

1. Ausdrückliche Anordnung

Wenn in einer Norm ausdrücklich festgelegt wurde, dass sie entgegen widersprechenden DBA angewendet werden soll, liegt unzweifelhaft ein TO vor⁵⁰. Dies geschieht durch Formulierungen wie „durch die Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht berührt werden“ oder „ungeachtet des Abkommens“⁵¹.

2. Implizite Anordnung

Auch ohne ausdrücklichen Gesetzeswortlaut geht die innerstaatliche Norm stets vor, wenn ein entsprechender gesetzgeberischer Wille zum Überschreiben des DBA zum Ausdruck kommt⁵². Das Überschreiben eines früheren Gesetzes – so Petraschek schon 1932 – setzt das „Bewusstsein des Schöpfers des späteren Gesetzes voraus, das durch dasselbe das frühere Gesetz berührt werden könnte“⁵³. Es kann also für eine implizite Anordnung eines TO nur darauf ankommen, dass das gesetzgeberische Bewusstsein, durch Überschreiben eines DBA eine Rechtsfolge und somit ein TO herbeizuführen, zweifelsfrei ermittelbar ist.

50 Scherer, Besteuerung, 45; auch BFH BStBl. II 1995, 129f. m. w. N. nimmt mit dem Hinweis auf die explizite Anordnung eines Widerspruchs zum DBA keine Auslegung vor.

51 Haase, in: Haase, II Einl. Rn. 60.

52 BFH BStBl. II 2002, 819, 821.

53 Petraschek, 296.

3. Fehlende Anordnung

Wenn weder eine ausdrückliche noch eine implizite Anordnung zum Überschreiben eines DBA vorliegt, besteht Uneinigkeit, ob die allgemeinen Konkurrenzregeln gelten oder ob § 2 AO als spezielle Regel heranzuziehen ist.

a) Allgemeine Konkurrenzregeln

Werden ranggleiche Normen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen erlassen, ist zu fragen, zu welchem Zweck die neue Norm erlassen wurde⁵⁴. Für die Auslegung des Willens des Gesetzgebers⁵⁵ ergeben sich die allgemeinen Konkurrenzregeln *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori*⁵⁶. Im Schrifttum wird teilweise versucht, ausschließlich diese Konkurrenzregeln zur Lösung der Problematik fruchtbar zu machen⁵⁷.

(Der Beitrag wird fortgesetzt; zweiter Teil abrufbar unter www.hamburger-rechtsnotizen.de.)

54 Larenz/Canaris, 27.

55 So zu *lex posterior* bereits Englisch, 48.

56 Siehe zur Natur dieser Konfliktlösungsregeln Vranes, ZaöRV 65 (2005), 391 ff., insb. 399.

57 Frotscher, Rn. 49; Scherer, 27.

Olaf Muthorst*

Kosten eines Deckungskaufs sind kein Verzögerungsschaden

BGB § 280 Kosten eines Deckungskaufs sind nur als Schadensersatz statt der Leistung, nicht als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig.

Nimmt der Gläubiger einen Deckungskauf vor, so kann er auch dessen Mehrkosten nur unter den Voraussetzungen des §§ 280 I, III, 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt verlangen; diese Kosten sind nicht als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig.

BGH, Urteil vom 03.07.2013 – VIII ZR 169/12, BGHZ 197, 357–366 = NJW 2013, 2959

Sachverhalt

Am 31.10.2007 kaufte K von V 2 Mio. Liter Biodiesel zum Preis von 66 € pro Liter. Die Lieferung war für die Zeit von April bis September 2008 vereinbart. Im Juni 2008 teilte V mit, zur Lieferung der bis dahin noch ausste-

henden 1,5 Mio. Liter wegen Insolvenz des Zulieferers nicht in der Lage zu sein. K beschaffte sich daraufhin bei anderen Lieferanten Biodiesel, musste dafür aber einen gegenüber dem Vertrag mit V höheren Literpreis hinnehmen, da das Preisniveau gegenüber dem Vorjahr gestiegen war. Dadurch wendete K 500.000 € mehr auf, als er bei Belieferung mit der gleichen Menge durch V hätte aufwenden müssen. Nachdem K den V erfolgreich auf Erfüllung verklagt hatte, lieferte V doch noch die ausstehenden Mengen zum vereinbarten Preis. Gleichwohl verlangt K nun Ersatz der 500.000 € Mehrkosten, die ihm durch die Bestellungen bei den anderen Lieferanten entstanden waren.

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

Problemaufriss

Leistet der Schuldner nicht freiwillig, was er versprochen hat, darf sich der Gläubiger nicht selbst nehmen, was ihm zusteht, sondern er muss, will er den Schuldner zur Erfüllung zwingen, sich gegen den Schuldner einen Vollstreckungstitel verschaffen und aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 705, 794 ZPO). Eine Möglichkeit, einen solchen Vollstreckungstitel zu bekommen, ist die Leistungsklage.

Der Gläubiger hat aber auch andere Möglichkeiten, auf die Pflichtverletzung des Schuldners zu reagieren. Insbesondere kann er vom Schuldner Schadensersatz verlangen (§§ 280 ff., 311a II BGB). Gemeinsame Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlagen ist ein wirksames Schuldverhältnis, eine Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen auf Seiten des Schuldners. Ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, hängt von der Art des Schadensersatzes ab, den der Gläubiger verlangt: Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger gemäß § 280 III BGB nur unter den Voraussetzungen der §§ 281-283, 311a II BGB verlangen, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gemäß § 280 II BGB nur bei Schuldnerverzug (§ 286 BGB). Nur ein Schaden, der weder als Schadensersatz statt der Leistung noch als Verzögerungsschaden ersatzfähig ist, ist nach § 280 I BGB zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall waren ursprünglich die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I 1, 2 BGB gegeben. Diese Vorschriften waren – jedenfalls hinsichtlich der Restmenge – direkt und nicht i. V. m. § 437 Nr. 3 BGB anwendbar, weil nicht die gelieferte Menge zu gering, sondern vereinbarte Lieferungen ausgeblieben waren.¹ Einer Fristsetzung bedurfte es gemäß § 281 II, 1. Fall BGB nicht, weil V die Weiterbelieferung (die durch die Insolvenz des Zulieferers zwar erschwert, aber keineswegs unmöglich oder unzumutbar geworden war, zumal V als Schuldner einer Gattungsschuld gemäß § 276 I 1 BGB das Beschaffungsrisiko trägt) ernsthaft und endgültig verweigert hatte. Da K einen solchen Schadensersatz aber nicht verlangt hatte, war er nicht gemäß § 281 IV BGB gehindert, den V weiterhin auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Nachdem V die ausstehenden Mengen geliefert hatte, stellte sich die Frage eines Schadensersatzes statt der Leistung nicht mehr: Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erlischt, wenn der Schuldner die ursprünglich geschuldete Leistung erbringt.²

Mit der Lieferung der ausstehenden Mengen hat V zwar das geleistet, wozu er sich vertraglich verpflichtet hatte,

aber er hat später als vereinbart (erst nach der Verurteilung) geleistet. Als V die Belieferung verweigerte, geriet er gemäß § 286 I 1 BGB in Verzug, wofür es gemäß Abs. 2 Nr. 3 keiner Mahnung bedurfte. Damit kann K von V Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen. Dieser Anspruch blieb von der späteren Erfüllung unberührt. K macht ihn geltend, weil er sich infolge des vorübergehenden Ausbleibens der Lieferung durch V anderweitig eindecken musste und dabei ungünstigere Konditionen hinzunehmen hatte. Fraglich ist aber, ob diese Mehrkosten als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig sind.

Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof verneint diese Frage. Er steht damit im Einklang mit allen im Schrifttum vertretenen Ansichten, die allerdings unterschiedliche Begründungen formulieren. Die überwiegende Ansicht betont, der Gläubiger stelle durch das Deckungsgeschäft den Zustand her, der bei Naturalleistung des Schuldners bestünde. Das Deckungsgeschäft sei die endgültige Ersetzung der geschuldeten Leistung, die ihrerseits durch den Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werde. Die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts seien daher nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.³

Nach anderer Ansicht sind die Kosten eines Deckungsgeschäfts ein Verzögerungsschaden, wenn das Deckungsgeschäft zu einer Zeit getätigt wird, zu der auch der Erfüllungsanspruch noch bestand. Als Schadensersatz statt der Leistung sei nur zu ersetzen, was durch das endgültige Ausbleiben der Erfüllung entgehe.⁴ Trotzdem seien Kosten eines Deckungsgeschäfts nach § 254 BGB nicht ersatzfähig, wenn der Gläubiger es vornimmt, obwohl er noch Erfüllung verlangen kann, denn dann überwiege sein Verursachungsbeitrag durch das vorzeitige Deckungsgeschäft den des Schuldners.⁵ Jedenfalls sei zu verlangen, dass der Gläubiger die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung bereits geschaffen habe und die dem Käufer gesetzte Nachfrist abgelaufen sei.⁶

Obwohl nach allen Begründungen die Klage im vorliegenden Fall unbegründet war, schließt sich der BGH ausdrücklich der ersten Ansicht an: Die Mehrkosten des Deckungskaufs seien kein Begleitschaden, sondern nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.⁷ Andern-

³ Otto, in: Staudinger, 2009, § 280 Rn. E 39; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, 2009, § 286 Rn. 176; Dauner-Lieb, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2012, § 280 Rn. 65; Ernst, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 118; Grigoleit/Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), 727 (736 f.).

⁴ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (154 ff.); Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254 ff.).

⁵ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (255 f.).

⁶ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 ff., 168).

⁷ BGHZ 197, 357 Rn. 27.

¹ Zur Abgrenzung Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 434 Rn. 53; Westermann, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 434 Rn. 48.

² BGHZ 197, 357 Rn. 29; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 281 Rn. 49.

falls erhalte der Gläubiger im wirtschaftlichen Ergebnis die doppelte Menge zu dem vom Schuldner gewährten Preis.⁸

Diese Begründung ist wenig aussagekräftig⁹, und der vom BGH formulierte Obersatz löst zwar den zu entscheidenden Fall im Ergebnis überzeugend, ist aber, wie sich zeigen wird, viel zu allgemein formuliert.

Will man über die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten des Deckungsgeschäfts entscheiden, muss man sich vor Augen führen, dass das Deckungsgeschäft selbst schon eine Form des Schadensersatzes ist. Der Gläubiger wendet eigene Mittel auf, um ein Manko auszugleichen (nicht anders, als wenn sich das Unfallopfer in eine Heilbehandlung begibt).¹⁰ Dieses Manko besteht in der Vermögensbilanz bezogen auf die Zeit: Solange der Schuldner nicht leistet, leidet der Gläubiger unter einer Differenz zwischen dem, was ihm versprochen worden ist (die vertragliche Leistung), und dem, was er bekommen hat (nichts), weil die Leistung bis jetzt ausgeblieben ist, obwohl er sie eigentlich schon längst genießen sollte (sie sich also verzögert). Das Deckungsgeschäft beseitigt die Einbuße in der Bilanz aber nur für die Zukunft. Die bereits erlittene Verspätung wird durch das Deckungsgeschäft nicht kompensiert. Wenn der Gläubiger die Kosten für das Deckungsgeschäft ersetzt verlangt, verlangt er also Kompensation für die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung für die Zukunft, nicht für die Differenz zwischen pünktlicher und verspäteter Leistung. Damit ist umgekehrt klar, dass der

Gläubiger in den Fällen, in denen der Schuldner die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung durch (Nach-)Erfüllung aufhebt, die Kosten für das Deckungsgeschäft als solche nicht ersetzt verlangen kann.

Es gibt aber keinen Grund, den Schuldner vom Ersatz des Verspätungsschadens immer dann freizustellen, wenn der Gläubiger ein Deckungsgeschäft tätigt. Vielmehr muss dem Gläubiger ersetzt werden, was ihm in seinem Vermögen noch immer aufgrund des Umstandes fehlt, dass der Schuldner nicht pünktlich geleistet hat. Dieses Minus kann durchaus auch darin bestehen, dass der Gläubiger sich auf die Schnelle zu ungünstigen Konditionen eindecken musste. Für die Ersatzfähigkeit von *Mehr*-Kosten des Deckungsgeschäfts kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob diese adäquat kausal auf die *Verspätung* der geschuldeten Leistung zurückzuführen sind, also etwa wenn die Mehrkosten daraus resultieren, dass der Gläubiger nunmehr auf eine besonders schnelle Belieferung angewiesen ist.¹¹

Im hier entschiedenen Fall ergaben sich die Mehrkosten daraus, dass die geschuldete Leistung gegenüber dem Vertragspreis im Wert gestiegen war. Die Mehrkosten korrespondieren also einem Mehr-Wert, den der Gläubiger sich erkaufte. Sie haben ihren Grund deshalb nicht in der Verspätung der geschuldeten Leistung. Im Ergebnis wurde dem Gläubiger daher zu Recht insoweit kein Schadensersatz zugesprochen.

⁸ BGHZ 197, 357 Rn. 28; zustimmend *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 16/2013 Anm. 1; *Looschelders*, JA 2013, 865 (866).

⁹ Kritisch auch *Hilbig-Lugani*, NJW 2013, 2961.

¹⁰ *Gsell*, LMK 2013, 353035 (2 b cc); *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (736).

¹¹ Konkretisiert man die Schadensposition in dieser Weise, stellt sich auch kein Abstimmungsproblem gegenüber der den §§ 281-283 BGB zugrunde liegenden Wertung der „zweiten Andienung“, vgl. *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB, § 280 Rn. 52; *Looschelders*, Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers als Schadensersatz statt der Leistung, JA 2013, 865 (867).

Olaf Muthorst*

Umfang der Rechtskraft bei Beratungsfehlern

ZPO § 322 Verschiedene Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch bilden keine selbstständigen Streitgegenstände.

Ist über eine Klage rechtskräftig entschieden, mit der Schadensersatz wegen eines Beratungsfehlers bei einer Kapitalanlage begehrt wurde, so ist eine erneute Klage, die auf einen anderen Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch gestützt wird, wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig.

BGH, Urteil vom 22.10.2013 – XI ZR 42/12, NJW 2014, 314–316

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

Sachverhalt

Am 21.11.2003 ließ sich K bei der B-Bank (B) über Kapitalanlagen beraten. Aufgrund dieser Beratung investierte K 252.000 € in einen Fond. Da sich der Fond nicht wie erwartet entwickelte, nahm K die B auf Schadensersatz in Höhe von 252.000 € Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Anlage in Anspruch und machte geltend, er sei nicht anleger- und objektgerecht beraten worden. Die Klage wurde mit Urteil vom 23.01.2008 rechtskräftig abgewiesen. Am 10.8.2009 verklagte K die B erneut auf