



HEMMER / WÜST

# SCHADENSERSATZRECHT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

8. Auflage

# E-BOOK SKRIPT SCHADENSERSATZRECHT II

Autoren: Hemmer/Wüst

**8. Auflage 2020**

ISBN: 978-3-86193-910-8

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK SKRIPT SCHADENSERSATZRECHT II

### § 6 ALLGEMEINES ZUM SCHADENSERSATZ

#### A. Allgemeines

#### B. Schadensersatzarten

##### I. Schadensersatz *statt* und Schadensersatz *neben* der Leistung

##### II. Zuordnung der einzelnen Schäden zum Schadensersatz *satt* bzw. *neben* der Leistung

###### 1. Schadenstypologische Abgrenzung nach Äquivalenz- und Integritätsinteresse

###### a) Abgrenzung nach Schadenskategorien (Äquivalenz- bzw. Integritätsinteresse)

###### b) Kritik

###### 2. Abgrenzung nach dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck der (Nach)-Fristsetzung bzw. sog. „dynamische Abgrenzung“

###### a) Wortlaut: Schadensersatz „statt“ der Leistung

###### b) Sinn und Zweck der (Nach)Fristsetzung

###### 3. Ansicht des BGH zum mangelbedingten Betriebsausfallschaden

###### 4. Abgrenzung beim Deckungskauf

###### a) Ansicht des BGH

###### b) Neuer Ansatz: Vorverlagerung des Schadenseintritts

#### C. Verhältnis des allg. Schuldrechts zum Mängelrecht

##### I. Fehlende Konkurrenz zu Gewährleistungsregelungen

##### II. Abgrenzung zum kaufrechtlichen Mängelrecht

##### III. Verhältnis zum werkvertraglichen Mängelrecht

##### IV. Verhältnis zum mietvertraglichen Gewährleistungsrecht

##### V. Verhältnis zum Reisevertragsrecht

### § 7 SCHADENSERSATZ STATT DER LEISTUNG

#### A. Überblick über die Anspruchsgrundlagen

#### B. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht vertragsgemäßer Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB

##### I. Voraussetzungen

###### 1. Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung

###### a) Wirksamer Anspruch auf die Leistung

###### b) Fälligkeit des Anspruchs

###### c) Einredefreiheit des Anspruchs

###### 2. Möglichkeit der Leistung

###### 3. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung

###### a) Fristsetzung

- b) Abmahnung statt Fristsetzung
- c) Entbehrlichkeit der Fristsetzung
- 4. Vertretenmüssen
- 5. Im gegenseitigen Vertrag: Eigene Vertragstreue des Gläubigers
- 6. Ersatzfähiger Schaden
  - a) Primäranspruch erlischt mit dem Zugang des Verlangens nach Schadensersatz statt der Leistung
  - b) Schadensermittlung
  - c) Schadensberechnung

### C. Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit

#### I. Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung, § 275 BGB

1. Objektive und subjektive Unmöglichkeit
2. Ursachen für die Unmöglichkeit
  - a) Naturgesetzliche Unmöglichkeit
  - b) Juristische Unmöglichkeit
  - c) Zweckerreichung
  - d) Zweckfortfall
  - e) Zweckstörung
  - f) Absolutes Fixgeschäft
  - g) Moralische Unmöglichkeit
  - h) Faktische Unmöglichkeit, § 275 II BGB
  - i) „Wirtschaftliche“ Unmöglichkeit
  - j) Unmöglichkeit bei Gattungsschulden
3. Vorübergehende Unmöglichkeit
4. Darlegungs- und Beweislast

#### II. Schadensersatz statt der Leistung wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nach § 311a II S. 1 BGB

1. Schuldverhältnis trotz anfänglicher Möglichkeit der Leistung, § 311a I BGB
2. Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung
3. Keine Widerlegung der Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis
4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

#### III. Schadensersatz statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB

1. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung
2. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens des Schuldners, § 280 I S. 2 BGB
3. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

### D. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282, 241 II BGB

- I. Bestehen eines Schuldverhältnisses
- II. Pflichtverletzung nach § 241 II BGB
- III. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens
- IV. Unzumutbarkeit für den Gläubiger
- V. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

## **E. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 376 I S. 1 HGB**

- I. Allgemeines**
- II. Voraussetzungen**

## **§ 8 ERSATZ VON VERZÖGERUNGSSCHÄDEN**

- I. Schuldverhältnis**
- II. Nichtleistung als Pflichtverletzung, § 280 I S. 2 BGB**
- III. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens**
- IV. Zusätzliche Voraussetzung: Vorliegen von Schuldnerverzug, §§ 280 II, 286 BGB**
  - 1. Fälliger, einredefreier Anspruch**
  - 2. Mahnung oder Entbehrlichkeit der Mahnung**
    - a) Mahnung**
    - b) Entbehrlichkeit der Mahnung**
    - c) Verzug 30 Tage nach Rechnungslegung nach § 286 III BGB**
- V. Rechtsfolge: Ersatz des Verzögerungsschadens**
- VI. Verzugszinsen bei Geldschulden, § 288 BGB**
- VII. Pauschale Erstattung von Rechtsverfolgungskosten, § 288 V BGB**
- VIII. Unabdingbarkeit von § 288 I bis V BGB, wenn der Schuldner ein Unternehmer ist, § 288 VI BGB**
- IX. Verjährung**
  - 1. Voraussetzungen**
  - 2. Die Voraussetzungen im Einzelnen**

## **§ 9 ERSATZ SONSTIGER SCHÄDEN**

- I. § 280 I BGB bei Verletzung leistungsbezogener Pflichten**
  - 1. Anwendbarkeit**
  - 2. Bestehen eines Schuldverhältnisses**
  - 3. Pflichtverletzung**
  - 4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB**
  - 5. Rechtsfolge: Schadensersatz**
- II. Schadensersatz wegen der Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten**
  - 1. Anwendbarkeit**
  - 2. Bestehen eines Schuldverhältnisses**
  - 3. Pflichtverletzung**
    - a) Schutzpflichtverletzung**
    - b) Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten**
    - c) Verletzung von Mitwirkungspflichten**
  - 4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB**
  - 5. Schaden**
  - 6. Verjährung**

## **§ 10 SCHADENSERSATZ WEGEN VORVERTRAGLICHER PFLICHTVERLETZUNG**

## **A. Einleitung**

**I. Entstehungsgeschichte**

**II. Rechtsgrundlage**

## **B. Die Voraussetzungen der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB**

**I. Die Anwendbarkeit der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB**

**1. Abgrenzung der c.i.c. zum Sachmängelrecht**

**2. Abgrenzung zur Anfechtung**

**3. Abgrenzung zum allgemeinen Schuldrecht**

**4. Abgrenzung zum Vertretungsrecht**

**a) Abgrenzung zur Anscheinsvollmacht**

**b) Anwendbarkeit der c.i.c. bei fehlender bzw. beschränkter Vertretungsmacht**

**5. Die Anwendbarkeit der c.i.c. im Hinblick auf entgegenstehende gesetzliche Wertungen**

**a) c.i.c. und Minderjährigenrecht**

**b) c.i.c. und Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB**

**II. Vorliegen eines Schuldverhältnisses**

**1. Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr. 1 BGB**

**2. Anbahnung eines Vertrages, § 311 II Nr. 2 BGB**

**3. Ähnliche geschäftliche Kontakte, § 311 II Nr. 3 BGB**

**4. Haftung Dritter aus c.i.c., § 311 III BGB**

**a) Die Eigenhaftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen**

**b) Prospekthaftung**

**III. Pflichtverletzung**

**1. Die Verletzung von Schutzpflichten**

**2. Der Abbruch von Vertragsverhandlungen**

**a) Verschulden bei den Vertragsverhandlungen**

**b) Vertrauenshaftung**

**c) Formbedürftige Verträge: Vorsätzliches Schaffen eines Vertrauenstatbestandes erforderlich**

**3. Der Abschluss unwirksamer Verträge**

**4. Der Abschluss inhaltlich nachteiliger Verträge**

**IV. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB**

**V. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität**

**VI. Verjährung und anspruchskürzendes Mitverschulden**

## **C. Der Umfang des Ersatzanspruchs**

## **§ 11 SONSTIGE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN**

**A. § 678 BGB**

**B. §§ 989, 990 BGB**

**C. Notstand**

**I. § 228 S. 2 BGB: Defensiv-Notstand**

**II. § 904 S. 2 BGB: Aggressiv-Notstand**

**WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER**

## § 6 ALLGEMEINES ZUM SCHADENSERSATZ

### A. Allgemeines

Zentraler Begriff des Rechts der Leistungsstörungen ist die Pflichtverletzung. Ein Schadensersatzanspruch kommt nur dann in Betracht, wenn der Schuldner eine sich aus dem Schuldverhältnis ergebende Pflicht verletzt hat. Unter einer Pflichtverletzung ist ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners zu verstehen.

1

Als mögliche Pflichtverletzungen kommen hier die Nichtleistung und die Schlechtleistung in Betracht: Bei der Nichtleistung leistet der Schuldner überhaupt nicht, im Fall der Schlechtleistung leistet er zwar, jedoch entspricht die Leistung nicht der vertraglich vereinbarten Qualität.

Die Gemeinsamkeit der verschiedenen Arten der Leistungsstörungen liegt darin, dass *neben* oder *anstelle* des auf Erfüllung gerichteten Anspruchs ein Anspruch auf Schadensersatz tritt.

Neben dem Schadensersatzanspruch kommt oft auch ein Rücktritt als Sanktion für die Pflichtverletzung in Betracht. Gemäß § 325 BGB schließen sich der Rücktritt und der Schadensersatz nicht aus.

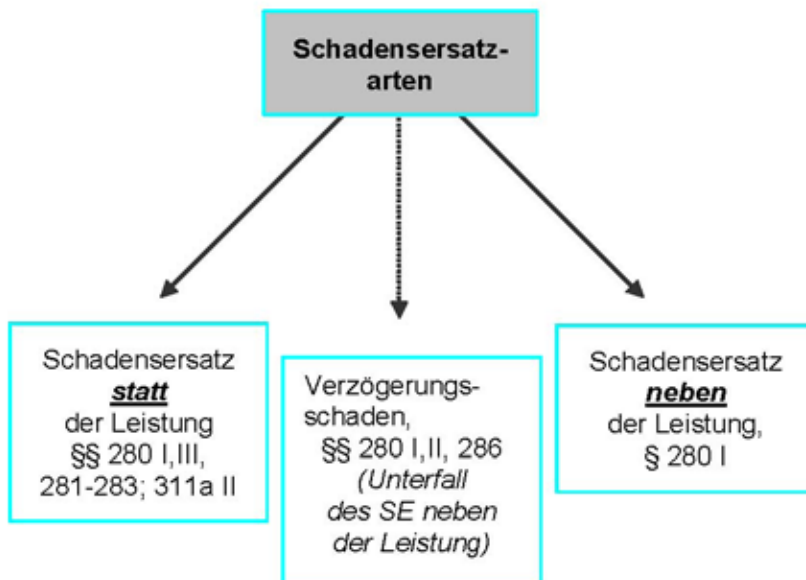
### B. Schadensersatzarten

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

In § 280 I - III BGB werden drei verschiedene Schadensersatzarten unterschieden: Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 III BGB), Verzögerungsschäden (§ 280 II BGB) und Ersatz sonstiger Schäden.

2

#### Übersicht zu den Schadensersatzarten:



Diese drei Schadensersatzarten sind strikt zu trennen, da die jeweiligen Schadensarten nur unter unterschiedlichen Voraussetzungen ersetzt werden.

Beim Schadensersatz statt der Leistung muss regelmäßig eine Nachfrist für die Leistung gesetzt worden sein, vgl. § 281 I S. 1 BGB. Ersatz des Verzögerungsschadens kann gemäß § 280 II BGB nur bei Vorliegen von Schuldnerverzug, d.h. grundsätzlich nur wenn eine Mahnung nach § 286 I BGB gegeben ist, verlangt werden.

Der Ersatz sonstiger Schäden setzt als Auffangtatbestand nur eine vom Schuldner zu vertretende Pflichtverletzung voraus, vgl. § 280 I BGB.

Die Aufgabe in der Klausur besteht darin, die begehrten Schadensposten in diese drei Schadensarten einzuordnen. Erst wenn



feststeht, was für ein Schadensersatz begehrt wird, können die Voraussetzungen für seinen Ersatz festgelegt und geprüft werden.

3

**hemmer-Methode:** Hier ist ein rechtsfolgenorientiertes Arbeiten angebracht: Zunächst ist das Begehren des Anspruchstellers in die oben genannten Kategorien einzuteilen. Dann können die für das Begehren in Betracht kommende(n) Anspruchsgrundlage(n) bestimmt werden. Schließlich muss geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage(n) tatsächlich vorliegen. An diesem Prüfungsablauf sollte man sich zumindest gedanklich strikt halten. Häufig ist gerade die Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten problematisch: d.h. welcher Schadensposten ist unter den Voraussetzungen welcher Anspruchsgrundlage zu ersetzen.

Beim Schadensersatz statt der Leistung tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung. Die Primärleistung wird nicht mehr erbracht, stattdessen hat der Schuldner Schadensersatz zu leisten. Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz statt der Leistung sind die §§ 280 I, III, 281-283; § 311a II S. 1 BGB.

4

Verzögerungsschäden sind solche Schäden, die durch eine verspätete Leistung entstehen, d.h. sie können durch eine nachträgliche Leistung nicht mehr beseitigt werden. Der Ersatz richtet sich nach den §§ 280 I, II, 286 BGB.

5

**hemmer-Methode:** Der Ersatz der Verzögerungsschäden ist eigentlich keine eigene Schadensersatzart, sondern ein Unterfall des Schadensersatzes neben der Leistung. § 280 II BGB möchte nur klarstellen, dass (zusätzlich) die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen müssen.

§ 280 I BGB erfasst schließlich alle Schadensposten, die keinen Schadensersatz statt der Leistung und keinen Verzögerungsschaden darstellen.

6

## II. Zuordnung der einzelnen Schäden zum Schadensersatz statt bzw. neben der Leistung

Zu der Frage der Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung zu sonstigem Schadensersatz haben sich mehrere Ansichten herausgebildet.<sup>1</sup>

### 1. Schadenstypologische Abgrenzung nach Äquivalenz- und Integritätsinteresse

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzes soll der Begriff Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle des bisherigen Begriffs des „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung“, also des positiven Interesses treten.

9

Es müsse gefragt werden, ob der Schadensposten **funktional** an die Stelle der Leistung tritt oder aber neben diese.<sup>2</sup>

#### **a) Abgrenzung nach Schadenskategorien (Äquivalenz- bzw. Integritätsinteresse)**

Eine stark an das alte Recht angelehnte Auffassung grenzt nach Schadenskategorien ab. Der Gläubiger hat mit seinem vertraglichen Erfüllungsanspruch einen Anspruch erworben, der sein Äquivalenzinteresse, also das Austauschinteresse, schützt. Bleibt die Leistung des Schuldners in irgendeiner Disziplin hinter der Zusage zurück, kommt ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch in Betracht.<sup>3</sup>

9a

Danach wäre Schadensersatz **statt** der Leistung dann zu gewähren, wenn es um das Interesse des Käufers geht, eine vollwertige, zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Sache zu erhalten („**Äquivalenzinteresse**“). Im Mängelrecht würde hierunter der sog.

1 Ausführlich zu den einzelnen Ansichten **Tyroller/Fürbaß**, Schadensersatz „statt der Leistung oder doch „neben der Leistung“?, **Life&Law 09/2014, 686 ff.** **Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden** ([www.hemmer-club.de](http://www.hemmer-club.de)) **und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.**

2 Schmidt-Kessel in Prütting/Wegen/Weinrich, 8. Auflage, § 280 BGB, Rn. 41; Erman, § 280 BGB, Rn. 15.

3 Bredemeyer, „Der Regelungsbereich von § 280 BGB“, ZGS 2010, 10 ff.

„Mangelschaden“ fallen, der in diesem Fall funktional an die Stelle der Leistung tritt.

Zum Schadensersatz **neben** der Leistung würden dann zum Beispiel beim Kaufvertrag all diejenigen Schäden gehören, die der Käufer an anderen Rechtsgütern (und Vermögen) als der Kaufsache dadurch erleidet, dass er diese im Vertrauen auf ihre Mangelfreiheit in Betrieb genommen hat („**Integritätsinteresse**“ bzw. sog. „Mangelfolgeschaden“). In dieser Konstellation trete der Schaden funktional neben die Leistung.

## b) Kritik

Dieser Ansatz ist abzulehnen, da er nicht zielführend ist und zu widersprüchlichen Ergebnissen führt.

9b

(1) Diese Unterscheidung ist zum einen nicht immer verlässlich. Die Begriffe Äquivalenz- und Integritätsinteresse sind nahezu nicht objektivierbar, weshalb es sehr schwierig ist, mit abschließender Sicherheit festzustellen, ob ein Schadensposten als Äquivalent der Leistung an deren Stelle tritt. In der Literatur werden diese Begriffe daher sehr kritisch betrachtet, da diese „nicht zur Klärung, sondern zur Verwirrung“ führen.<sup>4</sup>

Auch das Gesetz spricht gegen eine derartige Abgrenzungsmethode. Die §§ 280, 281 BGB stellen gerade nicht darauf ab, ob ein Schaden am Vertragsgegenstand selbst oder an anderen Rechtsgütern des Geschädigten aufgetreten ist. Das Gesetz teilt die Schadensgruppen vielmehr unter dem Gesichtspunkt ein, ob eine Fristsetzung sinnvoll ist (dann § 281 BGB) oder eben nicht (dann § 280 BGB).<sup>5</sup>

(2) Besonders deutlich wird die Schwäche dieses Abgrenzungsansatzes beim Problem des sog. „**weiterfressenden Mangels**“.

Ein Weiterfressermangel ist ein Mangel, der bei Gefahrübergang auf einen Teil des Kaufgegenstandes begrenzt ist und nach Gefahrübergang die weitere Beschädigung oder Zerstörung der **Kaufsache selbst** herbeiführt.<sup>6</sup> Da es sich beim **Weiterfresserschaden** um einen Schaden an der Kaufsache selbst handelt, ist damit eigentlich das **Äquivalenzinteresse** betroffen. Hat sich ein Mangel seit Gefahrübergang vergrößert oder sich auf andere Teile der Kaufsache ausgedehnt, so erstreckt sich die Nacherfüllung nämlich auch auf die hieraus resultierenden Schäden.<sup>7</sup> Der Nacherfüllungsanspruch erfasst damit auch den Weiterfresserschaden (Motor), selbst wenn zunächst nur die Zylinderkopfdichtung defekt war. Da es sich um einen Schaden an der Kaufsache selbst handelte und dieser durch eine hypothetisch ordnungsgemäße Nacherfüllung hätte behoben werden können, muss es sich um einen Schaden handeln, der durch das endgültige Ausbleiben der Leistung entstanden ist. Im Kaufrecht handelt es sich daher um einen **Schaden statt der Leistung**.

Allerdings bejaht die Rechtsprechung in diesen Fällen i.R.d § 823 I BGB auch das Vorliegen einer Eigentumsverletzung, wenn der ursprüngliche Mangelunwert mit dem Weiterfresserschaden nicht stoffgleich war, es also noch verletzungsfähiges Resteigentum gab.<sup>8</sup> Im Falle des § 823 I BGB ist jedoch stets das Integritätsinteresse betroffen. Der Weiterfresserschaden betrifft also zum einen die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (also das positive Interesse) und stellt damit im Mängelrecht einen Schaden statt der Leistung dar. Gleichzeitig soll bei verletzungsfähigem Resteigentum eine Eigentumsverletzung und damit eine Verletzung des Integritätsinteresses vorliegen. Da im Deliktsrecht aber stets nur das negative Interesse ersetzt wird, kommt man mit den Begriffen Äquivalenzinteresse/Integritätsinteresse bzw. positives Interesse/negatives Interesse bei der Frage der Abgrenzung von Schadensersatz statt bzw. neben der Leistung nicht wirklich weiter.

(3) Unterstrichen wird diese Erkenntnis bei den Schäden, die infolge der Unmöglichkeit der Leistung eintreten. Unabhängig von der Schadenskategorie ist es im Hinblick auf § 275 BGB denknotwendig, dass alle durch die Unmöglichkeit verursachten Schadenspositionen als Schaden statt der Leistung ersetzt werden müssen.

Nach zutreffender Ansicht stellt sich die **Abgrenzungsfrage** zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung **nur in den Fällen des § 281 BGB und des § 282 BGB**. Bei Unmöglichkeit sind hingegen alle Schäden unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung gem. § 275 IV BGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB (nachträgliche Unmöglichkeit) bzw. i.V.m. § 311a II BGB (anfängliche Unmöglichkeit) zu ersetzen (str.).

## 2. Abgrenzung nach dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck der (Nach)-Fristsetzung bzw. sog. „dynamische Abgrenzung“

Nach richtiger Ansicht ist daher die Abgrenzung nicht nach Schadenskategorien, sondern nach dem Wortlaut bzw. dem Sinn und Zweck der (Nach)Fristsetzung bzw. „dynamisch“ vorzunehmen.

10

### a) Wortlaut: Schadensersatz „statt“ der Leistung

4 Hirsch, JuS 2014, 97 (98); ebenso Lorenz in Festschrift für Leenen, 2012, S. 147 [150].

5 Hirsch, JuS 2014, 97 (98).

6 Masch/Herwig, ZGS 2005, 24, (25) m.w.N.

7 Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 441; Brors, WM 2002, 1780 [1783 f.]; Bamberger/Roth/Faust, § 439 BGB, Rn. 15; Grigoleit, ZGS 2002, 78 ff.; so im Ergebnis auch Masch/Herwig, ZGS 2005, 24 [27 f.].

8 Ausfühlich Tyroller, „Das Problem des „weiterfressenden Mangels“ nach der Modernisierung des Schuldrechts“, Life&Law 10/2005, 710 ff.

Grenzt man nach dem Wortlaut „**statt** der Leistung“ ab und versteht dies i.S.v. „statt der Primärleistung“, würde nur der mangelbedingte Minderwert der Sache (ggf. der Reparaturaufwand) unter den Schadensersatz statt der Leistung fallen.<sup>9</sup>

10a

Für die Zuordnung zu § 280 I BGB (Schadensersatz **neben** der Leistung) bzw. zu §§ 280 I, III, 281 BGB bzw. § 282 BGB (Schadensersatz **statt** der Leistung) sei immer die Kontrollfrage zu stellen, ob beide Ansprüche (Schadensersatz und Erfüllung) nebeneinander bestehen können (Schadensersatz neben der Leistung bzw. Begleitschaden), bzw. ob der geltend gemachte Schaden durch eine ordnungsgemäße Nacherfüllung behoben werden könnte (Schadensersatz statt der Leistung).<sup>10</sup>

### b) Sinn und Zweck der (Nach)Fristsetzung

Die bereits weit verbreitete wohl herrschende Ansicht macht dies ähnlich, nähert sich dem Problem aber aus teleologischer Sicht.<sup>11</sup> Sie klammert sich also nicht an Begriffe wie „Mangelschaden“, Mangelfolgeschaden“, oder „Äquivalenzinteresse“ und „Integritätsinteresse“. Vielmehr sei entscheidend, ob das **Erfordernis der Nachfristsetzung sinnvoll sei oder nicht**.

10b

Die maßgebliche Frage müsse also lauten: „Hätte eine gedachte (Nach)Erfüllung den (bereits eingetretenen) Schaden beseitigt?“<sup>12</sup> Hieran anknüpfend ist entscheidend, dass man sich die hypothetische Nacherfüllung zu einem Zeitpunkt vorstellt, zu dem der konkrete Schaden bereits eingetreten war.<sup>13</sup>

Die Testfrage muss also wie folgt lauten: „Ist der geltend gemachte Schaden zu einem Zeitpunkt eingetreten, in welchem die Leistung noch hätte erbracht werden können und wäre er entfallen, wenn die geschuldete Leistung noch erbracht worden wäre?“<sup>14</sup>

**hemmer-Methode: Teilweise wird diese Abgrenzungsformel dahingehend ergänzt, dass bezüglich der hypothetischen (Nach)Erfüllung auf den „letztmöglichen Zeitpunkt“ abgestellt werden müsse.<sup>15</sup>**

**Dies überzeugt jedoch nicht. Leistung oder Nacherfüllung kann man sich auch zu einem früheren Zeitpunkt vorstellen, ohne dass sich hierdurch das Ergebnis ändert.<sup>16</sup> Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass es sich ohnehin nur um eine hypothetische Nacherfüllung handelt, deren Durchführbarkeit nicht entscheidend ist.**

Lorenz schließt sich in seiner sog. „**Zauberformel**“<sup>17</sup> dieser Abgrenzungsformel wie folgt an: Schadensersatz **statt** der Leistung ist der Schaden, der auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückgeht (Untergang des Erfüllungsanspruchs).<sup>18</sup>

Jeder vor dem endgültigen Ausbleiben der Leistung eingetretene Schaden ist Gegenstand des Schadensersatzes **neben** der Leistung (ggf. in Form des Verzögerungsschadens).

Das Ausbleiben der Leistung kann z.B. beruhen auf einem wirksamen Rücktritt (§§ 346, 349 BGB) oder der Unmöglichkeit der Leistung, § 275 I - III BGB. Grundlage dieser Formel ist das (zeitliche) Nacheinander von Schadensersatz neben der Leistung und Schadensersatz statt der Leistung.<sup>19</sup>

Maßgebliche „Zäsur“ ist allein der Untergang des Erfüllungsanspruchs (= endgültiges Ausbleiben der Leistung). Alle Schäden, welche nach diesem Zeitpunkt eintreten, seien dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen, alle vorherigen Schäden dem Schadensersatz neben der Leistung.

Dies bedeutet, dass ein und derselbe Schaden, je nachdem wann er eintritt, dem Schadensersatz neben der Leistung und dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet werden kann: Wird eine Leistung verspätet erbracht, so ist der durch die Verzögerung entstandene Nutzungsausfallschaden endgültig eingetreten und wird durch die spätere Leistungserbringung nicht behoben, während der nach Rücktritt entstandene weitere Nutzungsausfallschaden auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen und damit Bestandteil des Schadensersatzes statt der Leistung ist.<sup>20</sup>

### 3. Ansicht des BGH zum mangelbedingten Betriebsausfallschaden

Der BGH hat sich zur generellen Frage, wie Schadensersatz neben und statt der Leistung abzugrenzen sind, noch nicht abschlie-

9 Dass zumindest diese Posten unter § 281 BGB fallen, ist unstrittig, vgl. Palandt, § 280 BGB, Rn. 18 m.w.N.

10 Vgl. dazu Reischl, „Grundfälle zum neuen Schuldrecht“, JuS 2003, 250 [25]; Bredemeyer, „Zur Abgrenzung der Schadensarten bei § 280 BGB“, ZGS 2010, 71 ff.; Ostendorf, „Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung“, NJW 2010, 2833 ff.

11 Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, Kap. 5, Rn. 235 f.; Lorenz/Riehm, Rn. 185 f.; U. Huber, Festschrift für Schlechtriem, S. 521 ff. (525 ff.).

12 Staudinger, § 280 BGB, Rn. E 24.

13 Hirsch in JuS 2014, 97 (99).

14 Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 352.

15 Lorenz, in: Egon Lorenz, Karlsruhe Forum 2005 (2006), S. 5 ff. (42); Faust, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. (2012), § 437 BGB, Rn. 56.

16 Hirsch in JuS 2014, 97 (99).

17 Lorenz in Festschrift für Leenen, 2012, S. 147 [151 f.].

18 Lassen Sie sich nicht verwirren. Dem Grunde nach geht es hier um das Gleiche: Bleibt die Leistung endgültig aus, so ergibt eine (Nach-)Fristsetzung freilich keinen Sinn mehr. Lediglich die „Testfrage“ lautet anders.

19 So auch Bach in ZGS 2013, 1 (2).

20 Lorenz in Festschrift für Leenen, 2012, S. 147 [149].

Als geklärt gilt zumindest die Frage, nach welchen Grundsätzen der mangelbedingte Betriebsausfallschaden zu ersetzen ist. Zu unterscheiden sind dabei drei Fälle.

1. Fall: Der Käufer erleidet infolge der mangelhaften Lieferung einen Nutzungsausfall

Nach der Rechtsprechung liegt ein Schadensposten neben der Leistung vor. Selbst wenn der Verkäufer nacherfüllt, bleibt der Nutzungsausfallschaden bestehen; der bereits endgültig entgangene Gewinn lässt sich nicht rückwirkend erzielen, er ist unwiederbringlich verloren.

Anspruchsgrundlage für den Ersatz des Schadens sind nach Ansicht des BGH die §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB und nicht §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB, da kein Verzugsschaden, sondern ein mangelbedingter Folgeschaden vorliegt.

Der Verkäufer wird vor einer verspäteten Mängelanzeige des Käufers ausreichend über § 254 II S. 1 BGB geschützt.<sup>21</sup>

2. Fall: Der Käufer erleidet infolge der Verzögerung der Nacherfüllung einen Nutzungsausfall

Auch hier stellt der Nutzungsausfallschaden einen Schadensposten neben der Leistung dar.

Kausal hierfür war die Verzögerung der Nacherfüllung, sodass als Anspruchsgrundlage die §§ 280 I, II, 286 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB heranzuziehen sind.

3. Fall: Der Käufer erleidet nach erklärtem Rücktritt bis zur Ersatzbeschaffung einen Nutzungsausfall

Nach Ansicht des BGH liegt ab jetzt ein Schadensposten statt der Leistung vor. Mit Erklärung des Rücktritts erlischt der Leistungsanspruch des Käufers; daher sind alle Schäden für die Zeit nach Erklärung des Rücktritts schon sprachlich zwingend Schäden statt der Leistung.

Nach wirksam erklärtem Rücktritt gibt es keine Leistungspflicht mehr; für Schäden danach kann es daher auch keinen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung geben.

Anspruchsgrundlage sind daher die §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB.<sup>22</sup>

#### **4. Abgrenzung beim Deckungskauf**

Umstritten ist die Abgrenzung insbesondere bei Schäden, die dem Gläubiger durch einen Deckungskauf entstehen.

##### **a) Ansicht des BGH**

Mit Urteil vom 03.07.2013 hat sich der BGH im sog. „Biodieselfall“ zum ersten Mal seit der Schuldrechtsmodernisierung mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen die Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft zu ersetzen sind.<sup>23</sup>

Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts können grundsätzlich nur einen Schaden statt der Leistung darstellen und daher nur unter den Voraussetzungen von §§ 280 I, III, 281 BGB geltend gemacht werden.<sup>24</sup>

Verlangt der Käufer die Erstattung der Kosten eines Deckungskaufs, macht er keinen Begleitschaden wegen Verzögerung der Leistung geltend, sondern einen Schaden wegen Ausbleibens der geschuldeten Leistung.

Ein Deckungskauf ist daher eine endgültige Ersetzung der ursprünglich erwarteten Leistung durch eine gleichwertige andere; der Schaden ersetzt funktional die Leistung, so dass ein Schaden statt der Leistung vorliegt. Beschafft sich der Gläubiger die geschuldete Leistung am Markt, stellt er genau den Zustand her (und zwar in Natur), der bei einer Naturalleistung des Schuldners bestünde.

Der BGH stellt daher auf die Frage ab, ob eine Nacherfüllung den eingetretenen Schaden beseitigt hätte. Der wesentliche Unterschied zwischen dem einfachen Schadensersatz und dem Schadensersatz statt der Leistung liegt demnach darin, dass letzterer grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung verlangt werden kann.

Für die Abgrenzung zwischen beiden Schadensarten ist daher maßgeblich, ob der betreffende Schaden durch die Nacherfüllung beseitigt wird. Ist dies der Fall, liege ein Schadensersatz statt der Leistung vor, da dem Verkäufer die Gelegenheit gegeben werden müsse, den Vertrag doch noch zu erfüllen.

Wäre der Gläubiger neben der erfolgreich geltend gemachten Vertragserfüllung berechtigt, zusätzlich die Erstattung der Mehrkosten des eigenen Deckungskaufs unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens zu verlangen (§§ 280 I, II, 286 BGB), so würde er zum Nachteil des Schuldners so gestellt werden, als könnte er die Leistung zu dem vertraglich vereinbarten Preis doppelt verlangen. Dieses „Spiel“<sup>25</sup> ließe sich beliebig oft fortsetzen, sodass V auch die Kosten eines dritten, vierten etc. Deckungskaufs bezahlen müsste.

21 Vgl. dazu BGH, Life&Law 10/2009, 649 ff. = NJW 2009, 2674 ff. = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de))

22 Vgl. dazu BGH, Life&Law 10/2010, 503 ff. = jurisbyhemmer.

23 BGH, Life&Law 10/2013, 723 ff. = NJW 2009, 2674 ff. = jurisbyhemmer.

24 Palandt, § 286 BGB, Rn. 41; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727, 737; Ady, ZGS 2003, 13, 15; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615, 617; Haberzettl, NJW 2007, 1328, 1329; Ostendorf, NJW 2010, 2833, 2838.

25 So Geisler, jurisPR-BGHZivilR 16/2013, Anm. 1 = jurisbyhemmer.

Dadurch wird deutlich, dass Kosten eines Deckungskaufs des Gläubigers, der an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt, nicht neben dieser Leistung als Verzögerungsschaden geltend gemacht werden können.

**hemmer-Methode: Wie der Wortlaut von § 281 I BGB schon sagt, kann der Gläubiger nur alternativ Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Gläubiger kann daher nicht beides verlangen. Deshalb erlischt der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ja auch, wenn er statt der Leistung Schadensersatz verlangt (§ 281 IV BGB). Umgekehrt schließt auch die Erfüllung, auf die K den V erfolgreich in Anspruch genommen hat, einen Anspruch auf Erstattung von (Mehr-)Kosten eines zuvor getätigten eigenen Deckungsgeschäfts aus.**

## b) Neuer Ansatz: Vorverlagerung des Schadenseintritts

Um im Fall des Deckungskaufs zu einem Schadensersatz statt der Leistung zu gelangen, wird in der Literatur ein neuer Ansatz vertreten. Es wird versucht, den Zeitpunkt der Schadensentstehung nach vorne zu verlagern.<sup>26</sup>

13

Grundsätzlich entsteht ein Schaden dann, „wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen im Vergleich zu seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert“ hat.<sup>27</sup>

In Bezug auf den Deckungskauf bedeutet dies, dass der Schaden nicht erst in dem Zeitpunkt entsteht, in welchem der Käufer das Deckungsgeschäft tätigt. Der Schaden ist vielmehr bereits in der Nichterbringung der fälligen Leistung zu sehen, vgl. § 281 I S. 1 BGB.<sup>28</sup>

Hierbei handelt es sich jedoch um einen noch nicht endgültig eingetretenen Schaden. Es ist also auf den unmittelbar aus der Pflichtverletzung resultierenden Schaden abzustellen. Das Verhalten des Geschädigten (= Durchführung des Deckungsgeschäfts) muss in diesem Zusammenhang außer Acht gelassen werden. Hieraus folgt, dass das Deckungsgeschäft nicht der Schaden ist, sondern vielmehr den ersten Schritt zum Schadensersatz statt der Leistung darstellt.

Für die Frage der Abgrenzung ist daher auf das letzte Stadium des Schadens abzustellen, bevor sich der Schaden durch ein aktives Verhalten des Geschädigten „verfestigt“. Im Fall des Deckungskaufs liegt der eigentliche Schaden darin, dass der Kaufgegenstand nicht geliefert wurde, also in der Nichtleistung.

Stellt man die klassische Kontrollfrage (vgl. **Rn. 10b**), ob dieser Schaden (= Kaufgegenstand befindet sich noch nicht im Vermögen des Gläubigers) durch eine (vor dem Deckungskauf durchgeführte) Nacherfüllung beseitigt worden wäre, so würde die Antwort lauten: „Ja!“ Liefert der Schuldner die geschuldete Leistung noch vor dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs, so entfällt der Schaden (Mehraufwand durch Deckungskauf) sehr wohl. Der Kaufgegenstand befindet sich dann im Vermögen des Gläubigers, weshalb dieser keinen Schaden erleidet.

Auch die klassische Abgrenzungsformel kommt somit zum (gewünschten) Resultat (Schadensersatz **statt** der Leistung), wenn man den Eintritt des Schadens zeitlich vorverlagert.

## C. Verhältnis des allg. Schuldrechts zum Mängelrecht

Besondere Probleme bereitet die Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts (§§ 280 ff., 311a II S. 1 BGB) neben dem Mängelrecht. Die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts sind gegenüber den spezielleren Regelungen des Mängelrechts subsidiär.

14

### I. Fehlende Konkurrenz zu Gewährleistungsregelungen

Unzweifelhaft anwendbar ist das allgemeine Schuldrecht, soweit keine spezielleren Vorschriften des besonderen Schuldrechts bestehen. Gemeint sind hierbei Pflichtverletzungen, die als zu vertretende, mangelhafte Leistungen unter das Gewährleistungsrecht fallen würden, für die aber keine gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften bestehen.

15

*Bsp.: Arbeits- bzw. Dienstvertrag, Maklervertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Verwahrungsvertrag, Gefälligkeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag. Aufgrund der Nähe zum Auftragsrecht wäre aber auch z.B. Geschäftsführung ohne Auftrag davon umfasst.*

Für diese Schuldverhältnisse kommt bei einer *Schlechtleistung allein* die Haftung aus § 280 I BGB in Betracht.

26 Hirsch, JuS 2014, 97 ff.

27 BGH, NJW 2009, 685.

28 Hirsch, JuS 2014, 97 (101).

## II. Abgrenzung zum kaufrechtlichen Mängelrecht

In den §§ 434 ff. BGB sind die Rechtsfolgen eines Mangels eingehend geregelt. Das allgemeine Schuldrecht ist durch diese Regelungen verdrängt.

16

Zwar verweisen die §§ 437 Nr. 2, 3 BGB auf das allgemeine Schuldrecht. Es ist aber dennoch zwischen einer direkten und einer Anwendung über die Verweisung des § 437 Nr. 2, 3 BGB zu unterscheiden. Beispielsweise ist die Verjährung unterschiedlich: Für die Mängelansprüche gilt § 438 BGB, für das allgemeine Schuldrecht die regelmäßige Verjährung des § 195 BGB.

Das kaufrechtliche Mängelrecht findet aber nach dem klaren Wortlaut des § 434 BGB erst *ab dem Gefahrübergang* Anwendung. Gemäß § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr grundsätzlich mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über.

Der Übergabe steht es nach § 446 S. 3 BGB gleich, wenn der Käufer in Annahmeverzug gerät. Ein weiterer Tatbestand des Gefahrübergangs findet sich in § 447 BGB: Beim Verkauf geht die Gefahr bereits mit der Absendung der Ware über.

**hemmer-Methode: Beachten Sie aber auch § 475 II BGB, wonach beim Verbrauchsgüterkauf die „käuferfeindliche“ Vorschrift des § 447 I BGB grds. nicht gilt.**

**§ 447 I BGB kommt danach nur in dem kaum praxisrelevanten Fall zur Anwendung, dass der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat.**

Vor dem Gefahrübergang ist das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht nicht anwendbar. Die Folgen einer Schlechtleistung bestimmen sich nach dem allgemeinen Schuldrecht.<sup>29</sup>

## III. Verhältnis zum werkvertraglichen Mängelrecht

Für das Werkvertragsrecht gelten die Ausführungen zum Kaufvertrag entsprechend: Die Anwendung des allgemeinen Schuldrechts über die Verweisungsnorm des § 634 BGB ist von der unmittelbaren Anwendung zu unterscheiden.

17

Die Vorschriften des Gewährleistungsrechts gelten erst ab der Abnahme des Werkes nach § 640 BGB. Vor der Abnahme findet das allgemeine Schuldrecht uneingeschränkt Anwendung.

## IV. Verhältnis zum mietvertraglichen Gewährleistungsrecht

Die Folgen eines Mangel sind beim Mietvertrag in den §§ 536 ff. BGB geregelt. Diese Vorschriften sind abschließend und verdrängen eine Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB. Die § 536 ff. BGB finden aber erst ab Überlassung der Mietsache an den Mieter Anwendung. Vor der Überlassung der Mietsache gilt das allgemeine Schuldrecht.

18

**Bsp.<sup>30</sup>:** *K hatte von V Räume zum Betrieb eines Restaurants gepachtet. Bei den Vertragsverhandlungen hatte V bewusst wahrheitswidrig erklärt, es seien ausreichend Stellplätze vorhanden. Daraufhin hatte K den Mietvertrag mit V abgeschlossen. Zu einer Überlassung der gemieteten Räume an K kam es nicht. Die zuständige Behörde verweigerte gegenüber K die Erteilung der Gaststättenlaubnis, weil entgegen der Erklärung des V nicht genügend Stellplätze vorhanden seien.*

19

*K verlangt von V Schadensersatz statt der Leistung wegen entgangenen Gewinns.*

1. Ein Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung könnte sich aus den **§§ 581 II, 536a I 1. Alt. BGB** ergeben. Ein Pachtvertrag wurde zwischen V und K abgeschlossen. Mangels ausreichender Stellplätze wurde jedoch keine Konzession erteilt. Es lag daher ein anfänglicher Mangel der Mietsache vor. Nach h.M. sind aber die mietvertraglichen Gewährleistungsvorschriften grundsätzlich erst dann anwendbar, wenn die Mietsache dem Mieter übergeben worden ist.

Dafür spricht bereits der eindeutige Wortlaut des § 536 I BGB, auf den § 536a BGB verweist. Vor Überlassung kommt nur der Schadensersatzanspruch aus § 311a II S. 1 BGB in Betracht.

2. Möglicherweise besteht aber ein Schadensersatzanspruch aus **§ 311a II S. 1 BGB**.

29 Zum Konkurrenzverhältnis von Mängelrecht und allgemeinem Schuldrecht nach Gefahrübergang vgl. Tyroller, „Die Konkurrenzen im Zivilrecht Teil II, Life&Law 06/2010, 413, 417 ff.

30 Nach BGH, NJW 1997, 2813 = Life&Law 02/1998, 66 ff. = jurisbyhemmer.

§ 311a II S. 1 BGB müsste aber vorliegend anwendbar sein. Neben § 536a BGB kommt nach allgemeiner Meinung eine Haftung aus § 311a II S. 1 BGB nicht in Betracht, wenn sich der Anspruch auf die anfängliche Unmöglichkeit der Überlassung der Mietsache stützt.

Allerdings finden hier die mietvertraglichen Gewährleistungsvorschriften keine Anwendung, da die Mietsache noch nicht übergeben wurde. § 311a II S. 1 BGB ist somit nicht durch vorrangige Sonderregelungen ausgeschlossen.

Es liegt eine anfängliche Unmöglichkeit der Leistung vor, da die Mietsache nicht in mangelfreiem Zustand überlassen werden kann. V ist von seiner Leistungspflicht, dem K die Sache in mangelfreiem Zustand zu überlassen, nach § 275 I BGB frei geworden.

Dem V müsste dies gemäß § 311a II S. 2 BGB bekannt gewesen sein. § 311a II S. 1 BGB ist folglich grundsätzlich verschuldensabhängig. Denkbar wäre aber die Annahme einer unselbständigen Garantie für die Beschaffenheit der Mietsache. Dann würde V verschuldensunabhängig haften. Für die Annahme einer Garantie bedarf es aber gewichtiger Anhaltspunkte. Diese könnten sich daraus ergeben, dass nach Überlassung der Mietsache eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung eingreift. Jedoch ist den meisten Vermietern diese Garantiehaftung nicht bekannt.

Die Annahme einer Garantie würde deshalb auf eine Fiktion hinauslaufen. Eine Garantiehaftung ist somit abzulehnen. Da V das Vorhandensein der notwendigen Stellplätze arglistig vorgetäuscht hat, ist das Vertretenmüssen gegeben.<sup>31</sup>

Der Schadensersatzanspruch aus § 311a II S. 1 BGB ist grundsätzlich auf Schadensersatz statt der Leistung, also das positive Interesse, gerichtet. Es werden alle kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden Schäden ersetzt. Alternativ kann der Mieter aber Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB verlangen.

3. Denkbar wäre auch ein Anspruch aus den §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB:

Problematisch ist aber die Anwendbarkeit der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB. Sofern die Pflichtverletzung darin liegt, dass sich der Vermieter über seine Leistungsfähigkeit hätte unterrichten müssen, ist § 311a II S. 1 BGB abschließend. Hier hat der Vermieter aber darüber hinaus arglistig vorgetäuscht, dass genügend Stellplätze zur Verfügung stehen. Für diese Pflichtverletzung ist § 311a II S. 1 BGB nicht abschließend. Gegenüber dem arglistig Handelnden besteht kein Bedürfnis für einen Ausschluss der Haftung nach den §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB. Die Voraussetzungen sind unproblematisch gegeben.

## **V. Verhältnis zum Reisevertragsrecht**

Die Vorschriften des Reisevertragsrechts sind abschließend. Die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts sind daneben nicht anwendbar. Die Folgen einer mangelhaften Leistung des Reiseveranstalters bestimmen sich nach den §§ 651i ff. BGB. Dies gilt auch dann, wenn bereits die erste Reiseleistung ausfällt. Für eine Anwendung des allgemeinen Schuldrechts ist beim Reisevertrag kein Raum.

---

31 Vgl. dazu Hemmer/Wüst Schuldrecht BT II, Rn. 21; Reese in JA 2003, 162 ff.; a.A. Ahrens in ZGS 2003, 134 [136 f.], der für eine Haftung aus Garantie plädiert.

## § 7 SCHADENSERSATZ STATT DER LEISTUNG

### A. Überblick über die Anspruchsgrundlagen

Schadensersatz statt der Leistung bedeutet, dass der Schadensersatz an die Stelle der gestörten Leistungspflicht tritt. Der Gläubiger soll dafür entschädigt werden, dass er die geschuldete Leistung in natura endgültig nicht mehr erhält.<sup>32</sup>

21

Grundsätzlich hat der vertragliche Primäranspruch Vorrang vor dem Schadensersatzanspruch. D.h. der Gläubiger kann nicht allein deshalb Schadensersatz verlangen, weil die geschuldete Leistung nicht erbracht wurde. Damit der Gläubiger vom Anspruch auf die Leistung (= Primäranspruch) auf den Schadensersatz statt der Leistung (= Sekundäranspruch) übergehen kann, müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein.

Diese besonderen Voraussetzungen regeln die §§ 281-283 BGB und § 311a II S. 1 BGB.

Grundtatbestand für den Schadensersatz statt der Leistung ist § 281 BGB. Der Gläubiger muss dem Schuldner eine Frist zur Leistung setzen, wenn er Schadensersatz statt der Leistung verlangen will. Dem Schuldner soll noch eine letzte Chance zur Leistung gewährt werden.

22

Wenn feststeht, dass die Leistung endgültig nicht mehr erbringbar ist, ist eine Fristsetzung sinnlos. Bei Unmöglichkeit der Leistung kann deshalb ohne Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden, vgl. § 283 BGB und § 311a II S. 1 BGB.

23

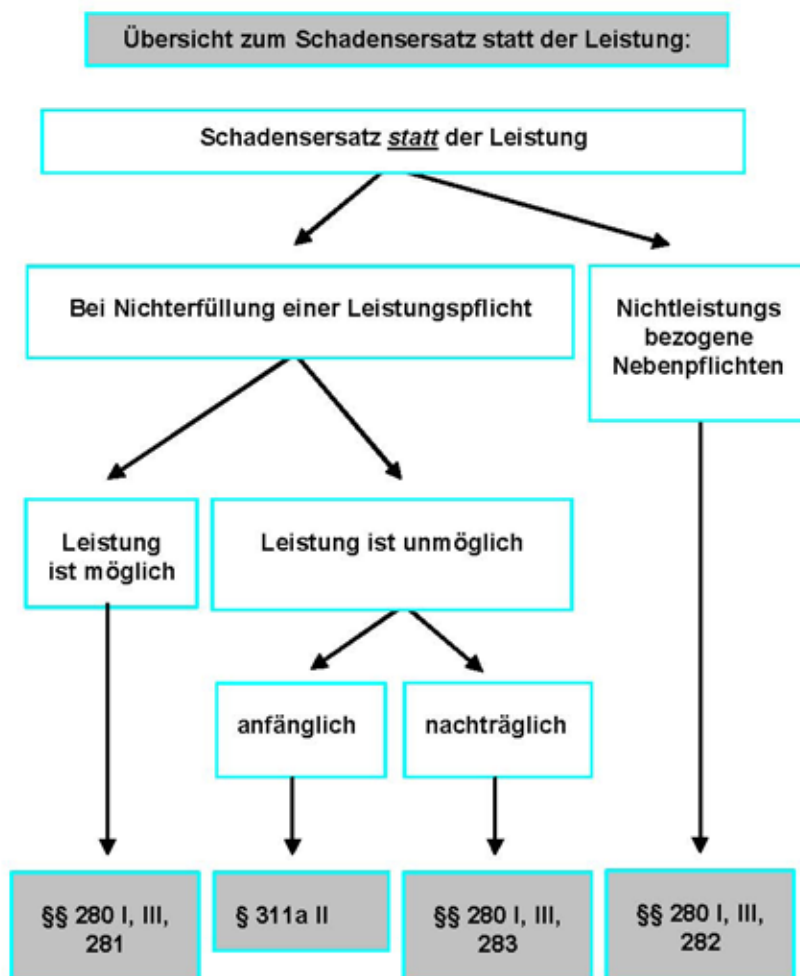
§ 311a II S. 1 BGB regelt den Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit. Anfängliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unerbringbar war.

Nachträgliche Unmöglichkeit bedeutet, dass die Unmöglichkeit nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist. In diesem Fall bestimmt sich der Schadensersatz statt der Leistung nach § 283 BGB.

Schließlich sind Fälle denkbar, in denen der Schuldner zwar leistungswillig und leistungsfähig ist. Dem Gläubiger ist aber die Erbringung der Leistung durch diesen Schuldner unzumutbar, weil der Schuldner nicht leistungsbezogene Nebenpflichten nach § 241 II BGB verletzt hat. Hierfür muss das Vertrauen des Gläubigers in eine ordnungsgemäße Erbringung der Leistung durch den Schuldner grundlegend gestört sein. In diesem Fall kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 282 BGB in Betracht.

24





25

## B. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht vertragsgemäßer Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB

Grundtatbestand für den Schadensersatz statt der Leistung ist § 281 BGB. Erfüllt der Gläubiger eine Leistungspflicht nicht oder nicht vertragsgemäß, kann der Gläubiger grundsätzlich nur dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner vorher eine Nachfrist zur Leistung gesetzt hat.

26

**hemmer-Methode: Jeder der nachfolgenden Ansprüche setzt ein Schuldverhältnis und eine Pflichtverletzung voraus. In diesem an den Rechtsfolgen orientierten Skript steht die jeweilige Pflichtverletzung im Vordergrund.**

### I. Voraussetzungen

1. Schuldverhältnis und *Pflichtverletzung*:  
Nichtleistung bzw. nicht vertragsgemäße Leistung
2. Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung
3. Möglichkeit der Leistung
4. Fristsetzung bzw. Entbehrlichkeit der Fristsetzung
5. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens des Schuldners, § 280 I S. 2 BGB
6. Bei gegenseitigen Verträgen: Eigene Vertragstreue

## 1. Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung

### a) Wirksamer Anspruch auf die Leistung

**aa)** § 281 BGB setzt zunächst einen Anspruch auf die Leistung voraus. Von dem Bestehen einer Leistungspflicht geht § 281 BGB als selbstverständlich aus: Nur dann, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann, liegt in der Nichtleistung eine Pflichtverletzung.

27

Dem Gläubiger muss also ein wirksamer Anspruch auf die Leistung zustehen. Scheitert ein wirksamer Primäranspruch beispielsweise an fehlender Geschäftsfähigkeit (§§ 104, 105 I BGB bzw. §§ 107, 108 BGB), ist der abgeschlossene Vertrag formnichtig (§ 125 S. 1 BGB i.V.m. z.B. § 311b I BGB) oder angefochten (§ 142 I BGB i.V.m. §§ 119 I, II, 120, 123 BGB), steht dem Gläubiger kein Anspruch auf die Leistung zu. Ein Sekundäranspruch wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht scheidet aus.

Bei schwebend unwirksamen Verträgen (z.B. §§ 107, 108; 177; 1365, 1366 BGB), liegt ein fälliger Anspruch erst nach Erteilung der Genehmigung vor. Die Rückwirkung des § 184 I BGB kommt hier nicht zur Anwendung, da bei schwebend unwirksamen Verträgen keine Leistungspflicht besteht und eine solche aus Gründen des Schuldnerschutzes nicht rückwirkend begründet werden kann.<sup>33</sup>

**bb)** Der Primäranspruch auf die Leistung muss einklagbar sein. Durch Naturalobligationen wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Der Ehemakler (§ 656 I S. 1 BGB) und der Gewinner einer Wette (§ 762 I 2 BGB) können die Gegenleistung/den Gewinn nicht verlangen und daher nicht einklagen. Ein Vorgehen nach § 281 BGB scheitert bereits daran, dass der Gläubiger die Leistung nicht fordern kann.

28

**cc)** Es ist unbeachtlich, ob sich der Anspruch aus Gesetz oder aus einem Vertrag ergibt. § 281 BGB gilt nicht nur für vertragliche Erfüllungsansprüche sondern auch für gesetzliche Verbindlichkeiten wie zum Beispiel den Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus GoA, §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB.

29

**dd)** Bei dinglichen Ansprüchen, insbesondere § 985 BGB, ist die analoge Anwendbarkeit des § 281 BGB fraglich.

30

Gesetzsystematisch beziehen sich die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts zunächst einmal auf vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse, unabhängig davon, in welchem Buch des BGB diese Schuldverhältnisse geregelt sind. Bei § 985 BGB handelt es sich aber nicht um einen schuldrechtlichen, sondern um einen dinglichen Anspruch.

Die Behandlung sog. dinglicher Ansprüche ist bis heute ein grundlegendes Problem geblieben. Weitgehend unstrittig ist die Erkenntnis, dass der sog. dingliche Anspruch kein Schuldverhältnis i.S.d. §§ 241 ff. BGB darstellt. Die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts können daher auf dingliche Ansprüche **nur im Wege einer Analogie** angewendet werden, sofern nicht das Gesetz (wie z.B. § 990 II BGB bzw. § 1146 BGB) selbst auf diese Vorschriften verweist.<sup>34</sup>

**hemmer-Methode: Bei Unmöglichkeit der Herausgabe kommt eine analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 283 BGB mangels Regelungslücke z.B. nicht in Betracht, da hierfür § 989 BGB eine Regelung enthält.**

Ob **§§ 280 I, III, 281 BGB** analog auf § 985 BGB anwendbar sind, ist umstritten. Eine Regelungslücke ist insoweit vorhanden. Fraglich ist aber, ob die Interessenlage vergleichbar ist, was ebenfalls Voraussetzung für die Analogie wäre.

Hier stellen die §§ 987 ff. BGB ein System auf, das durch § 281 BGB unterlaufen werden könnte: Schadensersatz soll hier erst ab Rechtshängigkeit (§ 989 BGB) oder Bösgläubigkeit (§§ 990, 989 BGB) in Betracht kommen. Über § 281 BGB wäre aber auch eine Haftung des redlichen, unverklagten Besitzers auf Schadensersatz möglich.<sup>35</sup>

**(1)** Teilweise wird eine analoge Anwendbarkeit mangels vergleichbarer Interessenlage verneint. Eine Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB gefährde zudem den durch die Regelungen des EBV bezweckten Schutz des redlichen Besitzers.<sup>36</sup> Nach a.A. sind die Vorschriften der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen analog anzuwenden.<sup>37</sup>

**(2)** Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht grds. von einer analogen Anwendbarkeit der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB aus.

33 Palandt, § 184, Rn. 2.

34 MüKo, Einleitung vor § 241 BGB, Rn. 32.

35 Die Konkurrenzen im EBV werden ausführlich behandelt in dem Aufsatz von Tyroller, Die Konkurrenzen im Zivilrecht Teil IV, Life&Law 02/2011, 128 ff. und Life&Law 06/2011, 434 ff.

36 Kohler, NZM 2014, 729, 738; Gursky, Jura 2004, 433 ff.

37 Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 7, VI. Rn. 36.