interesse des Gläubigers	14
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	14
2. Fortführung und Weiterentwicklung der Rentabilitätsvermutung durch den BGH	16
a) Die Architekten-Entscheidung	16
b) Die Interventionsware-Entscheidung	16
c) Das Stadthallen-Urteil	17
d) Die Diskotheken-Entscheidung	18
e) Entscheidungen zur Widerlegung der Rentabilitätsvermutung	19
III. Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung	19
B. Vom Kommissionsentwurf zum Gesetz	20
I. Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts	20
II. Kommissionsentwurf	21
III. Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums	22
IV. Ergebnisse der Kommission Leistungsstörungenrecht	23
V. Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes	24
VI. Förmliches Gesetzgebungsverfahren	25
C. Ergebnis des ersten Abschnitts	26
2. Abschnitt: Die dogmatische Konzeption des § 284 BGB	27

A.	Der haftungsbegründende Tatbestand.....	27
B.	Der haftungsausfüllende Tatbestand.....	27
C.	§ 284 BGB als alternative Berechnungsmethode zum Schadensersatz statt der Leistung.....	28
D.	Die schadensdogmatische Konsistenz des § 284 BGB	32
I.	Aufwendungen und Schaden: Das Kriterium der Freiwilligkeit	32
II.	Kausalitätsprobleme.....	34
1.	Der Ersatz des Frustrationsinteresses durch § 284 BGB	35
a)	Das Erwecken von schuldhaft enttäuschem Vertrauen als Haftungsgrund.....	35
1)	Frustrierte Aufwendungen als kausaler Schaden	36
2)	Überlegungen zum Schutzzweck der verletzten Norm	37
3)	Schwächen der Konstruktion eines Vertrauensschadens.....	38
4)	Zwischenergebnis	40
b)	Die Frustration als Schaden	40
1)	§ 284 BGB als Anspruch auf Entschädigung für den Verlust der Möglichkeit einer Zweckerreichung.....	40
2)	Der Begriff des Frustrationsinteresses	41
3)	Die Pflichtverletzung als haftungsbegründendes Ereignis.....	42
4)	Kausalität und Schadenszurechnung.....	43
5)	Frustrierte Aufwendungen als Bewertung des Schadens.....	44
2.	Zwischenergebnis.....	46
E.	Die Frustration des Gläubigers als immaterieller Schaden.....	46
I.	Die Relevanz der Art des nach § 284 BGB ersatzfähigen Schadens.....	47
II.	Messbare Vermögenseinbuße auf Seiten des Gläubigers	47
III.	Keine Vermögensmehrung durch bloße Zweckbestimmung.....	48
F.	Ergebnis des zweiten Abschnitts.....	51
3. Abschnitt:	Die Voraussetzungen des § 284 im Einzelnen	52
A.	Anwendungsbereich des § 284 BGB	52

B.	Haftungsbegründung: Schadensersatz statt der Leistung	54
I.	Originäre Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung	54
II.	Nicht erfolgsbezogene Leistungspflichten.....	55
III.	Rechtsgrundverweise in §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB	56
IV.	Sonstige Ansprüche auf das positive Interesse	56
V.	Das Problem der „Fixaufwendungen“	58
VI.	§ 311 a BGB als Rechtsfolgenverweis.....	59
C.	Haftungsausfüllung: Art und Umfang der ersatzfähigen Aufwendungen	59
I.	Das Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung.....	60
II.	Konkretisierung des Aufwendungsbegriffes.....	61
1.	Eigennützigkeit der Aufwendungen.....	62
2.	Der mit der Aufwendung verfolgte Zweck	63
3.	Die vom Gläubiger erbrachte Gegenleistung.....	63
a)	Das Verhältnis von § 284 BGB zum Rücktrittsrecht: Wahlrecht des Gläubigers.....	64
1)	Grammatische und systematische Untersuchung	64
aa)	Kumulation von Aufwendungsersatz und Rücktritt nach § 325 BGB	65
bb)	Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz statt der gesamten Leistung	65
cc)	Identität des Anspruchsinhalts bei Geldleistung des Gläubigers.....	66
dd)	Verbesserung der Rechtsposition des Gläubigers bei Sachleistung.....	66
2)	Praktische Erwägungen	67
b)	Keine analoge Anwendung von § 346 Abs. 3 BGB.....	68
1)	§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB	70
2)	§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB	70
4.	Verwendungen auf die bereits erhaltene Leistung.....	71
5.	Aufwendungen zur Verwendung der Leistung	73

6.	Zwischenergebnis.....	74
III.	Das normative Korrektiv der Billigkeit	74
1.	Begriff und Funktion der Billigkeit.....	75
2.	Reichweite und Bedeutung der Billigkeitskontrolle in § 284 BGB.....	76
3.	In die Abwägung einfließende Umstände	77
a)	Das Erfordernis schutzwürdigen Vertrauens auf Seiten des Gläubigers	77
1)	Die Begründung schutzwürdigen Vertrauens.....	78
aa)	Vom Schuldner veranlasster Vertrauenstatbestand	78
bb)	Anforderungen an den Vertrauenstatbestand	80
	(1) Spätester Zeitpunkt: Entstehung der Leistungs- verpflichtung	80
	(2) Qualifiziertes Vertrauen auf den Vertragsabschluss.....	80
cc)	Kenntnis des Gläubigers.....	82
2)	Zerstörung von Vertrauen	82
3)	Zwischenergebnis	83
b)	Weitere Abwägungskriterien	84
1)	Das Erfordernis der Erkennbarkeit der Umstände für den Gläubiger.....	85
2)	Verhältnis der Aufwendung zum Leistungsinteresse des Gläubigers	85
3)	Erkennbare Leistungsrisiken beim Schuldner	86
4)	Aufschiebbarkeit der Aufwendung.....	87
5)	Kenntnis des Schuldners und Vorhersehbarkeit der Aufwendung	87
6)	Nicht zu berücksichtigende Umstände	88
aa)	Grad des Schuldnersverschuldens.....	88
bb)	Wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Aufwendung.....	89
cc)	Leistungsfähigkeit der Parteien	89
7)	Weitere Umstände des Einzelfalls	89

4.	Billigkeitskontrolle zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung	90
5.	Rechtsfolge unbilliger Aufwendungen.....	90
6.	Ergebnis zur Billigkeitskorrektur	92
IV.	Die Frustration der Aufwendung durch die Pflichtverletzung.....	93
1.	Keine Frustration bei Zweckerreichung trotz Pflichtverletzung	93
a)	Vollständige Zweckerreichung trotz Pflichtverletzung	94
b)	Kürzung des Ersatzanspruches bei gemischter Zwecksetzung	94
c)	Eingeschränkte Frustration bei nachträglicher Zweckänderung	96
1)	Grundsatz: Eingeschränkter Ersatzanspruch bei nachträglicher Zweckänderung	96
2)	Grenzfälle.....	97
d)	Beweislast für die Zweckerreichung beim Schuldner	98
e)	Ergebnis	99
2.	Die haftungsausfüllende Kausalität.....	99
a)	Ausgangspunkt: Betrachtung nach der Äquivalenztheorie	99
b)	Fälle inadäquater Schadensverursachung	100
c)	Schutzzweck der Norm.....	100
d)	Die Regelung des § 284 HS 2 BGB	101
1)	Dogmatische Einordnung des § 284 HS 2 BGB	102
aa)	Beachtlichkeit der hypothetischen Kausalität.....	102
bb)	Reichweite der Beweislastumkehr des § 284 HS 2 BGB	103
2)	Der Begriff der Pflichtverletzung	104
3)	Die Frage der hypothetischen Zweckverfehlung.....	106
aa)	Die Ansicht <i>Fausts</i>	106
bb)	Die Meinung <i>Gsells</i>	107
cc)	Kritik und eigener Ansatz.....	108
(1)	Grundsatz: Berücksichtigung des unmittelbaren Zwecks	108

(2) Gläubiger mit Gewinnerzielungsabsichten	110
(3) Abgrenzung bei Zweckvielfalt	111
e) Ergebnis	112
V. Anspruchsminderung nach § 254 BGB	112
1. Sorglosigkeit bei Vornahme der Aufwendung	113
2. Sorglosigkeit nach Vornahme der Aufwendung	113
a) Mitverursachung der Pflichtverletzung	114
b) Die Warnpflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB	114
c) Die Obliegenheit der Schadensminderung- und –abwendung nach § 254 Abs. 2 S. 1, 2. HS BGB	115
3. Verhältnis des § 254 BGB zur Billigkeitskontrolle in § 284 BGB	116
4. Ersatz von Aufwendungen zur Schadensminderung	117
VI. Ergebnis des dritten Abschnitts	119
4. Abschnitt: Die Rechtsfolgen des § 284 BGB	121
A. Schadensersatz statt der Teil- oder Schlechtleistung	121
B. Das Schicksal eines mit der Aufwendung erlangten Gegenstands	121
C. Verhältnis zu anderen Ansprüchen	122
I. Schadensersatz statt der Leistung	122
1. Präzisierung der Alternativität von Aufwendungsersatz und Schadensersatz statt der Leistung	123
2. Freies Wahlrecht des Gläubigers zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB	125
II. Herausgabe des Ersatzes nach § 285 BGB	125
III. Aufwendungsersatz und Rücktritt	126
D. Das Schicksal der Gegenleistungspflicht	126
I. Aufwendungsersatz statt der gesamten Leistung	127
II. Aufwendungsersatz statt der Teilleistung	128
III. Aufwendungsersatz statt der Schlechtleistung	129
E. Ergebnis des vierten Abschnitts	130

5. Abschnitt: Die Zukunft der Rentabilitätsvermutung.....	132
A. Kritik der Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung.....	132
I. Die dogmatische Anbindung der Rentabilitätsvermutung als Quelle der Rechtsunsicherheit	132
1. Vermutung der Einbeziehung von Aufwendungen in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung	133
2. Verlust der Kompensationsmöglichkeit als Schaden.....	135
3. Vermutung eines entgangenen Gewinns beim Gläubiger	138
4. Zwischenergebnis.....	139
II. Die Systemwidrigkeit der Beschränkung auf kommerzielle Zielsetzungen	139
B. Lückenfüllung durch § 284 BGB.....	141
C. Ergebnis des fünften Abschnitts	142
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	143
Fazit	145

Einleitung

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001¹ hat eine tiefgreifende Umstrukturierung und Reform der Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches mit sich gebracht. Gelegenheit dieser Modernisierung des BGB war die Pflicht des deutschen Gesetzgebers, von der EU erlassene Richtlinien² in nationales Recht umzusetzen. Diese Anpassung des Zivilrechts an die Vorgaben aus diesen Richtlinien wurde vom Gesetzgeber zum Anlass genommen, den Versuch zu unternehmen, die vielerorts monierten gravierenden Mängel des geltenden Schuldrechts³ durch eine umfassende Reform und Neustrukturierung abzuschaffen.

Mit Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der damit einhergehenden Neuordnung des Allgemeinen Schuldrechts hat der Gesetzgeber in § 284 BGB dem Gläubiger eines Anspruchs die neuartige Möglichkeit eröffnet, nach einer Pflichtverletzung des Schuldners statt Schadensersatz statt der Leistung einen Ersatz derjenigen Aufwendungen zu verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte und die durch die Pflichtverletzung des Schuldners ihren Zweck verfehlt haben. Der Ersatz dieser sog. frustrierten Aufwendungen war nach der Rechtslage vor Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nur unter strengen Voraussetzungen möglich.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist eine umfassende Analyse des § 284 BGB. Ziel ist es dabei, einerseits einen Beitrag zum theoretischen Verständnis der Norm zu leisten und andererseits im Wege der Auslegung ihrer einzelnen Tatbestandsmerkmale sowie einer Betrachtung der sich daraus ergebenden Folgeprobleme die Handhabung dieser Norm in der praktischen Rechtsanwendung zu erleichtern. Ausgangspunkt ist dabei jeweils der Wortlaut der Norm sowie die systematische Stellung des § 284 BGB im Gefüge des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Die dabei ermittelten Ergebnisse werden – soweit möglich – auf ihre Konformität mit dem Willen des Gesetzgebers überprüft.

Der erste Abschnitt der Untersuchung befasst sich mit der Entstehungsgeschichte des § 284 BGB. Anknüpfend an die vor der Modernisierung des Schuldrechts geltende Rechtslage und der sich daraus ergebenden Ungleichbehandlungen, die das Bedürfnis einer Kodifizierung

¹ BGBl 2001 I, 3138.

² RiLi 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie – Umsetzungspflicht bis Ablauf 31.12.01); RiLi 2000/35/EG (Zahlungsverzugsrichtlinie – Umsetzungsfrist bis 7.8.2002); 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie – Umsetzungsfrist bis 16.1.02).

³ Siehe Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 1.

des Ersatzes frustrierter Aufwendungen hervorriefen, wird die Genese des § 284 BGB von den ersten Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts über die Diskussionsentwürfe des Bundesministeriums der Justiz bis hin zum förmlichen Gesetzgebungsverfahren nachgezeichnet.

Im Anschluss befasst sich der zweite Abschnitt der Arbeit mit der dogmatischen Konzeption des § 284 BGB. Dabei erfolgt der Nachweis, dass § 284 BGB dem Gläubiger eine neue Alternative der Schadensberechnung ermöglicht und die Vorschrift sich nach diesem Verständnis reibungslos in die geltende Schadensdogmatik einfügt. § 284 BGB ermöglicht dem Gläubiger, sein Frustrationsinteresse geltend zu machen. Dieser immaterielle Schaden wird anhand der tatsächlich erbrachten und durch die Pflichtverletzung des Schuldners frustrierten Aufwendungen berechnet.

Nachdem die Entstehung des § 284 BGB nachvollzogen und seine dogmatische Konzeption geklärt wurde, sollen im dritten Abschnitt, der den Schwerpunkt der Untersuchungen bildet, die einzelnen Voraussetzungen und der sich daraus ergebende Umfang der Haftung des Schuldners, der dem Gläubiger zum Ersatz des Frustrationsinteresses nach § 284 BGB verpflichtet ist, untersucht werden. Dabei erfolgt neben einer Auslegung der Begriffe der „Aufwendung“ und des „Vertrauens“ auch eine Analyse des Anwendungsbereiches der Vorschrift und der Bedeutung des in § 284 HS 2 BGB normierten Ausschlusses des Anspruches. Im Zentrum dieses Abschnittes steht jedoch die Frage, unter welchen Umständen der Gläubiger die Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung *billigerweise machen durfte*. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Billigkeit kommt dabei zu dem Ergebnis, dass neben der immer erforderlichen Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens bei Vornahme der Aufwendung alle weiteren in Betracht kommenden Umstände bei der Abwägung, ob dem Schuldner das Investitionsrisiko im Hinblick auf die Investition des Gläubigers in die Leistung zuzumuten sind, zu berücksichtigen sind. Sodann wird nachgewiesen, dass es an einer Frustration der Aufwendungen und damit an einem nach § 284 BGB ersatzfähigen Schaden auch dann fehlen kann, wenn der Gläubiger die Leistung nicht vom Schuldner erhält. Es folgt eine Erörterung der Frage, wie sich der Schuldner trotz einer Frustration der Aufwendungen des Gläubigers durch die Pflichtverletzung entsprechend der Regelung des § 284 HS 2 BGB seiner Ersatzpflicht entziehen kann. Der dritte Abschnitt endet mit einer Untersuchung der Rolle des § 254 BGB im Rahmen des § 284 BGB.

Der vierte Abschnitt der Arbeit behandelt die Rechtsfolgen eines Anspruches auf Ersatz frustrierter Aufwendungen nach Maßgabe des § 284 BGB und die sich daraus ergebenden Folgeprobleme im Hinblick auf einen mit den nutzlosen Aufwendungen erlangten Gegenstand und die vom Gläubiger noch nicht erbrachte Gegenleistung.

Zum Abschluss der Arbeit erfolgt im fünften Teil ein Plädoyer gegen die Fortsetzung der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung. Die Argumentation stützt sich dabei zunächst auf grundsätzliche dogmatische Bedenken gegen diese Vermutung zugunsten des Gläubigers und trägt gleichzeitig dem Umstand Rechnung, dass mit § 284 BGB eine spezielle schadensrechtliche Grundlage für den Ersatz frustrierter Aufwendungen geschaffen wurde.

1. Abschnitt: Die Entstehungsgeschichte des § 284 BGB

Im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB in seiner Fassung vor der Modernisierung des Schuldrechts fand sich keine mit § 284 BGB vergleichbare Norm, die es dem Gläubiger nach einer verschuldeten Pflichtverletzung des Schuldners ausdrücklich ermöglichte, einen Ersatz derjenigen Aufwendungen zu erhalten, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hatte, und die durch das Ausbleiben der geschuldeten Leistung ihren Zweck verfehlt haben. Damit ist die Vorschrift des § 284 BGB eine der wenigen mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten Neuerungen des Allgemeinen Schuldrechts.

Doch auch schon vor Einführung dieser Norm konnte der Gläubiger nach der Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht durch den Schuldner im Rahmen eines Anspruchs auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ auf der Grundlage der vom Reichsgericht entwickelten und später vom Bundesgerichtshof übernommenen und weiter differenzierten *Rentabilitätsvermutung* innerhalb der im Folgenden darzustellenden Grenzen einen Ersatz in Höhe seiner frustrierten Aufwendungen erhalten.

A. Aufwendungsersatz des Gläubigers im Rahmen der Rentabilitätsvermutung

I. Grundsatz: Frustrierte Aufwendungen kein ersatzfähiger Schadensposten

Konnte der Gläubiger nach alter Rechtslage Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so war er nach ständiger Rechtsprechung des BGH wirtschaftlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner stünde.¹ Die Rechtsprechung sah damit ebenso wie die Literatur² im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung das positive oder Erfüllungsinteresse³ des Gläubigers als ersatzfähigen Schaden an und damit das haftungsbegründende Ereignis in der Verletzung der vertraglichen Leistungspflicht durch den Schuldner. Ein Recht des Gläubigers, im Rahmen seines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zwischen dem Ersatz seines negativen oder positiven Interesses zu wählen und so seine frustrierten Aufwendungen, die von seinem Ver-

¹ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (196 f.); BGH, Urteil v. 22.2.1989, BGHZ 107, 67 (69); BGH, Urteil v. 20.5.1994, BGHZ 126, 131 (134); BGH, Urteil v. 27.5.1998, NJW 1998, 2901 (2902).

² Vgl. statt vieler *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 28 II.3.; *Staudinger-Schiemann*, § 249 Rz. 194.

³ Abweichend nur das obiter dictum des BGH im Urteil v. 23.1.1996, WM 1996, 963 (966). Siehe hierzu *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 39 II.1.

trauensinteresse erfasst werden,⁴ als Nichterfüllungsschaden geltend zu machen, sah das vor der Modernisierung des Schuldrechts geltende Recht nicht vor⁵ und wurde daher von der Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt.⁶

Die Berechnung des Erfüllungsschadens erfolgte auf der im Schadensrecht zur Ermittlung von Vermögensschäden geltenden Differenzhypothese – ein rechnerischer Vergleich der Vermögenslage des Gläubigers zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs mit derjenigen, die sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Verbindlichkeit ergeben hätte.⁷ Bei Anwendung dieser Berechnungsmethode wurde der Schaden von den Zwecken, zu denen der Geschädigte sein Vermögen eingesetzt hat, abstrahiert.⁸ Dies bedeutet, dass die mit den Aufwendungen initiierte Möglichkeit der Erreichung eines vom Gläubiger bestimmten Zwecks bei der Berechnung seines Vermögens unberücksichtigt blieb. Damit waren bei Anwendung der Differenzhypothese weder die Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Erfüllung seines Anspruchs gemacht hatte, noch die Verfehlung des mit den Aufwendungen verfolgten Zweckes als positiver Erfüllungsschaden ersatzfähig. Neben dem Einwand der fehlenden Kausalität, den die Rechtsprechung unabhängig von der konkreten Zwecksetzung der frustrierten Aufwendungen erhob, stand deren Ersatzfähigkeit nach Ansicht der Rechtsprechung zusätzlich die Vorschrift des § 253 BGB entgegen, wenn der Gläubiger mit der ihm versprochenen Leistung ideelle Zwecke verfolgte.

1. Kausalitätseinwand

Die – in den Vorschriften zum Schadensersatz nicht festgeschriebene⁹ – Differenzmethode zur Ermittlung des positiven Interesses erfasst nach der Rechtsprechung des BGH wie jeder Schadensersatzanspruch¹⁰ begriffsnotwendig das Erfordernis der Kausalität zwischen haf-

⁴ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (201); BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442 (443); *Lange*, Schadensersatz, § 6 IV.; *Stoll*, FS Deutsch, 367.

⁵ *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 39 II.2., wengleich *Huber*, aaO, § 39 II.5., bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen den Ersatz des Vertrauensinteresses nach Treu und Glauben befürwortet; *Faust* in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 3. A.A. *Wiedemann/Müller*, JZ 1992, 468; *Müller-Laube*, JZ 1995, 545; *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rz. 42 ff.; *Staudinger-Otto*, § 329 Rz. 90.

⁶ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (201).

⁷ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (196 f.); BGH, Urteil v. 6.6.1997, BGHZ 136, 52 (54); BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

⁸ *Larenz*, FG Oftinger, 152.

⁹ BGH, Beschluss v. 9.7.1986, NJW 1987, 50 (51); *Larenz*, FG Oftinger, 153; *Müller*, Aufwendungsersatz, 59.

¹⁰ *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rz. 97 ff.; *Palandt-Heinrichs*, Vorb § 249 Rz. 54; *Staudinger-Schiemann*, § 249 Rz. 8.

tungsbegründendem Umstand und dadurch eingetretener Vermögensminderung.¹¹ Sieht man in dem Inhalt eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausschließlich das positive Interesse des Gläubigers, so ist haftungsbegründender Umstand allein die Verletzung der Vertragspflicht durch den Schuldner, nicht etwa das Hervorrufen von später enttäuschem Vertrauen. Frustrierte Aufwendungen werden vom Gläubiger jedoch nur in der (noch) bestehenden Erwartung einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung und damit regelmäßig vor dieser Pflichtverletzung gemacht. Selbst wenn sie zeitlich nach der Pflichtverletzung erbracht werden, erfolgt dies – Unkenntnis des Gläubigers von der Pflichtverletzung vorausgesetzt – gerade in Hinblick auf den Erhalt der Leistung und die Aufwendungen fallen damit auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Schuldner an. Konsequenterweise konnten nach ständiger Rechtsprechung des BGH frustrierte Aufwendungen des Gläubigers mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs mit der haftungsbegründenden Pflichtverletzung auf der Grundlage der im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung angewendeten Differenzhypothese nicht zum ersatzfähigen Schaden gehören.¹²

2. Einwand des § 253 BGB bei immaterieller Zwecksetzung

In der zum Ersatz von frustrierten Aufwendungen bei immateriellen Vertragszwecken entscheidenden **Stadthallen-Entscheidung**,¹³ in der eine politische Partei, die mit einer Stadt einen Mietvertrag über die Nutzung der Stadthalle zu Vortragszwecken abgeschlossen hatte, nach Erfüllungsverweigerung durch die Stadt im Wege ihres Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrags den Ersatz ihrer Aufwendungen verlangte, die sie im Vertrauen auf die Durchführung der geplanten Veranstaltung gemacht hatte, stützte der BGH seine Ablehnung einer Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen als Schaden bei immaterieller Zwecksetzung des Vertrags auf Seiten des Gläubigers neben dem Argument des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs zusätzlich auf die Vorschrift des § 253 BGB. Dabei scheint es auf den ersten Blick befremdlich, tatsächlich erbrachte, in Geld leicht quantifizierbare Aufwendungen als immateriellen Schaden anzusehen. In seiner Begründung führt der BGH jedoch aus, dass die Aufwendungen selbst mangels Kausalitätsverhältnis mit dem haftungsbegründenden Ereignis nicht als Schaden angesetzt werden könnten, sondern der Scha-

¹¹ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (196); BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

¹² BGH, Urteil v. 21.4.1978, BGHZ 71, 234 (238); BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (197); BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

¹³ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

den lediglich in der Vereitelung des mit ihnen verfolgten Zwecks zu sehen wäre. Die Vereitelung des mit den Aufwendungen verfolgten immateriellen Zwecks infolge der Pflichtverletzung des Schuldners sei jedoch ein immaterieller Schaden und damit nach der Wertung des § 253 BGB nicht entschädigungsfähig.¹⁴

Mit dieser Entscheidung trat der BGH ausdrücklich auch den Stimmen entgegen, die auf Grundlage der auf v. *Tuhr* zurückgehenden¹⁵ und in Rechtsprechung und Lehre überwiegend abgelehnten¹⁶ Frustrationslehre im Falle frustrierter Aufwendungen den Schaden nicht in den Aufwendungen selbst, sondern in dem Verlust der mit den Aufwendungen in Gang gesetzten Kompensationsmöglichkeit sah.¹⁷

II. Rentabilitätsvermutung – Anbindung nutzloser Aufwendungen an das positive Interesse des Gläubigers

Das Reichsgericht und später der BGH haben die durch eine konsequente Anwendung der Differenzhypothese entstandenen Ergebnisse mit Hilfe der sogenannten *Rentabilitätsvermutung* korrigiert, indem sie nutzlose Aufwendungen des Gläubigers in Bezug zu dessen materiellem positiven Interesse gestellt und sie auf diesem Wege im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ersatzfähig gemacht haben.

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Schon früh hat das Reichsgericht dem Gläubiger eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung das Recht zuerkannt, seine Aufwendungen, die er mit Rücksicht auf den Vertrag gemacht hat, als Mindestschaden anzusetzen.¹⁸ Anlass dieser Rechtsprechung war die

¹⁴ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (198). Einen Ersatz frustrierter Aufwendungen im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung hat das OLG Köln, Urteil v. 16.9.1993, NJW-RR 1994, 687, einem Kläger zugesprochen, der mit der Leistung des Schuldners lediglich immaterielle Zwecke verfolgte. Allerdings hat das Gericht hierbei aufgrund der besonderen Umstände des Sachverhalts angenommen, die Vertragsparteien hätten die Regelung des § 253 BGB abbedungen und sich darauf geeinigt, die nutzlosen Aufwendungen des Klägers in vollem Umfang bei der Bewertung seines Erfüllungsinteresses als rentabel zu behandeln.

¹⁵ V. *Tuhr*, KritVJSchr 47 (1906), 63 (65); *ders.*, Allgemeiner Teil, 1910, 320, Fn. 33 a.

¹⁶ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (199); *Müller*, Aufwendungsersatz, 55 mwN.

¹⁷ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I 2, § 31 III.1., der die Frustration von Aufwendungen als einen Fall der Nutzungsbeeinträchtigung begreift; *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 II c.

¹⁸ RG, Urteil v. 2.2.1904, JW 1904, 140 (140); RG, Urteil v. 13.3.1913, JW 1913, 595 (596); RG, Urteil v. 8.12.1926, SeuffA Bd. 81, Nr. 216, 359 (360); RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248) spricht von einem „ersten handgreiflichen Schaden“.

Erkenntnis, dass der Gläubiger seine eigene Vorleistung im Wege eines Schadensersatzanspruchs mangels Kausalität zur Verletzung der Vertragspflicht nicht hätte zurückverlangen können und statt dessen auf den Rücktritt hätte ausweichen müssen.¹⁹ Der Mindestschaden erfasste nach der Rechtsprechung des RG sowohl die eigene (Vor-)Leistung des Gläubigers²⁰ als auch sonstige Aufwendungen, die er im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Leistung des Schuldners gemacht hatte.²¹ Dabei stellte das RG ausdrücklich klar, dass man daraus nicht schließen könne, der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasse das negative Interesse.²²

Diese Rechtsprechung basierte einerseits auf der widerleglichen Vermutung, dass bei der Schadensersatzberechnung davon auszugehen sei, Leistung und Gegenleistung stünden sich nach dem Parteiwillen als wirtschaftlich äquivalent gegenüber.²³ Andererseits konnte der Gläubiger geltend machen, dass er jede andere Aufwendung, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hatte, unter dem Gesichtspunkt ersetzt verlangen kann, dass er sie mit der Leistung wieder eingebracht, sie sich demnach rentiert hätte.²⁴

Die Rentabilitätsvermutung darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass durch sie die Aufwendungen selbst der ersatzfähige Schaden sind. Vielmehr wird bei dieser Figur vermutet, dass der beim Gläubiger eingetretene Schaden in Höhe der zuvor erbrachten Aufwendungen besteht. Die Aufwendungen dienen also lediglich als Berechnungsposten zur Schadensermittlung.

¹⁹ RG, Urteil v. 13.3.1913, JW 1913, 595 (596); RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248); RG, Urteil v. 8.12.1926, SeuffA Bd. 81, Nr. 216, 359 (360).

²⁰ RG, Urteil v. 2.2.1904, JW 1904, 140 (140); RG, Urteil v. 12.4.1912, JW 1912, 686; RG, Urteil v. 13.3.1913, JW 1913, 595 (596); RG, Urteil v. 8.12.1926, SeuffA Bd. 81, Nr. 216, 359 (360); RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248).

²¹ RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248); RG, Urteil v. 2.2.1904, JW 1904, 140 (140): Vertragskosten.

²² RG, Urteil v. 8.12.1926, SeuffA Bd. 81, Nr. 216, 359 (360); RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248).

²³ RG, Urteil v. 13.3.1913, JW 1913, 595 (596).

²⁴ RG, Urteil v. 19.2.1930, RGZ 127, 245 (248).

2. Fortführung und Weiterentwicklung der Rentabilitätsvermutung durch den BGH

Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung des Reichsgerichtes im Wesentlichen übernommen.²⁵ Zugleich wurde die Rentabilitätsvermutung durch entscheidende Differenzierungen hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches und damit dem Umfang der ersatzfähigen Aufwendungen unter der Ägide des BGH fortentwickelt.

a) Die Architekten-Entscheidung

Einen allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch auf Grundlage der Rentabilitätsvermutung lehnte der BGH ausdrücklich ab. Dies ergab sich zunächst aus der **Architekten-Entscheidung**,²⁶ in der der BGH einem Architekt, der zu Unrecht von einem Wettbewerb ausgeschlossen worden war, den Ersatz seiner Aufwendungen für die Entwürfe, die er im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Ausschreibung erstellt hatte, versagte. Als Begründung führte das Gericht an, dass die Rentabilitätsvermutung, die sich auf eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung stütze, nicht anwendbar sei, weil im Rahmen eines Preisausschreibens als einseitigem Vertrag denklogisch kein Konsens der Vertragspartner über eine Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung bestehen könne. Den Aufwendungen der Teilnehmer eines Preisausschreibens stünde lediglich die *Chance* auf deren Rentabilität in Form eines Gewinns gegenüber.²⁷

b) Die Interventionsware-Entscheidung

Hatte der dem vorgenannten Urteil zugrunde liegende Sachverhalt noch Ausnahmecharakter, weil Aufwendungen in Rahmen der Vorbereitung einer Ausschreibung zur Diskussion standen, so konkretisierte der BGH seine Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Rentabilitätsvermutung in seiner **Interventionsware-Entscheidung**²⁸ dahingehend, dass die Rentabilitätsvermutung nicht gelte, wenn auch bei Erhalt der Leistung ein Gewinn aus einer Wei-

²⁵ Siehe dazu BGH, Urteil v. 28.5.1969, WM 1969, 835 (836); BGH, Urteil v. 22.9.1971, BGHZ 57, 78 (80); BGH, Urteil v. 21.4.1978, BGHZ 71, 234 (238) (Anwendung der Rentabilitätsvermutung im Rahmen des Verzugschadens; dagegen Staudinger-*Schiemann*, § 249 Rz. 127); BGH, Urteil v. 18.6.1979, NJW 1979, 2034 (2035); BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442 (444); BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (197 f.); BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (Leitsatz); BGH, Urteil v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96 (99); BGH, Urteil v. 18.6.1997, BGHZ 136, 102 (105); BGH, Urteil v. 25.3.1998, BGHZ 138, 195 (209); BGH, Urteil v. 22.10.1999, BGHZ 143, 41 (Leitsatz); BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

²⁶ BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442.

²⁷ BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442 (443 f.).

²⁸ BGH, Urteil v. 18.9.1985, NJW 1986, 659.

terveräußerung nicht zu erwarten wäre.²⁹ Ausgangspunkt dieser Entscheidung war die Frage, ob die staatliche Interventionsstelle, die zu festgelegten Interventionspreisen Waren an- und verkauft, im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch Ersatz der für die Vertragserfüllung angefallenen Finanzierungskosten verlangen kann. Der BGH begründete die Ablehnung eines Ersatzes dieser frustrierten Aufwendungen damit, dass die von der Interventionsstelle abgeschlossenen Geschäfte von vornherein nicht auf Gewinnerzielung gerichtet waren und die Rentabilitätsvermutung daher nicht eingreifen könne. Mit dieser Entscheidung wird deutlich, dass der BGH bei der Begründung der dogmatischen Grundlage der Rentabilitätsvermutung unterschiedliche Wege ging. Stellte er in seinem **Architekten-Urteil** die Rentabilitätsvermutung noch auf die Grundlage einer nach dem Parteiwillen bestehenden Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung, so klang in der **Interventionsware-Entscheidung** die Überlegung an, dass der Wert der frustrierten Aufwendungen im Rahmen der Rentabilitätsvermutung als entgangener Gewinn angesetzt werde. Ob diese Konzeptionen reibungslos nebeneinander bestehen können, ist jedoch eine Frage der Kritik der Rentabilitätsvermutung³⁰ und bleibt in diesem Kapitel, dass lediglich die Ursprünge des § 284 BGB beschreiben soll, unberücksichtigt.

c) Das Stadthallen-Urteil

Seine Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Rentabilitätsvermutung hat der BGH in der **Stadthallen-Entscheidung**³¹ konsequent fortgeführt. Der erkennende Senat stellte in diesem Urteil fest, dass bei Aufwendungen, die zu immateriellen Zwecken durch den Gläubiger gemacht werden, die Vermutung einer Amortisation durch den Erhalt der Leistung nicht bestünde und die Rentabilitätsvermutung in solchen Fällen damit keine Anwendung fände.³² Der positive Schaden bestehe in diesen Fällen in der Vereitelung des mit den Aufwendungen verfolgten Zwecks. Dieser Schaden sei jedoch immaterieller Natur und damit nach der Wertung des § 253 BGB nicht entschädigungsfähig.³³ Auch eine normative Korrektur dieses Ergebnisses hat der BGH in diesem Fall mit der Begründung abgelehnt, dass mit einem Scha-

²⁹ BGH, Urteil v. 18.9.1985, NJW 1986, 659 (Leitsatz).

³⁰ Siehe dazu im fünften Abschnitt A.

³¹ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

³² BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (198).

³³ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (198). Missverständlich ist dieser Gedanke des BGH dahingehend, dass von einer Ersatzunfähigkeit des immateriellen Schadens die Rede ist (ebenso BGH, Urteil v. 26.9.1997, ZIP 1998, 154 (156)). § 253 BGB stellt jedoch lediglich klar, dass eine Entschädigung in Geld nur bei materiellen Schäden möglich ist. Immaterielle Schäden sind demnach grundsätzlich nur im Wege der Naturalrestitution ersatzfähig (vgl. dazu MünchKomm-Oetker, § 253 Rz. 3; Staudinger-Schiemann, § 253 Rz. 9).

densersatzanspruch die Vermögenseinbußen des Gläubigers ausgeglichen werden sollen, ihm jedoch kein Strafcharakter zukäme.³⁴

d) Die Diskotheken-Entscheidung

Aber auch für den Fall, dass der Gläubiger mit der ihm versprochenen Leistung kommerzielle Ziele verfolgt, schränkte der BGH in seiner **Diskotheken-Entscheidung**³⁵ die Reichweite der Rentabilitätsvermutung ein. Dieses Urteil erging, nachdem die Käuferin eines Grundstücks, auf dem sie eine Diskothek betreiben wollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangte, weil dem Grundstück eine für den Betrieb der Diskothek erforderliche vertraglich zugesicherte Eigenschaft fehlte. Da die Rentabilitätsvermutung auf der Annahme einer dem Parteiwillen entsprechenden Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung basiere, könne ein wirtschaftlicher Gegenwert einer Aufwendung nur dann vermutet werden, wenn sie zumindest in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung stehe.³⁶ Demnach hielt das Gericht die dem Gläubiger entstandenen Vertragsabschlusskosten sowie Erschließungskosten, Grundsteuer, Brandversicherung und Vermessungskosten für ersatzfähig. Aufwendungen für den Umbau der Diskothek und die Finanzierung des Erwerbs, die sich aufgrund von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten ergaben, die aber dennoch im Vertrauen auf den ordnungsgemäßen Erhalt der Leistung gemacht wurden, seien dagegen aufgrund ihrer Stellung außerhalb des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht von der Rentabilitätsvermutung erfasst.³⁷

Gleichzeitig stellte der BGH in dieser Entscheidung klar, dass die Rentabilitätsvermutung, die nur Aufwendungen erfasst, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Austausch der vertraglich vereinbarten Leistungen stehen, nicht mit Umständen widerlegt werden könne, die außerhalb des Synallagmas liegen.³⁸

³⁴ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (202).

³⁵ BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193.

³⁶ BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (199 f.), bestätigt in BGH, Urteil v. 22.10.1999, BGHZ 143, 41, (48 f.).

³⁷ BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (200).

³⁸ BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (197).

e) Entscheidungen zur Widerlegung der Rentabilitätsvermutung

Auch nach der **Diskothecken–Entscheidung** hat der BGH seine Position zur Rentabilitätsvermutung weiter differenziert. In dem **Verbrauchermarkt–Urteil**,³⁹ dem der Fall zugrunde lag, dass ein Mieter von Geschäftsräumen, der mit dem Vermieter ein bedingtes Rücktrittsrecht beider Vertragsparteien vereinbart hatte, nach Nichterfüllung durch den Vermieter den Ersatz seiner Ausgaben für den Makler verlangte, führte der BGH aus, dass die Rentabilitätsvermutung auch dann widerlegt sei, wenn dem Schuldner ein vertragliches Rücktrittsrecht zustehe.⁴⁰ Der Gläubiger habe dann nämlich keine hinreichende Sicherheit, dass sich seine Aufwendungen, die er vor Überlassung der Mietsache vornehme, durch die Vorteile, die die Erfüllung durch den Schuldner mit sich bringt, amortisieren.⁴¹ Gemäß einer späteren Entscheidung zur Widerlegung der Rentabilitätsvermutung,⁴² in der der Käufer eines Grundstücks Aufwendungen zu einem Zeitpunkt vorgenommen hatte, zu dem der Kaufvertrag aufgrund der fehlenden Vollmacht des Vertreters des Verkäufers noch schwebend unwirksam war, stellte der BGH allerdings fest, dass im Falle einer späteren Genehmigung des Vertrags durch den Vertretenen die Rentabilitätsvermutung nicht widerlegt sei, weil der zunächst schwebend unwirksame Vertrag durch die Genehmigung des Verkäufers rückwirkend (vgl. § 184 Abs. 1 BGB) wirksam werde.⁴³

III. Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung

Fasst man diese Entwicklung der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung zusammen, so zeigt sich, dass der Gläubiger auch im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen konnte, solange zwischen den Parteien ein synallagmatischer Vertrag bestand, der Gläubiger mit der erhofften Leistung kommerzielle Zwecke verfolgte und die Aufwendungen in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung standen. Wenn die Grundsätze der Rentabilitätsvermutung eingriffen, waren frustrierte Aufwendung nicht nur Bestandteil des negativen sondern auch des materiellen positiven Interesses des Gläubigers.

³⁹ BGH, Urteil v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96.

⁴⁰ BGH, Urteil v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96 (Leitsatz).

⁴¹ BGH, Urteil v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96 (101).

⁴² BGH, Urteil v. 26.3.1999, NJW 1999, 2269.

⁴³ BGH, Urteil v. 26.3.1999, NJW 1999, 2269 (2269).

B. Vom Kommissionsentwurf zum Gesetz

Die Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung führte nach Ansicht der Schuldrechtskommission und der gesetzesschöpfenden Bundesregierung zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung des Gläubigers, der mit der Leistung keine kommerziellen Ziele verfolgt.⁴⁴ Die so entstandenen Schutzlücken sollen durch die Einführung des § 284 BGB neuer Fassung ausgefüllt werden.⁴⁵

Notwendigkeit, systematische Stellung und Inhalt eines Anspruches des Gläubigers auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, waren jedoch nicht unumstritten. § 284 BGB ist vielmehr das Endprodukt einer lange währenden Diskussion über die Notwendigkeit und Gestaltung eines Aufwendungsersatzanspruches des Gläubigers nach einer Pflichtverletzung durch den Schuldner.

I. Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts

Bereits in den im Jahre 1978 vom damaligen Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts machte *Hohloch* in seinem Gutachten zum Allgemeinen Schadensrecht den Vorschlag, nutzlose Aufwendungen im Rahmen der haftungsausfüllenden Regelungen der §§ 249 ff. BGB ersatzfähig zu machen.⁴⁶ Diesen Anspruch des Gläubigers formulierte er in dem von ihm entworfenen § 253 a BGB wie folgt:

Entschädigung kann auch für Ausgaben verlangt werden, die gemacht worden sind, um einen Vermögensschaden oder einen anderen Nachteil als Vermögensschaden zu verhindern oder zu mindern sowie für Ausgaben, die durch das Ereignis, für das ein anderer verantwortlich ist, ihr Ziel verfehlten. Der Richter kann ihren Ersatz innerhalb der Grenzen der Billigkeit anordnen.

Nach einer Umsetzung dieses Regelungsvorschlags sollte der Gläubiger eines Schadensersatzanspruches sowohl den Ersatz der Ausgaben verlangen können, die er im Hinblick auf ein zukünftiges Schadensereignis gemacht hatte, als auch derjenigen, die durch das haftungsbe gründende Ereignis ihren Zweck verfehlt haben. Offen bleibt dabei jedoch, ob der Begriff der

⁴⁴ BMJ, Abschlussbericht, 173 f.; Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 369.

⁴⁵ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 369.

⁴⁶ *Hohloch*, Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, 474.

Ausgaben demjenigen der Aufwendungen gleichzusetzen ist. Die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen unterliegt in S. 2 des Entwurfs einer Billigkeitskorrektur, wie sie auch in dem geltenden § 284 BGB zu finden ist. Sie besteht jedoch im Gegensatz zu dem heutigen § 284 BGB nicht ipso iure, sondern räumt dem Richter einen Gestaltungsspielraum zur Herstellung der Gerechtigkeit im Einzelfall ein.

Auffallend ist, dass dieser Vorschlag systematisch in die haftungsausfüllenden Normen der §§ 249 ff. BGB integriert ist. Der Aufwendungsersatzanspruch stünde danach jedem Gläubiger eines Schadensersatzanspruches zu, ohne dass es auf das haftungsbegründende Ereignis oder die Art des Schadensersatzanspruches ankäme, während nach geltender Rechtslage der Gläubiger nur dann einen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, wenn ihm gegen den Schuldner ein Anspruch auf *Schadensersatz statt der Leistung* zusteht, der ein schon bestehendes Schuldverhältnis und neben einer schuldhaften Pflichtverletzung besondere hinzutretende Umstände voraussetzt, vgl. §§ 281 ff. BGB. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht der Anspruch aus § 284 BGB grundsätzlich nur alternativ („*statt Schadensersatz statt der Leistung*“), nicht jedoch kumulativ zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.⁴⁷

Leider findet sich in dem angesprochenen Gutachten keine ausführliche Begründung zu Inhalt und Systematik seines Regelungsvorschlags zu frustrierten Ausgaben. Der Autor verweist lediglich darauf, dass nichts dagegen stünde, einen schadensrechtlichen Aufwendungsersatz auf frustrierte Aufwendungen auszudehnen.⁴⁸

II. Kommissionsentwurf

Auch in dem Abschlussbericht der 1984 eingesetzten Schuldrechtskommission, der zugleich den Entwurf eines neuen Schuldrechts enthält (im Folgenden KE), findet sich ein Regelungsvorschlag, der dem Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen zubilligt. So enthielt § 327 BGB-KE folgende Regelung:⁴⁹

⁴⁷ Vgl. zu den Einschränkungen des Alternativverhältnisses unten im vierten Abschnitt C.I.1.

⁴⁸ Hohloch, Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, 425.

⁴⁹ BMJ, Abschlussbericht, 173.

(1) Nach dem Rücktritt kann der Gläubiger Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Nichtausführung des Vertrags entsteht. Er kann statt dessen auch Ersatz des Schadens verlangen, der ihm daraus entsteht, dass er auf die Ausführung des Vertrags vertraut hat.

(2) ...

§ 327 Abs. 1 S. 2 BGB-KE sollte demnach einen Anspruch des Gläubiger auf Ersatz seines Vertrauensschadens normieren. Dieser Anspruch stand in einem Alternativverhältnis zum Schadensersatz wegen Nichtausführung aus § 327 Abs. 1 Satz 1 BGB-KE. Im Rahmen des Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens könnte der Schuldner wie aufgrund der Vorschriften der §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2, 307 Abs. 1 a.F., 309 a.F. BGB⁵⁰ neben dem entgangenen Gewinn – § 252 BGB findet auch im Rahmen des Vertrauensschadensersatzes Anwendung⁵¹ – auch den Ersatz von Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hatte. Aufgrund der systematischen Stellung des Ersatzanspruches aus § 327 Abs. 1 S. 2 BGB-KE wären nach diesem Vorschlag frustrierte Aufwendungen allerdings nur im Rahmen gegenseitiger Verträge ersatzfähig.

Als Begründung für diese Entwurfsvorschrift führt die Kommission an, dass der Gläubiger unabhängig von einer Rentabilitätsvermutung den Ersatz seiner Aufwendungen erlangen soll.⁵² Daraus geht hervor, dass der Aufwendungsersatz des Gläubigers an die als unbefriedigend empfundene Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung anknüpft.

III. Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums

Das Bundesministerium der Justiz hat in seinem ursprünglichen Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (DisKE) vom 4. August 2000 den oben dargestellten Vorschlag der Schuldrechtskommission aufgegriffen und in § 325 Abs. 1 S. 2 BGB-DisKE als Alternativanspruch zum Schadensersatz wegen Nichtausführung wortgetreu samt Begründung übernommen.⁵³

⁵⁰ Diese Vorschriften der §§ 122, 179 BGB blieben von der Modernisierung des Schuldrechts unberührt, während die in § 306 BGB alter Fassung geregelte anfängliche Unmöglichkeit in der Vorschrift des § 311 a BGB aufgegangen ist.

⁵¹ Lange, Schadensersatz, § 2 IV.1.; Soergel-Hefermehl, § 122 Rz. 4.

⁵² BMJ, Abschlussbericht, 174.

⁵³ BMJ, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (abrufbar unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/eschurmo2.pdf), 405 f.

IV. Ergebnisse der Kommission Leistungsstörungenrecht

Zu einer kritischen Überprüfung des Diskussionsentwurfes durch namhafte deutsche Rechtswissenschaftler wurden verschiedenen Arbeitsgemeinschaften und die **Kommission Leistungsstörungenrecht** gegründet. Innerhalb letztgenannter Kommission war die Arbeitsgruppe *Brambring, Ernst, Konzen* und *Teichmann* für die Würdigung des in § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB-DiskE enthaltenen Aufwendungsersatzanspruches des Gläubigers zuständig. Der von dieser Gruppe vorgelegte Änderungsvorschlag sieht eine ersatzlose Streichung des in § 325 Abs. 1 Satz 2 DiskE vorgesehenen Aufwendungsersatzanspruches vor.⁵⁴

Auf Grundlage eines von *Canaris* vorgelegten Arbeitspapiers⁵⁵ wurde der Gedanke eines Aufwendungsersatzanspruches für den Gläubiger jedoch von der Kommission Leistungsstörungenrecht wieder aufgenommen und in einen Regelungsvorschlag eines § 284 BGB (im Folgenden § 284 BGB-KL), der dem heutigen § 284 BGB entspricht, umgesetzt.⁵⁶

Mit diesem Vorschlag der Kommission Leistungsstörungenrecht wurde also der ursprünglich in dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz verwendete Begriff des Schadensersatzes durch denjenigen des Aufwendungsersatzes ersetzt. Darüber hinaus wurde der Aufwendungsersatz systematisch abweichend von dem Diskussionsentwurf, in dem durch die Normierung in § 325 BGB-DiskE der Anspruch des Gläubigers auf das negative Interesse in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung auf gegenseitige Verträge beschränkt war, in § 284 BGB-KL geregelt. Durch die nun erfolgte Positionierung wäre der Aufwendungsersatzanspruch des Gläubigers auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und gesetzliche Ansprüche anwendbar.

Neben der Einführung des Aufwendungsbegriffes und der systematischen Neuausrichtung im Vergleich zu § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB-DiskE wurde in die Formulierung des § 284 BGB-KL die Billigkeitskorrektur sowie der Zusatz aufgenommen, dass die Aufwendungen nur dann ersatzfähig sind, wenn sie ihren Zweck nicht auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners verfehlt hätten.

⁵⁴ Unveröffentlichtes Manuskript.

⁵⁵ Unveröffentlichtes Arbeitspapier.

⁵⁶ *Canaris*, JZ 2001, 516.

Protokolle über den Gang der Diskussionen in der Kommission Leistungsstörungenrecht, die zum Regelungsvorschlag des § 284 BGB-KL führten, sind nicht öffentlich zugänglich, so dass auf die Motive, die hinter den Änderungen des als Grundlage dienenden § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB-DiskE standen, nur aus der Begründung des Bundesministeriums der Justiz geschlossen werden kann.⁵⁷

V. Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes

Die vom Bundesjustizministerium herausgegebene Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁵⁸ (im Folgenden KF), die auf Grundlage des ursprünglichen Diskussionsentwurfes und der dazu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Beratungen der Arbeitsgemeinschaften zu den einzelnen Komplexen und der Kommission Leistungsstörungenrecht erfolgte, hat § 284 BGB-KL wortlautgetreu in § 284 BGB-KF übernommen.

Mit der Einschränkung in HS 2 der Vorschrift sollte nach der Begründung des Bundesjustizministeriums vermieden werden, dass der Gläubiger verfehlte Investitionen auf den Schuldner abwälzt.⁵⁹ Welcher Funktion die Aufnahme der Billigkeitskorrektur in den Wortlaut der Vorschrift zukommt, geht aus der Begründung allerdings nicht hervor. Die Neupositionierung des Aufwendungsersatzanspruches im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht wird mit der Erwägung begründet, dass der Schuldner, der in zu vertretender Weise seine Leistungspflicht verletzt, unabhängig von dem Vorliegen eines gegenseitigen Vertrags keines Schutzes bedürfe.⁶⁰

⁵⁷ Siehe dazu im Folgenden.

⁵⁸ Abrufbar unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/schuldrechtsreform_kf.pdf

⁵⁹ BMJ, Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 13.

⁶⁰ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 376.

Die Abgeordneten des Bundestages, die neben anderen Initiatoren des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens zu dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz waren, haben in ihrer Vorlage § 284 BGB-KF als § 284 BGB übernommen.⁶¹

VI. Förmliches Gesetzgebungsverfahren

Im förmlichen Gesetzgebungsverfahren nach den Art. 76 ff. GG erfuhr § 284 BGB-KF keine weiteren Änderungen. In der ersten Lesung der Gesetzesvorlagen im Bundestag am 18. Mai 2001⁶² bzw. am 27. September 2001⁶³ wurde auf einzelne Vorschriften der Gesetzesentwürfe nicht eingegangen.

Sowohl in der Stellungnahme des Bundesrates gemäß Art. 76 Abs. 2 GG vom 13. Juli 2001⁶⁴ als auch in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 25. September 2001⁶⁵ wurde § 284 BGB in der Form der Konsolidierten Fassung kommentarlos übernommen.⁶⁶ In der zweiten Beratung im Bundestag am 11. Oktober 2001⁶⁷ wurden dann vereinzelt Fragen zu der Handhabung des neuen § 284 BGB aufgeworfen;⁶⁸ ernsthafte Kritik an dieser Vorschrift wurde in der Debatte jedoch nicht vorgetragen.

Mit der Schlussabstimmung nach der ebenfalls am 11. Oktober 2001 erfolgten Dritten Lesung wurde der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts und mit ihm § 284 BGB neuer Fassung mehrheitlich vom Bundestag angenommen.⁶⁹

⁶¹ Es lagen dem Bundestag zwei gleichlautende Gesetzesvorlagen zur Modernisierung des Schuldrechts vor: Eine aus der Mitte des Bundestages gemäß Art. 76 Abs. 1 GG i.V.m. § 76 GO BT, BT Drucksache 14/6040, und diejenige der Bundesregierung nach Art. 76 Abs. 1 GG, BT Drucksache 14/6857. In letzterer wird hinsichtlich des Textes der eingebrachten Gesetzesvorschläge auf denjenigen der Vorlage der Abgeordneten verwiesen, BT Drucksache 14/6857, S. 5.

⁶² Zur Vorlage aus der Mitte der Bundestages, Protokoll der 171. Sitzung, Plenarprotokoll 14/171, S. 16719 ff.

⁶³ Zur Vorlage der Bundesregierung, Protokoll der 190. Sitzung, Plenarprotokoll 14/190, S. 18551. Es erfolgte lediglich eine Überweisung der Vorlage an verschiedene Ausschüsse, von denen der Rechtsausschuss federführend war.

⁶⁴ BR Drucksache 338/01 (Beschluss).

⁶⁵ BT Drucksache 14/7100; für den Gesetzesentwurf aus der Mitte des Bundestages siehe BT Drucksache 14/7052.

⁶⁶ Folglich bestand kein Bedarf der Bundesregierung, in ihrer Gegenäußerung auf § 284 BGB einzugehen, vgl. BR Drucksache 338/01.

⁶⁷ Die zweite und dritte Beratung für die Gesetzentwurf der Bundesregierung und demjenigen aus der Mitte des Bundestages erfolgten gleichzeitig in der 192. Sitzung des Bundestages vom 11. Oktober 2001.

⁶⁸ BT, 14. Wahlperiode, Protokoll der 192. Sitzung, Plenarprotokoll 14/192, S. 18760.

⁶⁹ BT, 14. Wahlperiode, Protokoll der 192. Sitzung, Plenarprotokoll 14/192, S. 18765.

Der Bundesrat verzichtete in seiner Sitzung vom 9. November 2001 auf eine Anrufung des Vermittlungsausschusses für das nicht zustimmungsbedürftige Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.⁷⁰ Nach Verkündung der Neufassung des BGB im Bundesgesetzblatt⁷¹ konnte das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und mit ihm die Regelung des § 284 BGB zum 1. Januar 2002 in Kraft treten.⁷²

C. Ergebnis des ersten Abschnitts

Der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 284 BGB dem Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen zur Seite gestellt, der unabhängig von den Voraussetzungen der von der Rechtsprechung praktizierten und als unbefriedigend empfundenen Rentabilitätsvermutung eingreifen soll. Bei der Formulierung der Vorschrift ist er jedoch bewusst von den ursprünglichen Vorschlägen der Schuldrechtskommission abgewichen, dem Gläubiger im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz ein Wahlrecht zwischen seinem positiven und negativen Interesse einzuräumen. Statt dessen hat der Gesetzgeber den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen als Aufwendungsersatzanspruch formuliert und darüber hinaus nicht im Allgemeinen Schadensrecht, sondern im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht positioniert.

⁷⁰ BR, Protokoll der 769. Sitzung, S. 599.

⁷¹ BGBl 2001 I, 3138.

⁷² Zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. Art. 2 § 5 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes.

2. Abschnitt: Die dogmatische Konzeption des § 284 BGB

Unterzieht man § 284 BGB einer Untersuchung im Hinblick auf seine systematische Einordnung und dogmatische Konzeption, so ergibt sich, dass diese Vorschrift den Schadensersatzanspruch des Gläubigers nach einer Pflichtverletzung durch den Schuldner ausfüllend bestimmt. § 284 BGB ist damit nicht ein Aufwendungsersatz *sui generis*, sondern eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit, statt der vom Schuldner ursprünglich zu erbringenden Leistung sein Frustrationsinteresse zu liquidieren.

In Bezug auf ihre tatbestandlichen Voraussetzungen lässt sich die Regelung des § 284 BGB als zweistufige Vorschrift qualifizieren.

A. Der haftungsbegründende Tatbestand

Auf der ersten Stufe der Norm muss zunächst deren Anwendungsbereich eröffnet sein. Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift dann der Fall, wenn der Schuldner Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Unerheblich ist dabei der konkrete den Schadensersatzanspruch begründende Umstand, der in § 284 BGB keine Erwähnung findet. Wie sich aus den §§ 281 ff. BGB ergibt, kann dies sowohl die Folge einer Verletzung von Primärleistungspflichten als auch von Nebenpflichtverletzungen sein.

Dieser haftungsbegründende Teil des Tatbestandes bedient sich daher einer mit den §§ 249 ff. BGB vergleichbaren Verweisungstechnik. § 284 BGB bezieht sich also zu einer näheren Bestimmung seiner tatbestandlichen Voraussetzungen auf haftungsbegründender Ebene auf andere Rechtsnormen, so dass er wie die §§ 249 ff. BGB¹ als unvollständiger Rechtssatz zu qualifizieren ist.

B. Der haftungsausfüllende Tatbestand

Während jedoch für die Bestimmung von Inhalt und Umfang des mit dem Schadensersatz statt der Leistung, der im Wesentlichen dem vormalig im BGB verwendeten Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung entspricht² und dem Gläubiger damit das positive oder

¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, 81.

² Regierungsbegründung, BT, Drucksache 14/6040, S. 137 = Schmidt-Räntsch, Schuldrecht, Rz. 325; Lorenz/Riehm, Schuldrecht, Rz. 257; AnwKom-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rz. 36 mwN.

Erfüllungsinteresse gewährt,³ auf die Regelungen der §§ 249 ff. BGB rekuriert werden muss, legt § 284 BGB auf einer zweiten Stufe genaue Voraussetzungen für den Umfang des Ersatzanspruches fest. Die im Wege des § 284 BGB geltend gemachten Aufwendungen muss der Gläubiger danach im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht haben und auch billigerweise gemacht haben dürfen. Durch die Pflichtverletzung des Schuldners muss weiterhin die Frustration der Aufwendungen eingetreten sein. § 284 2. HS BGB stellt für das dabei erforderliche Kausalitätsverhältnis klar, dass Aufwendungen dann nicht ersatzfähig sind, wenn deren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht eingetreten wäre. Der Gesetzgeber hat damit in § 284 BGB sowohl haftungsbegründende als auch haftungsausfüllende Tatbestandsmerkmale miteinander kombiniert.

C. § 284 BGB als alternative Berechnungsmethode zum Schadensersatz statt der Leistung

§ 284 BGB begründet dabei jedoch nicht eine neue Anspruchsart des Gläubigers nach einer schuldhaften Pflichtverletzung durch den Schuldner, sondern schafft lediglich eine neue Alternative, wie der Schadensersatzanspruch des Gläubigers auszufüllen ist.

Geht man zunächst vom Wortlaut der Vorschrift aus, so lässt sich nicht eindeutig schließen, ob § 284 BGB ein Aufwendungsersatzanspruch *sui generis*⁴ oder eine davon streng zu unterscheidende schadensersatzrechtliche Haftungsausfüllungsvorschrift⁵ ist. Dass diese Frage nicht rein theoretischer Natur ist, ergibt sich schon aus der Norm des § 475 Abs. 3 BGB. Sieht man in § 284 BGB eine schadensrechtliche Haftungsausfüllung, so kann der Ersatz frustrierter Aufwendungen im Rahmen der in der Praxis häufig auftretenden Verbrauchsgüterkäufe grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen werden. Versteht man § 284 BGB dagegen als Anspruchsgrundlage eigener Art, so besteht diese Möglichkeit nicht.

³ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 181; Palandt-*Heinrichs*, § 281 Rz. 17.

⁴ So *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 2, der aber bei Kap. 4 Rz. 4 den Ersatz frustrierter Aufwendungen auch als ein mögliches Ergebnis der Schadensberechnung sieht; widersprüchlich *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 228 f., wo zunächst die Rechtsnatur des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch und damit die direkte Anwendung von § 254 BGB in Frage gestellt, sodann aber ohne nähere Begründung die Anwendung der Differenzhypothese angenommen wird; unklar *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 1, der in § 284 BGB eine „Anspruchsgrundlage“ aber zugleich eine Durchbrechung des § 253 BGB sieht.

⁵ *Canaris*, DB 2001, 1820; *Ehmann/Sutschet*, Schuldrecht, 120; *Grigoleit*, ZGS 2002, 124; *Schwarze*, Jura 2002, 80; *Graf v. Westphalen*, BB 2002, 213; *Westermann-Schultz*, Schuldrecht, 68; *Köhler/Fritzsche*, Schuldrecht, Fall 7 Rz. 4; angedeutet bei *Medicus* in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht, Kap. 3 Rz. 61, der von der Anwendbarkeit der „Kausalitätslehre des Schadensrechts“ ausgeht.

Zwar deuten auf den ersten Blick die Verwendung des Begriffes der „Aufwendung“ und die Formulierung „*statt Schadensersatz statt der Leistung*“ darauf hin, dass § 284 BGB einen zu einem Schadensersatzanspruch alternativen Aufwendungsersatzanspruch eigener Art begründet. Zwingend ist diese Interpretation jedoch nicht. So sind auch im Rahmen von Schadensersatzansprüchen, insbesondere in Form des Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens, Aufwendungen des Gläubigers ersatzfähig. Darüber hinaus könnte die sich aus dem Wort „*statt*“ ergebende Alternativität auch bedeuten, dass § 284 BGB ein Alternativanspruch zum Schadensersatz *statt der Leistung*, nicht jedoch zu jeglichem Schadensersatz ist.

Für das Verständnis des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch spricht vielmehr, dass die haftungsbegründenden Voraussetzungen mit denjenigen des Schadensersatzes *statt der Leistung* identisch sind. Auch deutet die systematische Stellung des § 284 BGB unmittelbar im Zusammenhang mit den Schadensersatzansprüchen des Gläubigers auf dessen schadensrechtliche Natur hin.

Darüber hinaus finden sich in der Begründung des Gesetzgebers Hinweise, dass § 284 BGB als eine schadensrechtliche Haftungsausfüllung konzipiert ist. Dort heißt es, dass mit der Möglichkeit einer Kumulierung von Schadensersatz und Rücktritt die Fälle, in denen *frustrierte Aufwendungen als Schaden* ersetzt verlangt würden, häufiger aufträten⁶ oder dass § 284 BGB eine Ergänzung der allgemeinen Regeln über den Schadensersatz sei.⁷ Dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der Norm von dem Begriff des Schadens Abstand genommen hat und den sich aus § 284 BGB ergebenden Aufwendungsersatz als zum Schadensersatz *statt der Leistung* alternativen, nicht jedoch kumulativen Anspruch des Gläubigers gestaltet hat, dient der Einschränkung des Ersatzanspruches auf die tatsächlich erbrachten Aufwendungen, ohne einen entgangenen Gewinn des Gläubigers zu berücksichtigen⁸ und ändert nichts an der haftungsausfüllenden Natur des § 284 BGB.

Zusätzlich spricht für eine schadensrechtliche Einordnung des § 284 BGB, dass die Aufwendungen nur dann ersatzfähig sind, wenn sie auch tatsächlich ihren Zweck verfehlen („...es sein denn, deren Zweck wäre *auch* ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.“). Auch dies entspricht dem schadensrechtlichen Grundsatz, dass nur ein konkret

⁶ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 369.

⁷ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 225 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 805.

⁸ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 379.

eingetretener Schaden ersatzfähig ist. Die Einordnung als Schadensersatz eröffnet dem Normanwender zusätzlich eine erhöhte Flexibilität, da so von vornherein nur der tatsächlich eingetretene Schaden und die wirklich dauerhaft eingetretene Frustration auf Seiten des Gläubigers ersatzfähig ist.⁹ Versteht man § 284 BGB dagegen als Aufwendungsersatzanspruch sui generis, so wären mangels einer dahingehenden Einschränkung des Tatbestands auch solche Aufwendungen nach § 284 BGB ersatzfähig, die nur vorübergehend oder teilweise frustriert sind und es bedürfte einer unnötigen Übertragung schadensrechtlicher Grundsätze auf einen Aufwendungsersatz sui generis,¹⁰ um dieses Ergebnis zu korrigieren. So sieht *Faust* in § 284 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage für frustrierte Aufwendungen,¹¹ bemüht aber (richtigerweise) die Grundsätze der Vorteilsanrechnung für den Fall, dass der Käufer von Konzertkarten nach einem Ausfall der Vorstellung den Abend im Kino verbringt und sich so seine zunächst frustrierten Aufwendungen für die Taxifahrt zum Theater anderweitig nutzbar macht, wodurch die Frustration seiner Aufwendungen zumindest eingeschränkt wird.¹²

Auch im Hinblick auf die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Gläubigers im Sinne des § 254 BGB bei der Pflichtverletzung des Schuldners ist es unverzichtbar, § 284 BGB als Schadensersatzanspruch zu qualifizieren und so den Weg für eine Anwendung des § 254 BGB zu ebnen. Dieser Verstoß des Gläubigers gegen eigene Interessen wird nicht von der Billigkeitskorrektur in § 284 BGB erfasst, weil es dabei um Verhalten zeitlich nach Vornahme der Aufwendungen geht, während es für die Beurteilung der Billigkeit auf den Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendungen ankommt. Anderenfalls käme allenfalls eine analoge Anwendung des § 254 BGB in Betracht,¹³ deren Zulässigkeit zwar dringend geboten wäre, jedoch aufgrund der Sonderstellung eines isolierten Aufwendungsersatzanspruches im Gefüge der §§ 280 ff. BGB und damit seinem abschließenden Charakter im Hinblick auf die für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke zumindest aufwendiger Begründungsarbeit bedürfte.

Aus all dem ergibt sich, dass § 284 BGB nur eine zusätzliche haftungsausfüllende Vorschrift für den Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. 281 ff. BGB ist, die neben die für jeden Schadensersatz geltenden Normen der §§ 249 ff. BGB treten. Der Aufwendungs-

⁹ Vgl. dazu unten im dritten Abschnitt C.IV.

¹⁰ So bei *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 34, 37.

¹¹ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 2.

¹² Vgl. zu dieser Fallgruppe näher unten im dritten Abschnitt C.IV.1.c)2).

¹³ So *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 34.

satz aus § 284 BGB steht daher mit dem Schadensersatz statt der Leistung auf einer Stufe und ist wie dieser¹⁴ lediglich ein Unterfall des § 280 Abs. 1 BGB.

§ 284 BGB ermöglicht also dem Gläubiger eines Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung eine von der Ermittlung des materiellen positiven Interesses unabhängige Schadensberechnung.¹⁵ § 284 BGB ist kein Alternativanspruch zu einem Schadensersatzanspruch, sondern begründet ein Wahlrecht des Gläubigers innerhalb seines Anspruchs auf Schadensersatz, sobald die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen. Der Gläubiger kann mit Hilfe dieses Wahlrechts beim Schadensersatz zwischen seinem materiellen positiven Interesse (Schadensersatz statt der Leistung) und dem Ersatz frustrierter Aufwendungen wählen. Entscheidet er sich für den Ersatz frustrierter Aufwendungen, ist er nicht wie beim Schadensersatz statt der Leistung wirtschaftlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung stünde, sondern kann statt dessen seine Aufwendungen liquidieren, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte. Die Formulierung „statt Schadensersatz statt der Leistung“ fordert daher – anknüpfend an die Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung – einerseits einheitliche haftungsbegründende Voraussetzungen für Aufwendungsersatz nach § 284 BGB und Schadensersatz statt der Leistung und stellt andererseits das Alternativverhältnis der beiden Berechnungsmethoden klar. Sie kann jedoch nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der Ersatz nutzloser Aufwendungen nach § 284 BGB eine Alternative zu dem sich aus dem Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB ergebenden Schadensersatz darstellt. § 284 BGB muss damit wie folgt verstanden werden:

*Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger **als Schadensersatz einen** Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, 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.*

Damit ist § 284 BGB im Hinblick auf seine Rechtsnatur den haftungsausfüllenden Normen der §§ 249 ff. BGB zuzuordnen. Dass der Gesetzgeber den Ersatz frustrierter Aufwendungen

¹⁴ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 135 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 312; *Dauner-Lieb* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Schuldrecht, § 2 Rz. 33; *Gsell*, Jb.J.ZivRWiss. 2001, 107; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 280 Rz. 33; a.A. *Wilmowsky*, JuS Beilage 1/2002, 4.

¹⁵ Angedeutet bei *Canaris*, JZ 2001, 517.

dennoch nicht im Allgemeinen Schadensrecht, sondern im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht positioniert hat, lässt sich dadurch erklären, dass der Geschädigte nach dem Willen der Legislative nur nach einer Pflichtverletzung im Rahmen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses und nur unter den Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung, nicht jedoch nach jeglichem Anspruch auf Schadensersatz den Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen können soll.

D. Die schadensdogmatische Konsistenz des § 284 BGB

Die systematische Einordnung des § 284 BGB als schuldrechtliche Spezialregelung der schadensrechtlichen Haftungsausfüllung der §§ 249 ff. BGB ruft auf den ersten Blick Befremden hervor, geht man doch allgemein davon aus, dass Aufwendungen und Schaden ein begriffliches Gegensatzpaar bilden. Im Folgenden ist demnach die schadensdogmatische Konsistenz des § 284 BGB nachzuweisen.

I. Aufwendungen und Schaden: Das Kriterium der Freiwilligkeit

Der Begriff der Aufwendungen wird vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich definiert sondern lediglich an verschiedenen Stellen des BGB, z. B. §§ 256, 257, 670, 683 BGB, vorausgesetzt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches die Konkretisierung des Aufwendungsbegriffes bewusst Rechtsprechung und Lehre überlassen haben.¹⁶ Ganz überwiegend werden Aufwendungen und Schäden über das Kriterium der *Freiwilligkeit* voneinander abgegrenzt. Aufwendungen sind danach freiwillige Vermögensopfer, während Schäden als unfreiwillige Vermögenseinbußen verstanden werden.¹⁷

Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung des § 284 BGB bewusst des Begriffes der „Aufwendungen“ bedient. Es ist daher zu unterstellen, dass er dabei die von Rechtsprechung und Lehre vorgenommene Ausfüllung des Aufwendungsbegriffes zugrunde legte und die dazu entwickelten Grundsätze auch im Rahmen des § 284 BGB Geltung behalten. Doch auch nach diesem Verständnis des Aufwendungsbegriffes war der Ersatz von (freiwilligen) Auf-

¹⁶ Motive II, 541; Motive III, 411.

¹⁷ RG, Urteil v. 19.11.1928, RGZ 122, 298 (303); RG, Urteil v. 1.2.1911, RGZ 75, 208 (211); RG, Urteil v. 28.11.1918, RGZ 94, 169 (170); BGH, Urteil v. 30.5.1960, NJW 1960, 1568 (1569); BGH, Urteil v. 12.10.1972, BGHZ 59, 328 (329 f.); *Küppers*, Verdorbene Genüsse, 70; *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 56 III.; *Müller*, Aufwendungsersatz, 23; *Müller*, JZ 1968, 769; *Tolk*, Frustrierungsgedanke, 104.

wendungen als Schaden auch nach dem schon vor der Modernisierung des Schuldrechts geltenden System des BGB nicht ausgeschlossen. Ein Blick auf die Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses, das im allgemeinen Vertragsrecht nach den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB sowie §§ 307, 309 BGB a.F. und unter bestimmten Voraussetzungen nach der Figur der culpa in contrahendo¹⁸ zu ersetzen ist bzw. war, verdeutlicht, dass bei dieser Form der Schadensberechnung nicht nur der entgangene Gewinn, sondern gerade auch Aufwendungen desjenigen, der auf die Gültigkeit und damit die Durchführung eines Vertrages vertraut hat und die mit Unwirksamkeit des Vertrages ihren Zweck verfehlen und damit nutzlos werden, zu ersetzen sind.¹⁹

Demnach ist dem BGB nicht fremd, dass der (vermeintliche) Gläubiger Aufwendungen im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz geltend machen kann. Die Verwendung des Begriffes der „Aufwendungen“ durch den Gesetzgeber steht damit einer Qualifizierung des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch des Gläubigers nicht entgegen.

Zum gleichen Ergebnis, wenn auch über einen anderen Weg kommt eine vereinzelt in der Literatur auftretende Ansicht, die für den Sonderfall einer Frustration der Aufwendungen deren Freiwilligkeit bestreitet, weil der Aufwendende sich über die Möglichkeit der Zweckerreichung im Irrtum befunden habe.²⁰ Die ex ante freiwillig vorgenommenen Vermögensopfer werden dabei mittels einer ex post-Betrachtung in unfreiwillige Vermögenseinbußen transformiert. Über diesen Umweg versucht diese Spielart der auf v. *Tuhr* zurückgehenden²¹ und in Rechtsprechung und Lehre überwiegend abgelehnten²² Frustrationslehre, nutzlose Aufwendungen als materiellen Schaden ersatzfähig zu machen.

¹⁸ Das vormals gewohnheitsrechtliches Institut des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen wurde durch die Einführung der neuen §§ 311, 241 Abs. 2 BGB in die gesetzliche Regelung aufgenommen.

¹⁹ BGH, Urteil v. 17.4.1984, NJW 1984, 1950 (1951); *Lange*, Schadensersatz, § 2 IV.2.; Münch-Komm-Oetker, § 249 Rz. 123; *Staudinger-Dilcher*, § 122 Rz. 7. Davon zu unterscheidenden sind diejenigen Aufwendungen, die der Geschädigte zur Wiederherstellung seines verletzten Rechtsguts erbringt und für die im Rahmen der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 oder S. 2 BGB Ersatz zu leisten ist. Sie erfolgen nur aufgrund des schädigenden Ereignisses und damit zumindest mittelbar unfreiwillig, so dass sie hier nicht als Beispiele dienen können.

²⁰ *Larenz*, VersR 1963, 313 (in abweichender Konzeption später in Schuldrecht I, § 29 II.c); *Küppers*, Verdorbene Genüsse, 72; zustimmend *Löwe*, NJW 1964, 704; dagegen *Keuk*, Vermögensschaden, 246 f. sowie *Zeuner*, AcP 163 (1963), 394.

²¹ *V. Tuhr*, KritVJSchr 47 (1906), 65; *ders.*, Allgemeiner Teil, 1910, 320, Fn. 33 a.

²² BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (199); *Müller*, Aufwendungsersatz, 55 mwN.

Es ergibt sich somit, dass die Verwendung des Begriffes der Aufwendungen in § 284 BGB dessen systematische Einordnung in die Schadensersatzrechtliche Haftungsausfüllung selbst dann nicht entgegensteht, wenn man den Schaden in den Aufwendungen selbst sieht.

II. Kausalitätsprobleme

Ein Verständnis des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch scheint jedoch daran zu scheitern, dass es an dem nach geltendem Schadensrecht erforderlichen Kausalitätsverhältnis zwischen der Pflichtverletzung des Schuldners, die nach § 280 Abs. 1 BGB erst die Möglichkeit einer Anwendung des § 284 BGB eröffnet, und dem Schadenseintritt auf Seiten des Gläubigers fehlt. Im Falle einer Frustration von Aufwendungen erbringt nämlich der Gläubiger die später frustrierten Aufwendungen regelmäßig vor der Verletzung der vertraglichen Pflicht durch den Schuldner, jedenfalls jedoch vor seiner Kenntnisnahme davon. Demnach scheint die Qualifizierung der Aufwendungen als Schaden und damit des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch selbst mit der vorgehend angesprochenen Ausprägung innerhalb der Frustrationslehre nur unter Aufgabe des Kausalitätserfordernisses möglich zu sein.²³ Denn auch wenn man die Unfreiwilligkeit der Vermögenseinbuße an den Irrtum über den Investitionserfolg knüpft, so ist weder dieser Irrtum, noch die Investition selbst auf die Pflichtverletzung des Schuldners zurückzuführen.²⁴

Zur Lösung dieses Problems finden sich vereinzelt Stimmen in der Literatur, die das erforderliche Kausalitätsverhältnis zwischen der Pflichtverletzung des Schuldners und den frustrierten Aufwendungen dadurch bejahen, dass dieses zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis der Vertragsverletzung und dem Wegfall des von dem Vermögenssubjekt mit der Vermögensminderung angestrebten Äquivalents bestehe.²⁵ Teilweise wird die notwendige Aufweichung der Kausalität auch aus Billigkeitsgründen hingenommen.²⁶ Eine schadensdogmatisch befriedigende Lösung ist darin jedoch nicht zu sehen.

Zwar steht es dem Gesetzgeber frei, die Anwendung des Kausalitätserfordernisses im Falle des § 284 BGB auszuschließen und damit die vor der Modernisierung des Schuldrechts geltende Schadensdogmatik zu durchbrechen. Angesichts des Umstandes, dass das Schadens-

²³ Larenz, FG Oftinger, 152, Löwe, NJW 1964, 704.

²⁴ Küppers, Verdorbene Genüsse, 82.

²⁵ Larenz, FG Oftinger, 161.

²⁶ Löwe, VersR 1963, 310.

recht bei der Modernisierung des Schuldrechts unangetastet blieb, ist jedoch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die grundsätzliche Schadensdogmatik beibehalten wollte.

1. Der Ersatz des Frustrationsinteresses durch § 284 BGB

Das Problem der fehlenden Kausalität zwischen der Vertragsverletzung des Schuldners und den frustrierten Aufwendungen des Gläubigers lässt sich konstruktiv auf zwei Wegen lösen, auf denen § 284 BGB lückenlos in die bestehende Schadensdogmatik eingefügt werden kann. Diese Möglichkeiten sollen im Folgenden dargestellt werden.

a) Das Erwecken von schuldhaft enttäuschem Vertrauen als Haftungsgrund

Geht man davon aus, dass nutzlose Aufwendungen vom Vertrauensinteresse des Gläubigers erfasst werden, so liegt es nahe, in § 284 BGB die Kodifizierung eines konzeptionell mit den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB vergleichbaren Anspruchs auf das eingeschränkte Vertrauensinteresse des Gläubigers zu sehen.²⁷ Eingeschränkt würde dieses negative Interesse im Ergebnis dahingehend, dass lediglich die frustrierten Aufwendungen, nicht jedoch der entgangene Gewinn und damit ausschließlich bereits entstandene Vermögenseinbußen ersatzfähig sind.

Der Gläubiger, der Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, hätte nach dieser Konstruktion durch Einführung des § 284 BGB die Möglichkeit, bei der Berechnung seines Schadens zwischen seinem positiven und (eingeschränkten) negativen Interesse zu wählen. Er ist mit Hilfe dieses Wahlrechts nicht auf den Ersatz desjenigen negativen Interesses beschränkt, das bereits in seinem positiven Interesse enthalten ist. Wurde diese Möglichkeit im Falle des vormals geltenden Schadensersatzes wegen Nichterfüllung von der Rechtsprechung ausdrücklich ausgeschlossen,²⁸ so steht es dem Gesetzgeber selbstverständlich zu, dieses Wahlrecht positivrechtlich zu normieren. Auch in der Literatur finden sich Stimmen, die nach einer vom Schuldner zu vertretenden Pflichtverletzung im Ergebnis ein Wahlrecht des Gläu-

²⁷ So *Altmeyen*, DB 2001, 1403; *Otto*, Jura 2002, 9; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 229, der von einer Anwendung der Differenzhypothese ausgeht, wobei zwangsläufig die Aufwendungen selbst als Vermögensschaden angesehen werden müssen. Angedeutet bei *Koller* in *Koller/Roth/Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, 54, der § 284 BGB als Grundlage für einen Ersatz eines begrenzten negativen Interesses sieht. Ähnlich *Graf v. Westphalen*, BB 2002, 213.

²⁸ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (201).

bigers zwischen dem Ersatz des positiven oder (wenn auch eingeschränktem) negativen Interesses befürworten.²⁹ Allerdings besteht Uneinigkeit, ob dies im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung³⁰ bestehen oder nur über einen Rücktritt vom Vertrag³¹ möglich sein soll.

1) Frustrierte Aufwendungen als kausaler Schaden

Die Ansprüche des (vermeintlichen) Gläubigers auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB sehen in dem Erwecken von (ex post) enttäuschem Vertrauen aufgrund einer sich als fehlerhaft erweisenden Erklärung ihren Haftungsgrund.³² Ordnet man § 284 BGB dogmatisch einer ähnlichen Konstruktion zu, wäre notwendige Konsequenz, dass der ursprünglich in § 280 Abs. 1 BGB ausdrücklich normierte Haftungsgrund der Verletzung einer Leistungs- oder Nebenpflicht aus dem Schuldverhältnis durch den Schuldner durch denjenigen des Erweckens von später enttäuschem Vertrauen in den Erhalt der Leistung durch den Schuldner³³ ersetzt würde. Damit würde der Haftungsgrund teilweise in den Bereich des Entstehens der Leistungsverpflichtung bzw. der Kenntnisnahme des Gläubigers von seinem Anspruch verlagert und so der erforderliche Kausalitätszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und den Aufwendungen des Gläubigers hergestellt. Die Aufwendungen selbst wären dann als Schaden ersatzfähig, der nicht eingetreten wäre, wenn der Schuldner das Vertrauen auf den Erhalt der Leistung nicht erweckt hätte. Denn dann hätte der Gläubiger die später frustrierten Aufwendungen nicht vorgenommen.³⁴ Das Erfordernis der Kausalität zwi-

²⁹ *Herholz*, AcP 131 (1929), 276 ff.; *Keuk*, Vermögensschaden, 160; *Leonhard*, AcP 199 (1999), 691 f.; *Müller-Laube*, JZ 1995, 542 ff.; *Wiedemann/Müller*, JZ 1992, 468; *Stoll*, AcP 131 (1929), 145; *ders.* JZ 1987, 518 ff.; im Ergebnis auch *Wiedemann*, FS Hübner, 729. Den Vorschlag für ein Regel-Ausnahme-Prinzip macht *Müller*, Aufwendungsersatz, 89 ff.

³⁰ *Müller-Laube*, JZ 1995, 545; *Wiedemann/Müller*, JZ 1992, 468; *Soergel-Wiedemann*, Vor § 275 Rz. 42 ff.; *Staudinger-Otto*, § 329 Rz. 90.

³¹ *Herholz*, AcP 131 (1929), 276 ff.; *Keuk*, Vermögensschaden, 160; *Stoll*, AcP 131 (1929), 145. Während nach der Konzeption des BGB vor der Schuldrechtsmodernisierung ein Rücktritt vom Vertrag nur alternativ zum Anspruch auf Schadensersatz gewährt wurde, vgl. §§ 325 Abs. 1 S. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. (herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Huber*, Leistungsstörung, Bd. II, § 37 I.), ist mit Einführung des heutigen § 325 BGB Schadensersatz und Rücktritt kumulativ möglich.

³² BGH, Urteil v. 20.10.1988, BGHZ 105, 283 (285); *Canaris*, Vertrauenshaftung, 532 f., 535; *Meincke*, AcP 179 (1979), 171; *Zeuner*, AcP 163 (1963), 394; *MünchKomm-Kramer*, § 122 Rz. 1; *Soergel-Hefermehl*, § 122 Rz. 1; widersprüchlich *Stoll*, JZ 1987, 518, der im Falle § 122 BGB das haftungsbegründende Ereignis in der Anfechtung selbst sieht, als entscheidend jedoch die Inanspruchnahme von Vertrauen bewertet; offengelassen *Schmidt*, FS Gernhuber, 426.

³³ Dazu *Stoll*, FS Duden, 641.

³⁴ Dies verkennt *Altmeyden*, DB 2001, 1403, der trotz seiner Annahme der Konstruktion eines Vertrauensschadens den „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ zwischen Pflichtverletzung und Schaden verneint.

schen Schaden und Haftungsgrund würde demnach bei dieser dogmatischen Konstruktion des § 284 BGB eingehalten.

2) Überlegungen zum Schutzzweck der verletzten Norm

Die nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen entsprechen zugleich den Anforderungen, die die Lehre vom Schutzzweck der Norm an einen geltend gemachten Schaden stellt. Nach diesem schadensrechtlichen Eingrenzungskriterium muss die verletzte Norm auch den Schutz des Geschädigten vor dem geltend gemachten Schaden bezwecken.³⁵ Demnach müsste die Norm, deren Verletzung zu einem Anspruch auf den eingeschränkten Vertrauensschaden aus § 284 BGB führt, nicht nur das Interesse des Gläubigers am Erhalt der Leistung, sondern auch sein Vertrauen auf die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags schützen wollen. Anders formuliert: Geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, dass sämtliche Interessen des Gläubigers mit Ersatz des materiellen Erfüllungsinteresses befriedigt sein sollen oder ist auch sein Vertrauen am Erhalt der konkret vereinbarten Leistung geschützt?

Verletzte Norm im Sinne dieser Lehre ist das vom Schuldner abgegebene Leistungsversprechen. Schon nach der zuvor geltenden Rechtslage war das Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung nicht nur bei einem Fehlschlag des Vertrags, vgl. die §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB sowie §§ 307, 309 BGB aF, geschützt. Dem vormalig dem Gläubiger eingeräumten Rücktrittsrecht, §§ 325, 326 BGB aF, kann nämlich entnommen werden, dass dem verletzten Vertrauen des Gläubigers, welches sich auf das Leistungsversprechen des Schuldners gründet, im Falle einer Verletzung der Leistungspflicht Rechnung getragen wurde.³⁶ Hatte der Gläubiger kein Interesse am Schadensersatz wegen Nichterfüllung, etwa weil er mit der Leistung immaterielle Zwecke verfolgte und dadurch die rein wirtschaftliche Betrachtung im Rahmen der Differenzhypothese, die nur zur Ermittlung von Vermögensschäden geeignet und bestimmt ist, ihm nicht weiterhilft, so konnte er auf den Rücktritt ausweichen und so seine eigene Leistung – ein Teil des Vertrauensschadens – nach den §§ 346 ff. BGB a.F. zurückverlangen. Im Falle der Wandelung nach § 462 BGB aF³⁷ wurde dieser Vertrauensschutz sogar

³⁵ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 297, S. 195; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 33 III.1.; *Staudinger-Schiemann*, § 249 Rz. 27.

³⁶ *Keuk*, Vermögensschaden, 158; *Messner/Schmidt*, FS Hagen, 440.

³⁷ Das rücktrittsähnliche Wandlungsrecht des Käufers nach einer mangelhaften Erfüllung des Kaufvertrags wurde mit der Einführung der §§ 434 ff. BGB in ein ausdrückliches Rücktrittsrecht umformuliert.

noch dadurch erweitert, dass der Gläubiger aus § 467 S. 2 BGB a.F. zusätzlich seine Vertragskosten ersetzt verlangen konnte.

Dies beweist, dass der Schutz des Vertrauens des Gläubigers einer wirksamen Leistungsverpflichtung schon vor der Einführung des § 284 BGB ein Grundgedanke des Gesetzes war. Damit fügt sich § 284 BGB auch in dieser Hinsicht in die schadensrechtliche Konzeption des BGB ein, wenn man diesen Anspruch als Ersatz eines eingeschränkten Vertrauensschadens versteht.

Mit der Verwendung des Wortes „Vertrauen“ in § 284 BGB hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich klargestellt, dass nicht nur das materielle Interesse des Gläubigers am Erhalt der Leistung (Erfüllungs- oder positives Interesse) geschützt ist, sondern auch sein Vertrauen auf den Erhalt der Leistung.

3) Schwächen der Konstruktion eines Vertrauensschadens

Die soeben aufgezeigte mögliche Konstruktion des § 284 BGB als ein Anspruch auf einen eingeschränkten Vertrauensschaden, vergleichbar mit den Ansprüchen aus §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB, mit der Konsequenz eines Wahlrechts des Gläubigers zwischen seinem positiven und (eingeschränkten) negativen Interesse ist jedoch nicht frei von Schwachstellen.

Der Wechsel des haftungsbegründenden Ereignisses und dessen teilweise Verlagerung in den Bereich der Anspruchsbegründung – verbunden mit der ex post–Betrachtung hinsichtlich der Enttäuschung des Vertrauens – aufgrund der Ausübung des Wahlrechts scheint mit der Natur des § 284 BGB als haftungsausfüllender Tatbestand nach einer Vertragspflichtverletzung des Schuldners, die einen bestehenden Vertrag voraussetzt, schwer zu vereinbaren. Dies ließe sich allenfalls mit der Erwägung rechtfertigen, dass mit der Verletzung der Leistungspflicht auch notwendig das beim Gläubiger eines wirksamen Anspruchs entstandene Vertrauen³⁸ auf dessen ordnungsgemäße Durchführung zerstört werde. Somit ist eine notwendige Konsequenz der Vertragsverletzung durch den Gläubiger, dass durch das Leistungsversprechen des Schuldners gleichzeitig später enttäuschtes Vertrauen erweckt wurde und der Haftungsgrund des Erweckens von enttäuschtem Vertrauen der erfolgten Pflichtverletzung im-

³⁸ Insofern steht auch die Forderung eines Vertrauensverhältnisses als Voraussetzung für einen Vertrauensschaden, vgl. *Zeuner*, AcP 163 (1963), 394, dieser Konstruktion nicht entgegen.

manent ist. Damit wäre ein Wechsel des Haftungsgrundes durch die Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger zwar dogmatisch fragwürdig, nicht jedoch willkürlich, jedenfalls aber vom Gesetzgeber positivrechtlich normierbar.

Befremdlich wäre nach dieser Konstruktion auch, dass Haftungsgrund das Erwecken von Vertrauen sein soll, § 284 BGB aber grundsätzlich für alle Ansprüche gilt. Gesetzliche Ansprüche können jedoch völlig unabhängig von einem vertrauenerweckenden Verhalten des Schuldners entstehen. Hierin besteht ein entscheidender Unterschied zu den Ansprüchen aus §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB.

Ein weiterer Kritikpunkt an diesem Ansatz besteht darin, dass nach § 284 HS 2 BGB im Rahmen des eingeschränkten Vertrauensschadens nur solche Aufwendungen ersatzfähig sind, die ihren Zweck bei ordnungsgemäßer Leistung durch den Schuldner nicht verfehlt hätten.³⁹ Steht es dem Gesetzgeber auch frei, solche Einschränkungen bei der Formulierung der Norm vorzunehmen, so wäre dies dennoch eine den Vorschriften des BGB zum Vertrauensschaden fremde Konstruktion. Denn gerade nach den wichtigsten Anspruchsgrundlagen für den Ersatz eines Vertrauensschadens, §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB, sind die vom (vermeintlichen) Gläubiger im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags und damit dessen ordnungsgemäße Durchführung gemachten Aufwendungen ersatzfähig, ohne dass es eine Rolle spielt, ob der Gläubiger die Aufwendungen auch im Falle der ordnungsgemäßen Leistung durch den Schuldner gemacht hätte und welchen konkreten Zweck der Gläubiger mit den Aufwendungen verfolgte. Demnach bleibt auch unberücksichtigt, ob der mit den Aufwendungen verfolgte Zweck auch bei Wirksamkeit des Vertrags verfehlt worden wäre. Eine Einschränkung des Ersatzanspruches erfolgt in den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB nur über dessen Begrenzung auf das positive Interesse des Gläubigers. Diese Einschränkung konnte jedoch in § 284 BGB nach dessen Zwecksetzung nicht erfolgen, da sonst für den Fall, dass der Gläubiger mit der Leistung immaterielle Zwecke verfolgt und er dadurch bei Geltendmachen seines positiven Interesses keinen Ersatzanspruch hat,⁴⁰ ein Anspruch auf Ersatz der frustrierten Aufwendungen auch nach § 284 BGB ausschiede.

³⁹ Ebenso *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 334.

⁴⁰ Von einer möglichen Vorleistung des Gläubigers als Mindestschaden soll hier abgesehen werden. Selbst diese dürfte allerdings nach der Rechtsprechung des BGH zur Rentabilitätsvermutung nicht ersatzfähig sein, wenn der Gläubiger mit der Leistung immaterielle Interessen verfolgte.

4) Zwischenergebnis

Versteht man den Aufwendungsersatzanspruch des Gläubigers aus § 284 BGB konstruktiv als einen an das Erwecken von später (schuldhaft) enttäuschem Vertrauen auf den Erhalt der Leistung anknüpfenden Anspruch auf das eingeschränkte negative Interesse, so träte mit Ausübung des Wahlrechts des Gläubigers das die Schadensersatzpflicht des Schuldners begründende Ereignis des Erweckens von ex post enttäuschem Vertrauen an die Stelle der Verletzung von Leistungs- oder Nebenpflichten. Bei Heranziehung der Differenzhypothese bestünde nach dieser Konstruktion der positive materielle Schaden des Gläubigers in den frustrierten Aufwendungen selbst. Zwar stünde es dem Gesetzgeber frei, diese Konstruktion bei der Ersatzpflicht nach § 284 BGB zu wählen; dies würde jedoch zu Reibungspunkten mit der geltenden Schadensdogmatik führen.

b) Die Frustration als Schaden

Einen anderen Ansatzpunkt für die hinter § 284 BGB stehende Konstruktion wählt *Canaris*. Nach ihm steht hinter der Norm der Gedanke, dass nicht wie bei der Konstruktion einer Haftung für enttäushtes Vertrauen die frustrierten Aufwendungen selbst den Schaden des Gläubigers ausmachen, sondern die durch den Ausfall der Leistung – der Primäranspruch wird durch den Schadensersatz statt der Leistung ersetzt – eingetretene Frustration der Aufwendungen.⁴¹ Ist dieser Gedanke dem Wortlaut des § 284 BGB auch nicht eindeutig zu entnehmen, so klingt er doch schon in der Begründung des Gesetzesentwurfs an, in der davon die Rede ist, dass „von vornherein nur die Frustration der Aufwendungen in Betracht“⁴² käme.

1) § 284 BGB als Anspruch auf Entschädigung für den Verlust der Möglichkeit einer Zweckerreichung

Der Gläubiger hat sich mit den Aufwendungen, die er in Erwartung der ordnungsgemäßen Leistungserbringung gemacht hat, die Möglichkeit eröffnet, einen bestimmten den Aufwendungen zugrundeliegenden Zweck, der auf dem Erhalt der Leistung aufbaut, zu erreichen. Wenngleich im Schadensrecht nach § 249 S. 1 BGB der Grundsatz der Naturalrestitution be-

⁴¹ *Canaris*, DB 2001, 1820; zustimmend *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 336.

⁴² Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 373.

steht,⁴³ ist diese in den Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung – haftungsbegründende Voraussetzung auch für § 284 BGB – ausgeschlossen: Im Falle der Unmöglichkeit der Leistung, §§ 275 Abs. 1, 283, 280 Abs. 1 BGB, ergibt sich dieser Ausschluss des Herstellungsanspruches von selbst. In den übrigen Fällen hat sich der Gläubiger gegen die Leistung und für den Schadensersatzanspruch entschieden, wodurch sein Anspruch auf die Leistung untergegangen ist.⁴⁴ Mit Untergang des Anspruchs auf die Primärleistung erfolgt der Verlust der Möglichkeit, mit dieser ursprünglich erhofften Leistung den mit den Aufwendungen verfolgten Zweck so zu erreichen, wie es der Vorstellung des Gläubigers bei Vornahme der Aufwendung entsprach, denn Leistungserhalt und Zweckerreichung sind nach der Intention des Gläubigers miteinander verknüpft. Was sich ergibt, wenn der vom Gläubiger erstrebte Zweck durch eine andere Leistung erreicht wird oder erreicht werden kann, ist eine davon zu unterscheidende und an anderer Stelle zu behandelnde Frage.⁴⁵ Ist die Naturalrestitution ausgeschlossen, so erfolgt als Schadensersatz eine Entschädigung des Gläubigers in Geld, § 251 BGB. Diese Entschädigung gewährt § 284 BGB. Diese Konstruktion liegt § 284 BGB auch dann zugrunde, wenn der Gläubiger mit der Aufwendung die Absicht der Gewinnerzielung verfolgt.

In die gleiche Richtung ging schon eine früher vertretene Ausprägung der Frustrationslehre, die entgegen der ursprünglichen Auffassung bei *v. Tuhr*⁴⁶ nicht in den Aufwendungen selbst den Schaden sah, sondern in dem Verlust der mit den Aufwendungen in Gang gesetzten Kompensationsmöglichkeit.⁴⁷

2) Der Begriff des Frustrationsinteresses

Nach dieser Konstruktion hätte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 284 BGB eine neue Art des ersatzfähigen Schadens geschaffen. Die Nutzlosigkeit, Entwertung oder Frustrierung von Aufwendungen ist eine dem BGB vor der Modernisierung des Schuldrechts nicht

⁴³ BGH, Urteil v. 25.10.1996, NJW 1997, 520 (520); Erman-*Kuckuk*, § 249 Rz. 1; MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 307; Staudinger-*Schiemann*, § 249 Rz. 178.

⁴⁴ Vgl. § 281 Abs. 4 BGB sowie §§ 283 S. 1 i.V.m. 275 Abs. 1 – 3 BGB. Für § 282 BGB ergibt sich der Ausschluss der Leistung nicht direkt aus dem Gesetz, da ein Verweis auf § 281 Abs. 4 fehlt. Dennoch muss hier erst recht gelten, dass der Gläubiger, der sich auf die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner beruft, zumindest nach § 242 BGB (widersprüchliches Verhalten) seinen Leistungsanspruch verliert.

⁴⁵ Siehe dazu unten im dritten Abschnitt unter C.IV.

⁴⁶ *V. Tuhr*, KritVJSchr 47 (1906), 63 (65); *ders.*, Allgemeiner Teil, 1910, 320, Fn. 33a.

⁴⁷ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I 2, § 31 III.1., der die Frustration von Aufwendungen als einen Fall der Nutzungsbeeinträchtigung begreift; *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 II.c.

bekannte Ausprägung des positiven Nichterfüllungsschadens. Dieses durch § 284 BGB ersatzfähige **Frustrationsinteresse** steht systematisch zwischen dem materiellen positiven und dem negativen Interesse des Gläubigers, denn es existieren zu beiden Schadensarten Überschneidungen. Einerseits erfasst das Frustrationsinteresse nutzlose Aufwendungen, die – wenn auch mit Hilfe der Rentabilitätsvermutung der Rechtsprechung – im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung teilweise ersatzfähig waren; andererseits sind diese frustrierten Aufwendungen auch vom negativen Interesse des Gläubigers erfasst.

3) Die Pflichtverletzung als haftungsbegründendes Ereignis

Wenn man in § 284 BGB einen Anspruch auf das Frustrationsinteresses des Gläubigers sieht, fügt sich die Vorschrift reibungslos in die geltende Schadensdogmatik ein. Haftungsbegründendes Ereignis wäre wie beim Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 ff. BGB die Verletzung einer Pflicht aus dem bestehenden Schuldverhältnis durch den Schuldner. Dadurch muss sich dieser Ansatz im Gegensatz zu der Konstruktion, die in § 284 BGB einen mit den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB vergleichbaren Anspruch auf das negatives Interesse sieht, nicht die Kritik gefallen lassen, dass mit Ausübung des Wahlrechts nach § 284 BGB auf das haftungsbegründende Ereignis des Erweckens von später enttäuschem Vertrauen zurückgegriffen werden müsste.

Das gewichtigste Argument für diese Konstruktion ergibt sich jedoch aus dem Wortlaut des § 284 BGB selbst. Zwar steht auch das Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung im Mittelpunkt des Tatbestandes; nach § 284 HS 2 BGB ist es jedoch erforderlich, dass der Zweck, der mit den Aufwendungen verfolgt wurde, nicht auch ohne die Pflichtverletzung durch den Schuldner verfehlt worden wäre. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Zweck der Aufwendungen des Gläubigers auch tatsächlich verfehlt werden muss, damit ein Anspruch aus § 284 BGB in Betracht kommt. Während es nach der Konstruktion eines mit den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 BGB vergleichbaren Anspruchs, nach der der Schaden in den Aufwendungen selbst liegt, lediglich darauf ankommt, ob im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung Aufwendungen vom Gläubiger erbracht wurden und die Zweckverfehlung als zusätzliches und für die im BGB bereits geregelten Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses atypisches Korrektiv herangezogen werden müsste, fehlt es nach der hier vertretenen dogmatischen Konstruktion des § 284 BGB als Ersatzanspruch auf das Frustrationsinteresse bereits an einem positiven und damit ersatzfähigen Schaden, wenn der vom Gläubiger mit der

Aufwendung verfolgte Zweck erreicht wurde und damit keine Frustration auf Seiten des Gläubigers besteht.

Darüber hinaus erübrigt sich die Streitigkeit um die Freiwilligkeit der nutzlosen Aufwendungen und damit deren Zuordnung zum Schadensbegriff. Einerseits erfolgt die Frustrierung der Aufwendungen gegen den Willen des Gläubigers und damit unfreiwillig. Andererseits steht es dem Gesetzgeber frei, den Schadensbegriff des BGB um neue Spielarten des ersatzfähigen Schadens zu erweitern.

4) Kausalität und Schadenszurechnung

Das erforderliche Kausalitätsverhältnis zwischen diesem haftungsbegründenden Ereignis und der Zweckverfehlung läge bei diesem konstruktiven Verständnis der Vorschrift ebenfalls vor. Wäre die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erfolgt, so wäre die Frustration in ihrer konkreten Gestalt nicht eingetreten. Zwar ist es denkbar, dass sich die Zweckverfehlung auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners und sogar bei ordnungsgemäßem Erhalt der Leistung realisiert hätte. Wäre beispielsweise in dem vom BGH entschiedenen **Stadthallen-Fall**⁴⁸ die Veranstaltung der Partei aufgrund einer Erkrankung des angekündigten Hauptredners trotz ordnungsgemäßer Erfüllung durch die Schuldnerin ausgefallen, so wären die Werbungskosten der Partei für die geplante Veranstaltung auch ohne die Pflichtverletzung der Schuldnerin nutzlos geworden. Dennoch besteht in dieser und vergleichbaren Fallgruppen ein Kausalitätsverhältnis zwischen Pflichtverletzung und Frustration. Die Pflichtverletzung des Schuldners bricht nur eine bereits in Gang gebrachte andere Kausalkette, an deren Ende die Entwertung der Aufwendungen steht, ab. Es stellt sich damit das Problem der überholenden Kausalität.⁴⁹ Die Berücksichtigung von Reserveursachen bei der Ermittlung des Schadens wird zwar in Rechtsprechung und Lehre uneinheitlich beurteilt;⁵⁰ jedoch stellt der Gesetzgeber mit der Einschränkung in § 284 2. HS BGB ausdrücklich klar, dass frustrierte Aufwendungen des Gläubigers nicht ersatzfähig sind, wenn der Schuldner den Einwand der hypothetischen Kausalität geltend machen kann.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

⁴⁹ *Canaris*, DB 2001, 1820; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 175 ff., der allerdings zwischen überholender Kausalität und rechtmäßigem Alternativverhalten unterscheiden will. Dagegen *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rz. 211 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁰ Vgl. dazu die Nachweise bei *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 177 ff.

5) Frustrierte Aufwendungen als Bewertung des Schadens

Nun hat der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 284 BGB die Frustration der Aufwendungen als ersatzfähigen positiven Schaden nicht erwähnt, sondern scheinbar die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen selbst bestimmt. Aber auch diese Methode steht keinesfalls in Widerspruch zu der hier vorgezeichneten Konstruktion. Der Gesetzgeber greift lediglich für die Bewertung des Schadens, der durch die Entwertung der Aufwendungen entsteht, auf den Geldwert des vorausgegangenen tatsächlichen Vermögensabflusses zurück und legt damit praktisch einen von dem individuellen Grad des Affektionsinteresses unabhängigen Wert der mit der Aufwendung in Gang gesetzten Möglichkeit der Zweckerreichung und damit auch der Frustration fest.⁵¹ Auch diese Methode der Bezifferung des Schadens nach frustrierten Aufwendungen fand sich bereits bei den Vertretern einer späten Ausprägung der Frustrationslehre.⁵² Vor diesem Hintergrund muss § 284 BGB wie folgt gelesen werden:

*Statt Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger **Schadensersatz für die Frustration** der Aufwendungen verlangen, 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. **Die Höhe dieses Anspruchs bemisst sich nach den tatsächlich erbrachten und durch die Pflichtverletzung des Schuldners frustrierten Aufwendungen.***

Schon diese verdeutlichende Formulierung des § 284 BGB zeigt, dass der Schadensersatzanspruch aus § 284 BGB seine schadensdogmatische Konsistenz mit einem konstruktiven und dem Wortlaut der Vorschrift nicht unmittelbar zu entnehmenden Umweg über eine Ersatzfähigkeit des Frustrationsinteresse bezahlt: Der Schaden des Gläubigers liegt nicht in den Aufwendungen selbst, sondern in deren Zweckverfehlung. Um diesen, dem BGB bisher fremden Schadensersatzanspruch des Gläubigers materiell zu bewerten und dabei das vom Gesetzgeber angestrebte Ergebnis, nämlich den Ersatz frustrierter Aufwendungen, zu erzielen, ohne auf von der Rechtsprechung aufzustellende Bewertungskriterien angewiesen zu sein, wird allerdings auf die tatsächlich vom Gläubiger erbrachten Aufwendungen rekurriert.

⁵¹ Dieser Gedanke klingt bereits bei *Schmidt*, FS Gernhuber, 432 an.

⁵² *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 31 III.1.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 II.c.

Mag die Notwendigkeit und Schlüssigkeit dieser dogmatischen Konstruktion des § 284 BGB auch einleuchten, weil nur auf diese Weise die dogmatisch fragwürdige Konstruktion vermieden wird, dass nicht mehr die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis, sondern das Hervorrufen von später enttäuschem Vertrauen haftungsbegründendes Ereignis für die Schadensersatzpflicht ist, sobald der Gläubiger statt Schadensersatz statt der Leistung Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB verlangt, so scheint darin auf den ersten Blick nur eine Verschiebung der Problematik zu liegen: Weil die Aufwendungen zur Quantifizierung des Frustrationsinteresses herangezogen werden, sind sie praktisch selbst ersatzfähig. Dennoch stellt § 284 BGB nach diesem Verständnis keinen mit den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 1 BGB konzeptionell vergleichbaren Anspruch auf das negative Interesse des Gläubigers dar. Vielmehr geht der Anspruch des Gläubigers auf das neu eingeführte Frustrationsinteresse, welches sich nur in Hinblick auf die Ersatzfähigkeit einzelner Schadenspositionen mit dem negativen Interesse überschneidet.

Der auf den ersten Blick befremdliche erscheinende Rückgriff auf die tatsächlich erbrachten Aufwendungen bei der Ermittlung des Frustrationsinteresses lässt sich mit dem Hinweis rechtfertigen, dass auch zur Ermittlung des materiellen positiven Interesses des Gläubigers und dem dabei anzustellenden Vergleich zwischen der bestehenden Vermögenslage und der hypothetischen nach ordnungsgemäßer Erfüllung eine Bewertung des untergegangenen Anspruches auf die Primärleistung erfolgen muss.⁵³ Aufgrund einer fehlenden Klarstellung seitens des Gesetzgebers existieren seit jeher Diskussionen um den schadensrechtlichen Vermögensbegriff⁵⁴ und damit um die Frage, welche Aspekte zur geldlichen Bewertung der ausgefallenen Leistung herangezogen werden können. Selbst wenn die Zugehörigkeit eines Gutes zum Vermögen des Gläubigers geklärt ist, muss doch der Wert des Gutes – beispielsweise anhand des Verkehrswertes – erst ermittelt werden. Die gleiche Problematik stellt sich bei der Ermittlung des negativen sowie des Integritätsinteresses.

Bei der Ermittlung des Frustrationsinteresses hat der Gesetzgeber derartigen Diskussionen in Rechtsprechung und Wissenschaft insoweit vorgebeugt, als er in § 284 BGB anordnet, den

⁵³ Ähnlich geht Rechtsprechung zur Schadensberechnung bei schuldhafter Verletzung von Namensrechten vor. Dort ist dem Geschädigten die Möglichkeit eröffnet, den entstandenen Schaden im Wege einer Lizenzanalogie nach der hypothetisch erzielbaren Lizenzgebühr zu berechnen, vgl. BGH, Urteil v. 8.5.1956, BGHZ 20, 345 (353 f.); BGH, Urteil v. 16.2.1973, BGHZ 60, 206 (208); BGH, Urteil v. 1.12.1999, BGHZ 143, 214 (232).

⁵⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 56 ff. sowie Staudinger-Schiemann, § 253 Rz. 14 ff.

Umfang des Frustrationsinteresses nach den tatsächlich erfolgten Aufwendungen zu berechnen. Der Rückgriff auf die tatsächlich erbrachten Aufwendungen als Bewertungsgrundlage ist jedoch nicht nur eine Erleichterung bei der Berechnung des Frustrationsinteresses,⁵⁵ sondern nach der Zwecksetzung des § 284 BGB – der Ersatz von tatsächlich im Vertrauen auf die Leistung erbrachten Aufwendungen unabhängig von der Anwendbarkeit einer Rentabilitätsvermutung – auch naheliegend.

2. Zwischenergebnis

Sieht man den ersatzfähigen Schaden nicht in den Aufwendungen selbst, sondern in deren Frustration, so hat der Gesetzgeber mit § 284 BGB einen neuartigen Schadensersatzanspruch geschaffen, mit dessen Hilfe der Gläubiger sein Frustrationsinteresse, dessen Bewertung sich nach den konkret erbrachten nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers bestimmt, liquidieren kann. Auf Grundlage dieser Konstruktion ist der haftungsbegründende Umstand wie beim Schadensersatz statt der Leistung die Verletzung einer Pflicht aus dem bestehenden Schuldverhältnis. Nach diesem Verständnis fügt sich der Schadensersatzanspruch aus § 284 BGB nahtlos in die geltende Schadensdogmatik ein.

E. Die Frustration des Gläubigers als immaterieller Schaden

Sieht man in der Frustration der Aufwendungen den Schaden des Gläubigers, so ist damit noch nicht geklärt, welche Art des Schadens hier vorliegt. Die Rechtswissenschaft hat als grundsätzliche Kategorien des Schadens das Begriffspaar der materiellen und immateriellen Schäden geprägt,⁵⁶ während das Gesetz – wie sich aus § 253 BGB ergibt – zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden unterscheidet. Schon diese Formulierung des Gesetzes zeigt, dass die Einordnung des Frustrationsschadens in diese Kategorien davon abhängt, ob der dem Gläubiger durch die Frustration entstandene Nachteil zu einer Vermögenseinbuße führt. Die Frage nach dem Schadensbegriff ist daher eine Frage nach der Vermögens-

⁵⁵ So auch *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 337.

⁵⁶ *Mertens*, Vermögensschaden, 122.

auffassung.⁵⁷ In der Frustration liegt dann ein Vermögensschaden, wenn die mit den Aufwendungen verknüpfte Zwecksetzung des Gläubigers ein vermögenswertes Gut darstellt.

I. Die Relevanz der Art des nach § 284 BGB ersatzfähigen Schadens

Sieht man in der Frustration einen immateriellen Schaden,⁵⁸ so hätte der Gesetzgeber mit § 284 BGB einen weiteren Ausnahmefall zu § 253 BGB eingeführt. Qualifiziert man die Frustration dagegen als Vermögensschaden, so enthält § 284 BGB zugleich eine vom Gesetzgeber vorgenommene Klarstellung, dass die Möglichkeit der Zweckerreichung unabhängig von der Art des Zwecks ein zum Vermögen gehöriges Gut ist, dessen Verlust allerdings nicht generell, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 284 BGB im Rahmen eines Schadensersatzanspruches geltend gemacht werden kann. Damit wäre gleichzeitig eine bislang im BGB nicht auftretende, wenn auch nur teilweise Konkretisierung des Vermögensbegriffes erfolgt.

An dieser Stelle ließe sich die im Rahmen der Frustrationslehre über die Ersatzfähigkeit entwerteter Aufwendungen geführte Diskussion ansetzen, deren Befürworter aufgrund der Sperrwirkung des § 253 BGB in der Frustrierung zwangsläufig einen Vermögensschaden sehen. Gewinnt die Frage nach der Einordnung des Frustrationsschadens mit der Schaffung des § 284 BGB zwar wieder etwas an Aktualität, so spielt diese jedoch keine praxisrelevante Rolle – steht es dem Gesetzgeber doch frei, Ausnahmen des aus § 253 BGB hervorgehenden Grundsatzes zu normieren.

II. Messbare Vermögenseinbuße auf Seiten des Gläubigers

Welche Güter und Positionen dem Vermögen zuzuordnen sind, richtet sich nach der Verkehrsauffassung.⁵⁹ Eine Vermögenseinbuße liegt unstreitig vor, wenn der Geschädigte eine in

⁵⁷ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 31 II. Übersichten zu den in der Rechtswissenschaft vertretenen Vermögens- und damit Schadensbegriffen finden sich bei *Brinkner*, Vermögensschadensersatz, 180 ff. sowie *Ströfer*, Schadensersatz, 47 ff.

⁵⁸ So *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung XVII; *Hk-BGB-Schulze*, § 284 Rz. 2; *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 334 ff. ordnet den Verlust der Zweckerreichung bei Aufwendungen mit nichtkommerzieller Zielrichtung als immateriellen Schaden ein, sieht in der Zweckverfehlung bei kommerziell ausgerichteten Aufwendungen einen echten Vermögensschaden; ebenso *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 2; *Münch-Komm-Ernst*, § 284 Rz. 7; *Köhler/Fritzsche*, Schuldrecht, Fall 7 Rz. 4 spricht davon, dass § 284 BGB einem Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens „nahe stehe“.

⁵⁹ *Tolk*, Frustrierungsgedanke, 99.

Geld messbare Einbuße erlitten hat.⁶⁰ Demnach scheint die Einordnung des Frustrationsschadens als Vermögensschaden unproblematisch zu sein,⁶¹ liegen doch in Geld messbare und häufig sogar in Form von Geldzahlungen erbrachte Aufwendungen des Gläubigers vor, die ohne Berücksichtigung eines individuellen und damit nicht berechenbaren Affektionsinteresses ersatzfähig gemacht werden. Diese Schlussfolgerung ließe jedoch unberücksichtigt, dass nach der hier vertretenen Auffassung der eigentliche Schaden in der Frustration der Investitionen liegt und die erfolgten Aufwendungen zwar eine notwendige Voraussetzung für diese sind, jedoch erst über die dabei vorgenommene Zweckbestimmung des Gläubigers zur Frustration führen können und damit lediglich mittelbar – wenn auch untrennbar – mit dem Schaden zusammenhängen. Genauso könnte man nämlich anführen, dass der Gesetzgeber den Wert der Frustration erst durch Rückgriff auf die erbrachten Aufwendungen bestimmt. Wäre die mit der Frustration eingetretene Einbuße in Geld messbar, so bedürfte es dieser Bewertung durch das Gesetz nicht. Aus diesem Blickwinkel scheint es sich bei der Frustration um einen Nichtvermögensschaden zu handeln. Das Kriterium der einfachen wirtschaftlichen Quantifizierbarkeit der erlittenen Einbuße hilft also bei der Bestimmung der Art des Frustrationsschadens nicht weiter.

III. Keine Vermögensmehrung durch bloße Zweckbestimmung

Einen anderen Ansatzpunkt für die Bestimmung des nach § 284 BGB ersatzfähigen Schadens bietet die Zwecksetzung durch den Gläubiger selbst. Macht der Gläubiger Aufwendungen zu einem bestimmten Zweck, so eröffnet er sich – je nach Art des Zwecks – möglicherweise die Chance, diesen Zweck zu erreichen. Im Falle der Aufwendungen, die nach § 284 BGB ersatzfähig sind, muss diese Chance aufgrund der Einschränkung in HS 2 der Vorschrift zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung zwingend gegeben sein. Erfolgt nun die Pflichtverletzung durch den Schuldner und damit eine Vereitelung des Zwecks, so bedeutet die Frustration zugleich den Verlust der Chance, den angestrebten Zweck mit der Leistung des Schuldners zu erreichen. Gleichzeitig ist die Funktion, die der Gläubiger seinem Vermögen zugedacht hat, mit der Frustration der Aufwendungen vereitelt.

Tatsächlich vertritt *Mertens* einen funktionalen Vermögensbegriff, nach dem nicht nur die Verringerung des aktuellen Güterbestandes sondern auch eine Störung seiner Beziehung auf

⁶⁰ *Hohloch*, Gutachten, 426; *Schmidt*, FS Gernhuber, 425.

⁶¹ So auch *Schmidt*, FS Gernhuber, 427.

die Lebensziele des Gläubigers zu einem Vermögensschaden führen.⁶² Auch in der Entscheidung des BGH zum Schadensersatz für Nutzungsausfall klingt dieser Gedanke an, wenn es heißt, dass das Vermögen sich nicht nur im Haben erschöpft, sondern die funktionale Zuweisung im vermögenswerten Recht mitgeschützt ist.⁶³ Im Unterschied zu der nachträglichen Zwecksetzung durch den Gläubiger zum Zeitpunkt der Aufwendung hat der BGH hier jedoch den Schadensersatz für den Nutzungsausfall bei gegenständlichen Gütern beschränkt, denen die Zweckbestimmung immanent ist, ohne dass es einer Willensbetätigung des Berechtigten bedürfte.⁶⁴ Aus diesem Grund steht die **Stadthallen-Entscheidung** des BGH, bei der es sich ja nur um Aufwendungen in Form von Geld handelte, auch hierzu nicht in Widerspruch. Bezogen auf die mit der Frustration vereitelte Chance der Zweckerreichung finden sich in der Literatur vereinzelt Stimmen, die jedenfalls in der Vereitelung materieller Gewinnchancen einen Vermögensschaden sehen.⁶⁵

Diese Konzeption würde jedoch dazu führen, dass der Gläubiger aufgrund einer bloßen Zweckbestimmung seinen Vermögensabfluss, der mit der Erbringung der Aufwendungen eintritt, kompensieren kann. Die Erbringung der Aufwendungen hätte dann in den Fällen, in denen eine Investition des Gläubigers in die erwartete Leistung zugleich mit dem Erhalt eines geldwerten Gegenstands verbunden ist, deren doppelten Ausgleich zur Folge: Einerseits erhält der Gläubiger für die Aufwendungen unmittelbar einen Gegenwert, im **Stadthallen-Fall** beispielsweise Werbeprospekte, darüber hinaus verschafft er sich die Chance auf die Erreichung eines Zwecks, in dem gewählten Beispiel die Gewinnung von neuen Parteimitgliedern. Sähe man in der Frustration einen materiellen Schaden, dann würde diese Chance nun im Vermögen des Gläubigers nach der Anordnung des § 284 BGB mit dem Wert der Aufwendungen berücksichtigt, obwohl sie mit der unmittelbaren Gegenleistung für die Aufwendung, die – wie das Beispiel der Werbeprospekte zeigt – auch aus einem Vertrag mit einem Dritten hervorgehen kann, nicht notwendig verknüpft ist. Die ursprünglich im Vermögen des Gläubigers einfach angesetzten Geldbeträge würden durch ihre Aufwendung zu einem bestimmten Zweck zweifach zu Aktivposten im Vermögen des Gläubigers. Dies führt zu der befremdli-

⁶² *Mertens*, Vermögensschaden, 158 f.; gegen diesen Vermögensbegriff *Keuk*, Vermögensschaden, 248; *Ströfer*, Schadensersatz, 57; *Tolk*, Frustrierungsgedanke, 118.

⁶³ BGH, Beschluss v. 9.7.1986, NJW 1987, 50 (51). In BGH, Urteil v. 26.9.1997, ZIP 1998, 154 (158) schränkt der BGH die Subjektivierung des Vermögensbegriffes dahingehend ein, dass zur Ermittlung des entstandenen Nachteils die Verkehrsanschauung unter der Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses herangezogen werden müsse.

⁶⁴ Kritisch zu dem dabei erfolgten Ausschluss von Luxusgütern äußert sich *Rauscher*, NJW 1987, 54.

⁶⁵ Siehe dazu z.B. *Fleischer*, JZ 1999, 770.

chen Konsequenz, dass der Gläubiger mit einer einfachen Zwecksetzung und damit einer Willensbetätigung sein Vermögen mehrern könnte.

Für die Annahme eines Nichtvermögensschadens im Falle der Frustration spricht darüber hinaus die oben bereits angedeutete Erwägung, dass der Gesetzgeber den Ersatz frustrierter Aufwendungen nur in § 284 BGB und als Alternative zum Schadensersatz statt der Leistung ermöglicht hat. Nach dieser Konzeption würde die Annahme eines materiellen und damit Vermögensschadens zu dem Widerspruch führen, dass die Chance auf die Zweckerreichung nur dann zum Vermögen des Gläubigers gehört, wenn er sein Wahlrecht nach § 284 BGB ausübt. Im Rahmen eines originären Schadensersatzanspruches nach § 280 Abs. 1 BGB oder des Schadensersatzes statt der Leistung ist der Verlust der Chance nicht ersatzfähig und gehört somit nicht zum Vermögen des Gläubigers. Auch dies liefe darauf hinaus, dass der Gläubiger durch eine Willensbetätigung den Inhalt seines Vermögens bestimmen könnte. Da das Wahlrecht des § 284 BGB nach der Pflichtverletzung ausgeübt wird, würde diese Vermögensmehrung sogar rückwirkend erfolgen. Aus diesen Überlegungen geht hervor, dass der Verlust der Chance, den mit den Aufwendungen angestrebten Zweck zu erreichen, und damit der Frustrationsschaden ein immaterieller Schaden und § 284 BGB damit eine besondere gesetzliche Regelung im Sinne des § 253 BGB ist. Der Gesetzgeber hat folglich mit der Einführung des § 284 BGB eine Abkehr von der rein materiellen Betrachtungsweise des ehemaligen „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung“ vollzogen, so dass nun der Gläubiger auch die Möglichkeit hat, nach einer Pflichtverletzung des Schuldners eine Entschädigung für seine immateriellen Einbußen zu erlangen.

Zu Recht hat daher der BGH in der oben bereits wiedergegebenen **Architekten-Entscheidung** die Chance auf einen materiellen Gewinn ausdrücklich als Nichtvermögensschaden qualifiziert.⁶⁶ Insofern ist auch das **Stadthallen-Urteil** konsequent, in dem der BGH den Verlust der Chance auf die Erreichung eines immateriellen Zwecks ebenfalls als nach § 253 BGB nicht ersatzfähigen immateriellen Schaden bezeichnet.⁶⁷

⁶⁶ BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442 (443 f.).

⁶⁷ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (198, 292).

F. Ergebnis des zweiten Abschnitts

Obwohl nach der Formulierung des Gesetzgebers § 284 BGB dem Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zubilligt, liefert diese Norm dem Gläubiger einen besonderen Schadensersatzanspruch. Er kann unter den haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung eine hierzu alternative Berechnungsmethode wählen und seine frustrierten Aufwendungen liquidieren. § 284 lässt sich damit dogmatisch den haftungsausfüllenden Regelungen der §§ 249 ff. BGB zuordnen. Der nach § 284 BGB ersatzfähige Schaden ist die Frustration der Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, also der Verlust der Chance, den mit den Aufwendungen verfolgten Zweck zu erreichen. Die dabei entstandene Einbuße stellt einen Nichtvermögensschaden dar, so dass der Gesetzgeber mit Einführung des § 284 BGB einen weiteren Ausnahmefall nach § 253 BGB geschaffen hat. Damit hat der Gläubiger durch die Einführung des § 284 BGB, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung nach den §§ 281 ff. BGB vorliegen, ein Wahlrecht zwischen dem Ersatz seines materiellen positiven und seines immateriellen Frustrationsinteresses.

3. Abschnitt: Die Voraussetzungen des § 284 im Einzelnen

A. Anwendungsbereich des § 284 BGB

Der Wortlaut des § 284 BGB trifft keine Unterscheidungen hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Vorschrift. Sie ist daher sowohl auf gesetzliche als auch vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar.¹ Streitig ist lediglich, ob die Norm auch bei Verträgen einschlägig ist, die erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen.²

Anknüpfend an den Wortlaut der Vorschrift ist eine Differenzierung nach dem Zweck, den der Gläubiger mit dem Erhalt der Leistung anstrebt, für eine Anwendung des § 284 BGB unerheblich. Nach den Motiven des Gesetzgebers soll § 284 BGB zwar die Schutzlücken der Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung schließen und auch Gläubigern mit ideeller, konsumtiver oder spekulativer Zielsetzung die Möglichkeit der Liquidation ihrer frustrierten Aufwendungen eröffnen;³ allein aus diesem Umstand ergibt sich jedoch nicht, dass im Rahmen von Verträgen mit kommerzieller Zielrichtung dem Gläubiger die Möglichkeit verwehrt sein soll, seinen Schaden nach § 284 BGB zu berechnen. Dies lässt sich auch darauf stützen, dass nach der Gesetzesbegründung der Halbsatz 2 der Vorschrift vor dem Hintergrund eingeführt worden ist, dass durch § 284 BGB eine Besserstellung desjenigen, der bei kommerziellen Verträgen auch bei ordnungsgemäßem Erhalt der Leistung dennoch einen Verlust gemacht hätte, die Rentabilitätsvermutung also widerlegt worden wäre, nicht erfolgen sollte.⁴ Diese Begründung wäre irreführend, wenn Verträge mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 284 BGB herausfallen würden, weil dann kein Bedürfnis für Korrekturen der Norm im Sinne der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung bestünde.

Darüber hinaus würden Gläubiger mit kommerziellen Absichten dadurch benachteiligt, dass Aufwendungen, die nicht in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leis-

¹ Palandt-*Heinrichs*, § 284 Rz. 4.

² Nach *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 336 f. ist § 284 BGB sowohl auf Aufwendungen mit kommerzieller als auch ideeller Zielrichtung anwendbar; ebenso MünchKomm-*Ernst*, § 284 Rz. 11. *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, behandelt diese Frage nicht, geht in dem in Kap. 4 Rz. 22 gewählten Beispiel aber stillschweigend davon aus, dass auch Verträge mit kommerzieller Zielrichtung dem Anwendungsbereich des § 284 BGB unterfallen. A.A. ausdrücklich Palandt-*Heinrichs*, § 284 Rz. 4; *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 2.

³ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 373 ff.

⁴ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 380.

tung und Gegenleistung stehen – ein Umstand, der einer Ersatzpflicht im Rahmen des § 284 BGB nicht entgegensteht –, nicht von der Rentabilitätsvermutung erfasst werden und ihnen käme diesbezüglich nur die Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB zugute. Sie könnten ihren Ersatzanspruch nicht auf § 284 BGB stützen und würden dadurch benachteiligt.

Schließt man Verträge mit kommerzieller Zielrichtung von vornherein aus dem Anwendungsbereich aus, so ergäben sich auch in Grenzfällen Abgrenzungsschwierigkeiten. Es ist nämlich denkbar, dass der Gläubiger mit dem Erhalt der Leistung sowohl ideelle als auch kommerzielle Ziele verfolgt, wie zum Beispiel der Kunstliebhaber, der das gekaufte Bild zunächst in seine private Sammlung zu seinem eigenen Kunstgenuss aufnehmen will, um es nach einigen Jahren jedoch gewinnbringend zu veräußern. Diese Art von Verträgen ist nicht nur einer der Kategorien „kommerziell“ oder „ideell“ zuzuordnen. Noch problematischer ist die Einordnung des Vertrags, wenn der Gläubiger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar nicht beabsichtigt, jedoch auch nicht ausschließen kann, mit dem Leistungsgegenstand in Zukunft Gewinn zu erzielen. Auch um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollte § 284 BGB auf jegliche Art von Vertrag anwendbar sein.

Schließlich lässt sich auch anführen, dass weitere Voraussetzung für den Ausschluss kommerzieller Verträge aus dem Anwendungsbereich des § 284 BGB wäre, dass die Rentabilitätsvermutung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung weiterhin Anwendung findet. Anderenfalls könnte der Gläubiger, der mit dem Erhalt der Leistung kommerzielle Zwecke verfolgt, seine frustrierten Aufwendungen unter keinen Umständen vom Schuldner ersetzt verlangen. § 284 BGB schließt jedoch nicht nur die Schutzlücken der Rentabilitätsvermutung, sondern löst diese als spezialgesetzliche Regelung eines Ersatzes frustrierter Aufwendungen ab.⁵ Ein Ersatz zweckloser Aufwendungen sollte in Zukunft ausschließlich nach § 284 BGB möglich sein.

Es ergibt sich also, dass § 284 BGB auf jegliche bestehende Schuldverhältnisse Anwendung findet, ohne dass es darauf ankäme, welches Ziel der Gläubiger mit der ihm zustehenden Leistung verfolgt.

⁵ Siehe dazu unten im fünften Abschnitt B.

B. Haftungsbegründung: Schadensersatz statt der Leistung

I. Originäre Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung

Der haftungsbegründende Tatbestand des § 284 BGB erfordert lediglich, dass dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zusteht. Der nach der Struktur des neuen Leistungsstörungenrecht zentral geregelte Schadensersatzanspruch nach einer Pflichtverletzung des Schuldners, § 280 BGB, verlangt in seinem Abs. 3 für den Schadensersatz statt der Leistung zusätzliche Voraussetzungen, die sich nach den §§ 281 – 283 BGB richten. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen der Verletzung einer Leistungspflicht (Haupt- oder Nebenleistungspflicht⁶), §§ 281, 280 BGB, dem Ausschluss der Leistung, §§ 283, 280 BGB, und der Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht (Schutzpflicht) nach § 241 Abs. 2 BGB⁷ durch den Schuldner, §§ 282, 280 BGB. Wie sich aus den §§ 281 – 283 BGB ergibt, ist Voraussetzung für den Anspruch des Gläubigers aus § 284 BGB demnach, dass dessen ursprünglich mit der Verpflichtung des Schuldners begründete Leistungsanspruch zumindest teilweise ausgeschlossen ist.⁸

Jedoch müssen nicht alle Voraussetzung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 ff. BGB vorliegen, damit der Gläubiger gegen den Schuldner nach § 284 BGB vorgehen kann. Aus der Stellung des § 284 BGB als Alternativanspruch zum Schadensersatz statt der Leistung folgt, dass es auf einen nach den für den Schadensersatzes statt der Leistung geltenden Regeln ersatzfähigen Schaden nicht ankommt. Auch aus der Begründung des Gesetzgebers geht hervor, dass eine Frustration auf Seiten des Gläubigers auch dann ersetzt werden soll, wenn diesem kein materieller Nichterfüllungsschaden entstanden ist.⁹ Anderenfalls könnte der Zweck des § 284 BGB – die Kompensation materieller Einbußen des Gläubigers, der aufgrund der Grenzen der Rentabilitätsvermutung keinen im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung ersatzfähigen Schaden erlitten hat –

⁶ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 138 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 336; *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 125; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 281 Rz. 8.

⁷ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 138 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 336; *Canaris*, JZ 2001, 512; *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2284; *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 168.

⁸ Vgl. § 281 Abs. 4 BGB sowie §§ 283 Satz 1 i.V.m. 275 Abs. 1 – 3 BGB. Für § 282 BGB ergibt sich der Ausschluss der Leistung nicht direkt aus dem Gesetz, da ein Verweis auf § 281 Abs. 4 fehlt. Dennoch muss hier erst recht gelten, dass der Gläubiger, der sich auf die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner beruft, zumindest nach § 242 BGB (widersprüchliches Verhalten) seinen Leistungsanspruch verliert.

⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 373.

nicht erreicht werden. Daher müssen nur die den Schadensersatz statt der Leistung begründenden, nicht jedoch die diesen ausfüllenden Voraussetzungen vorliegen.¹⁰

II. Nicht erfolgsbezogene Leistungspflichten

Eine Besonderheit ergibt sich bei solchen Verträgen, nach deren Inhalt der Schuldner nicht zur Erbringung eines Erfolges sondern lediglich zum Tätigwerden verpflichtet ist, zum Beispiel Dienst- oder Arbeitsverträge. Eine Schlechterfüllung durch den Schuldner wirkt sich bei diesen Verträgen für den Gläubiger erst dann nachteilig aus, wenn ihm bereits ein Schaden entstanden ist. Dann ist aber regelmäßig eine erneute Leistung durch den Schuldner zwecklos. Der durch die Schlechtleistung entstandene Schaden ist dem Gläubiger als Begleitschaden neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen, eines Rückgriffes auf den Schadensersatz statt der Leistung bedarf es nicht.¹¹ Dieser ist auch deswegen ausgeschlossen, weil bei diesen Vertragstypen im Gegensatz zum Kauf-, Miet- oder Werkvertrag eine schlechte Leistung dennoch die Erfüllung der Verpflichtung darstellt.

Auch in diesen Fällen muss dem Gläubiger, der im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch den Schuldner vor der Pflichtverletzung Aufwendungen erbracht hat, die Möglichkeit eröffnet sein, diese Aufwendungen vom Schuldner ersetzt zu verlangen.¹² Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Konzeption des Gesetzgebers dadurch zu einer Benachteiligung der Gläubiger dieser Vertragstypen führen soll, dass er nur dann Aufwendungsersatz nach § 284 BGB geltend machen kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 282 oder 283 BGB vorliegen. Für dieses Ergebnis spricht daneben, dass auch im Rahmen der hier genannten Vertragstypen in den Fällen, in denen der Schuldner gar nicht tätig geworden ist, der Gläubiger nach Nachfristsetzung Schadensersatz statt der Leistung und damit Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangen kann, die Abgrenzung einer Nichtleistung zur Schlechtleistung jedoch in Grenzfällen nur schwer vorzunehmen ist. Allerdings müssen bei einer Schlechtleistung ebenfalls die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen, damit der Gläubiger die Schadensberechnung nach § 284 BGB wählen kann. Jedoch

¹⁰ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 333 f.; *AnwKommBGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 6, wonach der Anspruch aus § 284 BGB; *MünchKomm-Ernst*, § 284 Rz. 13.

¹¹ So für den anwaltlichen Beratungsvertrag *Grunewald*, *AnwBl* 2002, 258.

¹² *Grunewald*, *AnwBl* 2002, 259; *Dauner-Lieb* in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Schuldrecht, § 2 Rz. 54.

wird die nach § 281 Abs. 1 BGB erforderliche Nachfristsetzung regelmäßig nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein.¹³

III. Rechtsgrundverweise in §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB

Auch die ursprünglich im BGB spezialgesetzlich geregelten Schadensersatzansprüche des Käufers bzw. Werkbestellers ergeben sich nun durch die Verweise in § 437 Nr. 3 BGB bzw. § 634 Nr. 4 BGB aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Beide Gewährleistungsvorschriften fordern dabei ausdrücklich, dass die Voraussetzungen des jeweils in Betracht kommenden Schadensersatzanspruches vorliegen müssen. Damit sind sowohl die Verweise in § 437 BGB als auch in § 634 BGB Rechtsgrundverweise.¹⁴

Dabei wird sowohl in § 437 Nr. 3 BGB als auch in § 634 Nr. 4 BGB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Gläubiger auch Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen kann, wenn die Voraussetzungen des § 284 BGB vorliegen. Dieser Verweis ist nach der hier vertretenen Konzeption des § 284 BGB eigentlich überflüssig, weil dem Gläubiger der Weg zu einem Aufwendungsersatz nach § 284 BGB bereits dadurch eröffnet ist, dass er nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 (283) BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 (283) BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, die allerdings in § 440 BGB bzw. § 636 BGB im Falle der mangelhaften Lieferung geringfügig erleichtert werden, bleibt für einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 bzw. 634 Nr. 4 BGB, jeweils in Verbindung mit § 284 BGB, erforderlich. Die ausdrückliche Erwähnung des § 284 BGB hat daher lediglich Klarstellungsfunktion: Ohne den besonderen Verweis auf § 284 BGB in § 437 Nr. 3 BGB bzw. § 634 Nr. 4 BGB könnte der Normadressat irrtümlich annehmen, dass dieser Anspruch vom Käufer bzw. Werkbesteller nicht geltend gemacht werden könne.

IV. Sonstige Ansprüche auf das positive Interesse

Neben den soeben genannten Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf Schadensersatz und denjenigen des Kauf- und Werkvertragsrechts, die nach der Schuldrechtsmodernisierung auf die allgemeinen Regelungen verweisen, finden sich im All-

¹³ Grunewald, AnwBl 2002, 258.

¹⁴ Huber in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rz. 5, Kap. 18 Rz. 17; zu § 437 BGB ausdrücklich AnwKom-BGB-Dauner-Lieb, § 437 Rz. 1.

gemeinen Teil und im Besonderen Schuldrecht des BGB noch einige spezielle Normen, die dem Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz seines positiven Interesses gewähren. Zu nennen sind hier §§ 179 Abs. 1, 2. Alt., 523 Abs. 2 S. 1, 524 Abs. 2 S. 2, 536 a Abs. 1, 651 f BGB. Die Regelungskomplexe, in die die genannten Ansprüche auf das positive Interesse integriert sind, blieben auch im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts systematisch unangetastet. Jedoch erfolgten – allerdings nur vereinzelt – im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Anpassungen an die neue Terminologie des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts.¹⁵

Kann der Gläubiger nach diesen spezialgesetzlich geregelten Anspruchsgrundlagen vom Schuldner sein positives Interesse ersetzt verlangen, so steht ihm ebenfalls die alternative Schadensberechnung nach § 284 BGB offen.¹⁶ Auch im Schenkungs-, Miet- und Reisevertragsrecht stellt sich nämlich das Problem nutzloser Aufwendungen. Man denke hierbei an den Beschenkten, der in Erwartung eines ihm versprochenen Grundstücks einen Architekten beauftragt, den Reisenden, der in Vertrauen auf die gebuchte Fernreise kostspielige aber erforderliche Impfungen vornehmen lässt, oder den Mieter einer Veranstaltungshalle, der die geplante Veranstaltung mit großem finanziellen Aufwand bewirbt.¹⁷ Dass nach diesen Anspruchsgrundlagen der Gläubiger nicht „Schadensersatz statt der Leistung“ verlangen kann, liegt allein an der nur unvollständig erfolgten terminologischen Harmonisierung des Besonderen Schuldrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Inhaltlich entsprechen diese Ansprüche jedoch dem neu eingeführten „Schadensersatz statt der Leistung“. Somit ergibt sich schon aus der Systematik des Schuldrechts, dass die allgemeinen Regelungen hier Anwendung finden. Darüber hinaus findet sich kein vernünftiger Grund, warum die Gläubiger dieser Ansprüche in Bezug auf die Möglichkeiten der Schadensberechnung gegenüber denjenigen, deren Anspruch sich nach Allgemeinem Schuldrecht richtet, benachteiligt werden sollten. Die bereits spezialgesetzlich normierten Aufwendungsersatzansprüche in § 536 a Abs. 2

¹⁵ So wurde in § 536 a Abs. 1 BGB aufgrund der Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates der bisherige „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ als „Schadensersatz“ bezeichnet, vgl. dazu BT Drucksache 14/6857, S. 66 f. sowie BT Drucksache 14/7052, S. 70, 247. Allerdings liegt hierin ein Redaktionsversehen. Da die Besonderheiten der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften beibehalten werden sollten und lediglich eine Anpassung an die neuen Begrifflichkeiten des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts beabsichtigt war, vgl. BT Drucksache 14/6857, S. 66 f., hätte der vormals in § 536 a Abs. 1 BGB aufgeführte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ nun als „Schadensersatz statt der Leistung“ bezeichnet werden müssen.

¹⁶ *Becker*, Schuldverhältnisse, Rz. 376; *Faust* in Huber/Faust Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 9; *Hk-BGB-Schulze*, § 284 Rz. 4 f.; nur für den Anspruch des Mieters aus § 536 a BGB ausdrücklich *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 4.

¹⁷ So der Stadthallen-Fall, BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

und § 651 f Abs. 2 BGB erfassen andere Problemstellungen und können § 284 BGB daher nicht verdrängen.

V. Das Problem der „Fixaufwendungen“

Oftmals nimmt der Gläubiger Aufwendungen vor, die trotz Nachholung der Leistung ihren Zweck verfehlen, weil der vom Gläubiger verfolgte Zweck nur innerhalb einer bestimmten Frist erreicht werden kann. Ursache für die Frustration der Aufwendungen ist dann bereits die Verzögerung der Leistungserbringung. So sind die Kosten für den Erwerb eines Weihnachtsbaums für ein Hofgrundstück auch dann verfehlt, wenn der Gläubiger das Grundstück nach Nachfristsetzung erst später als ursprünglich geschuldet erhält und das Weihnachtsfest bereits vorüber ist.¹⁸ Für diese Fälle schlägt *Gsell* eine teleologische Erweiterung des § 284 BGB vor und will dem Gläubiger diese frustrierten Aufwendungen auch dann ersetzen, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung nicht vorliegen, weil die Leistung nachgeholt wird. Eine verzögerungsbedingte Frustration soll danach schon unter den haftungsbegründenden Voraussetzungen des Verzögerungsschadens ersatzfähig sein.¹⁹ § 284 BGB diene nämlich dazu, die Vergeblichkeit von Aufwendungen auszugleichen und die Nachholung der Leistung sei keine ausreichende Rechtfertigung, dem Gläubiger den Ersatz zu versagen.²⁰ Aus den Ausführungen *Gsells* geht allerdings nicht hervor, ob auch in diesen Fällen der Gläubiger Aufwendungsersatz nur alternativ zum materiellen Verzögerungsschaden oder zusätzlich zu diesem verlangen kann.

Eine Erweiterung der Anwendbarkeit des § 284 BGB unterliefe jedoch die Grundentscheidung des Gesetzgebers, Aufwendungsersatz nur unter den haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung und nur dann zu gewähren, wenn der Gläubiger sich für die Liquidation seines Anspruchs entscheidet. Der Gesetzgeber hat mit der Formulierung des § 284 BGB zum Ausdruck gebracht, dass frustrierte Aufwendungen nicht in jedem Fall der nicht rechtzeitigen ordnungsgemäßen Erfüllung durch den Schuldner ersatzfähig sein sollen. Nimmt der Gläubiger Investitionen in die Leistung vor, so trägt er nach dieser

¹⁸ Beispiel bei *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 341.

¹⁹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 341 ff., wobei die haftungsausfüllenden Voraussetzungen des § 284 BGB ebenfalls erfüllt sein müssen; AnwKom-BGB-*Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 7; *Bamberger/Roth-Grüneberg*, § 284 Rz. 6; ablehnend *Münch-Komm-Ernst*, § 284 Rz. 14.

²⁰ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 341.

Grundentscheidung des Normgebers grundsätzlich das Risiko, dass seine Aufwendungen vor der ordnungsgemäßen Leistung durch den Schuldner ihren Zweck verfehlen.

Das Problem, dass Aufwendungen des Gläubigers schon aufgrund des Verzugs des Schuldners ihren Zweck verfehlen, sollte meines Erachtens auf andere Weise Rechnung getragen werden. Eine interessengerechte Lösung lässt sich in diesen Fällen auch durch die Berücksichtigung der drohenden Frustration bei der „Angemessenheit“ der Nachfrist, die der Gläubiger dem Schuldner nach § 281 Abs. 1 BGB setzen muss, erreichen. Die Länge der angemessenen Frist richtet sich auch danach, wann dem Gläubiger drohende Schäden entstehen. In Extremfällen kann daher eine Nachfristsetzung auch nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein und der Gläubiger sofort den Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen.

VI. § 311 a BGB als Rechtsfolgenverweis

Eine Sonderrolle nimmt § 311 a BGB²¹ ein. Danach kann der Gläubiger bei anfänglichem Ausschluss der Leistung nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 BGB bestimmten Umfang verlangen, es sei denn, der Schuldner kannte das Leistungshindernis nicht und diese Unkenntnis hatte er auch nicht zu vertreten. Damit ist § 311 a BGB im Gegensatz zu den Rechtsgrundverweisen in den §§ 437 Nr. 3 bzw. 634 Nr. 4 BGB ein *Rechtsfolgenverweis*. Die Vorschrift verweist direkt auf den haftungsausfüllenden Tatbestand des § 284 BGB, ohne dass es auf die haftungsbegründenden Voraussetzungen – ein Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung – noch ankäme. Mit der Aufnahme des § 284 BGB in den Wortlaut der Vorschrift hat der Gesetzgeber wie bei §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB klargestellt, dass die Alternativität von Aufwendungsersatz nach § 284 BGB zum Schadensersatz statt der Leistung beibehalten wird.

C. Haftungsausfüllung: Art und Umfang der ersatzfähigen Aufwendungen

Die Prüfung des haftungsausfüllenden Tatbestands des § 284 BGB folgt auf den ersten Blick einer einfachen Systematik: Grundvoraussetzung ist zunächst, dass der Gläubiger auf den Erhalt der Leistung vertraut hat und aufgrund dieses Vertrauens Aufwendungen erbracht hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so erfolgt eine normative Kontrolle, denn der Gläubi-

²¹ Eine gesonderte Regelung des anfänglichen Unvermögens war weder im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission noch in dem Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums vorgesehen. § 311 a BGB geht zurück auf einen Formulierungsvorschlag von *Grunewald*, JZ 2001, 433 ff.

ger kann nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung „billigerweise machen durfte“. Es wird dabei überprüft, ob der Gläubiger nach einer Abwägung der Parteiinteressen im Hinblick auf die von ihm erbrachten Aufwendungen auch tatsächlich schutzwürdig ist. Sodann ist erforderlich, dass die Aufwendungen ihren Zweck verfehlt haben und dieser Frustrationsschaden gerade durch die Pflichtverletzung des Schuldners eingetreten ist. § 284 HS 2 BGB stellt dabei klar, dass hypothetische Kausalverläufe beachtlich sind, wenn der Schuldner beweist, dass die Frustration und damit der Schaden auf Seiten des Gläubigers auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

Bei der nun folgenden Untersuchung der einzelnen Merkmale des haftungsausfüllenden Tatbestands des § 284 BGB wird diese soeben dargestellte innere Systematik beibehalten.

I. Das Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung

Nach der vom Gesetzgebers gewählten Formulierung des § 284 BGB ist das Bestehen von Vertrauen konstitutives Merkmal für den Ersatz frustrierter Aufwendungen nach einer Pflichtverletzung des Schuldners und damit für den Übergang des Risikos, dass die Investitionen des Gläubigers in die erwartete Leistung ihren Zweck verfehlen. Einerseits werden Aufwendungen, die vor dem Entstehen von Vertrauen auf den Erhalt der Leistung durch den Gläubiger erbracht werden, nicht nach § 284 BGB ersetzt. Erst mit Entstehung dieses Vertrauens geht das Risiko, dass eine Investition in die versprochene Leistung durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung ihren Zweck verfehlt, auf den Schuldner über. Auf der anderen Seite kann einmal entstandenes Vertrauen des Gläubigers auch wieder vernichtet werden. Ist dem Gläubiger beispielsweise bekannt, dass der Schuldner die Leistung aufgrund objektiver Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB nicht mehr erbringen kann, so wird er regelmäßig nicht mehr darauf vertrauen, dass er die Leistung vom Schuldner erhält. Nimmt er dennoch Investitionen in die versprochene Leistung vor, so ist er nach der Wertung des § 284 BGB nicht mehr schutzwürdig und ein Anspruch auf Ersatz der erbrachten Aufwendungen für den Fall, dass die Leistung – wie vom Gläubiger erwartet – ausbleibt, scheidet aus. Daraus ergibt sich, dass das Investitionsrisiko mit Entstehen des Vertrauens auf den Erhalt der Leistung vom Gläubiger auf den Schuldner übergeht, umgekehrt aber wieder dem Gläubiger zufallen kann, sobald sein Vertrauen zerstört wurde.

Ob ein Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung vorgelegen hat, bestimmt sich nach dem Wortlaut der Vorschrift rein subjektiv aus der Sicht des Gläubigers. Dabei spielt bei der Subsumtion unter dieses Tatbestandsmerkmal keine Rolle, ob der Gläubiger auch tatsächlich Anlass hatte, unter den konkreten Umständen auf den Erhalt der Leistung zu vertrauen, er also auch objektiv auf die Leistungserbringung durch den Schuldner *vertrauen durfte*. Diese Frage der Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens kommt erst auf der Ebene der normativen Kontrolle des Vertrauens, der Billigkeit der Aufwendungen, zum Tragen.²² Entscheidend ist also zunächst das rein faktische Bestehen von Vertrauen auf Seiten des Gläubigers. Die Gegenansicht²³ verkennt die innere Systematik des § 284 BGB, dessen Formulierung „...und die er billigerweise machen durfte...“ nahe legt, dass Schutzwürdigkeitserwägungen erst auf der Stufe des Billigkeitsausgleichs vorzunehmen sind. Eine teleologische Reduktion der rein subjektiven Formulierung des Merkmals, dass der Gläubiger auf den Erhalt der Leistung vertraut *hat*, ist daher nicht erforderlich.

II. Konkretisierung des Aufwendungsbegriffes

Werden Aufwendungen grundsätzlich als freiwillige Vermögensopfer verstanden,²⁴ so hängt die Konkretisierung der grundsätzlich ersatzfähigen Aufwendungen von Inhalt und Reichweite des Vermögensbegriffes ab. Gleichzeitig stellt diese Definition klar, dass immaterielle Einbußen nicht als Aufwendungen ersatzfähig sind.²⁵ Einigkeit besteht dagegen dahingehend, dass Aufwendungen nicht nur in Form von Geldzahlung des Aufwendenden auftreten. Sie können ebenso in Sachaufwendungen, wie zum Beispiel in dem Verbrauch von Gegenständen bestehen.²⁶ Aus § 257 S. 1 BGB ergibt sich, dass auch das Eingehen von Verbindlichkeiten unter den Aufwendungsbegriff subsumiert werden kann. Bei Aufwendungen, die einer Sache zugute kommen sollen, spricht das Gesetz von Verwendungen.²⁷

²² Dazu siehe in diesem Abschnitt unter C.III.4.a).

²³ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 14.

²⁴ RG, Urteil v. 19.11.1928, RGZ 122, 298 (303); RG, Urteil v. 1.2.1911, RGZ 75, 208 (211); RG, Urteil v. 28.11.1918, RGZ 94, 169 (170); BGH, Urteil v. 30.5.1960, NJW 1960, 1568 (1569); BGH, Urteil v. 12.10.1972, BGHZ 59, 328 (329 f.); BGH, Urteil v. 26.4.1989, NJW 1989, 2818 (2819); Küppers, Verdorbene Genüsse, 70; Larenz, Schuldrecht II/1, § 56 III.; Müller, Aufwendungsersatz, 23; Müller, JZ 1968, 769; Tolk, Frustrierungsgedanke, 104.

²⁵ BGH, Urteil v. 19.5.1969, BGHZ 52, 115 (117); MünchKomm-Seiler, § 670 Rz. 6.

²⁶ MünchKomm-Seiler, § 670 Rz. 6; Soergel-Wolf, 12. Aufl., § 256 Rz. 6.

²⁷ BGH, Urteil v. 9.3.1983, BGHZ 87, 104 (196); BGH, Urteil v. 3.11.1989, BGHZ 109, 179 (182 f.); BGH, Urteil v. 24.11.1995, BGHZ 131, 220 (Leitsatz); Müller, Aufwendungsersatz, 23; Erman-Kuckuk, § 256 Rz. 1; MünchKomm-Krüger, § 256 Rz. 4.

Nicht dem Aufwendungsbegriff zuzuordnen sind dagegen solche Nachteile, die durch einen Verzicht auf ein gewinnbringendes Geschäft entstehen.²⁸ Der Verzicht auf ein Geschäft hat keinen Vermögensabfluss zur Folge und kann allenfalls als entgangener Gewinn geltend gemacht werden, der nach § 284 BGB, anders als bei Schadensersatzansprüchen auf das negative Interesse, aber gerade nicht ersatzfähig sein soll.²⁹ § 252 BGB findet im Rahmen der Schadensberechnung nach § 284 BGB keine Anwendung. Einerseits ist § 284 BGB eine zu den §§ 248 ff. BGB spezielle Form der Schadensberechnung; andererseits stellt der Wortlaut des § 284 BGB ausdrücklich klar, dass nur tatsächlich erbrachte Aufwendungen und damit keine hypothetischen Vermögenseinbußen in die Schadensberechnung einfließen.

1. Eigennützigkeit der Aufwendungen

Nicht erforderlich ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung zum Aufwendungsbegriff³⁰ die Fremdnützigkeit der Vermögenseinbuße.³¹ Geht dies schon aus der Regelung des § 304 BGB hervor, nach der der Schuldner die Aufwendungen für das in seinem Pflichtenkreis liegende (erfolglose) Angebot ersetzt verlangen kann, so wird die Irrelevanz der Fremdnützigkeit einer Aufwendung für deren Ersatzfähigkeit nach § 284 BGB besonders deutlich: Gemäß der Konzeption des § 284 BGB kann nach der Vorstellung des Gläubigers der mit den ersatzfähigen Aufwendungen verfolgte Zweck nur mit dem Erhalt der Leistung vom Schuldner eintreten. Die Investitionen des Gläubigers in die Leistung „lohnen“ sich also erst nach Erfüllung seines Anspruchs und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem er bereits Inhaber des Leistungsgegenstandes ist. Die Zweckerreichung und damit der Erfolg der Aufwendungen kommt also dem Gläubiger selbst zugute, so dass die nach § 284 BGB ersatzfähigen Vermögenseinbußen dem Eigeninteresse des Gläubigers zu dienen bestimmt waren.

Dass diese Auslegung des Aufwendungsbegriffes auch mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang steht, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien. Danach soll derjenige, der zur Finanzierung eines Kunstwerkes ein Darlehen aufgenommen hat, nach einer zu vertretenden

²⁸ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 379; *Canaris*, JZ 2001, 517; *Ehmann/Sutschet*, Schuldrecht, 121; *Otto*, Jura 2002, 9; *Zimmer*, NJW 2002, 10; *Bamberger/Roth-Grüneberg*, § 284 Rz. 13; a.A. *Faust* in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 11; *MünchKomm-Ernst*, § 284 Rz. 17.

²⁹ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 379.

³⁰ BGH, Urteil v. 30.5.1960, NJW 1960, 1568 (1569); BGH, Urteil v. 12.10.1972, BGHZ 59, 328 (329 f.); BGH, Urteil v. 26.4.1989, NJW 1989, 2818 (2819).

³¹ *Faust* in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 10; *Müller*, Aufwendungsersatz, 23; *Münch*, Jura 2002, 372; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 9.

Pflichtverletzung des Schuldners diese Finanzierungskosten nach § 284 BGB ersetzt bekommen.³² Eine Differenzierung nach dem mit dem Leistungsgegenstand verfolgten Zweck findet sich in der Begründung nicht. Es ist daher davon auszugehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Finanzierungskosten des Käufers auch dann ersatzfähige Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB sind, wenn er das Kunstobjekt für seinen (rein konsumtiven) Kunstgenuss verwenden möchte. In diesem Fall wären die frustrierten Aufwendungen ausschließlich im Eigeninteresse des Gläubigers erfolgt.

2. Der mit der Aufwendung verfolgte Zweck

Unerheblich ist auch die Art des mit der Aufwendung verfolgte Zweckes.³³ Schon der Wortlaut der Vorschrift liefert keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein Ersatzanspruch aus § 284 BGB sich danach richtet, ob der Zweck der Aufwendungen materieller, marktstrategischer oder konsumtiver Natur ist. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit Einführung des § 284 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit eröffnen, seine frustrierten Aufwendungen unabhängig von der Rentabilitätsvermutung, die nur bei Aufwendungen zu kommerziellen Zwecken Anwendung findet, ersetzt verlangen zu können.³⁴ Die Hürden, die die Rentabilitätsvermutung durch ihre Differenzierung nach der Art des vom Gläubiger mit der Leistung erstrebten Zwecks aufstellt,³⁵ sollten durch § 284 BGB ja gerade überwunden werden. Vereinzelt erhobene Bedenken dahingehend, dass die Einbeziehung auch solcher Aufwendungen, die der Gläubiger zu ideellen Zwecken gemacht hat, mit der Wertung des § 253 BGB kollidieren könnten,³⁶ sind unberechtigt, da § 284 BGB gerade einer der „durch das Gesetz bestimmten Fälle“ im Sinne des § 253 BGB ist.³⁷

3. Die vom Gläubiger erbrachte Gegenleistung

Eine vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung bei (noch) bestehendem Vertrauen auf den Erhalt der Leistung ist immer ein freiwilliges Vermögensopfer und damit eine Aufwendung, die er billigerweise machen darf. Er ist nach dem Vertragsinhalt ja sogar dazu ver-

³² Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 374.

³³ *Canaris*, JZ 2001, 516 Fn. 164.

³⁴ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 369.

³⁵ Siehe dazu im ersten Abschnitt unter A.III.

³⁶ *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (abrufbar unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/Schuldrechtsreform.pdf), 35.

³⁷ Siehe dazu oben im zweiten Abschnitt E.

pflichtet. Auch nach der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung war eine vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung als „Mindestschaden“ ersatzfähig.³⁸ Dennoch gehört nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung die Gegenleistung des Gläubigers nicht zu den nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen.³⁹ Insoweit soll eine teleologische Korrektur des Wortlauts der Vorschrift erfolgen.

a) Das Verhältnis von § 284 BGB zum Rücktrittsrecht: Wahlrecht des Gläubigers

Nach einer Überprüfung dieser Frage ergibt sich, dass auch die vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung unter den Begriff der „Aufwendungen“ in § 284 BGB subsumiert werden kann und damit als Frustrationsschaden ersatzfähig ist.

1) Grammatische und systematische Untersuchung

Geht man zunächst vom Wortlaut der Vorschrift des § 284 BGB aus, so finden sich keine Hinweise darauf, dass im Hinblick auf eine vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung eine Einschränkung des Aufwendungsbegriffes zu erfolgen hat.

Auch systematische Erwägungen führen zu keinem anderen Ergebnis. Die Argumentation, dass für die vom Gläubiger erbrachte Gegenleistung die Regelungen über den Rücktritt vom Vertrag sachnäher sind und damit als Spezialregelungen die Vorschrift des § 284 BGB verdrängen,⁴⁰ lässt den entscheidenden Unterschied zwischen dem *Herausgabeanspruch* der §§ 346 ff. BGB und dem *Ersatzanspruch* nach § 284 BGB unberücksichtigt. Denn der rücktrittsrechtliche Herausgabeanspruch und der Ersatzanspruch nach § 284 BGB können sich inhaltlich von einander unterscheiden. Dem Gläubiger sollte es aber zustehen, zwischen Herausgabe seiner bereits erbrachten Gegenleistung und deren Ersatz zu wählen.

³⁸ BGH, Urteil v. 21.4.1978, BGHZ 71, 234 (238); BGH, Urteil v. 25.3.1998, BGHZ 138, 195 (209).

³⁹ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 17; MünchKomm-Ernst, § 284 Rz. 16..

⁴⁰ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 17.

aa) Kumulation von Aufwendungsersatz und Rücktritt nach § 325 BGB

Nach der klarstellenden Vorschrift des § 325 BGB ist die Geltendmachung von Schadensersatz kumulativ zu einem Rücktritt vom Vertrag möglich.⁴¹ Zwar ist der Wortlaut des § 325 BGB nicht eindeutig; man könnte die Norm auch dahingehend verstehen, dass dem Gläubiger auch nach erklärtem Rücktritt noch ein Umstieg auf Schadensersatz ermöglicht wird, wodurch im Ergebnis durch § 325 BGB die Gestaltungswirkung der Rücktrittserklärung überwunden würde. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der Gläubiger neben der Liquidation seines entgangenen Gewinns aus der ihm versprochenen Leistung nicht die Wahl zwischen einer Kompensation der von ihm erbrachten Gegenleistung nach Schadensrecht und deren Herausgabe nach Rücktrittsrecht und damit das Recht zu einer Kumulierung der beiden Rechtsbehelfe haben sollte. Diese Auslegung des § 325 BGB entspricht auch den Gesetzesmaterialien, in denen ausdrücklich von einer Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz und der Aufgabe der Alternativität der beiden Rechtsbehelfe die Rede ist.⁴² Dabei ist jedoch zu beachten, dass Schadensersatz statt der Leistung, der kumulativ neben den Rückgewähranspruch nach § 346 BGB tritt, nur unter Anwendung der Differenztheorie erfolgen kann, um eine wirtschaftliche Verdoppelung des Gläubigeranspruchs zu vermeiden.⁴³ Aus § 325 BGB ergibt sich also, dass der Gläubiger trotz eines erfolgten Rücktritts vom Vertrag auch Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, der lediglich eine zum Schadensersatz statt der Leistung alternative Berechnung des Schadens des Gläubigers darstellt, verlangen kann.

bb) Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz statt der gesamten Leistung

Liegen die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der gesamten Leistung nach §§ 281, 282 BGB vor, so ergibt sich aufgrund des Gleichlaufes dieser Vorschriften mit §§ 323, 324 BGB, dass der Gläubiger dann auch immer von dem Vertrag zurücktreten kann. Auch im Falle des Ausschlusses der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB richtet sich der ipso iure entstehende Rückgewähranspruch des Gläubigers nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts, § 326 Abs. 4 BGB.

⁴¹ *Canaris*, JZ 2001, 514; *Dedek* in *Henssler/Graf v. Westphalen*, § 281 Rz. 46; *Medicus*, in *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Schuldrecht, Kap. 3 Rz. 79; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 325 Rz. 2; *Palandt-Heinrichs*, § 325 Rz. 2.

⁴² Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 93, 188 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 532.

⁴³ *Canaris*, JZ 2001, 514; *Gsell*, Jb.J.ZivRW. 2001, 125 ff; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 237.

cc) Identität des Anspruchsinhalts bei Geldleistung des Gläubigers

Der Ersatzanspruch aus § 284 BGB – von der Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Gläubigers bei der Pflichtverletzung des Schuldners und einer deshalb nach § 254 BGB eintretenden Minderung des Ersatzanspruches einmal abgesehen⁴⁴ – und der Rückgewähranspruch aus §§ 346 Abs. 1 BGB sind inhaltlich identisch, wenn es sich bei der Gegenleistung des Gläubigers um die Zahlung eines Geldbetrags handelt. Insofern könnte das Verlangen des Gläubigers, der im Rahmen seines Anspruchs auf Aufwendungsersatz auch die Erstattung seines bereits geleisteten Geldbetrags verlangt, als Rücktrittserklärung ausgelegt werden, ohne dass sich der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner dadurch verringert. Diese Konsequenz der inhaltlichen Identität von Aufwendungsersatz nach § 284 BGB und Rückgewähr nach den §§ 346 ff. BGB für den Fall, dass der Gläubiger an den Schuldner den vereinbarten Preis gezahlt hat, liefert indessen noch keinen zwingenden Grund dafür, die vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung entgegen dem Wortlaut vom Ersatzanspruch des § 284 BGB auszuschließen.

dd) Verbesserung der Rechtsposition des Gläubigers bei Sachleistung

Deutlich wird der Unterschied zwischen einem Ersatzanspruch nach § 284 BGB und einem Rückgewähranspruch nach §§ 346 ff. BGB in den Fällen, in denen die Gegenleistung des Gläubigers in einer Sachleistung besteht. Tritt der Gläubiger vom Vertrag zurück, so kann er vorbehaltlich eines Untergangs des Gegenstands nach den §§ 346 ff. BGB die geleistete Sache selbst herausverlangen. Liegen gleichzeitig die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vor, so liefert § 284 BGB dem Gläubiger einen Anspruch auf *Ersatz* seiner Aufwendung. Ihm ist dann im Rahmen des § 284 BGB der Verkehrswert seiner erbrachten Sachleistung zu erstatten.⁴⁵ Zählt man also eine bereits erbrachte Gegenleistung des Gläubigers zum Aufwendungsbegriff des § 284 BGB, so hat der Gläubiger ein Wahlrecht, ob er die geleistete Sache nach Rücktrittsrecht zurückverlangen möchte, weil er sie anderweitig lukrativ verwerten kann, oder ob er lieber deren Wert vom Schuldner ersetzt haben möchte, etwa weil er keine anderweitige Verwendungsmöglichkeit für die Sache hat.

Dieses Wahlrecht ist vergleichbar mit demjenigen des Gläubigers eines Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung, der ebenfalls wählen kann, ob er im Rahmen des

⁴⁴ Zu der Rolle von § 254 BGB siehe unten im dritten Abschnitt C.V.

⁴⁵ Vgl. Erman-*Ehmann*, § 670 Rz. 33; MünchKomm-*Seiler*, § 670 Rz. 11.

Schadensersatzanspruches unter Anwendung der Differenztheorie nur sein über den Wert der eigenen Leistung hinausgehendes Leistungsinteresse liquidieren möchte und daneben die von ihm erbrachte Gegenleistung nach Rücktrittsrecht herausverlangt, oder ob er eine volle Liquidation des Wertes der nicht erbrachten Leistung (einschließlich des entgangenen Gewinns) im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung verlangt. Im Verhältnis zum Schadensersatz statt der Leistung bedeutet die Einbeziehung der eigenen Leistung in den Ersatzanspruch nach § 284 BGB nur, dass das über den Wert der Gegenleistung hinaus bestehende Leistungsinteresse des Gläubigers durch die von ihm neben der eigenen Leistung erbrachten frustrierten Aufwendungen ersetzt würde. Die Besserstellung des Gläubigers gegenüber einer ausschließlichen Rückabwicklung nach den Vorschriften über den Rücktritt rechtfertigt sich dadurch, dass im Gegensatz zum Rücktritt der Schuldner für einen Anspruch des Gläubigers nach § 284 BGB seine Pflichtverletzung zu vertreten haben muss, vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB sowie § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB.

2) Praktische Erwägungen

Auch praktische Erwägungen führen zu keinem anderen Ergebnis. Ein weiteres Argument dafür, dass § 284 BGB auch die bereits erbrachte Gegenleistung des Gläubigers erfassen muss, ergibt sich vielmehr aus folgendem Beispielsfall:

A beauftragt B, seiner Bekannten X pünktlich zu ihrem Geburtstag einen Blumenstrauß (Wert 40 EURO) nach Hause zu liefern. Für diese Leistung zahlt A dem B 20 EURO, wobei B jedoch auf eigene Kosten die Bahnfahrkarte zum Wohnort der X zum Preis von 10 EURO beschaffen muss. B verpasst schuldhaft den letzten Zug zum Wohnort der X, so dass er die Blumen nicht wie vereinbart abgeben kann.

A kann von B aufgrund dessen zu vertretender Pflichtverletzung Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1 BGB verlangen (Fixschuld). Da hier ein positives Interesse des A an der Leistung (20 EURO) hinter den von A erbrachten Aufwendungen für den Blumenstrauß (40 EURO) zurückbleibt, wird A von B nach § 284 BGB Ersatz der Kosten für den Blumenstrauß verlangen. Lehnt man eine Ersatzfähigkeit der von A erbrachten Gegenleistung im Rahmen des § 284 BGB ab, so besteht aus § 284 BGB lediglich ein Anspruch des A auf Aufwendungsersatz in Höhe von 40 EURO. Die eigene Leistung in Form einer Aufwendung in Höhe von 20 EURO könnte A dann nur nach Rücktrittsrecht geltend machen.

Sollte A dagegen selbst die Fahrkarte für B nach dessen Leistungsversprechen besorgt haben und B dafür nur ein Entgelt in Höhe von 10 EURO erhalten, so beläuft sich die eigene Leistung des A lediglich auf 10 EURO und A kann die 10 EURO, die er für die Fahrkarte aufgewandt hat, ebenfalls nach § 284 BGB ersetzt verlangen. Es ist aber kein vernünftiger Grund für eine unterschiedliche Behandlung beider Fallvarianten ersichtlich. Diese praktischen Erwägungen legen nahe, dass auch die vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung nach § 284 BGB ersatzfähig ist, so dass A in beiden Fällen von B aus § 284 BGB einen Ersatz in Höhe von 60 EURO verlangen kann.

Zu beachten ist jedoch, dass wie bei einer Kombination von Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt die Geltendmachung der bereits erbrachten Gegenleistung nur alternativ nach § 284 BGB oder den Vorschriften über den Rücktritt erfolgen kann, um eine doppelte Inanspruchnahme des Schuldners auszuschließen.

b) Keine analoge Anwendung von § 346 Abs. 3 BGB

Konflikte des Rücktrittsrechts mit dem Aufwendungsersatzanspruch des § 284 BGB treten allerdings dann auf, wenn sich die Gegenleistung des Gläubigers beim Schuldner verschlechtert hat oder untergegangen ist. Geht der Gläubiger nach Rücktrittsrecht gegen den Schuldner vor, so kann er grundsätzlich Wertersatz für den Gegenstand verlangen. Ebenso ergäbe sich nach § 284 BGB ein Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Wertes des von ihm geleisteten Gegenstandes, so dass die Alternativansprüche des Gläubigers inhaltlich identisch sind.⁴⁶ Allerdings scheidet der Wertersatz nach Rücktrittsrecht unter den besonderen Voraussetzungen des § 346 Abs. 3 BGB aus. Besteht die Gegenleistung in einer Sachaufwendung und wurde diese beim Schuldner zerstört, so ist der Schuldner dem Gläubiger nach Rücktrittsrecht nicht zum Wertersatz verpflichtet, wenn er die Sache mit der Sorgfalt behandelt hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Wählt der Gläubiger dagegen die Erstattung von Wertersatz für seine Sachleistung, so wäre mangels Einschränkungen innerhalb von § 284 BGB eine Zerstörung der Sache unerheblich; der Gläubiger könnte dennoch den gesamten Wert seiner vormals geleisteten Sache liquidieren. Hat also beispielsweise der Gläubiger, der Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB verlangen kann, an den Schuldner ein Gemälde als Gegenleistung übereignet und ist dieses durch

⁴⁶ Von einer Differenz des Verkehrswertes, der nach § 284 BGB zu ersetzen ist, von demjenigen, der sich gemäß § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ergibt, wird hier abgesehen.

Zufall zerstört worden, so ist ein Wertersatzanspruch des Gläubigers nach den Vorschriften über die Rücktrittsfolgen gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen. Verlangt der Gläubiger jedoch Aufwendungsersatz im Wege des § 284 BGB, so bleibt seine eigene Leistung weiterhin eine Aufwendung, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und auch billigerweise machen durfte. Er könnte also nach dem bisher Gesagten mit Hilfe der Schadensberechnungsmethode des § 284 BGB den Wert des von ihm geleisteten Gemäldes liquidieren.

Ähnlich liegt der Fall, wenn der Gläubiger selbst die Verschlechterung oder den Untergang der Sache beim Schuldner zu vertreten hat: Tritt er vom Vertrag zurück, so versperrt ihm § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB den Wertersatz im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses. § 284 BGB enthält jedoch für diese Fälle keine Einschränkung, so dass nach einer strengen Anwendung dieser Vorschrift der Schuldner zum vollen Wertersatz verpflichtet wäre. Nicht einschlägig ist hier § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, denn dieser behandelt die Wertersatzpflicht des Zurücktretenden.

Diese Diskrepanz zwischen der Liquidation der erbrachten Sachleistung nach § 346 BGB und derjenigen nach § 284 BGB ließe sich mit einer analogen Anwendung des § 346 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB im Rahmen des § 284 BGB auflösen. Die Zulässigkeit dieser Analogie ist daher im Folgenden zu überprüfen.

Die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke besteht darin, dass der Gesetzgeber den soeben dargestellte Unterschied zwischen dem Wertersatz nach § 284 BGB und demjenigen des § 346 Abs. 2, Abs. 3 BGB bei Schaffung des § 284 BGB nicht berücksichtigt hat. Aufgrund der Komplexität der vom Gesetzgeber bei der Modernisierung des Schuldrechts zu bewältigenden Harmonisierung der neu eingeführten Vorschriften mit bestehenden Regelungskomplexen ist davon auszugehen, dass diese Gesetzeslücke bei Schaffung des § 284 BGB nicht gesehen wurde und damit planwidrig ist. Diese These findet auch in der Verwendung des Begriffes der „Billigkeit“⁴⁷ bei der Formulierung des § 284 BGB eine Stütze, der ein Hinweis darauf ist, dass der Gesetzgeber vor Schaffung des § 284 BGB nicht jeden denkbaren Fall frustrierter Aufwendungen durchdacht hat und die nähere Ausgestaltung des Aufwendungsersatzes nach § 284 BGB zumindest teilweise den Gerichten überlassen wollte. Es stellt

⁴⁷ Dazu näher unten im dritten Abschnitt C.III.

sich damit die Frage, ob in beiden Fällen vergleichbare Interessenlagen vorliegen, die eine Analogie rechtfertigen.

1) § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Soweit der Gläubiger den Untergang oder die Verschlechterung des von ihm geleisteten Gegenstandes zu vertreten hat, § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 1. Alt. BGB, scheint es auf den ersten Blick sachgerecht, ihm auch im Rahmen des § 284 BGB einen Wertersatz für die von ihm erbrachte Aufwendung in Form der Gegenleistung zu verwehren. Allerdings stehen dem Schuldner in diesen Fällen gegen den Gläubiger Gegenansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB sowie evtl. aus §§ 823, 831 BGB (der Schuldner ist ja regelmäßig bereits Eigentümer des geleisteten Gegenstands geworden) zu, die er gegen den Anspruch des Gläubigers aus § 284 BGB aufrechnen kann. Damit bedarf es im Rahmen des § 284 BGB keiner analogen Anwendung von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 1. Alt. BGB.

Für den Fall des zufälligen Untergangs, § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 2. Fall BGB, besteht ebenfalls keine Veranlassung, dem Gläubiger die Gefahr für den Gegenstand aufzubürden, obwohl der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis in zu vertretender Weise verletzt hat. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB findet damit insgesamt keine entsprechende Anwendung auf den Ersatzanspruch des § 284 BGB.

2) § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB

Anders stellt sich die Situation dann dar, wenn der Untergang oder die Verschlechterung des Gegenstandes durch den Schuldner verursacht wird, dieser jedoch dabei nicht gegen die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten verstoßen hat, § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Bei einer uneingeschränkten Anwendung von § 284 BGB wäre der Schuldner dem Gläubiger zum vollen Wertersatz verpflichtet. Dies liefe darauf hinaus, dass der Schuldner, der die Gegenleistung vom Gläubiger bereits erhalten hat, bis zum Erlöschen des gegenseitigen Schuldverhältnisses immer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, § 276 Abs. 2 BGB, beachten müsste, weil er Gefahr läuft, bei einer von ihm zu vertretenden Pflichtverletzung auch ohne Verstoß gegen die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten für den Untergang des an ihn geleisteten Gegenstands über die Vorschrift des § 284 BGB voll zu haften.

Diese Verschärfung der Haftung für den Untergang der Gegenleistung rechtfertigt sich einerseits dadurch, dass der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung und damit der Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB nur dann entstehen kann, wenn der Schuldners seine Leistungspflicht noch nicht vollständig erbracht hat, der Gläubiger also vorgeleistet hat. Andererseits ist es sachgerecht, dem Schuldner den Einwand der Beachtung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten abzuschneiden, weil er die Pflichtverletzung, die zu einem Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung führt, zu vertreten hat. Damit unterscheidet sich die Interessenlage im Falle des § 284 BGB von derjenigen des Rücktritts entscheidend, so dass auch eine Analogie zu § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auf den Anspruch aus § 284 BGB ausscheidet.

4. Verwendungen auf die bereits erhaltene Leistung

Ein weiterer scheinbarer Konflikt eines Ersatzes frustrierter Aufwendungen mit den Regelungen über den Rücktritt tritt dann auf, wenn der Gläubiger nach einer Teil- oder Schlechtleistung des Schuldners Aufwendungsersatz an Stelle von Schadensersatz statt der gesamten Leistung geltend macht. § 281 Abs. 5 BGB bestimmt für diese Fälle, dass die bereits erhaltene (Teil)Leistung nach den Vorschriften über die Rücktrittsfolgen, §§ 346 bis 348 BGB, zurückzugeben ist. Es sind dabei Konstellationen denkbar, in denen der Gläubiger bereits Aufwendungen erbracht hat, die dem schon geleisteten Gegenstand zugute kommen sollen und damit Verwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 BGB darstellen. Hat zum Beispiel der Verkäufer eines Autos mangelhaft erfüllt und tritt der Käufer daraufhin vom Kaufvertrag zurück, so stellt sich die Frage, ob die Kosten für Modifikationen, die der Käufer an dem Fahrzeug im Vertrauen auf dessen Mangelfreiheit vorgenommen hat und billigerweise vornehmen durfte, auch im Wege des § 284 BGB ersatzfähig wären oder ob der Käufer deren Ersatz nur nach § 347 Abs. 2 BGB verlangen kann.

Derartige Verwendungen sollen nach einer in der Literatur auftretenden Ansicht nicht vom Aufwendungsbegriff des § 284 BGB erfasst sein.⁴⁸ Begründet wird dies damit, dass § 347 Abs. 2 BGB für diese Fälle abschließend regelt, welche Verwendungen und Aufwen-

⁴⁸ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 18 f.

dungen dem Gläubiger zu ersetzen sind und die Sonderregelung der §§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 347 Abs. 2 S. 1 BGB nicht unterlaufen werden dürfe.⁴⁹

Diese systematischen Erwägungen lassen jedoch den inhaltlichen Unterschied zwischen dem Schadensersatz statt der gesamten Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB im Falle einer Schlecht- oder Teilleistung des Schuldners unberücksichtigt. Macht der Gläubiger beim Schadensersatz statt der gesamten Leistung sein Leistungsinteresse geltend, so ist es sachgerecht, seine Verwendungen auf den Leistungsgegenstand nur nach § 347 Abs. 2 BGB zu ersetzen und damit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass er im Falle eines Untergangs des Leistungsgegenstands durch den Wegfall der Pflicht zum Wertersatz bereits durch die Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB privilegiert wird. Geht der Gläubiger dagegen nach § 284 BGB vor, so wird das materielle Leistungsinteresse nicht berücksichtigt, der Gläubiger erhält vielmehr ausschließlich Aufwendungen ersetzt. Im Falle des Aufwendungsersatzes nach § 284 BGB wird das Leistungsinteresse des Gläubigers durch dessen nutzlose Aufwendungen ersetzt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gläubiger, der Schadensersatz statt der gesamten Leistung verlangt, sein Leistungsinteresse liquidieren kann, auch wenn die Teilleistung des Schuldners bei ihm untergegangen ist, während derjenige, der nach § 284 BGB vorgeht, die nach § 347 Abs. 2 S. 1 BGB nicht ersatzfähigen Aufwendungen nicht geltend machen kann. Damit fehlt es an der erforderlichen Rechtfertigung für eine Reduktion des Aufwendungsbegriffes in § 284 BGB. Dass auch der Gesetzgeber die Vorschrift des § 347 Abs. 2 BGB als abschließend verstanden hat,⁵⁰ steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. § 347 Abs. 2 BGB regelt abschließend den Ersatz derjenigen Aufwendungen, der sich in Folge der Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis ergibt, hat also eine Rückabwicklung des zumindest teilweise erfolgten Leistungsaustausches zum Ziel. Dies schließt jedoch einen darüber hinausgehenden Ersatz von Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruches des Gläubigers nach einer schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners nicht aus. Denn nach § 284 BGB wird primär die Frustration des Gläubigers entschädigt. Nur zur Berechnung dieses Frustrationsinteresses wird auf die tatsächlich erbrachten Aufwendungen rekuriert.

⁴⁹ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 18.

⁵⁰ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 197 = Schmidt-Räntsch, Schuldrecht, Rz. 610.

5. Aufwendungen zur Verwendung der Leistung

Um eine uferlose Ersatzpflicht des Schuldners zu vermeiden, sollen nach *Faust* Aufwendungen, die nicht der Erlangung, sondern lediglich der Verwendung der Leistung des Schuldners dienen, nur dann nach § 284 BGB ersatzfähig sein, wenn die vom Gläubiger beabsichtigte Verwendung der Leistung entweder in Form einer Parteiabrede oder als selbstverständliche Voraussetzung zum Inhalt des Vertrags geworden ist.⁵¹ Nach dieser Einschränkung könnte ein Autokäufer nur dann seine Aufwendungen für eine Umrüstung des Fahrzeugs für Crashtest-Zwecke verlangen, wenn diese Verwendung der Kaufsache von den Parteien des Kaufvertrags zumindest als selbstverständlich vorausgesetzt wurde.

Eine derartige Reduktion des Aufwendungsbegriffes hält jedoch einer kritischen Würdigung nicht stand. Neben dem Wortlaut der Vorschrift, aus dem eine Reduktion des Aufwendungsbegriffes nicht hervorgeht, spricht auch die durch das in § 284 BGB enthaltene Korrektiv der Billigkeit eröffnete Möglichkeit, Gerechtigkeit für den Einzelfall herzustellen,⁵² gegen eine derartige Einschränkung des Aufwendungsbegriffes. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gläubiger dann in seiner Privatautonomie eingeschränkt würde.⁵³ Er kann weiterhin Aufwendungen nach seinem Belieben vornehmen. Die Billigkeitskontrolle in § 284 BGB beantwortet lediglich die Frage, ob der Schuldner das Risiko trägt, dass diese Aufwendungen durch eine von ihm zu vertretenden Pflichtverletzung zwecklos werden.

Die von *Faust* vorgeschlagene Korrektur des Aufwendungsbegriffes versagt vollends, wenn die Leistungspflicht des Schuldners nicht auf einem Vertrag beruht. So kann beispielsweise bei gesetzlichen Leistungspflichten – wie etwa einem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch – oder bei einem Vermächtnisanspruch des Gläubigers keine Einbeziehung der mit der Leistung beabsichtigten Verwendung beim Gläubiger in einen Vertrag erfolgen. Eine Reduktion des Aufwendungsbegriffes im Sinne *Fausts* hätte somit zur Folge, dass bei gesetzlichen Ansprüchen ein Aufwendungsersatz nach § 284 BGB nur für solche Vermögensopfer erfolgen kann, die zumindest auch der Erlangung der Leistung dienen. Auch dieser Aspekt spricht dafür, im Einzelfall für den Schuldner unzumutbare Aufwendungen des Gläubigers nur über das Korrektiv der Billigkeit von einer Ersatzpflicht nach § 284 BGB auszu-schließen.

⁵¹ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 24.

⁵² Siehe dazu unten im dritten Abschnitt C.III.

⁵³ So aber *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 22.

Selbst wenn man eine Reduktion des Aufwendungsbegriffes im Sinne *Fausts* auf vertraglich begründete Leistungspflichten beschränkt, muss sich dieser Ansatz die berechtigte Kritik *Gsells* gefallen lassen, dass bei Massengeschäften des täglichen Lebens sich der konkrete Verwendungszweck der Leistung schwerlich dem Vertrag als selbstverständlich voraussetzen lässt und damit unpraktikabel ist.⁵⁴ Ebenso bleibt unklar, wie genau die geplante Verwendung vereinbart sein muss.⁵⁵

6. Zwischenergebnis

Der Begriff der Aufwendungen in § 284 BGB erfasst alle freiwilligen Vermögensopfer des Gläubigers. Dabei spielt die Frage, in welchem Interesse er diese Aufwendungen erbracht hat, ebenso wenig eine Rolle wie der mit der Aufwendung verfolgte Zweck. Liegt ein gegenseitiger Vertrag vor, so fällt auch eine vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung unter den Aufwendungsbegriff des § 284 BGB, ohne dass die Wertungen des Rücktrittsrechts Einfluss auf den Ersatzanspruch nehmen.

III. Das normative Korrektiv der Billigkeit

Schwierigkeiten bereitet im Rahmen des Tatbestands des § 284 BGB die darin enthaltene Billigkeitskontrolle. Die Aufwendungen des Gläubigers, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, sollen nur dann ersatzfähig sein, wenn er sie auch *billigerweise machen durfte*. Dabei bedeutet diese Formulierung natürlich nicht, dass der privatautonome Gläubiger nicht Aufwendungen nach seinem Belieben machen darf, sondern lediglich, dass der Schuldner für Aufwendungen außerhalb der Billigkeit nicht das Risiko der Zweckverfehlung trägt, wenn er in zu vertretender Weise eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Zutreffend weist *Medicus* daher darauf hin, dass der Ersatz der Aufwendungen der Billigkeit entsprechen muss.⁵⁶

⁵⁴ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 325.

⁵⁵ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 325.

⁵⁶ *Medicus* in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht, Kap. 3 Rz. 61.

1. Begriff und Funktion der Billigkeit

Der unbestimmte Rechtsbegriff der Billigkeit⁵⁷ wird nach heutiger einhelliger Meinung als „Gerechtigkeit im Einzelfall“ definiert.⁵⁸ Die Billigkeitskorrektur in § 284 BGB dient damit dem Ausgleich der Interessen der beteiligten Parteien. Die Verwendung dieser Terminologie führt zu einer gesteigerten Flexibilität des Gesetzes. Das starre Korsett der Normen wird aufgebrochen und der Weg geebnet für eine gerechte Lösung unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände des Einzelfalles im Lichte der grundsätzlichen Wertmaßstäbe des Verfassungs- und Gesetzgebers. Dabei erfolgt eine Verlagerung der Interessenabwägung: Die abstrakt-generelle Beurteilung auf Ebene der Legislative weicht einer konkret-individuellen Bewertung durch die Judikative. Mögliche Härten des Gesetzes können so durch eine sinnvolle Vervollständigung der Norm ausgeglichen werden, ohne dass die Gefahr einer Durchbrechung ihrer dogmatischen Grundlagen besteht.

Gleichzeitig eröffnet sich durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Möglichkeit, fehlende Erfahrungswerte der Rechtspraxis in Zusammenhang mit dem zu normierenden Problemkreis und die sich daraus ergebenden Unsicherheiten des Gesetzgebers auszugleichen. Oftmals ergeben sich in der praktischen Anwendung des Gesetzes Probleme, die der Normgeber nicht vorhersehen konnte und deshalb durch die von ihm gewählte Normierung nicht interessengerecht berücksichtigt hat. So hatte der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 284 BGB verschiedene Fallkonstellationen im Auge, die von der geschaffenen Norm sachgerecht geregelt werden sollten.⁵⁹ Mangels vorausgehender praktischer Erfahrungen mit der Ersatzfähigkeit des Frustrationsinteresses unabhängig von einem Eingreifen der von der Rechtsprechung entwickelten Rentabilitätsvermutung werden durch die Billigkeitskorrektur solche Härten aufgefangen, die sich erst im Laufe einer Konfrontation der vom Gesetzgeber gewählten Form der positiven Normierung mit der Vielfalt der Lebenswirklichkeit zeigen, ohne dass es eines Rückgriffes auf die Generalklausel des § 242 BGB bedürfte.⁶⁰

⁵⁷ Einen geschichtlichen Überblick über die Bedeutung der Billigkeit im Recht findet sich bei v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit, 3 ff.

⁵⁸ BGH, Urteil v. 6.7.1955, BGHZ 18, 149 (151 f.); v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit, 18 mwN.

⁵⁹ Vgl. dazu Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 143 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 374 f.

⁶⁰ Anders *Dauner-Lieb* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Schuldrecht, § 2 Rz. 56; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 11. Zum Verhältnis der Billigkeit zu Treu und Glauben siehe v. *Hoyningen-Huene*, 86 ff.

Kehrseite der soeben beschriebenen tatbestandlichen Flexibilität des § 284 BGB ist allerdings eine erhöhte Rechtsunsicherheit. Eine Subsumtion des Lebenssachverhalts unter die Norm ist für den Adressaten nicht mit abschließender Sicherheit möglich, denn die entscheidenden Gerichte könnten die relevanten Aspekte des Einzelfalles anders gewichten und dann zu einem abweichenden Ergebnis kommen. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sich mit einer fortgeschrittenen Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen – wie bei der Wertung des § 242 BGB geschehen – zu § 284 BGB Fallgruppen entwickeln lassen, in denen sich der Gläubiger mit seiner Aufwendung außerhalb des Schutzbereiches des § 284 BGB bewegt. Ähnliches gilt für die im folgenden vorzunehmende Konkretisierung der Billigkeitskorrektur. Eine Abstrahierung des Begriffes über die hier bereits genannte „Einzelfallgerechtigkeit“ hinaus ist nicht möglich und kann daher nicht Ziel oder Gegenstand dieser Arbeit sein. Es können lediglich eine Reihe in Betracht kommender Umstände und Abwägungskriterien entwickelt werden, die bei dem im Einzelfall vorzunehmenden Interessenausgleich zu berücksichtigen sind. Ziel ist es dabei, die Umstände näher einzugrenzen, unter denen es dem Schuldner zumutbar ist, das Risiko des Fehlschlags einer Aufwendung im Falle einer zu vertretenden Pflichtverletzung zu tragen.

2. Reichweite und Bedeutung der Billigkeitskontrolle in § 284 BGB

Spricht der Wortlaut des § 284 BGB davon, dass der Gläubiger die Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und „billigerweise machen durfte“, so ist zunächst nicht klar, welche Rolle dieser unbestimmte Rechtsbegriff im Rahmen der Vorschrift spielt. Ob dieses Tatbestandsmerkmal lediglich ein Hinweis auf eine strenge Handhabung des § 254 BGB im Rahmen des Aufwendungsersatzes nach § 284 BGB darstellt,⁶¹ lässt sich erst nach einer sorgfältigen Analyse der Billigkeitskorrektur in § 284 BGB sowie der Bedeutung des § 254 BGB im Rahmen dieses Anspruches beantworten.

In der Begründung des Gesetzgebers finden sich keinerlei Hinweise auf die Bedeutung und Reichweite des Begriffs der Billigkeit in § 284 BGB. Geht man zunächst rein von einer grammatischen Betrachtung der Formulierung der Norm aus, so liegt es nahe, den Zusatz „billigerweise machen durfte“ nur auf das dieser Formulierung unmittelbar vorangestellte Tatbestandsmerkmal des „im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht“ zu beziehen.

⁶¹ So *Canaris*, JZ 2001, 517.

Konsequenz dieses Verständnisses wäre, dass eine Billigkeitskontrolle nur dahingehend zu erfolgen hätte, ob der Gläubiger zum Zeitpunkt der Aufwendungen auf den Erhalt der Leistung vertrauen *durfte*.⁶² Sollte das Erfordernis der Billigkeit dagegen auch auf die Art und den Umfang der Aufwendungen selbst ausstrahlen, so hätte für den Gesetzgeber die Formulierung „...Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und *die er billigerweise machen durfte*...“ näher gelegen. Zwingend ist diese Auslegung jedoch nicht. Gegen diese Interpretation spricht vielmehr bereits die Existenz des Begriffes der Billigkeit im Tatbestand des § 284 BGB. Sollte eine Kontrolle lediglich in Bezug auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Gläubigers erfolgen, so wäre dieses Ziel für den Normadressaten klarer und damit einfacher mit der Formulierung „...Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und machen durfte...“⁶³, also durch einen Verzicht auf den Begriff der Billigkeit, oder durch eine mit § 122 Abs. 2 BGB vergleichbare Ausschlussregelung zu erreichen gewesen. Folglich erstreckt sich die Billigkeitskorrektur nicht nur auf das Vertrauen des Gläubigers, sondern es sind auch die konkret erbrachten Aufwendungen dahingehend zu überprüfen, ob sie nach einer Abwägung aller relevanten Parteiinteressen gerechterweise im Rahmen des Frustrationsinteresses zu ersetzen sind.

3. In die Abwägung einfließende Umstände

a) Das Erfordernis schutzwürdigen Vertrauens auf Seiten des Gläubigers

Wie bereits dargelegt, ist das in § 284 BGB enthaltene Tatbestandsmerkmal des Vertrauens auf den Erhalt der Leistung rein subjektiv nach der Vorstellung des Gläubigers zu bestimmen.⁶⁴ Für eine Haftung des Schuldners für die Frustration von Aufwendungen kann die rein subjektive Vorstellung des Gläubigers jedoch keine ausreichende Grundlage darstellen. Darüber hinaus würden sich bei einer rein gläubigerorientierten Beurteilung bestehenden Vertrauens erhebliche Beweisprobleme stellen. Auch fordert das Prinzip der Rechtssicherheit, dass der Schuldner einer Leistung weiß, unter welchen Voraussetzungen er das Risiko dafür trägt, dass Investitionen des Gläubigers im Falle einer von ihm zu vertretenden Pflichtverlet-

⁶² So im Ergebnis wohl auch *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 31, der allerdings vorher eine Reduktion des Aufwendungsbegriffes vertritt, vgl. dazu oben in diesem Abschnitt C.II.5.

⁶³ Diese Formulierung lehnt sich an den Wortlaut des jetzigen § 284 BGB an und bedeutet dabei ebenso wenig, dass der privatautonome Gläubiger nicht Aufwendungen nach seinem Belieben machen dürfte.

⁶⁴ Siehe oben in diesem Abschnitt C.I.

zung ihren Zweck verfehlen. Schließlich würde eine rein subjektive Ermittlung des Vertrauens auf den Erhalt der Leistung denjenigen Gläubiger, der aufgrund von Unerfahrenheit, Unwissenheit oder einfach seines Naturells besonders schnell Vertrauen schöpft und sich dieses erhält, gegenüber anderen bevorzugen, die aufgrund negativer Erfahrungen oder sonstigen Umständen eine besonders kritische Grundhaltung einnehmen und ihren Schuldern mit ausgeprägter Skepsis im Hinblick auf deren Leistungsfähigkeit entgegentreten.

Aus Gründen der Gleichbehandlung, Rechtssicherheit und Praktikabilität erfordert das Regulativ der Billigkeit im Rahmen des § 284 BGB, dass der Gläubiger bei Vornahme der Aufwendungen, die er nach dieser Vorschrift ersetzt verlangt, auf den Erhalt der Leistung vertraut haben *durfte*.⁶⁵ Es ist also neben dem subjektiven Vertrauen des Gläubigers ein auf objektive Umstände gestützter und damit leicht zu verifizierender Vertrauenstatbestand erforderlich. Dabei sind im Rahmen der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zwei Zeitpunkte voneinander zu unterscheiden: Die Begründung des Vertrauenstatbestandes und dessen Zerstörung.

1) Die Begründung schutzwürdigen Vertrauens

aa) Vom Schuldner veranlasster Vertrauenstatbestand

Für die Beantwortung der Frage, ab welchem Zeitpunkt der Gläubiger sich auf schutzwürdiges Vertrauen berufen kann, ist zunächst von maßgeblicher Bedeutung, ob der dafür erforderliche objektive Vertrauenstatbestand vom Schuldner selbst veranlasst sein muss, oder ob ein im Rahmen des § 284 BGB schützenswertes Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung auch unabhängig von einem Verhalten des Schuldners begründet werden kann. Man könnte hier daran denken, dass Leistungsgegenstände, für die ein liquider und zum Teil automatisierter Markt besteht, bspw. Aktien von Standardwerten an den großen Wertpapierbörsen oder gebrauchte Kraftfahrzeuge, ein Vertrauenstatbestand bereits vor Beginn eines konkreten geschäftlichen Kontaktes zwischen dem Gläubiger und seinem (späteren) Schuldner vorliegen kann. So ist es denkbar, dass der spätere Gläubiger, der ein bestimmtes Fahrzeug erwerben will, im Vertrauen auf das große Angebot auf dem Gebrauchtwagenmarkt und damit zugleich in den Erhalt der von ihm angestrebten Leistung ein Sonderangebot über den Bau einer Gara-

⁶⁵ Vgl. auch *Medicus*, Schuldrecht, Rz. 389; *ders.* in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht, Kap. 3 Rz. 61; a.A. *Faust* in Huber/Faust, Kap. 4 Rz. 14, der die Frage der Schutzwürdigkeit des Vertrauens bereits dem geschriebenen Tatbestandsmerkmal des Vertrauens zuordnen will.

ge wahrnimmt und somit Investitionen in die Leistung vornimmt, bevor ein geschäftlicher Kontakt zwischen Schuldner und Gläubiger besteht. Die strenge Haftung nach § 284 BGB, die keine Begrenzung auf das positive Interesse des Gläubigers kennt, so dass dieser durch den Aufwendungsersatz nach dieser Vorschrift wirtschaftlich besser stehen kann, als er bei ordnungsgemäßer Erbringung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner stünde und die vorbehaltlich einer besonderen vertraglichen Vereinbarung schon bei leichtester Fahrlässigkeit des Schuldners eingreift, gebietet es, dass der erforderliche Vertrauenstatbestand auf ein Verhalten des Schuldners selbst zurückzuführen sein muss. Die im Rahmen der Billigkeit erforderliche Berücksichtigung der Interessen des Schuldners verlangt, dass er nicht für enttäushtes Vertrauen haften muss, das er nicht selbst hervorgerufen hat. Darüber hinaus weist *Gsell* zutreffend darauf hin, dass der Gläubiger, der bereits vor einem geschäftlichen Kontakt zu seinem späteren Schuldner in die von ihm angestrebte Leistung investiert, lediglich auf deren „Erhältlichkeit am Markt“ vertraut.⁶⁶ Entschließt sich der Gläubiger, Aufwendungen vorzunehmen, bevor der Schuldner einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, so tut er dies auf eigenes Risiko. An dieser Risikoverteilung ändert sich auch dann nichts, wenn diese Aufwendung nach Veranlassung des Vertrauens durch den Schuldner wieder storniert werden könnte.⁶⁷ Denn die Stornierbarkeit einer Aufwendung hat auf die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens keinen Einfluss und das bloße Aufrechterhalten eines bereits erfolgten Vermögensabflusses ist einer Aufwendungen auf Seiten des Gläubigers nicht gleichzusetzen.

Dass diese Einschränkung des Ersatzanspruches aus § 284 BGB den Wertungen des BGB und damit den Grundsätzen der Billigkeit entspricht, lässt sich auch damit begründen, dass eine Frustration der vom Gläubiger erbrachten Aufwendungen zwar auch dann eintreten kann, wenn die dem Vertrauen des Gläubigers zugrunde liegenden objektiven Umstände durch das Verhalten Dritter begründet wurde; eine Haftung des Schuldners, der dieses Vertrauen zum Zeitpunkt der Aufwendung noch nicht veranlasst hat, liefe auf dessen Haftung für ein Verhalten Dritter hinaus, welches nach den §§ 31, 166 Abs. 2, 278 BGB nur unter besonderen Voraussetzungen zuzurechnen ist.

Daraus ergibt sich, dass Aufwendungen, die der Information über mögliche Leistungsgegenstände und –schuldner, also der Ermittlung von Transaktionsmöglichkeiten dienen, nicht

⁶⁶ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 331.

⁶⁷ So *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 332.

den Anforderungen der Billigkeit entsprechen und daher nicht nach § 284 BGB ersatzfähig sind.

bb) Anforderungen an den Vertrauenstatbestand

Im Folgenden sollen die Umstände, unter denen auf Seiten des Gläubigers schutzwürdiges Vertrauen entstehen kann, näher beschrieben werden. Ziel ist dabei, den Zeitpunkt, ab dem der Schuldner das Investitionsrisiko des Gläubigers im Falle einer zu vertretenden Pflichtverletzung trägt, genau zu fixieren.

(1) Spätester Zeitpunkt: Entstehung der Leistungsverpflichtung

Unproblematisch ist, dass nach dem im Zivilrecht herrschenden Grundprinzip *pacta sunt servanda* der Gläubiger in seinem Vertrauen auf den Erhalt der Leistung durch den Schuldner schutzwürdig ist, sobald die Leistungsverpflichtung des Schuldners zustande gekommen ist und der Gläubiger hiervon Kenntnis erlangt hat. Das gleiche muss gelten, wenn die Entstehung des Leistungsversprechens so weit fortgeschritten ist, dass sein Zustandekommen nur noch vom Willen des Gläubigers abhängt. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Schuldner eine ihn bindende Willenserklärung abgegeben hat, so dass für die Begründung der Leistungsverpflichtung lediglich die Annahme durch den Gläubiger erforderlich ist oder wenn der Gläubiger aufgrund einer ihm eingeräumten Option durch einseitige Willenserklärung die Leistungsverpflichtung des Schuldners begründen kann. Auch wenn die zukünftigen Parteien einen Vorvertrag geschlossen haben, ist der Gläubiger im Hinblick auf diejenigen Leistungspflichten schutzwürdig, die in dem Vorvertrag bereits zweifelsfrei festgelegt sind.

Schutzwürdiges Vertrauen entsteht dagegen nicht, wenn der Schuldner sich von seiner Leistungspflicht durch jederzeitigen Rücktritt lösen können soll.⁶⁸

(2) Qualifiziertes Vertrauen auf den Vertragsabschluss

Liegen die soeben dargestellten Voraussetzungen nicht vor, so kann der Gläubiger aufgrund des Prinzips der Privatautonomie grundsätzlich nicht darauf vertrauen, dass er den von

⁶⁸ In diesen Fällen war auch nach der Rechtsprechung die Rentabilitätstheorie widerlegt, vgl. BGH, Urteil v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96 (Leitsatz).

ihm angestrebten Leistungsanspruch gegen den Schuldner erhält. Macht er demnach im Stadium von Vertragsverhandlungen mit dem Schuldner Aufwendungen in seinem subjektiven Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags und damit den Erhalt der Leistung, so ist er hinsichtlich dieser Investitionen nicht schutzwürdig, steht es doch dem Schuldner frei, den Vertrag abzuschließen und damit das Leistungsversprechen zustande zu bringen.

Hiervon ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Vertragsverhandlungen so weit fortgeschritten sind, dass der Gläubiger nach den Verhandlungen den Vertragsschluss als sicher annehmen konnte. Wurde dieser Grad des Vertrauens vom Schuldner veranlasst, so haftet er nach ständiger Rechtsprechung im Falle eines Abbruches der Verhandlungen nach den Regeln über die Haftung aus culpa in contrahendo, §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, auf das negative Interesse,⁶⁹ welches in diesen Fällen nicht durch das positive Interesse begrenzt ist⁷⁰ und damit eine Ersatzpflicht für sämtliche nutzlose Aufwendungen im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags zur Folge hätte. Wird dem Gläubiger durch Einführung des § 284 BGB ebenfalls ein Vertrauensschutz gewährt, so ist es geboten, die Anforderungen an ein schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung vor Vertragsschluss unabhängig davon zu vereinheitlichen, ob die Leistungsverpflichtung des Schuldners tatsächlich entsteht. Wenngleich der Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen aus § 284 BGB aufgrund der Einschränkungen des haftungsausfüllenden Tatbestandes der Vorschrift dem Gläubiger im Ergebnis nicht sein vollständiges negatives Interesse gewährt und damit eine Vereinheitlichung der Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes nicht erreicht werden kann, so darf der Gläubiger im Falle eines Zustandekommens des Vertrags doch nicht wesentlich schlechter stehen, als wenn der Schuldner aufgrund eines willkürlichen Abbruches der Vertragsverhandlungen zu einem vollständigen Ersatz der frustrierten Aufwendungen verpflichtet wäre.

⁶⁹ BGH, Urteil v. 12.6.1975, WM 1975, 923 (924); BGH, Urteil v. 7.2.1980, BGHZ 76, 343 (349); BGH, Urteil v. 29.3.1996, NJW 1996, 1884 (1885); ebenso *Bodewig*, Jura 2001, 4 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 1094.

⁷⁰ BGH, Urteil v. 16.11.1967, NJW 1968, 547 (548); BGH, Urteil v. 25.5.1977, BGHZ 69, 53 (56); BGH Urteil v. 2.3.1988, NJW 1988, 2234 (2236); *Erman-Battes*, § 276 Rz. 124; *MünchKomm-Emmerich*, Vor § 275 a.F. Rz. 182; *Palandt-Heinrichs*, § 311 Rz. 57; a.A. *Bodewig*, Jura 2001, 4; *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 1096, mit der Begründung, dass der Gläubiger nach einer Pflichtverletzung wirtschaftlich nicht besser stehen dürfe als im Falle der ordnungsgemäßen Leistungserbringung. Diese rein wirtschaftliche Betrachtung ist zumindest mit Einführung des § 284 BGB in Frage gestellt, wird durch diese Vorschrift doch deutlich, dass bei einer schuldhaften Pflichtverletzung nicht nur wirtschaftliche Erwägungen auf die Schadensberechnung Einfluss nehmen.

Es zeigt sich also, dass ein Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung auch schon vor der Entstehung der Schuldnerverpflichtung schutzwürdig sein kann⁷¹ und somit auch Aufwendungen nach § 284 BGB ersatzfähig sind, die der Gläubiger vor dem Zustandekommen des Schuldverhältnisses erbringt.

cc) Kenntnis des Gläubigers

Auch die Vorstellung des Gläubigers spielt für die Begründung schutzwürdigen Vertrauens eine Rolle. Schutzwürdiges Vertrauen besteht nur dann, wenn er die Umstände, die den objektiven Vertrauenstatbestand begründen, kennt. Vertraut er auf den Erhalt der Leistung ohne Wissen, dass ein Vertrauenstatbestand durch den Schuldner begründet wurde, erbringt er die Aufwendungen „ins Blaue hinein“ und verdient deren Ersatz nach § 284 BGB nicht. Damit kann der Käufer eines Bildes, der sich sicher war, diese Leistung vom späteren Schuldner zu erhalten und in diesem Vertrauen einen passenden Rahmen hat anfertigen lassen, bevor er von dem ihm bereits zugegangenen Verkaufsangebot tatsächliche Kenntnis erlangt, seine Aufwendungen für den Rahmen nicht nach § 284 BGB ersetzt verlangen. Denn der Gläubiger kannte den objektiven Vertrauenstatbestand, der mit Zugang des Angebotes durch den Verkäufer entstand, nicht und sein rein subjektiv bestehendes Vertrauen ist damit nicht schutzwürdig.

2) Zerstörung von Vertrauen

Die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens auf den Erhalt der Leistung kann jedoch auch schon vor Abwicklung des Schuldverhältnisses wieder entfallen. So verhält es sich beispielsweise, wenn der Gläubiger von einer Unmöglichkeit der Leistungserbringung Kenntnis erlangt oder wenn der Schuldner gegenüber dem Gläubiger die Erbringung der geschuldeten Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Investiert er dennoch in die Leistung, weil er zu Unrecht weiterhin auf den Erhalt der Leistung vertraut, so wäre es unbillig, wenn dies zu Lasten des Schuldners ginge.⁷² In konsequenter Anwendung dieses sich aus der §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 BGB ergebenden Rechtsgedankens trägt der Schuldner auch nicht das Investi-

⁷¹ Anders *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 14, 28; MünchKomm-*Ernst*, § 284 Rz. 18; Palandt-*Heinrichs*, § 284 Rz. 7, wonach Aufwendungen, die vor der Entstehung des Leistungsanspruchs erbracht werden, nicht nach § 284 BGB ersatzfähig sind.

⁷² So wohl auch Hk-BGB-*Schulze*, § 284 Rz. 11, der von einem Ausschluss „voreiliger Aufwendungen“ spricht; ebenso *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 3. Nach Hoeren/Martinek-*Wolff*, SKK, § 437 Rz. 70 sollen Aufwendungen dann nicht nach § 284 BGB ersatzfähig sein, wenn der Gläubiger mit dem Erhalt der Leistung nicht mehr rechnen durfte.

tionsrisiko für Aufwendungen, die der Gläubiger macht, obwohl er infolge von Fahrlässigkeit nicht wusste (wissen musste, vgl. § 122 Abs. 2 aE BGB), dass er die Leistung nicht erhalten werde und der mit den Aufwendungen verfolgte Zweck gar nicht erreicht werden konnte.

Für den Fall, dass sich erste Hindernisse bei der Leistungserbringung durch den Schuldner zeigen, kann der Gläubiger die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens also nur dadurch aufrecht erhalten, dass er sich beim Schuldner erkundigt, ob dieser weiterhin zur Erfüllung der Leistungsverpflichtung Willens und in der Lage ist. Tut er dies nicht und bleibt die Leistung durch den Schuldner tatsächlich aus, so hat der Gläubiger zumindest fahrlässig den Wegfall des objektiven Vertrauenstatbestandes verkannt. Hielte man dennoch an einer Ersatzpflicht nach § 284 BGB fest, so würde diese Vorschrift dem Gläubiger die Möglichkeit eröffnen, auf dem Rücken des Schuldners zu spekulieren. Teilt der Schuldner dem Gläubiger dagegen mit, dass er trotz sich zeigender Leistungshindernisse die Leistung erbringen werde, so ist die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens auf den Erhalt der Leistung wieder hergestellt.

Ausnahmsweise könne jedoch auch Aufwendungen ersatzfähig sein, die der Gläubiger macht, nachdem er von der Pflichtverletzung des Schuldners Kenntnis erlangt hat. Erscheint der Gläubiger einer Holschuld am vereinbarten Leistungsort und trifft dort auf einen leistungsunfähigen Schuldner, so sind seine Aufwendungen für die Rückfahrt zu seinem Wohnort oder dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung auch dann nach § 284 BGB ersatzfähig, wenn die Vermögensminderung auf Seiten des Gläubigers erst nach Beendigung schutzwürdigen Gläubigervertrauens eintritt. Es wäre unbillig, dem Gläubiger, der in berechtigtem Vertrauen auf den Erhalt der Leistung angereist ist, einen Ersatz der Kosten für die Rückfahrt zu verwehren. Denn diese Ausgabe wurde in dem Moment unvermeidlich, als sich der Gläubiger auf den Weg zum Schuldner begab.

3) Zwischenergebnis

Das Merkmal der Billigkeit in § 284 BGB setzt zunächst voraus, dass der Gläubiger, der auf den Erhalt der Leistung vertraut hat, dieses Vertrauen auf einen vom Schuldner veranlassenen Vertrauenstatbestand stützen kann. Diese für einen Ersatzanspruch aus § 284 BGB unverzichtbare Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens beginnt, sobald er mit Sicherheit von der Entstehung der Leistungsverpflichtung ausgehen durfte. Ein Ersatz nutzloser Aufwendungen

entfällt nach dem Rechtsgedanken der §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 BGB billigerweise, wenn der Gläubiger wusste oder wissen musste, dass er die Leistung nicht erhalten wird.

b) Weitere Abwägungskriterien

Die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens ist zentrales Kriterium zur Feststellung, ob sich die vom Gläubiger erbrachten Aufwendungen im Rahmen der von § 284 BGB geforderten Billigkeit bewegen, der Schuldner also das Risiko der Zweckverfehlung trägt. Jedoch ist nicht jegliche Aufwendung, die der Gläubiger innerhalb des Zeitfensters der Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Erhalt der Leistung vornimmt, nach § 284 BGB ersatzfähig. Dass noch weitere Umstände bei der Beurteilung der Billigkeit der Aufwendungen eine Rolle spielen und dem Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz seiner frustrierten Investitionen auch bei schutzwürdigem Vertrauen versagt sein muss, verdeutlicht folgender Beispielsfall:

V und K schließen einen Kaufvertrag. Als Kaufpreis vereinbaren sie 10 EURO, was auch dem objektiven Wert der Sache entspricht. Als K bei V – wie für ihn üblich – mit einem gemieteten Hubschrauber erscheint, um die Sache abzuholen, teilt dieser ihm mit, dass er den Vertragsgegenstand kurz zuvor leicht fahrlässig zerstört habe.

Nun steht K nach den §§ 280 Abs. 1, 283 S. 1, 275 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu. Statt dessen verlangt K jedoch einen Ersatz seiner Aufwendungen für den Hubschrauberflug, die er mit 2.000 EURO beziffert.

Zweifelsohne hat K diese Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht und durfte zu diesem Zeitpunkt auch (noch) auf den Erhalt der Kaufsache von V vertrauen. Der Zweck des Hubschrauberflugs – Abholung der Sache – und damit der Aufwendungen wäre auch nicht verfehlt gewesen, wenn K die Kaufsache zum vereinbarten Übergabetermin erhalten hätte. Auch eine Minderung oder gar ein Ausschluss des Schadensersatzanspruchs nach § 254 BGB kommt nicht in Betracht, weil die Warnpflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB dann nicht besteht, wenn die Gefahr des Schadenseintritts von dem Gläubiger nicht erkannt werden kann.⁷³

⁷³ BGH, Urteil v. 2.6.1964, VersR 1964, 950 (951); BGH, Urteil v. 1.2.1965, VersR 1965, 484 (487); Staudinger-Schiemann, § 254 Rz. 76. Nach Venzmer, Mitverursachung, Rz. 417 soll eine Warnpflicht vor Fälligkeit der Verbindlichkeit nicht bestehen; ähnlich auch Staudinger-Werner, 10./11. Aufl., § 254 Rz. 55.

Eine Ersatzpflicht des V in Höhe von 2.000 EURO ist hier unangemessen. Es ist dem Schuldner V hier nicht zuzumuten, das Risiko eines Fehlschlags dieser Investition in die Erlangung der Kaufsache zu tragen. Das Tatbestandsmerkmal „...und billigerweise machen durfte...“ eröffnet hier die Möglichkeit, dieses Ergebnis zu korrigieren und eine sich ins Uferlose erstreckende Ersatzpflicht zu vermeiden. Auf die Umstände, die den Ersatzanspruch des Gläubigers einschränken oder ganz ausschließen können, ist daher im Folgenden einzugehen.

1) Das Erfordernis der Erkennbarkeit der Umstände für den Gläubiger

Umstände, die bei der Abwägung der Parteiinteressen für den Gläubiger positiv ins Gewicht fallen, können nur dann berücksichtigt werden, wenn der Gläubiger diese Umstände kannte. Anderenfalls verdient er nicht den Schutz des § 284 BGB. Umgekehrt sind ebenfalls unter Heranziehung des Rechtsgedankens der §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 BGB nur solche Umstände zum Nachteil des Gläubigers zu berücksichtigen, die er zumindest kennen musste.

2) Verhältnis der Aufwendung zum Leistungsinteresse des Gläubigers

Im Beispielsfall ergibt sich die Unangemessenheit der Schuldnerbelastung daraus, dass die Höhe der vom Gläubiger erbrachten Aufwendungen außer Verhältnis zum objektiven Wert der vom Schuldner nicht erbrachten Leistung steht und keine besonderen Umstände vorliegen, die eine Abholung des Leistungsgegenstandes mit dem Hubschrauber rechtfertigen. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung⁷⁴ bleibt also bei der Bemessung der Billigkeit die Höhe der Aufwendungen nicht unberücksichtigt und deren Verhältnis zum objektiven Wert des Leistungsgegenstandes fließt in die Abwägung der Parteiinteressen ein.⁷⁵

Aber nicht nur der objektive Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung ist dabei zu berücksichtigen. Vielmehr muss das volle Leistungsinteresse des Gläubigers mit dem Wert der vorgenommenen Aufwendung verglichen werden. Denn im Rahmen des Schadensersatzes

⁷⁴ *Canaris*, JZ 2001, 517; *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 31; *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 3; ähnlich auch *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 11, wo jedoch in Extremfällen ein Ausschluss des Ersatzanspruchs nach § 242 BGB erwo-gen wird.

⁷⁵ Für einen Ausschluss unverhältnismäßiger Aufwendungen auch *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 344; *Kittner*, Schuldrecht, Rz. 715; *Medicus*, Schuldrecht, Rz. 389; *ders.* in Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht, Kap. 3 Rz. 61; *Musielak*, Grundkurs BGB, Rz. 416; *Bamberger/Roth-Grüneberg*, § 284 Rz. 11; *MünchKomm-Ernst*, § 284 Rz. 20; *Palandt-Heinrichs*, § 284 Rz. 7; *Köhler/Fritzsche*, Schuldrecht, Fall 7 Rz. 46 spricht sich für einen Ausschluss „unvernünftig hoher Aufwendungen“ aus.

statt der Leistung kann der Gläubiger nicht nur den objektiven Wert der Leistung, sondern auch seinen durch Nichterhalt der Leistung entgangenen Gewinn liquidieren.⁷⁶ Daher muss das gesamte im Wege der Differenzhypothese zu ermittelnde positive Interesse des Gläubigers in die Billigkeitsprüfung einbezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch des Gläubigers auf sein positives Interesse weder nach der Surrogations- noch der Differenztheorie zu einer Zahlungspflicht des Schuldners führen würde, etwa weil der Gläubiger konsumtive Zwecke mit der Leistung verfolgt, der objektive Wert der Leistung die vereinbarte Gegenleistung in Geld nicht übersteigt und der Gläubiger auch nicht vorgeleistet hat.

Für den Beispielsfall mit dem gemieteten Hubschrauber⁷⁷ ergibt sich damit, dass der Gläubiger die 2.000 EURO für den Hubschrauber billigerweise nicht verlangen kann. Wäre er dagegen mit dem Auto angereist und hätte dies ihm Kosten in Höhe von 15 EURO verursacht, so steht diese Aufwendung nicht außer Verhältnis zu seinem Leistungsinteresse, so dass er deren Ersatz nach der Berechnungsmethode des § 284 BGB verlangen könnte.

3) Erkennbare Leistungsrisiken beim Schuldner

Nach Schutzwürdigkeitsgesichtspunkten darf der Gläubiger dann nicht auf den Erhalt der Leistung vertrauen, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners für ihn erkennbar ist. Aufwendungen, die er zu diesem Zeitpunkt im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung vornimmt, sind nicht nach § 284 BGB ersatzfähig. Daneben sind Fälle denkbar, in denen der Gläubiger zwar die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erkennen kann, er aber dennoch weiß, dass die Leistungserbringung besonderen Risiken unterliegt, zum Beispiel wenn der Schuldner sich den Leistungsgegenstand erst noch von einem Dritten beschaffen muss und damit ein langer und dadurch gefahrenreicher Transportweg verbunden ist. Kennt der Gläubiger diese Risiken, so muss er darauf Rücksicht nehmen. Bei der Ermittlung, ob eine Aufwendung den Anforderungen des Billigkeitskorrektivs in § 284 BGB genügt, ist also zu berücksichtigen, ob die Leistungserbringung besonderen Gefahrenquellen unterliegt. Tritt dieser Umstand hinzu, so muss ein Gläubiger, der diese besonderen Gefahrenquellen der Leistungserbringung kennt, mit einer Aufwendung die er unter normalen Voraussetzungen eigentlich schon vornehmen dürfte, etwas länger abwarten.

⁷⁶ *Dauner-Lieb* in Dauner-Lieb/Lepa/Heidel/Ring, Schuldrecht, § 2 Rz. 42; *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 322; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 185; *Palandt-Heinrichs*, § 281 Rz. 26.

⁷⁷ Siehe in diesem Abschnitt unter C.III.4.b).

4) Aufschiebbarkeit der Aufwendung

Der Gläubiger darf zum Schutz des Schuldners nicht jegliche von ihm beabsichtigte Aufwendung vornehmen, sobald er auf den Erhalt der Leistung vertrauen darf. Bei der Abwägung der Parteiinteressen ist vielmehr zu berücksichtigen, ob der Gläubiger das Gebot der Schadensvermeidung, welches sich außerhalb des Anwendungsbereiches von § 254 BGB aus § 242 BGB ergibt, beachtet hat. Steht zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung für den Gläubiger erkennbar fest, dass diese ihren Zweck auch dann in vollem Umfang erreichen kann, wenn der Gläubiger zunächst den Erhalt der Leistung abwartet, so ist es unbillig, dem Schuldner das Risiko der Zweckverfehlung für diese Aufwendung aufzubürden. Je unklarer für den Gläubiger die Möglichkeit ist, die Aufwendung mit gleichem Erfolg später vorzunehmen, desto eher verschiebt sich das Investitionsrisiko für diese Aufwendung auf den Schuldner. Gleichfalls steigt die Schutzwürdigkeit des Gläubigers mit der Gewissheit über den Erhalt der Leistung. Je sicherer der Erhalt der Leistung durch den Schuldner zu erwarten ist, desto eher darf der Gläubiger Investitionen in die ihm versprochene Leistung vornehmen. Die Aufschiebbarkeit einer Aufwendung ist daher ebenfalls ein in die Beurteilung der Billigkeit einfließendes Abwägungskriterium.

5) Kenntnis des Schuldners und Vorhersehbarkeit der Aufwendung

Bei der Prüfung, ob eine bestimmte Aufwendung des Gläubigers nach § 284 BGB liquidiert werden kann, ist auch deren Erkennbarkeit für den Schuldner zu berücksichtigen. Dies gilt allerdings nur im Falle rechtsgeschäftlich begründeter Leistungspflichten.⁷⁸ Kündigt der Gläubiger dem Schuldner bei den Vertragsverhandlungen an, dass er nach Vertragsschluss eine konkrete Investition in die Leistung vornehmen werde, so ist die Schwelle der Zumutbarkeit für den Schuldner, der später zum Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verpflichtet ist, höher. Er kann sich ja vor Abgabe seines Leistungsversprechens überlegen, ob er bereit ist, unter den vom Gläubiger in Aussicht gestellten Umständen das Investitionsrisiko zu tragen.

Ähnlich ist die Interessenlage, wenn der Schuldner zwar nach Entstehung seines Leistungsversprechens aber vor seiner zu vertretenden Pflichtverletzung erfährt, welche Aufwendungen der Gläubiger vorzunehmen beabsichtigt. Hier hat er zwar nicht mehr die Möglich-

⁷⁸ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 344.

keit, die Entstehung seiner Leistungsverpflichtung zu verhindern, so dass er schutzwürdiger ist, als wenn er vor Abgabe seines Leistungsversprechens von den angestrebten Investitionen des Gläubigers unterrichtet wird; der Schuldner kann jedoch eine erhöhte Sorgfalt an den Tag legen, um seine Ersatzpflicht zu vermeiden.

Demgegenüber erhöht aber dennoch eingeschränkt ist die Schutzwürdigkeit des Schuldners, der die Aufwendung zwar nicht kannte, sie aber hätte kennen können, weil sie beispielsweise im Zusammenhang mit dem Erhalt der Leistung üblich ist oder der Gläubiger entsprechende Andeutungen gemacht hat. Beispielsweise ist dem Schuldner, der Betten in Sondergrößen ohne Auflagen verkauft, eher zuzumuten, die Kosten für eine speziell angefertigte Matratze zu tragen als demjenigen, der die passenden Auflagen mitliefert.

Aus der Berücksichtigung der Erkennbarkeit der Aufwendungen für den Schuldner ergibt sich, dass auch die objektive Erforderlichkeit der Aufwendung des Gläubigers ein in die Abwägung der Parteiinteressen einfließender Umstand ist. Der Schuldner muss mit Aufwendungen, die zur vertragsgemäßen Nutzung des Leistungsgegenstands notwendigerweise anfallen (zum Beispiel beim Kauf eines Kunstwerkes die Verbindlichkeit gegenüber dem Transportunternehmen, welches die Sache zum Wohnort des Gläubigers verbringen soll), eher rechnen als mit Investitionen, die der Gläubiger vornimmt, weil er die Leistung auf individuelle Art und Weise nutzen will (beispielsweise Umbaumaßnahmen zur Integration des Kunstwerkes in das Wohnhaus des Gläubigers).

6) Nicht zu berücksichtigende Umstände

aa) Grad des Schuldnersverschuldens

Nicht in die Interessenabwägung einzustellen ist dagegen der Grad des Verschuldens des Schuldners bei der Pflichtverletzung. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger die Aufwendung nach dem haftungsbegründenden Ereignis erbringt. Dies ergibt sich einerseits schon daraus, dass die Umstände, die in die Abwägung einfließen, für den Gläubiger erkennbar sein müssen. Hätte nämlich der Gläubiger den Verschuldensgrad des Schuldners erkennen können, so musste er denklogisch auch die Pflichtverletzung des Schuldners kennen. Dann entfällt aber nach dem bereits Gesagten⁷⁹ die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens, so dass ein

⁷⁹ Siehe oben in diesem Abschnitt C.III.3.a)2).

Ersatz seiner danach erbrachten Aufwendungen ganz ausscheidet. Andererseits erhalte die Vorschrift des § 284 BGB Strafcharakter, was den Zielen des Gesetzgebers – Vertrauensschutz des Gläubigers unabhängig von der Rentabilitätsvermutung – zuwiderlaufen würde.

bb) Wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Aufwendung

Ebenso wenig wie der Grad des Schuldnerschuldens ist bei der Beurteilung der Billigkeit einer Aufwendung zu berücksichtigen, ob deren Zweck von vornherein nicht erreicht werden kann. Für diese Fälle liefert § 284 HS 2 BGB ausdrücklich das Korrektiv. Für die Frage, ob der Gläubiger die Aufwendung billigerweise machen durfte, spielt die Erreichbarkeit des Zwecks demnach keine Rolle. Hat also ein Gläubiger, der mit der Leistung des Schuldners kommerzielle Zwecke verfolgt, Aufwendungen vorgenommen, und steht fest, dass sich diese aufgrund einer wirtschaftlichen Fehlkalkulation von vornherein nicht amortisieren können, so kann dem Gläubiger nicht entgegengehalten werden, dass diese Aufwendungen nicht der Billigkeit entsprechen und bereits aus diesem Grunde nicht nach § 284 BGB ersatzfähig sind.

cc) Leistungsfähigkeit der Parteien

Bei der Abwägung der Interessen im Rahmen der Billigkeitskontrolle kann auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien keine Rolle spielen. Die Schutzwürdigkeit eines der Beteiligten ist unabhängig von dem Bestand ihres Vermögens zu beurteilen. Anderenfalls wäre es für den Gläubiger ein Glücksfall, dass sich durch einen wirtschaftlich potenten Schuldner der Umfang der nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen erhöht.

7) Weitere Umstände des Einzelfalls

Der soeben entwickelte Katalog einer Reihe von Umständen, die in die Abwägung der Parteiinteressen bei der Frage, ob der Gläubiger seine frustrierten Aufwendungen billigerweise machen durfte, einfließen, ist keinesfalls als abschließend zu verstehen, sondern kann und soll lediglich Anhaltspunkte dafür liefern, welche Aspekte für den Interessenausgleich im Einzelfall von Relevanz sein können. Letztlich kann also eine Entscheidung, ob der Gläubiger seine frustrierten Aufwendungen nach § 284 BGB ersetzt verlangen kann, weil dem Schuldner das

Risiko der Frustration dieser Aufwendungen zuzumuten ist, nur für den konkreten Fall getroffen werden.

4. Billigkeitskontrolle zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung

Der Gläubiger muss bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung Klarheit darüber haben, ob er hierfür das Risiko auch dann trägt, wenn der Schuldner in zu vertretender Weise seine Pflichten aus dem Schuldverhältnis verletzt und ihm daraus ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erwächst. Die nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen müssen daher schon bei ihrer Vornahme den Anforderungen der Billigkeit genügen. Ändern sich die Umstände des Einzelfalles nach Vornahme der Aufwendungen, so kann sich dies nicht zu Lasten des Gläubigers auswirken. Gleichsam verdient der Gläubiger, der zunächst unbillige Aufwendungen vornimmt, keine Privilegierung durch erst zeitlich danach hinzutretende oder sich ändernde Umstände. Eine ex post Beurteilung findet daher bei der Billigkeitskontrolle nicht statt.

Hat also der Gläubiger eines zu liefernden Sofas im Vertrauen auf den Erhalt des Möbelstücks im Rahmen eines Schlussverkaufs dazu passende Kissenbezüge erworben und durfte er davon ausgehen, dass er Kissen mit diesem Stoff zu einem späteren Zeitpunkt nicht erhält, so ermöglicht § 284 BGB ihm auch dann einen Ersatz der Aufwendungen für die Kissenbezüge, wenn sich später herausstellt, dass diese Aufwendungen verfrüht waren, weil der Hersteller des Stoffes für die Kissenbezüge sich entschlossen hat, das gewählte Stoffmuster weiterhin zu produzieren. Denn wenn sich die Umstände, die in die Abwägung der Parteiinteressen zur Ermittlung der Billigkeit einfließen, nach Vornahme der Aufwendungen ändern, so darf sich dies nicht zu Lasten des Gläubigers auswirken.

5. Rechtsfolge unbilliger Aufwendungen

Nimmt der Gläubiger Aufwendungen vor, die sich nach Abwägung anhand der Kriterien des Einzelfalles als unbillig erweisen, weil dem Schuldner das Risiko einer Zweckverfehlung der Investition durch eine von ihm zu vertretende Pflichtverletzung nicht zumutbar ist, so schließt sich die Frage an, inwieweit ein Ersatz nach § 284 BGB ausgeschlossen ist. Man kann hier zwei Lösungen erwägen: Entweder der Gläubiger kann für die unbilligen Aufwendungen keinerlei Ersatz verlangen, er trägt also für die unbilligen Aufwendungen das volle

Risiko, oder der Ersatzanspruch des Gläubigers aus § 284 BGB wird auf das Maß der Billigkeit reduziert. Er trüge im letzteren Fall nur das Risiko für den Teil der Aufwendungen, die die Grenze der Billigkeit überschreiten. Bezogen auf den oben aufgeführten Beispielsfall⁸⁰ könnte man mit der zweiten Lösungsalternative erwägen, dass der Gläubiger der Kaufsache, dessen Aufwendungen für den Hubschrauberflug unbillig sind, nach § 284 BGB wenigstens die Kosten für eine Auto- oder Zugfahrt zum Schuldner der Leistung ersetzt verlangen kann.

Letzterer Lösungsansatz liefe jedoch darauf hinaus, dass der Gläubiger nicht nur tatsächlich, sondern auch lediglich hypothetisch erbrachte Aufwendungen mit Hilfe des § 284 BGB liquidieren könnte, die er billigerweise machen durfte. Denn Kosten für eine Auto- oder Zugfahrt sind in dem Beispielsfall nicht tatsächlich angefallen. Schon der Wortlaut der Vorschrift des § 284 BGB deutet darauf hin, dass nur solche Aufwendungen des Gläubigers ersatzfähig sind, die tatsächlich angefallen sind („...gemacht *hat*...“). Für einen Ersatzanspruch ist es danach nicht ausreichend, dass der Gläubiger bestimmte Aufwendungen billigerweise *hätte machen können*, diese aber vielleicht aus Rücksicht auf den Schuldner unterlassen hat. Dies ist auch vor dem Hintergrund der dogmatischen Konzeption des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch sinnvoll: Hat der Gläubiger keine Aufwendungen erbracht, so ist bei ihm auch keine Frustration dieser Aufwendungen durch den Nichterhalt der Leistung eingetreten. Mithin fehlt es an der für einen Schadensersatz bestehenden Voraussetzung eines ersatzfähigen Schadens.

Darüber hinaus wäre eine Reduzierung der nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen auf den Teil, den der Gläubiger billigerweise machen durfte, nur dann praktisch möglich, wenn die Aufwendungen wertmäßig als überhöht anzusehen sind. Führen andere Kriterien zu deren Unbilligkeit, so schiebe eine Reduzierung des Ersatzanspruches aus. Ist beispielsweise eine Aufwendung, die der Gläubiger mit gleichem Erfolg auch nach Erhalt der Leistung vornehmen kann, mangels Dringlichkeit als verfrüht und damit unbillig anzusehen, dann ist eine Reduzierung der ersatzfähigen Aufwendungen unmöglich. Denn an der Aufschiebbarkeit der Aufwendung und damit deren Unbilligkeit im Sinne des § 284 BGB änderte sich auch dann nichts, wenn der Gläubiger eine wertmäßig geringere Investition vorgenommen hätte.

Demnach trägt der Gläubiger allein das Risiko unbilliger, weil überhöhter Aufwendungen. Eine Anpassung des Ersatzanspruches auf den Betrag, den der Gläubiger billigerweise hätte

⁸⁰ Siehe oben in diesem Abschnitt C.III.3.b).

aufwenden dürfen, findet nicht statt. Unbillige Aufwendungen sind in vollem Umfang aus dem Ersatzanspruch des § 284 BGB auszunehmen. Macht der Gläubiger Aufwendungen, die er billigerweise nicht machen durfte, sind diese nur aufgrund einer entsprechenden Parteiabrede ersatzfähig.

6. Ergebnis zur Billigkeitskorrektur

Nach § 284 BGB sind nur solche Aufwendungen ersatzfähig, die der Gläubiger billigerweise machen durfte. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff soll Gerechtigkeit im Einzelfall gewährleisten. Demnach ist unter Berücksichtigung der Parteiinteressen zu ermitteln, ob dem Schuldner im konkreten Fall zugemutet werden kann, das Risiko eines Fehlschlags der Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, zu tragen.

Entscheidender Gesichtspunkt ist dabei, ob der Gläubiger zum Zeitpunkt der Vornahme seiner Aufwendungen überhaupt auf den Erhalt der Leistung vertrauen durfte. Dieses schutzwürdige Vertrauen entsteht, sobald der Gläubiger mit Sicherheit von der Entstehung der Leistungsverpflichtung des Gläubigers ausgehen durfte. Es endet entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 BGB, wenn der Gläubiger wusste oder wissen musste, dass eine Pflichtverletzung des Schuldners eintritt.

Ist das Vertrauen des Gläubigers schutzwürdig, so ist unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob ein Ersatz der Aufwendungen für den Schuldner zumutbar ist. Zu den dabei zu berücksichtigenden Abwägungskriterien gehören das Verhältnis der Aufwendungen zum Leistungsinteresse des Gläubigers, die Dringlichkeit oder Aufschiebbarkeit der Investition sowie die Erkennbarkeit oder Üblichkeit einer Aufwendung.

Nimmt der Gläubiger Aufwendungen vor, die sich nach der Abwägung der Parteiinteressen als unbillig erweisen, so ist deren Ersatz vollständig ausgeschlossen. Eine Reduzierung des Ersatzanspruches auf ein billiges Maß erfolgt nicht.

IV. Die Frustration der Aufwendung durch die Pflichtverletzung

Ein ersatzfähiger Schaden im Sinne des § 284 BGB tritt nur dann ein, wenn die Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, auch wirklich ihren Zweck verfehlt haben. Diese schadensrechtliche Selbstverständlichkeit ergibt sich einerseits aus der Überschrift des § 284 BGB („Ersatz vergeblicher Aufwendungen“) und mittelbar aus dem Wortlaut des § 284 HS 2 BGB („...es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.“). Für einen Ersatzanspruch nach § 284 BGB ist also ein tatsächlicher Schadenseintritt auf Seiten des Gläubigers erforderlich. Darüber hinaus fordert die geltende Schadensdogmatik, dass zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem eingetretenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang, die haftungsausfüllende Kausalität, bestehen muss.⁸¹ Die Frustration der Aufwendungen muss also gerade adäquat kausal durch die Pflichtverletzung des Schuldners eingetreten sein.

1. Keine Frustration bei Zweckerreichung trotz Pflichtverletzung

Eine Zweckverfehlung und damit ein nach § 284 BGB ersatzfähiger Frustrationsschaden kann durch den Nichterhalt einer Leistung nur dann eintreten, wenn die Erreichung des Zwecks an den Leistungserhalt geknüpft ist. Dies erfordert zwar nicht zwangsläufig, dass der Zweck, den der Gläubiger der Aufwendung verleiht, nur mit dem Erhalt der Leistung vom Schuldner erreicht werden kann. So kann demjenigen, der ein Flugticket erwirbt und im Vertrauen auf die rechtzeitige Ankunft am Zielort und damit den ordnungsgemäßen Erhalt der Leistung eine Theaterkarte kauft, nicht entgegengehalten werden, dass der Zweck seiner Aufwendung für die Theaterkarte in dem Besuch der Theatervorstellung und nicht in dem Genuss der Flugreise bestehe. Vielmehr ist ausreichend, dass der Erhalt der Leistung vom Schuldner nach dem Willen des Gläubigers dem Erreichen des mit der Aufwendung verfolgten Zweckes dient. Nach der Vorstellung des Gläubigers muss der Erhalt der Leistung also nicht Bedingung, sondern lediglich Mittel der Zweckerreichung sein. Besteht diese Verknüpfung nicht, so macht der Gläubiger die Aufwendung nicht im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung im Sinne des § 284 BGB, sondern lediglich anlässlich seines Leistungsanspruches. In diesen Fällen scheidet eine Frustration durch den Nichterhalt der Leistung von vornherein aus.

⁸¹ MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 97 ff.; Palandt-Heinrichs, § 249 Rz. 54.

a) Vollständige Zweckerreichung trotz Pflichtverletzung

Aber selbst wenn der Erhalt der Leistung nach der Vorstellung des Gläubigers Bedingung für das Erreichen des mit der Aufwendung verfolgten Zweckes ist, kann es sein, dass trotz einer Nichterfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Schuldner eine Frustration auf Seiten des Gläubigers nicht eintritt. Wenn der Käufer von Theaterkarten für die Taxifahrt zu der Vorstellung Aufwendungen erbringt und sich später herausstellt, dass sein Verkäufer die Karten nicht liefern kann, so scheinen der Zweck der Taxifahrt und damit die dadurch entstandenen Aufwendungen zunächst verfehlt. Erwirbt der Käufer sodann an der Abendkasse gleichwertige Karten, was ihm nach § 254 Abs. 2 BGB sogar obliegt, und kann er aus diesem Grund so in den Genuss der Veranstaltung kommen wie wenn sein Schuldner ordnungsgemäß geleistet hätte, so ist der mit den Aufwendungen ursprünglich verfolgte Zweck dennoch erreicht. In diesen Fällen erfolgt die Zweckerreichung mittels eines Deckungsgeschäftes. Dem Käufer ist dann durch die Pflichtverletzung kein Frustrationsschaden entstanden, weil die drohende Zweckverfehlung durch den Erwerb gleichwertiger Theaterkarten verhindert wurde. Der Käufer der Theaterkarten kann in diesem Fall die Aufwendungen für die Fahrt nicht nach § 284 BGB von dem Verkäufer ersetzt verlangen. Jedoch kann er die Aufwendungen für das vorgenommene Deckungsgeschäft jedenfalls als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen.⁸² Nach dieser Kompensation steht der Gläubiger materiell und ideell so, wie wenn eine ordnungsgemäße Erfüllung durch den Schuldner erfolgt wäre.

b) Kürzung des Ersatzanspruches bei gemischter Zwecksetzung

Verfolgt der Gläubiger mit seiner Aufwendung mehrere Zwecke, von denen nicht alle die für eine Ersatzfähigkeit erforderliche Verknüpfung mit dem Erhalt der Leistung aufweisen, ist deren Zweck aufgrund der Nichtleistung durch den Schuldner lediglich teilweise verfehlt. Damit ist gleichzeitig keine volle Frustration der Aufwendung eingetreten. In diesen Fällen ist es sachgerecht, dass der Gläubiger nicht den vollen Betrag der erbrachten Aufwendung vom Schuldner verlangen kann, sondern nur denjenigen Teil, der der tatsächlichen Frustration entspricht. Zur Veranschaulichung dient folgender Beispielfall:

K kauft von V ein sehr wertvolles Halsband, ein Einzelstück, das er seiner Frau zum Hochzeitstag schenken möchte. Im Vertrauen auf den Erhalt des Schmuckstückes mietet er bei der

⁸² Kittner, Schuldrecht, Rz. 713; AnwKom-BGB-Dauner-Lieb, § 280 Rz. 51; Palandt-Heinrichs, § 281 Rz. 27; Schimmel/Buhlmann in Schimmel/Buhlmann, Schuldrecht, 275. Zur Ersatzfähigkeit von Schadensabwendungskosten siehe näher in diesem Abschnitt C.V.4.

Bank X einen Safe an. Die Mindestmietdauer beträgt dabei ein Jahr. Eine andere sichere Verwahrungsmöglichkeit bietet sich für K nicht. Zweck des Safes ist jedoch nicht nur die Lagerung des Halsbandes, sondern auch die Verwahrung wichtiger Dokumente. Nun wird das Collier bei V gestohlen, weil dieser sein Ladenlokal nicht ordnungsgemäß beaufsichtigt hat. K, der den Kaufpreis noch nicht an V entrichtet hat, verlangt nun von V die Miete für den Safe ersetzt.

Die haftungsbegründenden Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 284 BGB liegen vor: Die Leistung ist dem V unmöglich geworden und er hat dies auch zu vertreten (§ 276 BGB), so dass K nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1, 275 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Die Aufwendung für den Safe in Form der Safemiete oder der Verpflichtung zur Zahlung der Miete hat K auch im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht. Mangels alternativer Lagerungsmöglichkeit entspricht diese Aufwendung auch der Billigkeit. Die Frustration auf Seiten des K besteht jedoch nicht in voller Höhe der Aufwendung. Vielmehr hat er die Aufwendung auch zur Lagerung seiner Dokumente und damit zu einem Zweck erbracht, der in keiner Hinsicht mit dem Erhalt der Leistung von V verknüpft ist. Damit hat sich die Investition in Form der Safemiete für K zumindest teilweise gelohnt. Sein Frustrationsinteresse entspricht damit nicht der vollen Höhe der Aufwendung, sondern nur demjenigen Anteil der Safemiete, den er ohne das Leistungsversprechen des Schuldners nicht aufgewandt hätte. Ob überhaupt eine Frustration eingetreten ist, hängt davon ab, ob K einen gleichen Safe angemietet hätte, wenn er von vornherein nur seine Dokument darin aufbewahren wollte.

Dieses Beispiel zeigt, dass Aufwendungen des Gläubigers, die nicht ausschließlich mit dem Erhalt der Leistung verknüpft sind und die auch Zwecke verfolgen, die unabhängig von dem Erhalt der Leistung erreicht werden können, auch bei vollständigem Ausbleiben der Leistung nur teilweise frustriert werden. Könnte der Gläubiger in diesen Fällen dennoch einen vollen Ersatz der Aufwendungen verlangen, so stünde ihm durch § 284 BGB die Möglichkeit offen, Investitionen, die er teilweise nur anlässlich der Leistung vornimmt, auf den Schuldner abzuwälzen. Er könnte einen seine tatsächliche Frustration übersteigenden Schaden geltend machen und die Pflichtverletzung des Schuldners würde damit für ihn zu einem echten Glücksfall.

In diesen Fällen besteht der Ersatzanspruch des Gläubigers nicht in voller Höhe der Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung billigerweise machen durfte. Anhand den Umständen des Einzelfalls ist vielmehr das Ausmaß der tatsächlich eingetretenen

Frustration zu bewerten. Der Gläubiger kann nach § 284 BGB nur den Anteil seiner Aufwendungen verlangen, der dem Grad der eingetretenen Frustration entspricht.

c) Eingeschränkte Frustration bei nachträglicher Zweckänderung

1) Grundsatz: Eingeschränkter Ersatzanspruch bei nachträglicher Zweckänderung

Eine Minderung des Frustrationsschadens und damit des Ersatzanspruches aus § 284 BGB sollte grundsätzlich auch dann erfolgen, wenn der vom Gläubiger mit der Aufwendung ursprünglich verfolgte Zweck durch einen Nichterhalt der Leistung zunächst verfehlt wird, der Gläubiger aber die Möglichkeit wahrnimmt, seine endgültige Frustration dadurch zu verhindern oder einzuschränken, dass er der Aufwendung nachträglich einen anderen Zweck verleiht und dieser dann erreicht wird.⁸³

Denkbar ist eine solche Konstellation beispielsweise dann, wenn sich ein Käufer von 100 Schreibtischen für deren Abholung zwei LKW mietet, der Schuldner ihm aber dann in zu vertretender Weise nur 50 Schreibtische liefert. Die Aufwendungen für einen der beiden LKW werden dadurch zunächst frustriert. Nutzt der Käufer nun den freien LKW vollständig aus, um eine andere Sache zu transportieren, so haben sich seine Aufwendungen für den LKW im Nachhinein dennoch gelohnt. Er kann die Mietkosten für diesen LKW mangels eines ersatzfähigen Schadens nicht aus § 284 BGB verlangen.

Ist die Sache, die der Käufer alternativ mit dem LKW transportiert wesentlich kleiner, so dass er hierfür einen kleineren LKW gemietet hätte, nutzt er also den frei gewordenen LKW nur eingeschränkt, so sind seine Aufwendungen entsprechend dem nicht genutzten Teil frustriert. Da seine Frustration nur eingeschränkt besteht, kann er nach § 284 BGB auch nur den Anteil der Mietkosten vom Schuldner ersetzt verlangen, der die Mietkosten für einen kleineren LKW übersteigt.

In diesem und vergleichbaren Fällen tritt eine Kompensation der zunächst eingetretenen Frustration der Aufwendungen dadurch ein, dass der Gläubiger den von ihm erbrachten Aufwendungen nachträglich einen anderen Zweck verleiht. Bei nachträglicher Betrachtungsweise

⁸³ Zu der Frage, ob eine Ersatzpflicht des Schuldners gemäß § 254 Abs. 2 BGB entfällt, wenn er diese Möglichkeit nicht ergreift vgl. in diesem Abschnitt C.V.2.c).

waren die Investitionen in die Leistung des Schuldners nicht umsonst, weil der Gläubiger zwar nicht in den Genuss der versprochenen Leistung gekommen ist, die im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbrachten Aufwendungen jedoch anderweitig nutzen konnte. Es handelt sich hierbei um einen Fall der Vorteilsanrechnung.⁸⁴ Der Gläubiger erhält durch den Nichterhalt der Leistung den Vorteil, bereits erbrachte Aufwendungen durch eine nachträgliche Zweckänderung anderweitig zu nutzen und muss sich diesen Vorteil auf seinen Anspruch auf den Ersatz des Frustrationsschadens anrechnen lassen.⁸⁵

2) Grenzfälle

In Grenzfällen kann die Beurteilung, ob trotz nachträglicher Änderung des mit der Aufwendung verfolgten Zwecks eine Frustration auf Seiten des Gläubigers vorliegt, schwierig sein. Die dabei auftretenden Probleme verdeutlicht folgender Beispielfall:

Der Käufer K einer Opernkarte wendet für die Fahrt zur Oper 20 EURO an Taxikosten auf. Als er feststellt, dass die Veranstaltung ausfällt, entschließt er sich, statt in der Oper den Abend im benachbarten Kino zu verbringen. Für die Kinokarte wendet er 10 EURO auf. Kann K vom Verkäufer V aus § 284 BGB Ersatz seiner Taxikosten verlangen, wenn V den Ausfall der Oper zu vertreten hat?

Die Aufwendungen für das Taxi, die K im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, dürfte er auch billigerweise machen. Die Aufwendungen sind auch zunächst frustriert, so dass ein entsprechender Schaden auf Seiten des K zunächst eingetreten ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Frustration durch eine nachträgliche Zwecksetzung kompensiert wurde und damit ein Ersatzanspruch für die Aufwendungen nur eingeschränkt besteht oder sogar vollständig ausscheidet.

In der Literatur wird vorgeschlagen, den Frustrationsgrad der Aufwendungen und damit den Umfang des Ersatzanspruches auch in diesen Fällen anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.⁸⁶ Meiner Ansicht nach sollte in diesen Fällen eine Ersatzpflicht ausscheiden. Zweifelhaft ist nämlich schon, ob überhaupt eine Frustration auf Seiten des Gläubigers, der sich für eine andere Verwertung der Aufwendungen entscheidet, besteht. Denn auch für

⁸⁴ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 37.

⁸⁵ Ähnlich Gsell, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 345, wonach sich der Ersatzanspruch des Geschädigten mindert, wenn diesem ein Vermögensvorteil entstanden ist.

⁸⁶ Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 37.

die Fahrt zum Kino wären die Taxikosten in gleicher Höhe angefallen. Eine Frustration wäre allein mit dem Argument zu bejahen, dass anders als bei einem Deckungsgeschäft der mit Hilfe der Aufwendungen erzielte Genuss nicht den ursprünglichen Vorstellungen des Gläubigers entspricht. Doch selbst wenn man hier eine Zweckverfehlung und damit eine Ersatzpflicht befürwortet, ist deren Umfang praktisch nicht zu ermitteln. Eine rechnerische Ermittlung der Frustration unter Hinzuziehung einer tatsächlich erfolgten Ersparnis scheidet aus. Auch die Kosten für die Kinokarte können hier nicht als Berechnungsmaßstab dienen. Denn dann scheidet eine Frustration des Gläubigers automatisch aus, sobald die alternativ in Anspruch genommene Leistung eine höhere Gegenleistung des Gläubigers erfordert als die ursprünglich vom Schuldner geschuldete. Aber auch dann müsste dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden, geltend zu machen, dass der von ihm besuchte Film nicht seinen Vorstellungen entsprach. Die hier auftretenden Bewertungsschwierigkeiten werden dann verstärkt, wenn der Schuldner der alternativ in Anspruch genommenen Leistung objektiv schlecht erfüllt. Um der in diesen Fragen verborgenen Rechtsunsicherheit aus dem Weg zu gehen, sollte meiner Ansicht nach eine Ersatzpflicht völlig ausscheiden. Der Käufer der Opernkarten muss sich also entscheiden, ob er auf die Vorstellung vollständig verzichtet und dafür einen Ersatz seiner vollständig frustrierten Aufwendungen vom Schuldner verlangt oder das benachbarte Kino besucht und dadurch die Aufwendungen für die Taxifahrt nicht nach § 284 BGB ersetzt bekommt.

d) Beweislast für die Zweckerreichung beim Schuldner

Trägt bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus § 284 BGB der Gläubiger grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Frustration seiner Aufwendungen eingetreten ist,⁸⁷ so muss umgekehrt der Schuldner den Beweis dafür erbringen, dass trotz seiner Pflichtverletzung die Frustration der Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, durch anderweitige Zweckerreichung teilweise oder vollständig kompensiert wurde. Es handelt sich um Fälle der Vorteilsanrechnung, für die nach allgemeiner Ansicht der Schuldner des Schadensersatzanspruches die Darlegungs- und Beweislast trägt.⁸⁸

⁸⁷ Zur Beweislastverteilung hinsichtlich der erforderlichen Kausalität zwischen Pflichtverletzung des Schuldners und Frustration der Aufwendungen siehe in diesem Abschnitt unter C.IV.2.d)1)bb).

⁸⁸ BGH, Urteil v. 12.5.1958, BGHZ 27, 241 (248); MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 266; Staudinger-Schiemann, Vor § 249 Rz. 93.

e) Ergebnis

Trotz Nichterhalt der Leistung ist es denkbar, dass der Zweck der vom Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbrachten Aufwendungen ganz oder zumindest teilweise erreicht wird. Unter diesen Umständen tritt eine Frustration der Aufwendungen nicht oder nur teilweise ein. Das Verständnis des § 284 BGB als besondere Form des Schadensersatzes fordert dann, dass der Gläubiger vom Schuldner nur seinen wirklich entstandenen Schaden in Form der Frustration ersetzt verlangen kann. Bei der Prüfung eines Ersatzanspruches nach § 284 BGB ist daher stets anhand der Umstände des Einzelfalles festzustellen, ob und in welchem Ausmaß die Frustration der Aufwendungen tatsächlich eingetreten ist. Die Beweislast trägt insoweit der Schuldner.

2. Die haftungsausfüllende Kausalität

Wird ein Schadenseintritt in Form einer frustrierten Aufwendung auf Seiten des Gläubigers bejaht, so entfällt eine Ersatzpflicht des Schuldners dennoch, wenn es an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Frustration auf Seiten des Gläubigers fehlt.

a) Ausgangspunkt: Betrachtung nach der Äquivalenztheorie

Ausgangspunkt für die Ermittlung der erforderlichen haftungsausfüllenden Kausalität, also des ursächlichen Zusammenhangs zwischen haftungsbegründendem Ereignis und Schadenseintritt beim Gläubiger, ist auch im Rahmen des § 284 BGB die Äquivalenztheorie. Nach der dabei geltenden *conditio sine qua non* Formel ist zunächst zu untersuchen, ob die Pflichtverletzung des Schuldners im konkreten Fall nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg des Schadenseintrittes – die Frustration – entfielen. Daraus ergibt sich zugleich, dass ein Anspruch auf Ersatz des Frustrationsinteresses aus § 284 BGB zwangsläufig ausscheidet, wenn der mit der Aufwendung verfolgte Zweck bereits zeitlich vor der Pflichtverletzung durch den Schuldner verfehlt wird. Hat also der Käufer im Vertrauen auf den Erhalt des von seinem Schuldner zu liefernden Bildes einen dafür passenden Rahmen anfertigen lassen und wird dieser vor der Pflichtverletzung des Schuldners zerstört, so scheidet ein Ersatz der Aufwendungen für den Rahmen nach § 284 BGB aus.

b) Fälle inadäquater Schadensverursachung

Nach ständiger Rechtsprechung⁸⁹ und der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur⁹⁰ sind nur solche Schäden ersatzfähig, die sich adäquat kausal auf das schädigende Ereignis zurückführen lassen. Diese Einschränkung der *conditio sine qua non* Formel fordert für eine Ersatzpflicht, dass bei einer ex ante-Betrachtung⁹¹ nach der Lebenserfahrung die objektive Möglichkeit des Erfolgeintrittes in nicht unerheblicher Weise erhöht wurde.⁹² Auch im Rahmen des Ersatzanspruches aus § 284 BGB sind solche Fälle denkbar. Wenn der Gläubiger einer Taxifahrt nach Abschluss des Transportvertrages Kinokarten erwirbt, so macht er diese Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Transportleistung und darf sie auch billigerweise machen. Erscheint die Taxe nicht zum vereinbarten Termin und entschließt sich der Gläubiger, das Kino zu Fuß zu erreichen, so sind die Aufwendungen für die Kinokarte dann nicht frustriert, wenn er rechtzeitig zu Vorstellungsbeginn das Kino und damit den Zweck seiner Aufwendungen für die Kinokarten erreicht. Eine Frustration tritt allerdings dann ein, wenn der Gläubiger auf seinem Fußweg vom Blitz getroffen wird und wegen des erforderlichen Krankenhausaufenthaltes die Kinovorstellung nicht besuchen kann. Diese Zweckverfehlung wäre nicht eingetreten, wenn das Taxiunternehmen seine Leistungsverpflichtung erfüllt hätte, so dass die Voraussetzungen der *conditio sine qua non* Formel gegeben sind. Jedoch beruht der Eintritt des Schadens auf einem nach der Lebenswahrscheinlichkeit unvorhersehbaren und damit völlig atypischen Kausalverlauf. Der Eintritt der Frustration auf Seiten des Gläubigers ist in diesen Fällen der inadäquaten Schadensverursachung dem Schuldner nicht zurechenbar. Er hat daher gegen das Taxiunternehmen keinen Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB.

c) Schutzzweck der Norm

Eine weitere Korrektur der *conditio sine qua non* Formel erfolgt im Allgemeinen Schadensrecht über die Lehre vom Schutzzweck der verletzten Norm. Nach diesem schadensrecht-

⁸⁹ BGH, Urteil v. 2.7.1957, BGHZ 25, 86 (88); BGH, Urteil v. 16.2.1972, BGHZ 58, 162 (164 f.); BGH, Urteil v. 14.3.1985, NJW 1986, 1329 (1331); BGH, Urteil v. 11.11.1999, NJW 2000, 947 (948).

⁹⁰ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 133 ff.; *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rz. 106; *Sorgel-Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249 Rz. 120.

⁹¹ BGH, Urteil v. 23.10.1951, BGHZ 3, 261 (266 f.); *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rz. 105; *Sorgel-Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249 Rz. 120.

⁹² BGH, Urteil v. 2.7.1957, BGHZ 25, 86 (88); BGH, Urteil v. 16.2.1972, BGHZ 58, 162 (164 f.); BGH, Urteil v. 14.3.1985, NJW 1986, 1329 (1331); BGH, Urteil v. 11.11.1999, NJW 2000, 947 (948).

lichen Eingrenzungskriterium muss die verletzte Norm auch den Schutz des Geschädigten vor dem geltend gemachten Schaden bezwecken.⁹³ Überlegungen zum Schutzzweck der Norm spielen jedoch im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität des § 284 BGB keine Rolle. Verletzte Verhaltensnorm ist die Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis. § 284 BGB stellt ausdrücklich klar, dass durch das Leistungsgebot nicht nur das Leistungsinteresse des Gläubigers geschützt ist, sondern auch die Frustration der Aufwendungen des Gläubigers vermieden werden soll. Gerechtigkeit im Einzelfall wird dadurch hergestellt, dass nur solche Aufwendungen nach § 284 BGB ersatzfähig sind, die der Gläubiger billigerweise machen durfte. Dabei werden Aufwendungen, die gerade nicht durch die Leistungsverpflichtung ersatzfähig sein sollen, von einem Ersatzanspruch ausgeschlossen. Im Umkehrschluss ergibt eine für den Gläubiger positive Billigkeitskontrolle, dass die mit der Zweckverfehlung eingetretene Frustration gerade vermieden werden sollte. Dies bedeutet, dass Überlegungen zum Schutzzweck der Norm bereits innerhalb der Billigkeitskontrolle vorgenommen werden und damit auf der Ebene der Kausalitätsbetrachtung keine Rolle mehr spielen können.

d) Die Regelung des § 284 HS 2 BGB

Ausdrücklich ist in § 284 HS 2 BGB geregelt, dass eine Ersatzanspruch des Gläubigers dann ausscheidet, wenn der mit der Aufwendung verfolgte Zweck auch ohne die Pflichtverletzung durch den Schuldner nicht erreicht worden wäre. Der Schuldner soll dann nicht das Risiko für die Zweckverfehlung tragen, wenn diese beim Gläubiger auch dann erfolgt wäre, wenn die Pflichtverletzung, die eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz statt der Leistung und damit auch auf Aufwendungsersatz nach § 284 BGB begründet, nicht eingetreten wäre. Der Gläubiger soll Fehlinvestitionen nicht mit Hilfe von § 284 BGB auf den Schuldner abwälzen können.⁹⁴ Anderenfalls würde die Pflichtverletzung durch den Schuldner zum „Glücksfall“ für den Gläubiger.⁹⁵

⁹³ *Deutsch*, Haftungsrecht Rz. 297, S. 195; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 33 III.1.; *Staudinger-Schiemann*, § 249 Rz. 27.

⁹⁴ *Canaris*, JZ 2001, 516.

⁹⁵ *Canaris*, JZ 2001, 517.

1) Dogmatische Einordnung des § 284 HS 2 BGB

aa) Beachtlichkeit der hypothetischen Kausalität

Nach der Gesetzesbegründung knüpft die Einschränkung in § 284 HS 2 BGB an die Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung an. Der Gläubiger, dessen Aufwendungen durch eine Pflichtverletzung des Schuldners frustriert werden, kann diese nicht nach § 284 BGB liquidieren, wenn die Aufwendung sich ohnehin als Fehlinvestition erwiesen hätte, die Rentabilitätsvermutung also als widerlegt anzusehen wäre.⁹⁶

Schadensdogmatisch wird der Inhalt des § 284 HS 2 BGB in der Literatur dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens – einem Problem der Schadenszurechnung⁹⁷ – zugeordnet.⁹⁸ Stellt man auf den Wortlaut der Vorschrift ab, so regelt § 284 HS 2 BGB meines Erachtens jedoch sowohl die Fälle der überholenden Kausalität als auch diejenigen des rechtmäßigen Alternativverhaltens.⁹⁹ Dabei sind beide Fragen der Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe. Während sich bei dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens die hypothetische Betrachtungsweise jedoch nur auf ein rechtmäßiges Schuldnerverhalten erstreckt und das tatsächlich schadensstiftende Ereignis weiterhin Ursache für den Schaden bleibt,¹⁰⁰ erfasst die Hypothese im Rahmen der überholenden Kausalität Drittsachen, die gleichfalls zum Erfolg des Schadenseintrittes geführt hätten.¹⁰¹

Nach der Vorschrift des § 284 HS 2 BGB ist entscheidend, ob der Zweck der Aufwendungen auch dann verfehlt worden wäre, wenn der Schuldner die *Pflichtverletzung* nicht begangen hätte. Damit sind sowohl die Fälle erfasst, in denen die Pflichtverletzung durch den Schuldner lediglich eine andere, bereits in Gang gebrachte Kausalkette abbricht (überholende Kausalität) als auch diejenigen, in denen der Schuldner vorbringt, sein eigenes Verhalten wäre auch ohne die Verletzung einer Pflicht ursächlich für die Frustration der Aufwendungen gewesen. Letztere Fallgruppe ist dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zuzu-

⁹⁶ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 380.

⁹⁷ BGH, Urteil v. 7.6.1988, BGHZ 104, 355 (359 f.); MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 201 mwN; Staudinger-Schiemann, § 249 Rz. 93.

⁹⁸ AnwKom-BGB-Dauner-Lieb, § 284 Rz. 12; *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 38; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 229.

⁹⁹ So auch *Canaris*, DB 2001, 1820.

¹⁰⁰ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 186.

¹⁰¹ *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 175; MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 200; Staudinger-Schiemann, § 249 Rz. 93.

ordnen.¹⁰² Vom Wortlaut dagegen nicht ausdrücklich erfasst sind diejenigen Fälle im Rahmen des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens, in denen der Schuldner vorbringt, der Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn seine Pflichtverletzung nicht rechtswidrig gewesen wäre. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, muss meines Erachtens jedoch auch diese Fallgruppe unter § 284 HS 2 BGB subsumiert werden. Damit regelt § 284 HS 2 BGB jegliche Fälle der hypothetischen Kausalität.

Für § 284 BGB hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass im Falle der hypothetischen Kausalität eine Ersatzpflicht des Schuldners ausscheidet. Damit sind die in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinungsverschiedenheiten über Abgrenzung der überholenden Kausalität von dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens¹⁰³ und deren Beachtlichkeit¹⁰⁴ für die Haftung des Schädigers im Falle einer Ersatzpflicht nach § 284 HS 2 BGB irrelevant.

bb) Reichweite der Beweislastumkehr des § 284 HS 2 BGB

Neben der materiell-rechtlichen Frage der Beachtlichkeit der hypothetischen Kausalität regelt § 284 HS 2 BGB durch seine Formulierung („es sei denn“) ausdrücklich, dass die Beweislast für den Einwand der hypothetischen Kausalität beim Schuldner liegt. *Gsell* geht noch einen Schritt weiter und sieht in § 284 HS 2 BGB auch eine Regelung dafür, dass der Schuldner die fehlende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Frustration der Aufwendungen beweisen müsse.¹⁰⁵ Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Wortlaut des § 284 HS 2 BGB nicht zwischen dem Einwand der hypothetischen Kausalität und der einfachen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Frustration unterscheide und sich die beiden Fälle ohnehin schwer von einander abgrenzen ließen.¹⁰⁶ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn es kann für die Beweislastverteilung keinen Unterschied machen, ob die Reserveursache kurz vor der Pflichtverletzung durch den Schuldner zu einer Vereitelung des Zwecks der Aufwendungen des Gläubigers führt oder erst kurz danach eintritt.¹⁰⁷ Auch führt *Gsell* zutreffend an, dass im Fall der Zweckvereitelung vor Eintritt der Pflichtverletzung gleichfalls die Rentabilitätsver-

¹⁰² Vgl. MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 210.

¹⁰³ Dazu *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 186; *Koziol*, FS Deutsch, 180 ff.

¹⁰⁴ Dazu MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 200 ff.; *Soergel-Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249 Rz. 153 ff.; *Staudinger-Schiemann*, § 249 Rz. 94.

¹⁰⁵ *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 323 Fn. 8.

¹⁰⁶ *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 323 Fn. 8.

¹⁰⁷ Siehe dazu das Beispiel bei *Gsell*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 323 Fn. 8.

mutung durch den Schuldner widerlegt gewesen wäre,¹⁰⁸ so dass durch die Ansicht *Gsells* auch keine Besserstellung des Gläubigers gegenüber der ehemaligen Rechtslage einträte.

Die praktischen Auswirkungen dieser Unterscheidung dürften allerdings gering sein, da dem Gläubiger, der die haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung und die Erbringung von Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung sowie deren Zweckverfehlung nachweist, auch ohne die hier vertretene Beweislastumkehr im Prozess in vielen Fällen der prima-facie-Beweis zugute kommen dürfte, dass der Frustrationsschaden auch durch die Pflichtverletzung des Schuldners verursacht wurde.

2) Der Begriff der Pflichtverletzung

Klarstellungsbedürftig ist in § 284 HS 2 BGB auch der Begriff der „Pflichtverletzung“. Hier bieten sich zwei Auslegungsmöglichkeiten an: Entweder man versteht den Begriff der Pflichtverletzung wie denjenigen des § 280 Abs. 1 BGB, so dass es nur darauf ankommt, ob der Schuldner objektiv hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückbleibt,¹⁰⁹ oder man stellt auf die konkrete pflichtwidrige Handlung des Schuldners, die Ursache für das haftungsbegründende Leistungshindernis ist, ab.

Der Unterschied beider Betrachtungsweisen wird im Fall der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1 BGB deutlich, wenn der ursprünglich geschuldete Gegenstand zerstört wird. In diesen Fällen wird für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB und damit auch für denjenigen auf Ersatz frustrierter Aufwendungen nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 284 BGB teilweise an die Pflichtverletzung der objektiven *Nichtleistung* angeknüpft.¹¹⁰ Diese Pflichtverletzung liegt unabhängig davon vor, wer die Unmöglichkeit der Leistungserbringung verursacht oder zu vertreten hat. Sogar wenn die Zerstörung des Leistungsgegenstandes ohne jegliches Zutun des Schuldners eingetreten ist, liegt eine Pflichtverletzung des Schuldners in Form der Nichtleistung vor.

¹⁰⁸ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 324 Fn. 9.

¹⁰⁹ Regierungsentwurf, BT Drucksache 14/6040, S. 135 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 318; *Münch*, Jura 2002, 364; *Dörner/Staudinger*, Schuldrechtsmodernisierung, 54; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 280 Rz. 13; *Hk-BGB-Schulze*, § 280 Rz. 4.

¹¹⁰ Vgl. *Amann/Brambring/Hertel*, Schuldrechtsreform, 18; *Dörner/Staudinger*, Schuldrechtsmodernisierung, 60; *Faust* in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 121; *Kittner*, Schuldrecht, Rz. 656; *Schwarze*, Jura 2002, 79; *Westermann-Schultz*, Schuldrecht, 23.

Da im Rahmen des § 284 2. HS BGB eine hypothetische Betrachtungsweise ohne „die Pflichtverletzung“ des Schuldners anzustellen ist, wäre bei einem objektiven Verständnis des Begriffes der Pflichtverletzung lediglich die Frage von Bedeutung, ob die Aufwendungen des Gläubigers auch dann ihren Zweck verfehlt hätten, wenn der Gläubiger die Leistung erhalten hätte.¹¹¹ Der Schuldner eines Bildes, der den Gegenstand in zu vertretender Weise zerstört hat und dessen Pflichtverletzung in der Nichtleistung des geschuldeten Gegenstandes liegt, könnte sich also bei einer objektiven Auslegung des Begriffes der Pflichtverletzung in § 284 BGB nicht darauf berufen, dass das Bild noch vor Übergabe an den Käufer zufällig zerstört worden wäre. Denn auch dann läge eine Pflichtverletzung des Schuldners in Form der Nichtleistung des geschuldeten Gegenstandes vor und die hypothetische Betrachtungsweise würde nicht „ohne die Pflichtverletzung“, die im konkreten Fall zu einer Haftung des Schuldners führt, vorgenommen. Der Schuldner müsste also beweisen, dass die Frustration auf Seiten des Gläubigers auch dann eingetreten wäre, wenn er den Gegenstand geleistet hätte. Folglich blieben dann Reserveursachen, die zu einem Nichterhalt der Leistung geführt hätten, unberücksichtigt.

Nach anderer Ansicht soll im Falle des Ausschlusses der Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB die Pflichtverletzung des Schuldners in der Herbeiführung der Unmöglichkeit liegen.¹¹² Bei dieser Betrachtungsweise wird an die pflichtwidrige Handlung (bzw. das pflichtwidrige Unterlassen) des Schuldners angeknüpft. Bei diesem Verständnis des Begriffes der Pflichtverletzung in § 284 2. HS BGB würde nur die konkrete schädigende Handlung berücksichtigt, so dass der Schuldner sich auch dann einer Ersatzpflicht nach § 284 BGB entziehen könnte, wenn er beweist, dass der Gläubiger den Leistungsgegenstand auch ohne sein schädigendes Verhalten nicht erhalten hätte.

Der Wortlaut der Vorschrift, der von *der* und nicht *einer* Pflichtverletzung des Schuldners spricht, legt jedoch nahe, in Fällen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nicht auf eine objektiv erfolgte Leistungserbringung durch den Schuldner abzustellen, sondern lediglich das konkrete Schuldnerverhalten, das zum Ausschluss der Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB und dadurch zur Frustration der Aufwendungen geführt hat, hinwegzudenken. Nur auf diesem

¹¹¹ So *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 326; angedeutet bei Hk-BGB-*Schulze*, § 284 Rz. 8, der davon spricht, dass ohne die Pflichtverletzung des Schuldners der Gläubiger die Leistung in jedem Falle erlangt hätte.

¹¹² *Kindl*, WM 2002, 1318; *Mattheus*, JuS 2002, 213; *Otto*, Jura 2002, 5; *Schwab/Witt*, Schuldrecht, 8; *Wilmowsky*, JuS Beilage 1/2002, 14.

Auslegungswege werden auch solche Reserveursachen erheblich, die vor Erfüllung der Leistung durch den Schuldner dazu führen, dass der Gläubiger die Leistung nicht erhält. Folglich muss die Pflichtverletzung des Schuldners im Rahmen des § 284 BGB im Falle der Unmöglichkeit der Leistungserbringung in der Handlung gesehen werden, die die Unmöglichkeit herbeiführt.

3) Die Frage der hypothetischen Zweckverfehlung

Der Schuldner kann sich nach § 284 HS 2 BGB trotz einer adäquat kausal auf die von ihm zu vertretende Pflichtverletzung zurückzuführenden Frustration der Aufwendungen des Gläubigers einer Ersatzpflicht entziehen, wenn er darlegt und beweist, dass der vom Gläubiger mit den Aufwendungen verfolgte Zweck auch dann nicht erreicht worden wäre, wenn er seine Leistung ordnungsgemäß erbracht hätte. Zentrale Frage ist dabei, wann der Zweck einer Aufwendung im Sinne des § 284 HS 2 BGB verfehlt wird.

aa) Die Ansicht *Fausts*

Nach *Faust* ist bei der Frage der Zweckverfehlung trotz ordnungsgemäßer Leistung durch den Schuldner zunächst zwischen Aufwendungen, die nur der Verwendung und solchen, die auch der Erlangung der Leistung vom Schuldner dienen, zu unterscheiden.

Aufwendungen, die ausschließlich der Verwendung der Leistung dienen, sind nach *Faust* nur dann ersatzfähig, wenn die vom Gläubiger geplante Verwendung der Leistung im Vertrag zumindest vorausgesetzt ist.¹¹³ Der Schuldner soll sich in diesen Fällen entlasten können, wenn er beweise, dass der vertragsimmanente Zweck auch ohne seine Pflichtverletzung verfehlt worden wäre.¹¹⁴

Dient die Aufwendung nicht nur der Verwendung (mittelbarer Zweck), sondern auch der Erlangung der Leistung (unmittelbarer Zweck), wie zum Beispiel Vertragsabschlusskosten oder Finanzierungskosten, so sei zunächst die Frage zu beantworten, ob die geplante Verwendung der Leistung dem Leistungsversprechen des Schuldners zumindest als selbstverständlich

¹¹³ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 24. Zur Kritik an dieser Einschränkung des Aufwendungsbegriffes siehe in diesem Abschnitt C.II.5.

¹¹⁴ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 41.

vorausgesetzt wurde. Ist dies der Fall, so könne der Schuldner Beweis dafür antreten, dass dieser mittelbare Zweck der Aufwendung auch ohne seine Pflichtverletzung nicht eingetreten wäre.¹¹⁵ Dies bedeutet, dass nach *Faust* der Gläubiger eines Grundstücks, auf dem er eine Tennishalle errichten will, seine Vertragsabschlusskosten auch dann nicht nach § 284 BGB ersetzt erhält, wenn er das Grundstück ohne die Pflichtverletzung des Schuldners zwar erhalten hätte, der Schuldner jedoch beweisen kann, dass die ihm bei Vertragsschluss bekannte Nutzungsabsicht des Gläubigers an den erforderlichen behördlichen Genehmigungen gescheitert wäre.

Ist die Art der Verwendung der Leistung nicht zumindest stillschweigend vorausgesetzt, so komme es darauf an, ob der Gläubiger mit der Aufwendung materielle oder immaterielle Ziele verfolge.¹¹⁶ Diente die Aufwendung lediglich immateriellen Zwecken, so sei ausschließlich der (unmittelbare) Zweck der Erlangung der Leistung zu berücksichtigen. Der Schuldner könne sich nur dann von einer Ersatzpflicht befreien, wenn er beweise, dass der Gläubiger auch ohne seine Pflichtverletzung die Leistung nicht erhalten hätte. Eine Berücksichtigung des konkreten immateriellen Interesses soll nicht erfolgen, so dass der Schuldner sich nicht durch den Einwand entlasten könne, das immaterielle Interesse des Gläubigers wäre durch die Leistung nicht befriedigt worden.¹¹⁷

Verfolgt der Gläubiger mit der Aufwendung dagegen Gewinnerzielungsabsichten, so könne sich der Schuldner bereits durch den Beweis, dass der Wert der von ihm geschuldeten Leistung geringer sei als derjenige von Gegenleistung und Aufwendungen zusammen, entlasten.¹¹⁸

bb) Die Meinung *Gsell*s

Gsell differenziert bei der Frage der hypothetischen Zweckverfehlung lediglich danach, ob der Gläubiger mit der Aufwendung kommerzielle oder nichtkommerzielle Zwecke verfolgt.¹¹⁹ Bei gewinnorientierten Gläubigern steht nach dieser Ansicht dem Schuldner die Möglichkeit offen, die Unrentabilität der Aufwendung zu beweisen. Dabei soll allerdings der erleichterte

¹¹⁵ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 41.

¹¹⁶ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 42.

¹¹⁷ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 43.

¹¹⁸ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 44.

¹¹⁹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 322 ff.; zustimmend MünchKomm-Ernst, § 284 Rz. 25 f.

Maßstab gelten, dass der Schuldner lediglich vorbringen muss, dass es unwahrscheinlich ist, dass sich die Aufwendung bei korrekter Leistungserbringung rentiert hätte.¹²⁰

Gsell behandelt auch das Problem der Zweckvielfalt, also den Fall, dass der Gläubiger mit einer Aufwendung mehrere Zwecke verfolgt. Dabei soll der Schwerpunkt der Zwecksetzung entscheidend sein.¹²¹ Die Beweislast für den wesentlichen Zweck trage der Gläubiger.¹²²

cc) Kritik und eigener Ansatz

Eine vollständige Übernahme des Ansatzes von *Faust* scheitert schon daran, dass es nach der hier vertretenen Auffassung für Aufwendungen, die nur der Verwendung der Leistung dienen, nicht darauf ankommt, ob die vom Gläubiger geplante Verwendung der Leistung vertraglich vereinbart oder als selbstverständlich vorausgesetzt ist.¹²³ *Fausts* Differenzierungsmodell trägt auch dann nicht, wenn der Gläubiger die Leistung zu Spekulationszwecken, also zur Gewinnerzielung, erwirbt und die von ihm erbrachten Aufwendungen diesem Zweck dienen. Denn dann erhält der Gläubiger durch den Leistungsaustausch zunächst keine mit der Gegenleistung und seinen Aufwendungen wirtschaftlich äquivalente Leistung, so dass nach *Faust* eine Ersatzfähigkeit dieser Aufwendungen ausschiede. Die Gewinnerzielung ergibt sich ja erst durch zusätzliche Umstände, die sich nach dem Leistungsaustausch gewinnbringend auswirken sollen. Auch könnte ein kommerziell agierender Gläubiger, der einer betrieblichen Fehlkalkulation unterliegt, so dass er mit der Leistung keinen Gewinn erzielen kann, dann einen Ersatz für fehlgeschlagene Aufwendungen verlangen, sobald die Verwendung der Leistung dem Leistungsversprechen zumindest als selbstverständlich zugrunde liegt. Diese nicht gewollte Besserstellung¹²⁴ des Gläubigers gegenüber den Grundsätzen der Rentabilitätsvermutung spricht ebenfalls gegen das Modell *Fausts*.

(1) Grundsatz: Berücksichtigung des unmittelbaren Zwecks

Eine sachgerechte Lösung des Problems der hypothetischen Zweckverfehlung des § 284 HS 2 BGB liegt meines Erachtens in einer Synthese der Modelle *Fausts* und *Gsells*. Die

¹²⁰ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 326.

¹²¹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 329 f.

¹²² *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 330.

¹²³ Siehe dazu in diesem Abschnitt C.II.5.

¹²⁴ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 380.

Schwierigkeit besteht in der Ermittlung des wesentlichen Zwecks einer Aufwendung. Auch wird der Gläubiger mit einer Aufwendung regelmäßig nicht nur einen Zweck verfolgen. Um die Handhabung des § 284 BGB zu erleichtern, ist bei der Frage, ob der Zweck einer Aufwendung auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden wäre, grundsätzlich auf den unmittelbaren Zweck der Aufwendung abzustellen. Sinnvoll ist hierbei eine Differenzierung im Sinne *Fausts* nach Aufwendungen, die zumindest auch der Erlangung der Leistung dienen, und solchen, die ausschließlich der Verwendung der Leistung dienen.

Aufwendungen dienen dann dem Erhalt der Leistung, wenn der Gläubiger nach seiner Vorstellung ohne diese Aufwendungen den Leistungsgegenstand nicht erhalten würde, er sie also als notwendige Bedingung für die Erfüllung seines Anspruchs betrachtet. Dazu gehören die Vertragsabschlusskosten ebenso wie – wenn der Schuldner nicht zur Vorleistung verpflichtet ist – eine bereits erbrachte Gegenleistung sowie Kosten für deren Finanzierung. Bei Aufwendungen, die den Erhalt der Leistung als Primärzweck verfolgen, kann der Schuldner sich also neben dem Beweis der alternativen oder partiellen Zweckerreichung nur dadurch einer Ersatzpflicht entziehen, dass er darlegt und beweist, dass der Gläubiger den Leistungsgegenstand auch ohne sein konkretes Fehlverhalten nicht erlangt hätte. Unerheblich ist grundsätzlich, ob der vom Gläubiger über den Erhalt der Leistung hinausgehende Zweck auch mit der Leistung erreicht worden wäre. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dabei für Gläubiger, die mit der Leistung das Ziel der Gewinnerzielung verfolgen.¹²⁵ Es ergibt sich also, dass beispielsweise der Gläubiger eines Anspruchs auf Übereignung eines Grundstücks also auch dann seine Finanzierungskosten für den Kaufpreis vom Schuldner ersetzt verlangen kann, wenn die geplante Verwendung des Grundstücks als Feriendomizil an einer entsprechenden Baugenehmigung gescheitert wäre.

Findet eine Aufwendung ihren Zweck ausschließlich und damit unmittelbar in der Verwendung der Leistung, ist sie also weder Bedingung für noch fördert sie deren Erlangung, so muss der Schuldner beweisen, dass es zu der geplanten Verwendung der Leistung auch dann nicht gekommen wäre, wenn er diese ordnungsgemäß erbracht hat. Dies kann einerseits darauf beruhen, dass der Gläubiger die Leistung auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erhalten hätte, andererseits aber auch auf den Nichteintritt von Umständen zurückzuführen sein, die erst im Zusammenspiel mit dem Erhalt der Leistung zu einer Erreichung des vom

¹²⁵ Dazu siehe sogleich.

Gläubiger verfolgten Zwecks geführt hätten. Hat also jemand im Vertrauen auf den Erhalt der gebuchten Urlaubsreise notwendige Impfungen vorgenommen, so kann der Schuldner sich von einer Ersatzpflicht für die Impfungen befreien, indem er beweist, dass der Gläubiger aufgrund einer Krankheit seines Kindes die Urlaubsreise ohnehin nicht angetreten hätte. Ist die Impfung dagegen Voraussetzung für die Einreise in das Urlaubsland und damit für die Erlangung der Leistung, so ist dieser unmittelbare Zweck der Aufwendungen maßgeblich und der Schuldner muss sich darauf stützen, dass der Gläubiger aufgrund der Krankheit des Kindes nicht in den Genuss der Leistung gekommen wäre.

(2) Gläubiger mit Gewinnerzielungsabsichten

Ohne weitere Differenzierungen bedeutete die vorgehend vorgestellte Lösung für Gläubiger, die mit der Leistung kommerzielle Ziele verfolgen, eine Besserstellung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung. Stellt man ausschließlich auf den unmittelbaren Zweck einer Aufwendung ab, so könnte der Schuldner gegenüber Gläubigern mit Gewinnerzielungsabsicht hinsichtlich Aufwendungen, die dem Erhalt der Leistung dienen, nicht vorbringen, diese hätten sich auch ohne seine Pflichtverletzung aus anderen Gründen, die weder in dem Nichterhalt noch in dem Fehlschlag der geplanten Verwendung der Leistung liegen, nicht rentiert. Dieser Umstand wird in der Literatur vereinzelt als irrelevant betrachtet.¹²⁶ Nach der Rechtsprechung wäre jedoch die Rentabilitätsvermutung, die ausschließlich auf den Zweck der Gewinnerzielung abstellt, widerlegt worden und somit eine Ersatzpflicht des Schuldners für die frustrierten Aufwendungen entfallen.

Um diese vom Gesetzgeber nicht gewollte Besserstellung¹²⁷ zu vermeiden, sollte bei kommerziell handelnden Gläubigern auch der jeder Aufwendung immanente Zweck der Gewinnerzielung bei der Beurteilung der alternativen Zweckverfehlung im Rahmen des § 284 HS 2 BGB berücksichtigt werden.¹²⁸ Der Schuldner kann sich einer Ersatzpflicht auch dadurch entziehen, indem er beweist, dass sich die Aufwendungen des Gläubigers auch ohne seine Pflichtverletzung nicht rentiert hätten. Nur so wird vermieden, dass der Gläubiger durch den Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB Fehlkalkulationen und damit sein unternehmerisches Risiko auf den Schuldner abwälzen kann. Hat demnach ein privater Verkehrs-

¹²⁶ *Olzen/Wank*, Schuldrechtsreform, Rz. 213.

¹²⁷ Regierungsbegründung, BT Drucksache 14/6040, S. 144 = *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rz. 380.

¹²⁸ Angedeutet bei *Kropholler*, Studienkomm-BGB, § 284 Rz. 3.

betrieb mit dem Eigentümer eines bislang stillgelegten Gleisabschnittes vereinbart, dass er nach Instandsetzung der Gleise durch den Eigentümer diese zur kommerziellen Personenbeförderung nutzen darf und im Vertrauen auf den Erhalt dieser Leistung Bahnhöfe errichtet, so kann sich der Schuldner seiner Ersatzpflicht für diese Aufwendungen auch entziehen, indem er beweist, dass die Strecke niemals profitabel betrieben werden konnte. Dabei wäre der unmittelbare Zweck der Aufwendungen für die Bahnhöfe – Erschließung der Strecke und Abfertigung der Fahrgäste – bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch den Schuldner erreicht worden.

Probleme bei der Beweisführung stellen sich für den Schuldner allerdings dadurch, dass für die Rentabilität einer Aufwendung vielfältige Faktoren eine Rolle spielen, die sich der Kenntnis des Schuldners oftmals entziehen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, mit *Gsell* eine Beweiserleichterung für den Schuldner anzunehmen, so dass dieser sich von einer Ersatzpflicht befreien kann, wenn er beweist, dass es im konkreten Fall unwahrscheinlich ist, dass sich die Aufwendungen auch ohne seine Pflichtverletzung rentiert hätten.¹²⁹

(3) Abgrenzung bei Zweckvielfalt

Oftmals verfolgt der Gläubiger mit seiner Aufwendung mehrere Zwecke, die sowohl kommerzieller als auch ideeller Natur sein können. So kann die Jubiläumsfeier eines Unternehmens sowohl dem Vergnügen vorhandener Kunden als auch der Akquisition neuer Partner dienen. Darüber hinaus ist es denkbar, dass auf der Veranstaltung eine Tombola zugunsten hilfebedürftiger Gruppen durchgeführt wird. Bei einer solchen Zweckvielfalt wäre es unbillig, wenn der Schuldner auch den untergeordnetsten Zweck zu seiner Entlastung heranziehen könnte. Denn wenn die Veranstaltung vornehmlich der Pflege von Kundenbeziehungen dient, dann soll der Schuldner, der gleichzeitig Vermieter der Veranstaltungshalle ist und deren Überlassung verweigert, sich nicht dadurch entlasten können, dass er vorbringt, die als Programmpunkt geplante Tombola hätte nicht durchgeführt werden können, weil die erforderlichen Lose nicht vorhanden gewesen wären. Es stellt sich also die Frage, wann der Schuldner sich mit dem Argument der Unrentabilität einer Aufwendung von einer Ersatzpflicht befreien kann, wenn der Gläubiger sowohl kommerzielle als auch ideelle Ziele verfolgt und welcher vom Schuldner verfolgte Zweck bei Aufwendungen, die ausschließlich der Verwendung der

¹²⁹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 326.

Leistung dienen, maßgeblich ist. Meines Erachtens ist der Ansicht *Gsells* zuzustimmen, dass es auf den Schwerpunkt der Zwecksetzung ankommt, wenn der Gläubiger mit einer Aufwendung mehrere Zwecke gleichzeitig verfolgt.¹³⁰ Der Schuldner muss also vorbringen, dass der Hauptzweck einer Aufwendung auch ohne seine Pflichtverletzung nicht erreicht worden wäre. Die Beweislast für den Zweckschwerpunkt trägt der Gläubiger.¹³¹

e) Ergebnis

Das Frustrationsinteresse ist dem Gläubiger nur nach § 284 BGB zu ersetzen, wenn der eingetretene Frustrationsschaden adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des Schuldners zurückzuführen ist. In § 284 HS 2 BGB ist ausdrücklich geregelt, dass dabei hypothetische Kausalverläufe, die auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners zu einem Schadenseintritt geführt hätten, beachtlich sind. Eine Ersatzpflicht nach § 284 BGB scheidet demnach aus, wenn der Schuldner darlegt und beweist, dass der unmittelbare Zweck der Aufwendung, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, auch ohne seine Pflichtverletzung verfehlt worden wäre. Handelt der Gläubiger mit der Absicht der Gewinnerzielung, so kann der Schuldner sich einer Ersatzpflicht durch den Beweis entziehen, dass der Gläubiger auch ohne seine Pflichtverletzung die Leistung wahrscheinlich nicht profitabel verwendet hätte. Verfolgte der Gläubiger mit der Leistung mehrere Zwecke, so ist auf den Hauptzweck abzustellen.

V. Anspruchsminderung nach § 254 BGB

Das Verständnis des § 284 BGB als Schadensersatzanspruch führt dazu, dass § 254 BGB unmittelbare Anwendung findet und damit der Ersatzanspruch des Gläubigers gekürzt wird, wenn diesem ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB trifft. § 254 BGB mindert als Ausdruck des Gebotes von Treu und Glauben¹³² den Anspruch des Geschädigten, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein verständiger Mensch bei einer ex ante-Betrachtung im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor Schäden zu bewahren.¹³³ Dabei muss die Frustration unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Norm

¹³⁰ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 329.

¹³¹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 330.

¹³² BGH, Urteil v. 14.10.1971, BGHZ 57, 137 (152); BGH, Urteil v. 14.4.1997, BGHZ 135, 235 (240); *Medicus*, VersR 1981, 593.

¹³³ BGH, Urteil v. 20.1.1998, NJW 1998, 1137 (1138); BGH, Urteil v. 17.10.2000, NJW 2001, 149 (150).

adäquat kausal auf den Sorgfaltsverstoß zurückzuführen sein.¹³⁴ Im Rahmen des § 284 BGB ist dabei zu unterscheiden zwischen Sorglosigkeit bei Vornahme der Aufwendung und Sorglosigkeit nach der Vornahme der Aufwendung.

1. Sorglosigkeit bei Vornahme der Aufwendung

Im Falle frustrierter Aufwendungen führt zwangsläufig ein Verhalten des Gläubigers, nämlich die Vornahme der Aufwendung adäquat kausal zum Eintritt des Schadens. Die Voraussetzungen der *conditio sine qua non*-Formel liegen also vor und die Vornahme von Aufwendungen erhöht auch das Risiko, dass diese frustriert werden. In der Vornahme der Aufwendung kann jedoch nicht per se ein Sorgfaltsverstoß des Gläubigers gesehen werden. Vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände an, unter denen die Aufwendung erbracht wird. Liegen jedoch schon zum Zeitpunkt des Vermögensopfers Umstände vor, die auch als Mitverschulden des Gläubigers im Sinne des § 254 BGB zu bewerten sind, so scheidet ein Ersatzanspruch des Gläubigers bereits aus Billigkeitserwägungen aus. Ist beispielsweise die Pflichtverletzung des Schuldners für den Gläubiger erkennbar, so durfte er nicht mehr auf den Erhalt der Leistung vertrauen, so dass er diese Aufwendungen billigerweise nicht machen durfte und demnach bereits der Tatbestand des § 284 BGB nicht erfüllt ist. Nimmt der Gläubiger eine Aufwendung vor, obwohl diese aufschiebbar ist, so dass er durch Abwarten den entstandenen Schaden hätte vermeiden können, so entfällt eine Ersatzpflicht des Schuldners ebenfalls aus Billigkeitsüberlegungen. Umgekehrt kann ein Mitverschulden des Gläubigers bei der Entstehung des Schadens nicht an die Vornahme der Aufwendung anknüpfen, wenn er diese billigerweise machen durfte. Eine Anspruchsminderung nach § 254 BGB kann folglich nach dem hier vertretenen Verständnis der Billigkeitskontrolle in § 284 BGB nicht in der Vornahme der Aufwendung selbst liegen.

2. Sorglosigkeit nach Vornahme der Aufwendung

Kann die Vornahme der Aufwendung nicht Anknüpfungspunkt für die Obliegenheitsverletzung des Gläubigers sein, so kann sich nur ein Verhalten des Gläubigers, das entweder die Pflichtverletzung des Schuldners – die einzige Ursache für den Schadenseintritt – mitverur-

¹³⁴ BGH, Urteil v. 3.7.1951, BGHZ 3, 46 (48); BGH, Urteil v. 12.7.1973, BGHZ 61, 144 (147); *Lange*, Schadensersatz, § 10 VIII.; *Medicus*, Schuldrecht, Rz. 678; *MünchKomm-Oetker*, § 254 Rz. 32 f.; *Staudinger-Schiemann*, § 254 Rz. 33.

sacht oder die Nichtbeachtung der Schadensabwendungs-, -minderungs- oder Warnpflicht im Sinne des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB anspruchsmindernd auswirken.

a) Mitverursachung der Pflichtverletzung

Verursacht auch der Gläubiger des Anspruches aus § 284 BGB die Pflichtverletzung zumindest fahrlässig, so ist sein Ersatzanspruch aus § 284 BGB nach Verschuldensanteilen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu mindern. Es gelten hier die allgemein zu § 254 BGB entwickelten Grundsätze.¹³⁵ Anspruchseinschränkende Wirkung hat nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nur ein Verhalten des Gläubigers, das nach Erbringung der Aufwendung erfolgt. Wird die Ursache, die auch zu der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt führt, dagegen vor Vornahme der Aufwendung gesetzt, dann scheidet mangels Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens eine Ersatzpflicht des Schuldners aus § 284 BGB bereits an der darin enthaltenen Billigkeitskorrektur. Der Gläubiger, der zumindest fahrlässig die Pflichtverletzung des Schuldners mitverursacht, musste diese zugleich kennen, so dass sein Vertrauen auf den Erhalt der Leistung nicht mehr schutzwürdig ist und er die Aufwendung billigerweise nicht machen durfte. Eine Ersatzpflicht für diese Aufwendungen scheidet dann schon an der Billigkeit, so dass § 254 BGB nicht mehr relevant wird.

b) Die Warnpflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB

Nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB – die Vorschrift regelt besondere Anwendungsfälle des Grundsatzes aus § 254 Abs. 1 BGB¹³⁶ – obliegt dem Gläubiger eine Warnpflicht. Hier gelten die allgemein zu dieser Obliegenheit entwickelten Grundsätze. Besonderheiten ergeben sich nicht. Bei wörtlicher Auslegung ist die Relevanz dieser Alternative eher gering, weil ungewöhnlich hohe Aufwendungen, die Voraussetzung für einen ungewöhnlich hohen Schaden sind, schon nach der Billigkeitskontrolle in § 284 BGB als unverhältnismäßig von einem Ersatz ausgeschlossen sein dürften. Die Bedeutung der Vorschrift nimmt erheblich zu, wenn man befürwortet, dass den Gläubiger auch die Obliegenheit trifft, überhaupt auf die Gefahr des Schadens-eintrittes hinzuweisen.¹³⁷ Dann müsste der Gläubiger, der hinsichtlich der Scha-

¹³⁵ Vgl. dazu *Medicus*, Schuldrecht, Rz. 683 f.; *MünchKomm-Oetker*, § 254 Rz. 105 ff.; *Soergel-Mertens*, 12. Aufl., § 254 Rz. 109 ff.; *Staudinger-Schiemann*, § 254 Rz. 111 ff.

¹³⁶ *MünchKomm-Oetker*, § 254 Rz. 68; *Staudinger-Schiemann*, § 254 Rz. 75; a.A. *Soergel-Mertens*, 12. Aufl., § 254 Rz. 63.

¹³⁷ So *MünchKomm-Oetker*, § 254 Rz. 70.

densgefahr einen Wissensvorsprung vor dem Schuldner hat, diesen immer über seine Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, aufklären.

- c) Die Obliegenheit der Schadensminderung– und –abwendung nach § 254 Abs. 2 S. 1, 2. HS BGB

Verletzt der Gläubiger seine Obliegenheit der Schadensminderung bzw. –abwendung, so ist sein Ersatzanspruch aus § 284 BGB ebenfalls zu kürzen. Eine Schadensabwendung kann dadurch erreicht werden, dass der Gläubiger trotz Nichterhalt der Leistung bei fungiblen Leistungsgegenständen einen gleichen wie den geschuldeten Gegenstand erwirbt, wodurch seine Frustration vollständig ausbleibt. Der Gläubiger mindert dagegen seinen Schaden, wenn er seiner Aufwendung nachträglich einen anderen Zweck verleiht und diese dadurch nur teilweise frustriert wird.

Nimmt der Gläubiger diese Möglichkeit nicht wahr, so kommt eine Verletzung der Obliegenheit der Schadensabwendung bzw. –minderung in Betracht. Eine Obliegenheit zur Schadensabwendung kann vorliegen, wenn es dem Gläubiger nach den Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist, die Zweckverfehlung seiner Aufwendung abzuwenden. Dies ist meines Erachtens immer dann der Fall, wenn der Leistungsgegenstand vertretbar ist und der Gläubiger die Möglichkeit hat, durch ein Deckungsgeschäft den von ihm ursprünglich mit der Aufwendung verfolgten Zweck in identischer Weise zu erreichen. Der Käufer einer Sache kann daher nach der Regelung des § 254 BGB keinen Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen, wenn er es unterlässt, sich am Markt mit der vom Schuldner versprochenen Ware einzudecken. Ebenso muss der Gläubiger eine sich bietende Möglichkeit wahrnehmen, einen mit den Aufwendungen erlangten Gegenstand an einen Dritten zu veräußern. Hat der Käufer eines Bildes beispielsweise einen dafür passenden Rahmen anfertigen lassen und durfte er diese Aufwendung auch billigerweise vornehmen, so muss er auf ein Angebot eines Dritten eingehen, den für den Gläubiger nutzlosen Rahmen abzukaufen und damit den Betrag der letztendlich frustrierten Aufwendungen wenigstens zu mindern.

Ist der Leistungsgegenstand nicht am Markt erhältlich und kann daher durch den Nichterhalt der Leistung der mit der Aufwendung ursprünglich verfolgte Zweck nicht erreicht werden, trifft den Gläubiger nur dann die Obliegenheit der Schadensminderung durch nachträgliche Zweckänderung, wenn der Grad der Frustration im Wege der Ermittlung einer tatsächlich

erfolgten Ersparnis quantifizierbar ist. Der Käufer, der zur Abholung der ihm versprochenen 100 Schreibtische zwei LKW angemietet hat, muss also eine sich bietende Möglichkeit wahrnehmen, den durch eine Teilleistung des Schuldners frei gewordenen LKW durch den Transport einer anderen Sache oder durch Untervermietung zu nutzen und so seine Frustration mittels einer wirtschaftlichen Verwertung seiner zunächst frustrierten Aufwendungen auszuschließen oder zu begrenzen.

Ist eine Quantifizierung der tatsächlichen Frustration anhand der Umstände des Einzelfalles nicht möglich, so kann der Gläubiger nach der hier vertretenen Auffassung¹³⁸ auch keine Entschädigung für eine Frustration verlangen, wenn er sich die Aufwendungen anderweitig zunutze macht. Dann kann dem Gläubiger aber auch nicht die Obliegenheit auferlegt werden, seinen Ersatzanspruch durch eine nachträgliche Zweckänderung ganz auszuschließen. Für einen Käufer von Theaterkarten ergibt sich daraus, dass er nach Nichterhalt der ihm versprochenen Leistung die Möglichkeit, qualitativ andere Karten für die gleiche Veranstaltung zu erwerben genauso wenig ergreifen muss, wie diejenige, an Stelle des Theaterbesuches in die nahegelegene Oper zu gehen. Dieses Ergebnis berücksichtigt auch, dass dem Gläubiger die Gestaltung seiner Freizeit ohnehin nicht aufgezwungen werden kann.¹³⁹

3. Verhältnis des § 254 BGB zur Billigkeitskontrolle in § 284 BGB

Nach einer Analyse der Billigkeitskontrolle sowie der Rolle des § 254 BGB im Rahmen des § 284 BGB ergibt sich, dass entgegen einer in der Literatur bestehenden Meinung¹⁴⁰ die Voraussetzung des § 284 BGB, dass der Gläubiger die Aufwendungen *billigerweise machen durfte*, nicht lediglich ein Hinweis auf eine besonders strenge Handhabung des § 254 BGB ist.¹⁴¹

Dass sich beide Regelungen in ihrer Rechtsfolge überschneiden, ergibt sich schon daraus, dass die Aufschiebbarkeit einer Aufwendung, die sich im Rahmen der Billigkeitsprüfung nachteilig für den Gläubiger auswirken kann, auch nach der Vorschrift des § 254 BGB zu einer Einschränkung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz führen würde. Demnach scheint

¹³⁸ Siehe in diesem Abschnitt unter C.IV.1.c)2).

¹³⁹ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 35.

¹⁴⁰ *Canaris*, JZ 2001, 517; *Dörner/Staudinger*, Schuldrechtsmodernisierung, 62; *Grigoleit*, ZGS 2002, 123.

¹⁴¹ So auch *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 344.

die Billigkeitskontrolle in § 284 BGB in der Tat verzichtbar, wenn man die Vorschrift als Schadensersatzanspruch versteht und damit § 254 BGB unmittelbar Anwendung findet. Dennoch schränkt die Billigkeitskontrolle den Ersatzanspruch aus § 284 BGB über die Regelung des § 254 BGB hinaus ein und gewinnt damit eine eigenständige Bedeutung. So wäre zwar der Ersatzanspruch des Gläubigers, der Aufwendungen macht, nachdem er Kenntnis von der Pflichtverletzung des Schuldners erhalten hat, auch nach § 254 BGB eingeschränkt. Der Ersatzanspruch für Aufwendungen, die der Gläubiger vor dem Beginn seiner Schutzwürdigkeit macht, würde jedoch durch § 254 BGB nicht gemindert. Auch wird von § 254 BGB nicht der Fall erfasst, dass der Gläubiger unverhältnismäßige Aufwendungen macht und die Gefahr eines Schadenseintrittes nicht erkennen konnte.¹⁴² Einer Erweiterung der Maßstäbe des § 254 BGB dahingehend, dass der Gläubiger in diesen Fällen auf seine besonderes hohen Aufwendungen hinweisen muss, auch wenn sich ihm keine Anzeichen von der Pflichtverletzung des Schuldners liefern,¹⁴³ bedarf es angesichts der Existenz der Billigkeitskontrolle in § 284 BGB nicht.

Gleichzeitig erfasst die Billigkeitskontrolle auch nicht alle durch § 254 BGB geregelten Fälle. So ist bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung zu beurteilen, ob der Gläubiger diese billigerweise machen durfte. Ein Verhalten des Gläubigers nach diesem Zeitpunkt, etwa die schuldhafte Mitverursachung der Pflichtverletzung, kann nur über die Regelung des § 254 BGB zu einer Korrektur des Ersatzanspruches aus § 284 BGB führen.

4. Ersatz von Aufwendungen zur Schadensminderung

Grundsätzlich sind Aufwendungen, die der Gläubiger zum Zwecke der Schadensminderung oder –abwendung vornimmt, als Schaden ersatzfähig.¹⁴⁴ Dies ergibt sich entweder aus einer Anwendung der Differenzhypothese – ohne die Pflichtverletzung des Schuldners wären diese Vermögenseinbußen nicht eingetreten – oder daraus, dass der Gläubiger, der sich den ursprünglich geschuldeten Gegenstand anderweitig besorgt, die Kosten für dieses Deckungsgeschäft als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann.¹⁴⁵ Nach § 284 BGB kann

¹⁴² Vgl. BGH, Urteil v. 2.6.1964, VersR 1964, 950 (951); BGH, Urteil v. 1.2.1965, VersR 1965, 484 (487); Staudinger-*Schiemann*, § 254 Rz. 76. Nach *Venzmer*, Mitverursachung, Rz. 417 soll eine Warnpflicht vor Fälligkeit der Verbindlichkeit nicht bestehen; ähnlich auch Staudinger-*Werner*, 10./11. Aufl., § 254 Rz. 55.

¹⁴³ *Grigoleit*, ZGS 2002, 124; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 228.

¹⁴⁴ Vgl. BGH, Urteil v. 1.4.1993, BGHZ 122, 172 (179).

¹⁴⁵ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 191 f.; AnwKom-BGB-*Dauner-Lieb*, § 280 Rz. 51; Palandt-*Heinrichs*, § 281 Rz.27.

der Gläubiger dagegen ausschließlich sein (immaterielles) Frustrationsinteresse liquidieren. Die Differenzhypothese findet bei dieser Schadensberechnung keine Anwendung, so dass selbst das bestehende Kausalitätsverhältnis zwischen der Pflichtverletzung und den Schadensminderungskosten für eine Ersatzpflicht nach § 284 BGB nicht ausreicht. Auch sind Schadensabwendungs- und -minderungskosten nicht als frustrierte Aufwendungen nach § 284 BGB ersatzfähig, weil der Gläubiger zum Zeitpunkt ihrer Vornahme schon weiß, dass eine Pflichtverletzung des Schuldners vorliegt. Der Käufer einer Theaterkarte, der die Frustration seiner Taxikosten dadurch mindert, dass er statt ins Theater ins benachbarte Kino geht, kann nicht vorbringen, dass die Aufwendungen für das Kino frustriert seien und damit ebenfalls von seinem Anspruch aus § 284 BGB erfasst sind.

Gleichwohl wäre es unbillig, dem Gläubiger einen Ersatz von Aufwendungen zur Schadensminderung oder -abwendung im Rahmen des § 284 BGB zu versagen. Denn die Schadensminderung ginge sonst einseitig zu Lasten des Gläubigers. Auch ist nicht einzusehen, dass der Gläubiger, der seine Frustration durch ein Deckungsgeschäft vollständig abwendet, im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung einen vollen Ersatz seiner Deckungskosten, die gleichzeitig der Frustrationsabwendung dienen, erhält, während derjenige, dem die Möglichkeit eines Deckungsgeschäftes nicht eröffnet ist und der seiner Obliegenheit zur Schadensminderung nachkommt, für die dafür aufgewandten Kosten keinen Ersatz verlangen kann, wenn er statt Schadensersatz statt der Leistung seine verbleibende Frustration vom Schuldner liquidieren möchte.

Dieses Problem kann jedoch nicht mit Hilfe einer teleologischen Reduktion des Alternativverhältnisses zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB aufgelöst werden. Denn im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die der Abwendung eines nach den Regeln des Schadensersatzes statt der Leistung ersatzfähigen Schadens dienen. Deshalb sollte für einen Ersatz der Schadensabwendungskosten im Rahmen des § 284 BGB auf die Regelungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag rekuriert werden. Gleichzeitig ist jedoch zu vermeiden, dass der Gläubiger seine Aufwendung zur Minderung seines Frustrationsschadens stets in voller Höhe ersetzt verlangen kann. Übersteigt die Aufwendung zur Schadensminderung den Wert der ursprünglich nach § 284 BGB ersatzfähigen Aufwendungen, so stünde der Schuldner bei einer vollen Ersatzpflicht für die Schadensminderungskosten

schlechter, als wenn der Gläubiger sein vollständiges Frustrationsinteresse geltend gemacht hätte. Die Aufwendungen zur Schadensabwendung entsprechen dann entweder nicht mehr dem nach § 683 S. 1 BGB maßgeblichen mutmaßlichen Willen des Schuldners als Geschäftsherrn oder der Ersatzanspruch scheitert an §§ 683, 670 BGB, weil der Gläubiger die Aufwendungen nicht für erforderlich halten durfte. Deshalb kann der Gläubiger einen Ersatz der Schadensminderungskosten maximal in Höhe seiner ursprünglich frustrierten Aufwendungen verlangen.

Entscheidet sich der Käufer von Theaterkarten, der für die Fahrt zum Theater 20 EURO aufgewendet hat, nach einem Ausbleiben der Leistung, den Abend im benachbarten Kino zu verbringen, so kann er die Kosten für die Kinokarte bis zu einer Höhe von 20 EURO als Schadensminderungskosten vom Schuldner nach den Vorschriften der §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ersetzt verlangen.

VI. Ergebnis des dritten Abschnitts

Möchte der Gläubiger seine frustrierten Aufwendungen vom Schuldner ersetzt haben, so kann er dies nur unter den haftungsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung bzw. – bei einer fehlenden Anpassung des BGB an die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten Terminologie – des Anspruchs auf Ersatz des positiven Interesses.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist zunächst entscheidend, ob der Gläubiger auf den Erhalt der Leistung vertraut und in diesem Vertrauen Aufwendungen erbracht hat. Dabei sind Aufwendungen jegliche freiwillige Vermögensopfer. Eine teleologische Reduktion dieses Tatbestandsmerkmals erfolgt nicht. Aus diesem Grund sind sowohl die vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung als auch Verwendungen, die der Gläubiger auf eine bereits erhaltene Teilleistung gemacht hat, vom Aufwendungsbegriff des § 284 BGB erfasst.

Allerdings enthält § 284 BGB eine normative Korrektur. Der Gläubiger kann einen Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen nur dann verlangen, wenn er sie billigerweise machen durfte. Die Billigkeit der Aufwendungen wird durch eine Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ermittelt. Dabei ist immer erforderlich, dass der Gläubiger auf den Erhalt der

Leistung vertrauen durfte. Ist diese Voraussetzung gegeben, so ist anhand sämtlicher relevanten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob eine Ersatzpflicht des Schuldners gerechtfertigt ist.

Aufwendungen, die der Gläubiger billigerweise machen durfte, sind durch den Schuldner jedoch nur dann zu ersetzen, wenn sie durch die Pflichtverletzung des Schuldners tatsächlich ihren Zweck verfehlen. Bei teilweiser Zweckverfehlung besteht der Ersatzanspruch nur in Höhe der tatsächlichen Frustration, die anhand der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln ist. Den Fall, dass der Zweck der Aufwendungen auch ohne die Pflichtverletzung frustriert worden wäre, regelt § 284 HS 2 BGB. Danach ist der Einwand der hypothetischen Kausalität stets beachtlich. Die Beweispflicht obliegt insofern dem Schuldner. Er kann sich von einer Ersatzpflicht befreien, indem er darlegt und beweist, dass der unmittelbare Zweck der Aufwendung auch ohne seine Pflichtverletzung verfehlt worden wäre. Verfolgt der Gläubiger mit der Leistung kommerzielle Interessen, so kann der Schuldner sich auch mit dem Beweis entlasten, dass der Gläubiger mit der Aufwendung keinen Gewinn erzielt hätte.

Eine Minderung des Ersatzanspruches des Gläubigers kann sich aus § 254 BGB ergeben, der auf § 284 BGB unmittelbar Anwendung findet. Demnach ist der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen zu kürzen, wenn dieser die Pflichtverletzung des Schuldners mindestens fahrlässig mitverursacht hat. Aber auch wenn der Gläubiger es unterlässt, seine Frustration in für ihn zumutbarer Art und Weise zu mindern, verringert sich sein Anspruch aus § 284 BGB. Aufwendungen zur Schadensminderung sind dem Gläubiger nach den Vorschriften der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen.

4. Abschnitt: Die Rechtsfolgen des § 284 BGB

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 284 BGB vor, so richtet sich der Inhalt des Gläubigeranspruchs nach der Art seiner Aufwendungen. Hat der Gläubiger Geld aufgewendet, so ist ihm der aufgewandte Betrag vom Schuldner zu erstatten. Besteht die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so hat der Gläubiger gegen den Schuldner einen Freistellungsanspruch, § 257 S. 1 BGB. Wenn der Gläubiger andere Gegenstände als Geld aufgewendet hat, richtet sich der Zahlungsanspruch nach deren Verkehrswert.¹ § 256 BGB findet Anwendung.

A. Schadensersatz statt der Teil- oder Schlechtleistung

Verlangt der Gläubiger im Falle einer Teil- oder Schlechtleistung des Schuldners nicht Schadensersatz statt der gesamten Leistung, so kann er alternativ Aufwendungsersatz nur in der Höhe verlangen, in der seine Frustration tatsächlich besteht.² Hat ein Käufer von 50 Wirtshaustischen für deren Abholung beim Schuldner zwei LKW angemietet, in denen jeweils 25 Tische Platz finden, verweigert der Verkäufer jedoch die Lieferung von 25 Tischen, so kann der Gläubiger statt Schadensersatz statt der Leistung nach § 284 BGB nur die Mietkosten für den überflüssigen LKW und damit die frustrierten Mehrkosten der Abholung vom Schuldner ersetzt verlangen. Die Aufwendungen für einen der gemieteten LKW haben ihren Zweck erfüllt; dem Gläubiger ist insoweit kein Schaden entstanden.

B. Das Schicksal eines mit der Aufwendung erlangten Gegenstands

Befindet sich ein mit den frustrierten Aufwendungen erlangter Gegenstand noch im Vermögen des Gläubigers, so stellt sich die Frage, ob der Gläubiger diesen behalten kann oder ihn an den Schuldner herausgeben muss. Dass ein Verbleib im Vermögen des Gläubigers grundsätzlich unbillig wäre, ergibt sich daraus, dass der Gläubiger, nachdem er vom Schuldner sein Frustrationsinteresse liquidiert hat, den Gegenstand möglicherweise an einen Dritten veräußern kann. In diesen Fällen träte eine doppelte Kompensation seiner Aufwendungen für den Erwerb des Gegenstands ein. Es handelt sich um einen Fall der Vorteilsausgleichung. Eine Verrechnung des Vorteils mit dem Ersatzanspruch des Gläubigers scheitert an deren Ungleichartigkeit. Der Gläubiger muss den durch das schädigenden Ereignis erwachsenen

¹ Vgl. Erman-*Ehmann*, § 670 Rz. 33; MünchKomm-*Seiler*, § 670 Rz. 11.

² *Faust* in Huber/*Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 47.

Vorteil in Form des mit seinen Aufwendungen erlangten Gegenstands grundsätzlich an den Schuldner herausgeben.³ Dem Schuldner wird dadurch Möglichkeit eröffnet, den ihm durch die Verpflichtung zum Aufwendungsersatz entstandenen Schaden mit Hilfe dieses Gegenstandes zu kompensieren.

Für den Anspruch des Schadensersatzschuldners auf Herausgabe des mit den frustrierten Aufwendungen erlangten Gegenstands gelten die allgemeinen Regeln des Schuldrechts. Daraus ergibt sich, dass in den Fällen, in denen nach einer Teil- oder Schlechtleistung durch den Schuldner oder aufgrund einer lediglich partiellen Zweckverfehlung oder nachträglichen Zweckänderung durch den Gläubiger dessen Frustration nur eingeschränkt besteht, eine Herausgabe an den Ersatzpflichtigen nur dann zu erfolgen hat, wenn der mit den Aufwendungen erlangte Gegenstand entsprechend der Frustration des Gläubigers teilbar ist. Anderenfalls entfällt der Anspruch auf Herausgabe, § 275 Abs. 1 BGB.

Die Verpflichtung zur Herausgabe des Vorteils ist Zug um Zug gegen Leistung des Schadensersatzes zu erfüllen.⁴

C. Verhältnis zu anderen Ansprüchen

I. Schadensersatz statt der Leistung

Nach dem Wortlaut des § 284 BGB („statt“) steht der Aufwendungsersatz in einem Alternativverhältnis zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Der Gläubiger muss sich demnach entscheiden, wie er seinen durch den Nichterhalt der Leistung entstandenen Schaden berechnen will. Eine Kombination der rein materiellen Berechnung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung mit dem immateriellen Ersatz des Frustrationsinteresses scheidet demnach grundsätzlich aus. Durch diese Alternativität wird jedoch nicht ein Ersatz von Aufwendungen ausgeschlossen, die als Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB oder als Verzögerungsschaden nach § 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig sind.

³ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 345.

⁴ BGH, Urteil v. 15.5.1958, BGHZ 27, 241 (Leitsatz); MünchKomm-Oetker, § 249 Rz. 266; Staudinger-Schiemann, § 249 Rz. 143.

1. Präzisierung der Alternativität von Aufwendungsersatz und Schadensersatz statt der Leistung

Scheinbar entgegen dem Wortlaut des § 284 BGB wird teilweise eine Kombination von Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz für zulässig gehalten.⁵ Zuzustimmen ist dieser Ansicht für solche Schadenspositionen im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung, mit denen der Gläubiger nicht den Wert der ausgebliebenen Leistung liquidiert, sondern die neben die Entschädigung für die ausgebliebene Leistung treten. Sieht man beispielsweise in den Kosten einer Rechtsberatung nach Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nach § 275 Abs. 1 BGB einen Schadensposten, den der Gläubiger nur im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung geltend machen kann,⁶ so sollte dieser Schaden neben einem Ersatzanspruch aus § 284 BGB zu ersetzen sein. Denn die Kosten der Rechtsverfolgung sind nur dann zu ersetzen, wenn sie tatsächlich anfallen und stellen demzufolge keine Liquidation des Wertes der geschuldeten Leistung und damit keine Entschädigung des Gläubigers für das Ausbleiben der Leistung dar. Die in § 284 BGB postulierte Alternativität von Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz soll jedoch nur vermeiden, dass der Gläubiger einerseits durch den Schadensersatz statt der Leistung materiell so gestellt wird, wie wenn der Leistungsgegenstand seinem Vermögen zugeflossen wäre und er andererseits gleichzeitig im Wege des Aufwendungsersatzes eine Kompensation seiner auf der Zweckverfehlung beruhenden immateriellen Einbußen erhält.

Demnach ist grundsätzlich auch eine Kombination von Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB möglich, wenn sich dabei die Entschädigung für das Ausbleiben der Leistung durch den Schadensersatz statt der Leistung nicht mit der Kompensation seines in der Frustration liegenden immateriellen Schadens überschneidet.⁷ Auch nach *Faust* soll es dem Gläubiger möglich sein, gleichzeitig seinen entgangenen Gewinn aus einer bereits erfolgten teilweisen Verwertung der Leistung als Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen und daneben Aufwendungsersatz für den nicht verwerteten Teil der Leistung fordern zu können.⁸ Allerdings wird dies regelmäßig daran scheitern, dass der Gläubiger, der einen Teil der Leistung nicht verwertet hat und folglich dafür keinen entgangenen Gewinn

⁵ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 49 f.

⁶ So *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 49. Nach a.A. sind die Kosten der Rechtsberatung ein nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähiger Schaden, Hk-BGB-Schulze, § 280 Rz. 14.

⁷ Ebenso MünchKomm-Ernst, § 284 Rz. 30.

⁸ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 50.

verlangt, sich entgegen halten lassen muss, dass sowohl der unmittelbare Zweck der nach § 284 BGB geltend gemachten Aufwendungen als auch der ihnen immanente Zweck der Gewinnerzielung nicht erreicht worden wäre, so dass nach § 284 HS 2 BGB ein Ersatz dieser Aufwendungen ausscheidet.

Beispiel: Hat der Gläubiger von 100.000 CD-Rohlingen zum Preis von je 15 Cent zu deren Weiterverkauf entsprechende Schutzverpackungen zu je 5 Cent erworben und vor Lieferung durch den Schuldner bereits 50.000 der CD-Rohlinge inklusive Schutzhülle zu je 30 Cent an Dritte weiterverkauft, so kann er nach einer Leistungsverweigerung durch den Schuldner für die Hälfte der 100.000 Rohlinge nach den §§ 433, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von insgesamt 5.000 EURO (50.000 x 0,10 EURO) verlangen. Für den Teil, für den der Gläubiger einen entgangenen Gewinn nicht geltend gemacht hat, kann er gemäß §§ 433, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 284 BGB Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen in Höhe von 2.500 EURO (50.000 x 0,05 EURO) verlangen. Ein Ersatz der frustrierten Aufwendungen scheidet nach § 284 HS 2 BGB jedoch aus, wenn der Schuldner beweisen kann, dass der Gläubiger die nicht bereits weiterverkauften 50.000 Rohlinge auch bei ordnungsgemäßer Leistung nicht verkauft hätte.

Zu weit geht meines Erachtens jedoch die Ansicht *Gsells*, nach der eine Kombination von Aufwendungsersatz nach § 284 BGB und Schadensersatz statt der Leistung immer möglich sein soll, soweit keine doppelte Kompensation des gleichen Interesses erfolgt.⁹ Danach soll der Gläubiger, der ein Bild günstig erstanden hat und dafür einen Rahmen hat anfertigen lassen nach einer vom Schuldner zu vertretenden Zerstörung des Bildes sowohl den ihm entgangenen Mehrwert als Schadensersatz statt der Leistung als auch die Kosten für den Rahmen nach § 284 BGB verlangen können.¹⁰ § 284 BGB soll dem Gläubiger jedoch nur ein Wahlrecht zwischen der Kompensation seines materiellen positiven Interesses als Schadensersatz statt der Leistung und einer Entschädigung für frustrierte Aufwendungen einräumen. Zu weit ginge es meiner Meinung nach, ihm mit Hilfe von § 284 BGB einen Ersatz sämtlicher materieller und immaterieller Interessen zu gewähren. Daher können Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nur dann nebeneinander geltend gemacht werden, wenn die

⁹ *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 339.

¹⁰ Siehe das Beispiel bei *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 339.

Leistung teilweise verwertbar ist.¹¹ Dann kann der Gläubiger für den bereits verwerteten Teil sein materielles positives Interesse im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung geltend machen. Für den noch nicht verwerteten Teil steht ihm daneben die Möglichkeit des Aufwendungsersatzes nach Maßgabe des § 284 BGB offen.

2. Freies Wahlrecht des Gläubigers zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB

Verlangt der Gläubiger statt Schadensersatz statt der Leistung vom Schuldner Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, so ist er grundsätzlich nicht an diese Methode der Schadensberechnung gebunden. Dennoch besteht sein *ius variandi* nicht grenzenlos. Nach der Rechtsprechung unterlag die Möglichkeit des Gläubigers, unter den Rechtsbehelfen des § 325 BGB a.F. zu wählen, der Grenze des § 242 BGB.¹² Diese unscharfe Abgrenzung bedarf indes einer Konkretisierung. Richtigerweise sind bei der Beurteilung der Grenzen des Wahlrechts die schutzwürdigen Interessen des Schuldners zu berücksichtigen. Hat dieser sich auf die vom Gläubiger zunächst gewählte Schadensberechnungsmethode eingestellt und entsprechende Dispositionen getroffen, so muss dem Gläubiger eine Abänderung seiner Wahl verwehrt sein.¹³ Fordert der Gläubiger also zunächst Schadensersatz statt der Leistung nach der Surrogationstheorie und verkauft der Schuldner in Erwartung der Erlangung der ursprünglich vom Gläubiger geschuldeten Gegenleistung den Gegenstand der Gläubigerleistung an einen Dritten, so kann der Gläubiger nicht mehr Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB verlangen.

II. Herausgabe des Ersatzes nach § 285 BGB

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung vom Schuldner, so kann er diesen Anspruch mit einem Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder Ersatzanspruches nach § 285 Abs. 1 BGB kombinieren. Diese Möglichkeit ergibt sich aus § 285 Abs. 2 BGB. Für die

¹¹ Ebenso MünchKomm-*Ernst*, § 284 Rz. 30.

¹² RG, Urteil v. 14.7.1923, RGZ 107, 345 (348); RG, Urteil v. 14.11.1924, RGZ 109, 184 (187); ebenso MünchKomm-*Emmerich*, § 325 a.F. Rz. 29.

¹³ *Schwarze*, Jura 2002, 80; zum Wahlrecht zwischen der Schadensberechnung nach der Differenz- oder der Surrogationstheorie im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB a.F. *Lindacher*, JZ 1980, 52; zum Wahlrecht zwischen den Rechtsbehelfen in § 325 BGB a.F. *Leser*, Rücktritt, 279 sowie *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., § 325 Rz. 27, der allerdings die Erkennbarkeit der Dispositionen für den Gläubiger fordert. MünchKomm-*Emmerich*, § 325 Rz. 29 spricht sich für ein Ende des Wahlrechts aus, wenn ein „endgültiger Zustand“ eingetreten ist.

Frage der Kumulation von Aufwendungsersatz nach § 284 BGB und dem Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes nach § 285 Abs. 1 BGB fehlt eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers. Dennoch sollte dem Gläubiger auch die Möglichkeit zustehen, neben dem Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen nach § 284 BGB vom Schuldner die Herausgabe des Ersatzes nach § 285 Abs. 1 BGB zu verlangen.¹⁴ Rechtfertigen lässt sich diese Gleichbehandlung von Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB damit, dass nach der hier vertretenen Auffassung der Anspruch auf Ersatz des Frustrationsschadens nach § 284 BGB eine zum Schadensersatz statt der Leistung alternative Schadensberechnungsmethode darstellt, die mit dem Schadensersatz statt der Leistung auf einer Stufe steht. Allerdings muss diese Gleichbehandlung konsequent durchgeführt werden, so dass sich entsprechend § 285 Abs. 2 BGB der Schadensersatzanspruch nach § 284 BGB entsprechend dem Wert des aus § 285 BGB verlangten Ersatzes mindert.¹⁵

III. Aufwendungsersatz und Rücktritt

Für das Verhältnis von Aufwendungsersatz zu den Vorschriften über den Rücktritt gilt das oben¹⁶ Gesagte. Dem Gläubiger steht grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob er nach Maßgabe des § 284 BGB einen Ersatz seiner bereits geleisteten Gegenleistung oder eine Rückabwicklung nach den Vorschriften über den Rücktritt verlangt.

D. Das Schicksal der Gegenleistungspflicht

Verlangt der Gläubiger als Partei eines gegenseitigen Vertrags vom Schuldner Schadensersatz statt der gesamten Leistung, so kann er nach der eingeschränkten Differenztheorie grundsätzlich wählen, ob er diesen nach der Surrogationstheorie berechnen möchte, so dass er weiterhin zur Erbringung seiner Gegenleistung verpflichtet ist, oder ob er statt dessen die Differenztheorie heranzieht und lediglich die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung vom Schuldner liquidieren möchte.¹⁷ Dieses Wahlrecht steht ihm selbst dann zu, wenn der Anspruch gegen den Schuldner nach § 275 BGB ausgeschlossen ist und die Gegenleistungs-

¹⁴ Ebenso *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 53.

¹⁵ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 4 Rz. 53.

¹⁶ Siehe im dritten Abschnitt unter C.II.3.a).

¹⁷ *Faust* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 3 Rz. 187 ff.; *Homann*, JuS 2002, 555; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 214; *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, 199; *Mattheus*, JuS 2002, 213; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 281 Rz. 29; *Hk-BGB-Schulze*, § 281 Rz. 11; *Palandt-Heinrichs*, § 281 Rz. 19 f.

pflicht des Gläubigers nach § 326 Abs. 1 BGB ipso iure entfällt.¹⁸ Denn der Wegfall der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB darf nicht zu einer Benachteiligung des Gläubigers führen.

Verlangt der Gläubiger statt Schadensersatz statt der Leistung den Ersatz seines Frustrationsschadens nach § 284 BGB, so stellt sich ebenso die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht des Gläubigers. Außer in den Fällen des § 326 Abs. 1 BGB findet sich keine ausdrückliche Regelung, ob der Gläubiger seine Leistungspflicht noch erfüllen muss oder darf. Eine kompensationslose Leistungspflicht kann jedenfalls nicht bestehen. Anderenfalls liefe der Ersatzanspruch nach § 284 BGB immer dann leer, wenn die ersatzfähigen Aufwendungen von geringerem Wert sind als die Gegenleistung des Gläubigers.

I. Aufwendungsersatz statt der gesamten Leistung

Für den Fall, dass der Gläubiger Aufwendungsersatz statt der gesamten Leistung fordert, könnte man dieses Verlangen des Gläubigers gleichzeitig als konkludente Rücktrittserklärung auslegen, wenn nicht bereits nach § 326 Abs. 1 BGB seine Gegenleistungspflicht ipso iure entfällt. Dies bedeutete jedoch eine Benachteiligung des Gläubigers, der ursprünglich zu einer Sachleistung verpflichtet war und für die von ihm geschuldete Sache keine Verwendungsmöglichkeit hat. Er bleibt nun auf seiner für ihn nutzlosen Sache sitzen. Um dem Gläubiger die Möglichkeit zu erhalten, die eigene Leistung noch zu erbringen und dafür eine Kompensation vom Schuldner zusätzlich zu dem Ersatz des Frustrationsinteresses zu erhalten, sollte das Alternativverhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB in diesen Fällen teleologisch reduziert werden. Der Gläubiger hat dadurch die Möglichkeit, die eigene Leistung zu erbringen und erhält deren Verkehrswert als Schadensersatz statt der Leistung neben seinen frustrierten Aufwendungen vom Schuldner ersetzt.

Der Gläubiger, der Schadensersatz statt der gesamten Leistung verlangen kann, hat demnach auch im Rahmen des § 284 BGB die Wahl, ob er seine ursprünglich geschuldete Leistung noch erbringen will und dafür eine Kompensation vom Schuldner zusätzlich zum Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen erhält oder ob er vom Vertrag zurücktritt, so dass seine Leistungspflicht entfällt und er ausschließlich seinen Frustrationsschaden nach § 284 BGB

¹⁸ *Grunewald*, Bürgerliches Recht, § 12 Rz. 6; *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, 199; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 281 Rz. 29.

liquidiert. Der Gläubiger, der aus einem Tauschvertrag vom Schuldner ein Bild verlangen kann und gleichzeitig zur Lieferung einer Vase (Wert 1.000 EURO) verpflichtet ist, kann also wählen, ob er nur seine frustrierten Aufwendungen für einen angefertigten Rahmen vom Schuldner verlangt und seine Vase behält, oder ob er die Vase weiterhin liefert und zusätzlich zu der Liquidation seiner frustrierten Aufwendungen 1.000 EURO als Kompensation für die Vase als Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

Um eine Benachteiligung des Schuldners durch diese Konstruktion zu vermeiden, kann der Gläubiger, der sich für die Erbringung der Gegenleistung entscheidet, eine Kompensation jedoch maximal in Höhe eines im Wege der Surrogationstheorie liquidierbaren Schadensersatzes statt der Leistung geltend machen. Anderenfalls könnte der Gläubiger, der ein schlechtes Geschäft gemacht hat, über den Umweg des Aufwendungsersatzes einen höheren Schadensersatz statt der Leistung gegen den Schuldner geltend machen als wenn er diesen isoliert fordert.

Hat der Gläubiger seine Gegenleistungspflicht bereits erfüllt, so kann er nach der hier vertretenen Auffassung zwischen einer Herausgabe des von ihm geleisteten Gegenstands nach Rücktrittsrecht und einer Kompensation im Rahmen des § 284 BGB wählen.¹⁹

II. Aufwendungsersatz statt der Teilleistung

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der Teilleistung, so steht ihm im Rahmen seines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung ebenfalls die Wahl zwischen der Surrogations- und der Differenztheorie offen. Entscheidet er sich statt dessen für den Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB, so kann er nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls zwischen einem teilweisen Rücktritt vom Vertrag und einer vollständigen Erbringung seiner Gegenleistung wählen. Wählt der Gläubiger letztere Möglichkeit, so erfolgt im Wege einer teleologischen Reduktion des Alternativverhältnisses von Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz nach § 284 BGB ein Wertausgleich für die zuviel erbrachte Gegenleistung neben dem Ersatz frustrierter Aufwendungen.

¹⁹ Vgl. dazu im dritten Abschnitt C.I.3.a)1)dd).

Besteht die Gegenleistung des Gläubigers dabei in einer Sachleistung und ist diese nicht teilbar, so kommen beide Alternativen zu dem gleichen Ergebnis. Denn der Gläubiger muss auch nach einem teilweisen Rücktritt die von ihm geschuldete Leistung vollständig erbringen und erhält neben dem Aufwendungsersatz nach § 284 BGB einen Barausgleich für die zuviel erbrachte Gegenleistung.²⁰

III. Aufwendungsersatz statt der Schlechtleistung

Im Falle einer Schlechtleistung ist ein Rücktritt des Gläubigers nur vom gesamten Vertrag möglich, vgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.²¹ An die Stelle eines teilweisen Rücktritts tritt jedoch für einige im BGB geregelte Vertragstypen das Recht zur Minderung, vgl. §§ 441 Abs. 1, 638 Abs. 1 BGB, die kumulativ zum Schadensersatzverlangen möglich ist,²² oder die Minderung ipso iure, vgl. §§ 536 Abs. 1, 651 d Abs. 1 BGB.²³ Bei gegenseitigen Verträgen, für die das BGB keine Minderung vorsieht, kann der Gläubiger einen Ausgleich für eine schlecht erbrachte und damit minderwertige Leistung grundsätzlich nur in Form von Schadensersatz verlangen.

Daraus ergibt sich, dass der Gläubiger eines Anspruches auf Ersatz seiner durch die Schlechtleistung frustrierten Aufwendungen nur bei Verträgen, für die das BGB eine Minderung vorsieht, die Wahl hat, ob er seine Gegenleistung nur gemindert erbringt oder ob er sie vollständig leistet und dafür neben seinen zwecklosen Aufwendungen eine Kompensation der Mehrleistung als Schadensersatz statt der Leistung erhält. Schuldet beispielsweise der A dem B aus einem Tauschvertrag ein Auto und besteht die Gegenleistung des B in der Lieferung von 1000 Säcken Zement, so kann B, wenn er aufgrund der Mangelhaftigkeit des von A gelieferten Fahrzeugs statt Schadensersatz statt der Schlechtleistung einen Ersatz seiner durch die Mangelhaftigkeit frustrierten Aufwendungen verlangt, wählen, ob er seinerseits vollständig leisten möchte und den Verkehrswert der zuviel geleisteten Zementsäcke als Schadensersatz statt der Leistung erhält oder ob er mindert und sodann seine Verpflichtung zur Lieferung des

²⁰ Für den Barausgleich bei der kaufrechtlichen Minderung nach alter Rechtslage RG, Urteil v. 12.3.1910, RGZ 73, 152 (153); Erman-*Grunewald*, § 515 Rz. 6; Soergel-*Huber*, 12. Aufl., § 515 Rz. 15; ablehnend für die geltende Rechtslage *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, 199.

²¹ Eine Ausnahme stellt insofern der Sukzessivlieferungsvertrag dar, bei dem der Rücktritt nur für die Zukunft wirkt, BGH, Urteil v. 5.11.1980, NJW 1981, 679 (680); AnwKom-BGB-*Dauner-Lieb*, Vor § 346 Rz. 5.

²² AnwKom-BGB-*Dauner-Lieb*, § 441 Rz. 9, § 638 Rz. 11.

²³ Die Minderung im Miet- bzw. Reisevertragsrecht besteht ebenfalls neben dem Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz, vgl. § 536 a Abs. 1 bzw. § 651 f Abs. 1 BGB.

Anteils der Zementsäcke entfällt, der dem Minderwert des von A geschuldeten Autos entspricht. Auch hier kommen allerdings beide Alternativen des Gläubigers dann zu dem gleichen Ergebnis, wenn die Gegenleistung des Gläubigers in einer Sachleistung besteht und diese nicht teilbar ist.

Bei Verträgen, für die das BGB keine Minderungsmöglichkeit des Gläubigers bereithält, weil nicht der Leistungserfolg, sondern das Leistungsverhalten des Schuldners im Vordergrund steht, stellt sich die Situation nach einer mangelhaften Leistung des Schuldners etwas anders dar. Sofern das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung und damit Aufwendungsersatz nach § 284 BGB auch in diesen Fällen möglich ist,²⁴ muss der Gläubiger seine eigene Gegenleistung vollständig erbringen, nachdem er vom Schuldner Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB gefordert hat. Denn ein Recht zur Minderung seiner Leistung steht ihm nicht zu. Auch ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB, das dem Gläubiger von Dienstleistungen vereinzelt zugestanden wird,²⁵ könnte der Gläubiger, dessen Primäranspruch auf mangelfreie Leistung mit dem Verlangen von Aufwendungsersatz nach § 284 BGB untergegangen ist, nur im Hinblick auf diesen Sekundäranspruch geltend machen. Durch die Schlechtleistung entstandene Begleitschäden sind dem Gläubiger daneben nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen.²⁶

E. Ergebnis des vierten Abschnitts

Dem Gläubiger eines Ersatzanspruches nach § 284 BGB ist der Verkehrswert seiner frustrierten Aufwendungen zu ersetzen. Bestehen die frustrierten Aufwendungen in einer Verbindlichkeit, so ist der Gläubiger durch den Schuldner freizustellen.

Ein mit den Aufwendungen erlangter Gegenstand ist dem Schuldner Zug um Zug gegen die Erfüllung seiner Schadensersatzverpflichtung herauszugeben. Hat der Gläubiger seine Gegenleistung noch nicht erbracht, so steht ihm die Wahl offen, ob er sie noch erbringen möchte und dafür vom Schuldner eine Kompensation als Schadensersatz statt der Leistung erhält oder ob er ausschließlich seine Frustration liquidieren möchte. Macht der Gläubiger

²⁴ Nach Palandt-Heinrichs, § 281 Rz. 44 soll der Arbeitgeber im Falle einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers nicht im Wege des Schadensersatzes statt der Schlechtleistung vorgehen können.

²⁵ Roth, VersR 1979, 496; MünchKomm-Emmerich, § 320 Rz. 12; ablehnend Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, Kap. V. Rz. 105 Fn. 468; Ullrich, NJW 1984, 588; Palandt-Heinrichs, § 320 Rz. 9.

²⁶ Für den anwaltlichen Beratungsvertrag ausdrücklich Grunewald, AnwBl 2002, 258.

jedoch Aufwendungsersatz statt einer Schlechtleistung des Schuldners geltend, so steht ihm dieses Wahlrecht nur zu, wenn das BGB dem Gläubiger ein Minderungsrecht zubilligt.

5. Abschnitt: Die Zukunft der Rentabilitätsvermutung

Mit § 284 BGB hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, mit deren Hilfe der Gläubiger nach einer Pflichtverletzung durch den Schuldner seine frustrierten Aufwendungen liquidieren kann, ohne an die Voraussetzungen der von der Rechtsprechung entwickelten Rentabilitätsvermutung gebunden zu sein. Auf den ersten Blick scheint daher die Rentabilitätsvermutung überflüssig und in Zukunft nicht mehr anwendbar zu sein.¹ Dennoch spricht sich eine gewichtige Meinung in der Literatur für eine Fortsetzung der Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung aus.²

Meiner Ansicht nach sollte der Ersatz frustrierter Aufwendung nach Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausschließlich nach § 284 BGB erfolgen. Denn die Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung basiert nicht auf einer einheitlichen dogmatischen Grundlage. Zu dem sich daraus ergebenden Risiko der Rechtsunsicherheit tritt der Umstand hinzu, dass die Ungleichbehandlungen, die Konsequenz der engen Voraussetzungen der Rentabilitätsvermutung sind, trotz Einführung des § 284 BGB als spezialgesetzlicher Haftungsausfüllungsvorschrift beibehalten würden.

A. Kritik der Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung

I. Die dogmatische Anbindung der Rentabilitätsvermutung als Quelle der Rechtsunsicherheit

Findet die Rentabilitätsvermutung auch gewichtige Zustimmung in der Literatur,³ so stellt sie sich in der Handhabung durch den BGH doch als widersprüchliche und von Kasuistik geprägte Konstruktion dar, mit deren Hilfe der Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses um die frustrierten Aufwendungen des Gläubigers erweitert wird, um Unbilligkeiten, die bei einer strengen Beschränkung des Anspruchs auf das positive Interesse unter Anwendung der Differenzhypothese entstehen, auszugleichen.

¹ So *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 340; *Köhler/Fritzsche*, Schuldrecht, Fall 7 Rz. 36 ff.; *AnwKom-BGB-Dauner-Lieb*, § 284 Rz. 5; angedeutet bei *Rolland* in Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht, Kap. 1 Rz. 30, der von der „nicht überzeugenden Theorie von der Rentabilitätsvermutung“ spricht.

² *Canaris*, JZ 2001, 517; zustimmend *Grigoleit*, ZGS 2002, 123; *Dedek* in Henssler/Graf v. Westphalen, Schuldrechtsreform, § 284 Rz. 6, *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 225; *Bamberger/Roth-Grüneberg*, § 284 Rz. 3; *Hk-BGB-Schulze*, § 281 Rz. 14.

³ *Canaris*, JZ 2001, 517; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 39 II.5., S 279; *Messer/Schmitt*, FS Hagen, 429; *Lange*, Schadensersatz, § 6 IV.

Zwar betonte der BGH, dass die Rentabilitätsvermutung lediglich ein Anwendungsfall der Differenzhypothese sei,⁴ ohne dass sich etwas daran ändere, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf das positive Interesse des Gläubigers gehe.⁵ Dennoch ist eine widerspruchsfreie dogmatische Anbindung der Rentabilitätsvermutung nach den im Rahmen der praktizierten Rechtsprechung des BGH gelieferten Begründungen nicht möglich.

1. Vermutung der Einbeziehung von Aufwendungen in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Schon in den Urteilen des Reichsgerichts und später auch des BGH wurde die Konstruktion der Rentabilitätsvermutung mit der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung begründet, die sich aus dem Parteiwillen ergebe und in die die Aufwendungen des Gläubigers für den Erhalt der Leistung einbezogen werden.⁶ Ausgangspunkt ist demnach die Annahme, dass nach dem Willen der Vertragsparteien der Wert des Erwerbs der Leistung gleichzusetzen sei mit der Gegenleistung zuzüglich der mit ihr in Zusammenhang stehenden Aufwendungen.⁷ Die Vermutung erstreckt sich nach dieser Konzeption darauf, dass der Wert des Erfüllungsanspruches für den Gläubiger mindestens so hoch sei wie der von ihm aufgewendete Betrag,⁸ also seine eigene Leistung plus sonstiger frustrierter Aufwendungen.

Diese Argumentation ist vor dem Hintergrund sinnvoll, dass dadurch ein Anhaltspunkt geliefert wird, den Wert der ausgebliebenen Leistung und damit das Erfüllungsinteresse des Gläubigers zu bewerten.⁹ Allerdings wäre zu einer Klarstellung dieser Konzeption in Übereinstimmung mit *Messer/Schmidt* die Bezeichnung der Figur als „Äquivalenzvermutung“¹⁰ treffender gewesen.

⁴ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (197); BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

⁵ BGH, Urteil v. 18.6.1979, NJW 1979, 2034 (2035); BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (201).

⁶ RG, Urteil v. 13.3.1913, JW 1913, 595 (596); BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442 (443 f.); BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (197); BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (197); BGH, Urteil v. 22.10.1999, BGHZ 143, 41 (48); *Stoll*, FS Duden, 651 ff. sowie JZ 1978, 798 will diese Vermutung nur gelten lassen, wenn die Aufwendungen für den Schuldner erkennbar sind.

⁷ *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, § 39 II.3.b).

⁸ *Lange*, Schadensersatz, § 6 IV.

⁹ *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, § 39 II.3.b).

¹⁰ *Messer/Schmitt*, FS Hagen, 430.

Vor diesem dogmatischen Hintergrund der Rentabilitätsvermutung wären auch die Erwägungen des BGH in seiner **Diskothecken-Entscheidung**,¹¹ bei der der Käuferin eines Grundstücks, im Rahmen ihres Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ein Ersatz derjenigen Kosten versagt wurde, die außerhalb des Austausches von Leistung und Gegenleistung lagen, konsequent. Der Parteiwille über den Wert der Leistung kann sich nicht auf durch den Gläubiger einseitig bestimmbare und damit für den Schuldner nicht ersichtliche Aufwendungen beziehen, die außerhalb des Austausches von Leistung und Gegenleistung stehen. Eine Vermutung, dass jedwede Aufwendung des Gläubigers im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung nach dem Parteiwillen in das Äquivalenzverhältnis einbezogen ist, scheidet an den tatsächlichen Interessen des Schuldners. Auch könnte so der Gläubiger ohne Konsens oder gar Kenntnis des Schuldners das vermutete Erfüllungsinteresse durch den Abschluss von Verträgen im Vertrauen auf die Verwertungsmöglichkeit der Leistung steigern, was dazu führen würde, dass der Schuldner durch die Rentabilitätsvermutung über Gebühr belastet würde.

Auf der hier dargestellten Grundlage ist auch das **Architekten-Urteil**¹² des BGH, in dem das Gericht einem Architekten, der zu Unrecht von einem Wettbewerb ausgeschlossen worden war, den Ersatz seiner Aufwendungen für die Entwürfe, die er im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Ausschreibung erstellt hatte, versagte, richtig entschieden. Bei einem Preisausschreiben handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, so dass ein Parteiwille über die Äquivalenz der Leistungen mangels Gegenleistungspflicht des Gläubigers nicht bestehen kann. Demnach kann zwischen den Parteien auch kein Konsens darüber erzielt werden, dass Aufwendungen des Gläubigers Bestandteil dieses Äquivalenzverhältnis sind. Zu dem gleichen Ergebnis müsste der BGH dann gelangen, wenn ein lediglich einseitig verpflichtender Vertrag vorliegt.

Nicht in diese Konzeption passen dagegen die **Interventionswaren-Entscheidung**¹³ und das **Stadthallen-Urteil**¹⁴ des BGH. Hierbei begründet das Gericht die Ablehnung eines Ersatzes frustrierter Aufwendungen damit, dass die abgeschlossenen Geschäfte nicht auf Gewinnerzielung gerichtet waren bzw. der Gläubiger immaterielle Zwecke verfolgte. Auf eine feh-

¹¹ BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193.

¹² BGH, Urteil v. 23.9.1982, NJW 1983, 442.

¹³ BGH, Urteil v. 18.9.1985, NJW 1986, 659.

¹⁴ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

lende Vermutung einer Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung samt Aufwendungen geht er in diesen Entscheidungen nicht ein und trifft sie daher losgelöst von der bisherigen Begründung der Rentabilitätsvermutung.

Wenn jedoch die Vermutung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung samt der frustrierten Aufwendungen besteht, die in engem Zusammenhang mit dem Austausch der Leistungen stehen, dann ist es für deren Ersatz unerheblich, ob der Gläubiger mit der Leistung des Schuldners kommerzielle, marktstrategische, konsumtive oder sonst immaterielle Zwecke verfolgt. Entscheidend ist allein, dass zwischen den Parteien ein synallagmatisches Rechtsgeschäft vereinbart wurde und die Aufwendungen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Leistungsaustausch stehen. Demnach hat der BGH in den beiden letztgenannten Urteilen die dogmatische Grundlage der Einbeziehung von Aufwendungen in die nach dem Parteiwillen vermutete Äquivalenz der Leistungen verlassen und einen neuen Ansatzpunkt gewählt. In der **Diskothecken-Entscheidung** ist er jedoch wieder zu seinem ursprünglichen Begründungsmodell zurückgekehrt.

Es zeigt sich somit, dass die Begründungsansätze des BGH zur Rentabilitätsvermutung uneinheitlich sind. Dem wird auch nicht dadurch abgeholfen, dass die von den Parteien in den der **Interventionswaren-** und der **Stadthallen-Entscheidung** zugrunde liegenden Fällen geltend gemachten Aufwendungen möglicherweise nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung standen und somit auch auf Grundlage einer Vermutung der Einbeziehung von Aufwendungen in das Äquivalenzverhältnis der Leistungen nach dem Parteiwillen nicht ersatzfähig gewesen wären.

Diese uneinheitliche Handhabung der Begründungsansätze sorgt sicherlich für Irritationen. Sie führt jedoch dann nicht zu Rechtsunsicherheit, wenn sich die bisherigen Entscheidungen des BGH aufgrund einer anderen Konzeption zur Rentabilitätsvermutung miteinander vereinbaren ließen. Dies gilt es im Folgenden zu untersuchen.

2. Verlust der Kompensationsmöglichkeit als Schaden

Schon in der **Stadthallen-Entscheidung** merkte der BGH beiläufig an, dass nicht die frustrierten Aufwendungen als solche, sondern der Verlust der Kompensationsmöglichkeit

den Nichterfüllungsschaden ausmache.¹⁵ Auch in einem späteren Urteil des BGH, dem der Fall zugrunde lag, dass eine Mieterin von Praxisräumen nach einer unberechtigten Kündigung durch die Vermieterin Ersatz ihrer Aufwendungen für die Herrichtung der Praxisräume verlangte, findet sich diese Formulierung.¹⁶ Greift man diese Aussage für ein neues Begründungsmodell für die Rentabilitätsvermutung auf, so würden die frustrierten Aufwendungen nicht für die Ermittlung des Wertes des Erfüllungsinteresses angesetzt, sondern auf Seiten des Gläubigers eine von den Aufwendungen und der Gegenleistung lösgelöste Vermögenseinbuße angenommen: Nimmt der Gläubiger Investitionen im Hinblick auf den Erhalt der Leistung vor, so entstünde nach dieser Konzeption dabei bei wirtschaftlicher Zielsetzung des Gläubigers zugleich eine vermögenswerte Position, die in der Möglichkeit besteht, diese Investitionen mit der Leistung wieder zu erwirtschaften. Wird der Gläubiger mangels Erfüllung durch den Schuldner dieser Position beraubt, so entsteht ihm ein materieller positiver Schaden. Verfolgt der Gläubiger dagegen immaterielle Ziele, so hat er von vornherein nicht die Möglichkeit, dass seine Investitionen sich amortisieren und damit keine dem entsprechende Vermögensposition. Demzufolge kann sein Vermögen auch nicht dadurch beschädigt werden, dass er die Leistung nicht erhält. Legt man der Rentabilitätsvermutung diese Konzeption zugrunde, so wäre die Möglichkeit einer Amortisation von Investitionen des Gläubigers kommerzialisiert und damit als positiver Vermögensschaden ersatzfähig. Die Vermutung erstreckt sich dabei darauf, dass eine bestehende Absicht zur Amortisation auch tatsächlich eine solche zur Folge hat. Der zu ersetzende Vermögenswert der Amortisationsmöglichkeit wird dann nach dem Gegenwert der getätigten Investitionen, also der eigenen Leistung des Gläubiger zuzüglich seiner Aufwendungen in Erwartung der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, vermutet.

Stellt man die Rentabilitätsvermutung auf diese Grundlage, so wäre eine Abgrenzung ersetzbarer Aufwendungen nach der Zweckrichtung des Gläubigers konsequent. Konsumtive oder andere immaterielle Absichten des Gläubigers – wie in dem der **Stadthallen-Entscheidung** zugrunde liegenden Sachverhalt – würden dazu führen, dass Investitionen in die Leistung nicht ersetzbar wären, weil eine Möglichkeit der Amortisation von vornherein nicht bestünde. Verfolgt der Gläubiger dagegen kommerzielle Absichten, so existiert die Möglichkeit der Amortisation und mit Ausbleiben der Leistung damit eine Vermögenseinbuße auf Seiten des Gläubigers.

¹⁵ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (197 f.).

¹⁶ BGH, Urteil v. 15.3.2000, NJW 2000, 2342 (2343).

Es wurde jedoch bereits nachgewiesen, dass der Verlust der Kompensationsmöglichkeit auch bei kommerziell handelnden Gläubigern ein immaterieller Schaden ist, weil sonst der Gläubiger durch eine Willensbetätigung sein Vermögen mehren könnte.¹⁷ Ungeachtet dessen ist vor diesem Hintergrund die **Interventionswaren-Entscheidung** des BGH zweifelhaft. Die deutsche Interventionsstelle kaufte Agrarerzeugnisse zu festgelegten Interventionspreisen auf und gab diese Interventionsbestände im Rahmen der jeweils geltenden Bestimmungen ab. Zwar sollte auf Seiten der Interventionsstelle durch diese Geschäfte kein Gewinn erzielt werden. Jedoch wäre durch den Wiederverkauf zumindest eine Teilamortisation der Investitionen erfolgt. Demnach bestand für die Interventionsstelle als Gläubigerin der Leistung zumindest die Möglichkeit einer Teilamortisation. Diese Möglichkeit kann zwar bezüglich des anzusetzenden Vermögenswertes, nicht jedoch grundsätzlich von derjenigen bei Geschäften mit Gewinnerzielungsabsicht unterschieden werden. Es zeigt sich somit, dass die **Interventionsware-Entscheidung** mit der Konstruktion einer Kommerzialisierung von Amortisationsmöglichkeiten nicht in Einklang zu bringen ist.

Auch die **Diskothecken-Entscheidung** ließe sich mit dieser Konzeption der Rentabilitätsvermutung nicht vereinbaren. Qualifiziert man den Verlust einer Amortisationsmöglichkeit von Investitionen als positiven Schaden, so besteht dieser unabhängig von dem Verhältnis der Investition zu dem Austausch der Vertragsleistungen. Demnach ist es widersprüchlich, wenn der BGH das Bestehen der Möglichkeit einer Amortisation nur für solche Investitionen annimmt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Leistungsaustausch stehen. Denkbar wäre allenfalls, bei Bemessung des Schadens, also bei der Bewertung der Amortisationsmöglichkeit, zwischen den einzelnen Investitionen zu unterscheiden. Dies kann jedoch nicht nach dem juristischen Kriterium des Verhältnisses der Investition zum Synallagma von Leistung und Gegenleistung, sondern nur in betriebswirtschaftlicher Betrachtung des Einzelfalls erfolgen.

Es zeigt sich damit, dass die Rechtsprechung des BGH zur Rentabilitätsvermutung auch dann widersprüchlich wäre, wenn man den materiellen Schaden in dem Verlust der Möglichkeit sähe, die Aufwendungen mit der Leistung wieder zu erwirtschaften.

¹⁷ Siehe dazu oben im zweiten Abschnitt E.III.

3. Vermutung eines entgangenen Gewinns beim Gläubiger

Teilweise wird hinter der Rentabilitätsvermutung auch eine Konstruktion gesehen, bei der die grundsätzlich nicht ersatzfähigen Aufwendungen Investitionen darstellen, die sich bei ordnungsgemäß erbrachter Leistung als Gewinn des Gläubigers amortisiert hätten.¹⁸ Frustrierte Aufwendungen des Gläubigers würden damit in einen nach § 252 S. 1 BGB ersetzbaren entgangenen Gewinn umgeschichtet. Im Ergebnis knüpft diese Konstruktion an die Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB an und entwickelt diese zu einer Vermutung weiter. In der Tat spricht die von der Rechtsprechung verwendete Terminologie der „Rentabilität“ sowie die Formulierung, dass der Gläubiger „die aufgewendeten Kosten ... nicht wieder hereinbekommen hätte“,¹⁹ für diesen dogmatischen Ansatz als Grundlage der Rentabilitätsvermutung.

Bei dieser Begründung wären auch die Ablehnung eines Aufwendungsersatzes durch den BGH in seiner **Interventionsware-** und **Stadthallen-Entscheidung** konsequent: Können frustrierte Aufwendungen nur unter dem Gesichtspunkt eines (vermuteten) entgangenen Gewinns ersatzfähig sein, so scheidet ein Ersatzanspruch in den Fällen, in denen die Vermutung aufgrund immaterieller Zweckverfolgung oder defizitärer Geschäftsgestaltung nicht zum tragen kommen kann, von vornherein aus, ohne dass es einer Widerlegung der Vermutung durch den Schuldner bedürfte.

Abgesehen davon, dass die Vermutung einer Rentabilität von Aufwendungen durch einen durch sie später erzielbaren Gewinn die Realität des Wirtschaftsverkehrs verkennt²⁰ und allenfalls retrospektiv möglich wäre,²¹ wäre bei dieser dogmatischen Anbindung der Rentabilitätsvermutung die Einschränkung, die der BGH in der **Diskothecken-Entscheidung** hinsichtlich der ersatzfähigen Aufwendungen vorgenommen hat, fehlerhaft.²² Stellt der BGH in dieser Entscheidung fest, dass eine Rentabilitätsvermutung nur für solche Aufwendungen gelten kann, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung stehen, so bewirkt dies im Ergebnis eine Aufspaltung von Aufwendungen in solche, de-

¹⁸ *Altmeyen*, DB 2001, 1403; *Gsell*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 323; *Müller-Laube*, JZ 1995, 539; *Müller*, Aufwendungsersatz, 50; *Schiemann*, Schadensrecht, 65 f.; *Stoll*, JZ 2001, 596 Fn. 36.

¹⁹ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (198); BGH, Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (197).

²⁰ Dies erkannte auch der BGH im Urteil v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193 (466).

²¹ *Müller-Laube*, JZ 1995, 542.

²² Ähnlich *Müller-Laube*, JZ 1995, 540, der von einer Unverträglichkeit der Entscheidung mit dem Grundgedanken einer Umschichtung von Aufwendungen in den entgangenen Gewinn spricht.

ren Rentabilität vermutet werden kann und solche, für die der Gläubiger den Beweis des entgangenen Gewinns – wenn auch mit Hilfe der Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB – zu erbringen hat. Der Gewinn einer Unternehmung setzt sich jedoch immer aus der Summe verschiedener Investitionen zusammen und kann in den wenigsten Fällen auf einzelne Aufwandsposten zurückgeführt werden.²³ Insbesondere bei einer Diskothek ist anzunehmen, dass auch und gerade die Investitionen in den Umbau der Räumlichkeiten zur Rentabilität des Geschäftes führen. Im Übrigen gilt das bereits Gesagte, dass das rein juristische Verhältnis einer Aufwendung zum Synallagma kein taugliches Kriterium ist, um Investitionen den betriebswirtschaftlichen Kategorien der Rentabilität oder Unrentabilität zuzuordnen.

4. Zwischenergebnis

Die vorhergehenden Erörterungen zeigen, dass die Rechtsprechung des BGH zur Rentabilitätsvermutung keine gesicherten Rückschlüsse auf das hinter ihr stehende Begründungsmodell zulassen. Die bisherigen Entscheidungen sind jedenfalls in ihren Begründungen schadensdogmatisch nicht miteinander in Einklang zu bringen. Dies mag zwar auch darauf zurückzuführen sein, dass sie von unterschiedlichen Senaten getroffen wurden. Jedoch hat kein Senat diese Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung erkannt und zum Anlass genommen, gemäß § 132 Abs. 2 GVG die Frage nach Reichweite, Inhalt und Umfang und damit zugleich Begründung der Rentabilitätsvermutung dem Großen Senat für Zivilsachen vorzulegen. Es ist also davon auszugehen, dass auch innerhalb des Bundesgerichtshofes die Vorstellung herrscht, die Entscheidungen zum Ersatz frustrierter Aufwendungen nach der Rentabilitätsvermutung lägen auf einer einheitlichen Linie. Solange dies der Fall ist, kann keine zuverlässige Aussage über die Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes getroffen werden.

II. Die Systemwidrigkeit der Beschränkung auf kommerzielle Zielsetzungen

Neben der vorgehend geäußerten rein dogmatischen Kritik, die die Handhabung der Rentabilitätsvermutung durch die Rechtsprechung hervorruft, findet auch die dabei erzeugten Ergebnisse in den Wertungen des BGB keine Stütze.

²³ Müller-Laube, JZ 1995, 540.

Zunächst bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Rentabilitätsvermutung als eine über diejenige des § 252 S. 2 BGB hinaus gesteigerte Beweiserleichterung für den Gläubiger und der damit einhergehenden Verlagerung von Investitionsrisiken auf den Schuldner für den Fall, dass er die Vermutung nicht widerlegen kann. Eine Rechtfertigung dieser Konstruktion scheint nur dann möglich, wenn man mit Hinweis auf den Parteiwillen in der Vermutung lediglich einen Anhaltspunkt für die Bemessung des Wertes der Leistung und damit des Erfüllungsinteresses des Gläubigers sieht. Doch auch diese Annahme geht an der Realität des Wirtschaftslebens vorbei, glauben die Vertragsparteien doch oftmals, ein lohnendes Geschäft abgeschlossen zu haben und somit für die eigene Leistung – sei es aufgrund eines Wissensvorsprungs oder besonderen Verhandlungsgeschicks – mehr als nur deren wirtschaftlichen Gegenwert mit der Gegenleistung zu erhalten. Denkbar ist auch, dass sich die Vertragsparteien darüber bewusst sind, dass Leistung und Gegenleistung unausgewogen vereinbart wurden, dies aber aufgrund von Spekulationsabsichten oder einem besonderen Liebhaberwert auf Seiten einer der Vertragsparteien hinnehmen.²⁴

Dieser Kritikpunkt beruht jedoch lediglich auf einer subjektiven Einschätzung des Wirtschaftslebens und kann nicht anhand der Prinzipien des BGB untermauert werden. Aber auch im Hinblick auf die Wertungen des Gesetzes sind die Ergebnisse der Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch den BGH angreifbar.

Schon eine Beschränkung der Rentabilitätsvermutung auf gegenseitige Verträge könnte man allenfalls mit dem Argument rechtfertigen, dass der Gesetzgeber durch die Regelungen der §§ 521, 599, 690 BGB²⁵ andeutet, dass der Schuldner eines einseitig verpflichtenden Vertrags einen höheren Schutz genießt, als der Schuldner im Synallagma. Allerdings kann dies mit Blick auf Auftrags- oder Bürgschaftsverträge nicht als eines der Prinzipien des BGB angesehen werden.

Für die Unanwendbarkeit der Rentabilitätsvermutung bei Verträgen mit immaterieller Zielsetzung des Gläubigers, die aufgrund der Sanktionslosigkeit von Vertragsbrüchen²⁶ und der Versagung jeglichen Dispositionsschutzes²⁷ zu einer Diskriminierung²⁸ dieser Verträge

²⁴ *Canaris*, JZ 2001, 516.

²⁵ Diese Vorschriften wurden von der Schuldrechtsmodernisierung nicht tangiert.

²⁶ *Leonhard*, AcP 199 (1999), 681; *Müller*, Aufwendungsersatz, 99; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2, § 28 II.3.

²⁷ *Müller-Laube*, JZ 1995, 540.

²⁸ *Canaris*, JZ 2001, 516.

führt, findet sich keinerlei Stütze in den Grundsätzen des BGB.²⁹ Ein sachlicher Grund für diese durch die bisherige Rechtsprechung im Ergebnis bestehende einseitige Bevorzugung des Gläubigers mit kommerziellen Absichten³⁰ ist damit nicht ersichtlich. Die Fortgeltung der Rentabilitätsvermutung hätte damit auch eine Fortsetzung dieser Diskriminierung zur Folge. Zwar stehen Gläubiger mit ideeller Zwecksetzung aufgrund der Einführung von § 284 BGB nicht mehr schutzlos da; Parteien eines gegenseitigen Vertrags, die kommerzielle Interessen verfolgen, würden jedoch durch die Rentabilitätsvermutung privilegiert, weil ihnen die Möglichkeit eröffnet würde, ihre frustrierten Aufwendungen nach § 284 BGB oder im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung zu liquidieren.

B. Lückenfüllung durch § 284 BGB

Die oben aufgezeigten Schwächen der Rentabilitätsvermutung in ihrer Handhabung durch die Rechtsprechung des BGH waren sicherlich nicht unüberwindbar. Einerseits wäre eine Korrektur der dogmatischen Konzeption der Rentabilitätsvermutung durch die Rechtsprechung selbst denkbar gewesen. Andererseits hätte die Rentabilitätsvermutung auch mit der Entscheidung ad acta gelegt werden können, dass der Gläubiger im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung das Wahlrecht zwischen dem Ersatz seines positiven oder negativen Interesses zugestanden wird. Letztere Möglichkeit hat sich der BGH jedoch in der **Stadthallen-Entscheidung** ausdrücklich abgelehnt.³¹

Der Gesetzgeber ist all dem jedoch zuvor gekommen und hat mit § 284 BGB eine Regelung geschaffen, die den oben aufgezeigten Schwachpunkten der Rentabilitätsvermutung abhilft. Der Gläubiger kann nach einer Pflichtverletzung des Schuldners unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen verlangen, ohne dass es darauf ankäme, ob er mit der ihm ursprünglich vom Schuldner versprochenen Leistung kommerzielle, konsumtive oder sonst immaterielle Zwecke verfolgte. Auch spielt es nach der Regelung des § 284 BGB keine Rolle, ob der Gläubiger seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet war oder lediglich ein einseitiges Rechtsgeschäft vorliegt. Weiterhin hat sich auch die durch die **Diskothecken-Entscheidung** aufgeworfene Frage erübrigt, ob die Rentabi-

²⁹ Wiedemann, FS Hübner, 729.

³⁰ Leonhard, AcP 199 (1999), 680.

³¹ BGH, Urteil v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182 (201).

litätsvermutung nur für solche Aufwendungen eingreift, die zumindest in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Leistung des Schuldners stehen.

Im Gegenzug enthält § 284 BGB die Einschränkung, dass der Gläubiger nur solche Aufwendungen ersetzt bekommt, die er *billigerweise machen durfte*. Zwar kamen auch im Rahmen der Widerlegung der Rentabilitätsvermutung Schutzwürdigkeitsaspekte zum Tragen, die Schutzwürdigkeit des Gläubigervertrauens auf den Erhalt der Leistung ist nun maßgebliches Kriterium für einen Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB und geht über die vom BGH angeführten Fälle der Widerlegung der Rentabilitätsvermutung hinaus. Diese sinnvolle Einschränkung des Anspruches auf Ersatz frustrierter Aufwendungen würde umgangen, wenn Gläubiger, die mit der Leistung kommerzielle Ziele verfolgen, ihre frustrierten Aufwendungen alternativ im Rahmen ihres positiven Interesses liquidieren könnten.

C. Ergebnis des fünften Abschnitts

Vorgehende Überlegungen zeigen, dass bei fortgesetzter Anwendung der Rentabilitätsvermutung durch die Rechtsprechung die dagegen sprechenden grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf die Begünstigung des Gläubigers, der mit der Leistung Gewinn erzielen möchte, und die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von ersatzfähigen Aufwendungen weiterhin bestehen. Damit sind die Bedenken gegen die Rentabilitätsvermutung nicht vollständig ausgeräumt und folglich hinreichender Anlass, von einer Anwendung dieser Figur neben § 284 BGB neuer Fassung Abstand zu nehmen.

Letztlich bleibt den betroffenen Interessengruppen jedoch nur die Möglichkeit, abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu der Frage des Ersatzes nutzloser Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruches und damit nach der Anwendbarkeit, Reichweite und Begründung der Rentabilitätsvermutung zukünftig verhält.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Mit der Reform des Schuldrechts und der Einführung des § 284 BGB steht dem Gläubiger einer Leistung nun die Möglichkeit offen, Aufwendungen, die durch den Nichterhalt der erwarteten Leistung ihren Zweck verfehlen, unabhängig von den Voraussetzungen der von der Rechtsprechung entwickelten Rentabilitätsvermutung vom Schuldner ersetzt zu verlangen. Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Maßgabe des § 284 BGB ist ein Anspruch des Gläubigers auf Ersatz seines Frustrationsinteresses. Der zu ersetzende Schaden liegt dabei nicht in den Aufwendungen selbst, sondern im Verlust der Möglichkeit, den mit den Aufwendungen verfolgten Zweck zu erreichen. Dieser Schaden ist immaterieller Natur. § 284 BGB ist damit eine alternative Berechnungsmethode zum Schadensersatz statt der Leistung und gleichzeitig eine gesetzlich normierte Ausnahme im Sinne des § 253 BGB.

Der haftungsbegründende Tatbestand § 284 BGB fordert, dass die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ersatz des positiven Interesses vorliegen. Auf einen im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung ersatzfähigen Schaden auf Seiten des Gläubigers kommt es dagegen nicht an.

Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB sind freiwillige Vermögensopfer des Gläubigers. Damit fällt auch eine vom Gläubiger bereits erbrachte Gegenleistung unter den Aufwendungsbegriff des § 284 BGB. Frustrierte Aufwendungen kann der Gläubiger aber nur dann nach Maßgabe des § 284 BGB liquidieren, wenn er sie im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat. Darüber hinaus fordert der Tatbestand des § 284 BGB, dass ein Ersatz der Aufwendungen der Billigkeit entspricht. Dem Gläubiger sind demnach seine frustrierten Aufwendungen nur dann zu ersetzen, wenn sein Vertrauen in den Erhalt der Leistung schutzwürdig war. Dies erfordert einen vom Schuldner veranlassten Vertrauenstatbestand, der dann entsteht, wenn der Gläubiger mit Sicherheit von der Entstehung der Leistungsverpflichtung ausgehen durfte.

Bestand zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendungen schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers in den Erhalt der Leistung, so erfolgt im Rahmen der Billigkeitsprüfung eine Abwägung der Parteiinteressen anhand aller Umstände des Einzelfalles. Wichtige Abwägungskriterien sind dabei das Verhältnis der Aufwendungen zum Leistungsinteresse des Gläubigers,

die Erkennbarkeit der Aufwendungen für den Schuldner sowie die Aufschiebbarkeit der Aufwendungen.

Sieht man in § 284 BGB eine schadensrechtliche Haftungsausfüllungsnorm ist, so ist nur der tatsächlich durch die Pflichtverletzung des Gläubigers entstandene Schaden in Form der Frustration des Gläubigers ersatzfähig. Sind die Investitionen des Gläubigers lediglich teilweise verfehlt, muss anhand der Umstände des Einzelfalles ermittelt werden, in welchem Umfang die Frustration des Gläubigers besteht. § 284 HS 2 BGB ordnet an, dass der Einwand der hypothetischen Kausalität des Schuldners stets beachtlich ist. Der Schuldner kann sich von einer Ersatzpflicht für die Frustration der Aufwendungen befreien, wenn er darlegt und beweist, dass der unmittelbare Zweck der Aufwendungen auch ohne seine Pflichtverletzung nicht erreicht worden wäre. Verfolgt der Gläubiger mit der Leistung kommerzielle Interessen, so kann der Schuldner sich auch durch den Beweis entlasten, dass der Gläubiger mit der Aufwendung keinen Gewinn erzielt hätte. Darüber hinaus kann die unmittelbar anwendbare Vorschrift des § 254 BGB eine Minderung des Ersatzanspruches des Gläubigers nach sich ziehen.

Mit Hilfe des § 284 BGB erhält der Gläubiger den Verkehrswert seiner Aufwendungen ersetzt. Einen mit der frustrierten Aufwendung erworbenen Gegenstand muss der Gläubiger an den Schuldner herausgeben. Diese Verpflichtung ist Zug um Zug gegen den Ersatz der Aufwendungen zu erfüllen. Entscheidet sich der Gläubiger für einen Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen, so kann er grundsätzlich wählen, ob er eine von ihm geschuldete Gegenleistung noch erbringen möchte und dafür vom Schuldner eine Kompensation im Höhe des Verkehrswertes erhält oder ausschließlich den Ersatz seiner Aufwendungen verlangt.

Mit Einführung des § 284 BGB besteht eine spezialgesetzliche Grundlage für den Ersatz frustrierter Aufwendungen. Die Rentabilitätsvermutung der Rechtsprechung ist damit obsolet und sollte im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung keine Anwendung mehr finden.

Fazit

Die Regelung des § 284 BGB ist das Ergebnis des begrüßenswerten Versuches des Gesetzgebers, dem Gläubiger einer Leistung einen Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen zu gewährleisten und so die Ungleichbehandlungen der von der Rechtsprechung praktizierten Rentabilitätsvermutung aufzuheben. Auch die dadurch erfolgte Abkehr von einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Rahmen eines Anspruchs auf das positive Interesse nach einer Pflichtverletzung des Schuldners hin zu einer grundsätzlichen Berücksichtigung auch immaterieller Interessen des Gläubigers stellt meiner Ansicht nach einen wesentlichen Fortschritt im Recht der Leistungsstörungen dar. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber anhand von § 284 BGB bewiesen, dass es möglich ist, frustrierte Aufwendungen im Rahmen einer schadensdogmatisch konsistenter Konzeption ersatzfähig zu machen.

Auch hat die vorliegende Untersuchung gezeigt, dass sich trotz der Tatbestandsmerkmale der Billigkeit und der Frage der hypothetischen Zweckverfehlung im Rahmen des § 284 HS 2 BGB, die auf den ersten Blick ein Potential an Rechtsunsicherheit aufweisen, mit einer an herkömmlichen Grundsätzen orientierten Abwägung der Parteiinteressen vernünftige und sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen. Unklar bleibt lediglich die Zukunft der Rentabilitätsvermutung. Diese Frage kann nur durch eine höchstrichterliche Entscheidung beantwortet werden.

Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger*: Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399
- Amann, Hermann/Brambring, Günter/Hertel, Christian*: Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, München 2002 (zit.: *Amann/Brambring/Hertel*, Schuldrechtsreform)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herber (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Christoph Ann, Heinz Georg Bamberger, Jörn Becker u.a., München 2003 (zit.: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*).
- Becker, Christoph*: Vertragliche Schuldverhältnisse – Eine Fallsammlung mit Lösungen in Gegenüberstellung von neuem und altem Schuldrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2002 (zit.: *Becker*, Schuldverhältnisse)
- Bodewig, Theo*: Rechtsfolgen vorvertraglichen Verschuldens bei Abbruch von Vertragsverhandlungen, Jura 2001, 1
- Borgmann, Brigitte/Haug, Karl*: Anwaltshaftung, 3. Aufl., München 1995
- Brinkner, Jürgen*: Die Dogmatik des Vermögensschadensersatzes, Berlin 1982 (zit.: *Brinkner*, Vermögensschadensersatz)
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*: Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger 1992 (zit.: *BMJ*, Abschlussbericht)
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971 (zit.: *Canaris*, Vertrauenshaftung)
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815
- Däubler-Gmelin, Herta*: Die Entscheidung für die sogenannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281

- Dauner-Lieb, Barbara/Arnold, Arnd/Dötsch, Wolfgang/Kitz, Volker*: Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (abrufbar unter: http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/Schuldrechtsreform.pdf)
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.)*: Anwaltkommentar Schuldrecht, bearbeitet von Ulrich Bührenbender, Barbara Dauner-Lieb u.a., Bonn 2002 (zit.: *AnwKom-BGB-Bearbeiter*)
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.)*: Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, bearbeitet von Arnd Arnold, Ulrich Bührenbender u.a., Bonn 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Schuldrecht)
- Deutsch, Erwin*: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1996
- Dörner, Heinrich/Staudinger, Ansgar*: Schuldrechtsmodernisierung, Systematische Einführung – synoptische Gesamtdarstellung, Baden-Baden 2002
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger*: Modernisiertes Schuldrecht, München 2002 (zit.: *Ehmann/Sutschet*, Schuldrecht)
- Erman*: Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Harm Peter Westermann, bearbeitet von Lutz Aderhold, Robert Battes, Detlev Belling u.a., 10. Aufl., Münster 2000 (zit.: *Erman-Bearbeiter*)
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*: Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil in 2 Teilbänden, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000 (zit.: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I 2)
- Fleischer, Holger*: Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766
- Graf v. Westphalen, Friedrich*: Nach der Schuldrechtsreform: Neue Grenzen für Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, BB 2002, 209
- Grigoleit, Hans Christoph*: Neuregelung des Ausgleichs „frustrierter“ Aufwendungen (§ 284 BGB): Das ausgefallene Musical, ZGS 2002, 122
- Grunewald, Barbara*: Bürgerliches Recht, 5. Aufl., München 2002
- Grunewald, Barbara*: Die Haftung des Anwalts für fehlerhafte Beratung des Mandanten nach neuem Recht, AnwBl 2002, 258

Grunewald, Barbara: Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433

Gsell, Beate: Aufwendungsersatz nach § 284 BGB in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis, bearbeitet von Barbara Dauner-Lieb, Beate Gsell, Barbara Grunewald u.a., Köln, Berlin, Bonn, München 2002 (zit.: *Gsell*, Aufwendungsersatz, in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Schuldrecht)

Gsell, Beate: Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 105 (zit.: *Gsell*, Jb.J.ZivRWiss. 2001)

Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger: Das neue Schuldrecht, München 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Schuldrecht)

Henssler, Martin/Graf v. Westphalen, Friedrich (Hrsg.): Praxis der Schuldrechtsreform unter Mitarbeit von Christian Bereska, Klaus Brisch, Helge Dedek u.a., Recklinghausen 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Henssler/Graf v. Westphalen, Schuldrechtsreform)

Herholz, Felix: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 131 (1929), 257

Hoeren, Thomas/Martinek, Michael (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, bearbeitet von Michael Bohm, Matthias Malzer u.a., Recklinghausen 2002 (zit.: *Hoeren/Martinek-Bearbeiter*, SKK)

Hohloch, Gehard: Allgemeines Schadensrecht, Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts? (§§ 249-255) in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, 375 (zit.: *Hohloch*, Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts)

Homann, Stefan: Typische Probleme des Schadensersatzrechts und ihre systematische Einordnung, JuS 2002, 554

Hoyningen-Huene, Gerrick v.: Die Billigkeit im Arbeitsrecht, München 1978 (zit.: *v. Hoyningen-Huene*, Billigkeit)

Huber, Peter/Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung, München 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung)

Huber, Ulrich: Leistungsstörungen, Bd. I und II, Tübingen 1999

- Keuk, Brigitte*: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972 (zit.: *Keuk*, Vermögensschaden)
- Kindl, Joachim*: Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, 1313
- Kittner, Michael*: Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge, München 2002 (zit.: *Kittner*, Schuldrecht)
- Köhler, Helmut/Fritzsche, Jörg*: Fälle zum neuen Schuldrecht, München 2002
- Koller, Ingo/Roth, Herbert/Zimmermann, Reinhard*: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Koller/Roth/Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002)
- Koziol, Helmut*: Rechtmäßiges Alternativverhalten – Auflockerung starrer Lösungsansätze in Festschrift für Erwin Deutsch, Köln, Berlin, Bonn, München 1999, 179 (zit.: *Koziol*, FS Deutsch)
- Kropholler, Jan*: Studienkommentar BGB, 6. Aufl., München 2003 (zit.: *Kropholler*, Studienkomm-BGB)
- Küppers, Karsten*: Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1976 (zit.: *Küppers*, Verdorbene Genüsse)
- Lange, Hermann*: Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit.: *Larenz*, Schuldrecht I)
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd., Besonderer Teil, 1. Hlbbd., 13. Aufl. München 1986 (zit.: *Larenz*, Schuldrecht II/1)
- Larenz, Karl*: Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR 1963, 312
- Larenz, Karl*: Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähiger Schaden in Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, 151 (zit.: *Larenz*, FG Oftinger)
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 1995 (zit.: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre)
- Leonhard, Marc*: Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung, AcP 1999 (199), 660
- Leser, Hans*: Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975 (zit.: *Leser*, Rücktritt)

- Lindacher, Walter*: Definitivität und Reversibilität der Gläubigerentscheidung nach § 326 BGB, JZ 1980, 48
- Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas*: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 (zit.: *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht)
- Löwe, Walter*: Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen, VersR 1963, 307
- Löwe, Walter*: Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?, NJW 1964, 701
- Mattheus, Daniela*: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, JuS 2002, 209
- Medicus, Dieter*: Schadensersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593
- Medicus, Dieter*: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2002 (zit.: *Medicus*, Schuldrecht)
- Meincke, Jens Peter*: Besprechung von Hans-Bernhard Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, AcP 179 (1979), 170
- Mertens, Hans-Joachim*: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Berlin, Köln, Mainz 1967 (zit.: *Mertens*, Vermögensschaden)
- Messer, Herber/Schmitt, Ralph*: Zum Umfang der Rentabilitätsvermutung und zu vorvertraglichen und vordeliktischen Aufwendungen in Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, 425 (zit.: *Messer/Schmitt*, FS Hagen)
- Motive* zu den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Bd. II, Das Recht der Schuldverhältnisse, Bd. III, Sachenrecht), 2. Aufl., Berlin 1896 (zit.: *Motive II/III*)
- Müller, Georg*: Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, Berlin 1991 (zit.: *Müller*, Aufwendungsersatz)
- Müller, Klaus*: Der Anspruch auf Aufwendungsersatz im Rahmen von Schuldverhältnissen, JZ 1968, 769
- Müller-Laube, Hans-Martin*: Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JZ 1995, 538
- Münch, Joachim*: Die „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, Jura 2002, 361

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Kurt Rebmann, Roland Rixecker und Franz Jürgen Säcker, bearbeitet von Peter Bydlinski, Volker Emmerich u.a., 4. Aufl., München 2000 ff. (zit.: *MüchKomm-Bearbeiter*)
- Musielak, Hans-Joachim*: Grundkurs BGB, 7. Aufl., München 2002
- Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix*: Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin, Heidelberg, New York 2002 (zit.: *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse)
- Olzen, Dirk/Wank, Rolf*: Die Schuldrechtsreform – Eine Einführung, 2002 (zit.: *Olzen/Wank*, Schuldrechtsreform)
- Otto, Hansjörg*: Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungsrechts, Jura 2002, 1
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller u.a., 62. Aufl., München 2003 (zit.: *Palandt-Bearbeiter*)
- Rauscher, Thomas*: Anmerkung zu BGH Beschluss v. 9.7.1986 - GSZ 1/86, NJW 1987, 54
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*: Schadensersatzverpflichtung aus Verschulden bei Vertragsschluss nach Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, ZIP 1989, 1093
- Roth, Wulf-Henning*: Der Vergütungsanspruch bei schlechter Leistung im Recht der freien Berufe, VersR 1979, 494
- Schiemann, Gottfried*: Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981 (zit.: *Schiemann*, Schadensrecht)
- Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk (Hrsg.)*: Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, bearbeitet von Wilhelm-Albrecht Achilles, Ingrid Anders u.a., Neuwied, Kriftel 2002 (zit.: *Bearbeiter* in Schimmel/Buhlmann, Schuldrecht)
- Schmidt, Eike*: Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Lange, Hermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber, Tübingen 1993, 423 (zit.: *Schmidt*, FS Gernhuber)
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*: Das neue Schuldrecht – Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln, Berlin, Bonn München 2002 (zit.: *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht)
- Schulze, Reiner (Schriftleitung)*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, bearbeitet von Heinrich Dörner, Ina Ebert u.a., 2. Aufl., Baden-Baden 2002 (zit.: *Hk-BGB-Bearbeiter*)
- Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz*: Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002 (zit.: *Schwab/Witt*, Schuldrecht)

- Schwarze, Roland*: Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, Jura 2002, 73
- Soergel, Hans*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, bearbeitet von Jürgen Baur, Dagmar Coester-Waltjen u.a., 13. Aufl., Berlin, Köln, Mainz 1999 ff. (zit.: *Soergel-Bearbeiter*), 12. Aufl., Berlin, Köln, Mainz 1987 ff. (zit.: *Soergel-Bearbeiter*, 12. Aufl.)
- Staudinger, Julius v.*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Band, Teil 1c, 10./11. Aufl., bearbeitet von Günther Beitzle, Hans Berg u.a., 1954 ff. (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*, 10./11. Aufl.), 13. Aufl., bearbeitet von Karl-Dieter Albrecht, Hermann Amann u.a., 1993 ff. (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*)
- Stoll, Hans*: Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589
- Stoll, Hans*: Schädigung durch Vertragsschluss in Festschrift für Erwin Deutsch, Köln, Berlin, Bonn, München 1999, 361 (zit.: *Stoll*, FS Deutsch)
- Stoll, Hans*: Anmerkung zu BGH Urteil v. 10.12.1986 - VIII ZR 349/86, JZ 1987, 517
- Stoll, Hans*: Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht in Festschrift für Konrad Duden, München 1977, 641 (zit.: *Stoll*, FS Duden)
- Stoll, Heinrich*: Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929), 141
- Ströfer, Joachim*: Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982 (zit.: *Ströfer*, Schadensersatz)
- Tolk, Martin*: Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977 (zit.: *Tolk*, Frustrierungsgedanke)
- Tuhr, Andreas v.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Leipzig 1910 (zit.: *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil)
- Tuhr, Andreas v.*: Rezension von Fischer, Hans Albrecht, Der Schaden nach dem BGB, KritVJSchr 47 (1906), 63
- Ullrich, Hanns*: Lohngewähr oder Mängelgewährleistung, NJW 1984, 584
- Venzmer, Kurt*: Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München 1960 (zit.: *Venzmer*, Mitverursachung)

Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Das Schuldrecht 2002, bearbeitet von Petra Buck u.a., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002 (zit.: *Westermann-Bearbeiter*, Schuldrecht)

Wiedemann, Herbert: Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Festschrift für Heinz Hübner, Berlin, New York 1984, 719 (zit.: *Wiedemann*, FS Hübner)

Wiedemann, Herbert/Müller, Georg: Anmerkungen zu BGHZ 114, 193, JZ 1992, 467

Wilmowsky, Peter v.: Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, JuS Beilage zu Heft 1/2002 (zit.: *Wilmowsky*, JuS Beilage 1/2002)

Zeuner, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963), 380

Zimmer, Daniel: Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1