



HEMMER / WÜST

SCHADENSERSATZRECHT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

§ 6 Allgemeines zum Schadensersatz.....	1
A. Allgemeines	1
B. Schadensersatzarten	1
I. Schadensersatz <u>statt</u> und Schadensersatz <u>neben</u> der Leistung	1
II. Zuordnung der einzelnen Schäden zum Schadensersatz statt bzw. neben der Leistung	2
C. Verhältnis des allg. Schuldrechts zum Mängelrecht.....	5
I. Fehlende Konkurrenz zu Gewährleistungsregelungen	5
II. Abgrenzung zum kaufrechtlichen Mängelrecht	5
III. Verhältnis zum werkvertraglichen Mängelrecht.....	6
IV. Verhältnis zum mietvertraglichen Gewährleistungsrecht.....	6
V. Verhältnis zum Reisevertragsrecht	7
§ 7 Schadensersatz statt der Leistung	8
A. Überblick über die Anspruchsgrundlagen	8
B. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht vertragsgemäßer Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB.....	9
I. Voraussetzungen.....	9
1. Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung.....	10
a) Wirksamer Anspruch auf die Leistung	10
b) Fälligkeit des Anspruchs	11
c) Einredefreiheit des Anspruchs	11
aa) Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273 und 1000 BGB.....	12
bb) Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB	13
2. Möglichkeit der Leistung.....	14
3. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung	17
a) Fristsetzung.....	17
aa) Rechtsnatur der Fristsetzung.....	17
bb) Frühester Zeitpunkt für die Fristsetzung	18
cc) Inhalt der Fristsetzung.....	18
dd) Angemessenheit der Fristsetzung	19
ee) Fruchtloser Ablauf der Nachfrist	22
b) Abmahnung statt Fristsetzung	23
c) Entbehrlichkeit der Fristsetzung	24
aa) Verzicht auf Fristsetzung	24
bb) Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung	24
cc) Vorliegen besonderer Umstände nach § 281 II 2.Alt. BGB.....	25
dd) Weitere gesetzliche Vorschriften	26
4. Vertretenmüssen	26
5. Im gegenseitigen Vertrag: Eigene Vertragstreue des Gläubigers.....	27
6. Ersatzfähiger Schaden	29
a) Nebeneinander von Primäranspruch und Schadensersatz statt der Leistung	29
b) Schadensermittlung.....	30
aa) Schadensermittlung bei gegenseitigen Verträgen	30
bb) Schadensermittlung bei teilweiser oder mangelhafter Leistung	32
cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensermittlung.....	35
c) Schadensberechnung	36
aa) Konkrete Schadensberechnung.....	36
bb) Abstrakte Schadensberechnung.....	38

C. Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit	39
I. Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung, § 275 BGB	39
1. Objektive und subjektive Unmöglichkeit.....	40
2. Ursachen für die Unmöglichkeit	41
a) Naturgesetzliche Unmöglichkeit.....	41
b) Juristische Unmöglichkeit.....	41
c) Zweckerreichung	41
d) Zweckfortfall	41
e) Zweckstörung	42
f) Absolutes Fixgeschäft	43
g) Moralische Unmöglichkeit	46
h) Faktische Unmöglichkeit, § 275 II BGB	48
i) „Wirtschaftliche“ Unmöglichkeit.....	49
j) Unmöglichkeit bei Gattungsschulden.....	50
aa) Vorliegen einer Gattungsschuld.....	50
bb) Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld	51
3. Vorübergehende Unmöglichkeit	53
4. Darlegungs- und Beweislast.....	54
II. Schadensersatz statt der Leistung wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nach § 311a II 1 BGB.....	54
1. Schuldverhältnis trotz anfänglicher Möglichkeit der Leistung, § 311a I BGB	55
2. Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung	55
3. Keine Widerlegung der Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis	55
4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	57
III. Schadensersatz statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nach § 280 I, III, 283 S.1 BGB	57
1. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung.....	57
2. Vertretenmüssen	58
3. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	61
D. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282, 241 II BGB	63
I. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	63
II. Pflichtverletzung nach § 241 II BGB.....	64
III. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssen.....	64
IV. Unzumutbarkeit für den Gläubiger	64
V. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	65
E. § 376 HGB	65
I. Allgemeines	65
II. Voraussetzungen.....	66
§ 8 Ersatz von Verzögerungsschäden	68
I. Schuldverhältnis	69
II. Nichtleistung als Pflichtverletzung, § 280 I 2 BGB	69
III. Keine Widerlegung des Vertretenmüssens	69
IV. Zusätzliche Voraussetzung: Vorliegen von Schuldnerverzug.....	70
1. Fälliger, einredefreier Anspruch	70
2. Mahnung oder Entbehrlichkeit der Mahnung	72
a) Mahnung	72
b) Entbehrlichkeit der Mahnung	74

aa) Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit	74
bb) Berechenbarkeit der Leistungszeit	75
cc) Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung	76
dd) Generalklausel nach § 286 II Nr.4 BGB.....	76
ee) Verzicht auf Mahnung	77
c) Verzug 30 Tage nach Rechnungslegung nach § 286 III BGB	77
V. Rechtsfolge: Ersatz des Verzögerungsschadens	79
VI. Verjährung.....	83
a) Voraussetzungen	83
b) Die Voraussetzungen im Einzelnen:	83
§ 9 Ersatz sonstiger Schäden.....	86
I. § 280 I BGB bei Verletzung leistungsbezogener Pflichten.....	86
1. Anwendbarkeit.....	87
2. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	92
3. Pflichtverletzung	95
4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I 2 BGB	96
5. Rechtsfolge: Schadensersatz.....	96
II. Schadensersatz wegen der Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten.....	97
1. Anwendbarkeit.....	97
2. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	97
3. Pflichtverletzung	97
a) Schutzpflichtverletzung	98
b) Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten	98
c) Verletzung von Mitwirkungspflichten.....	100
4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I 2 BGB	101
5. Schaden.....	101
6. Verjährung	102
§ 10 Schadensersatz wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung	104
A. Einleitung	104
I. Entstehungsgeschichte.....	104
II. Rechtsgrundlage.....	105
B. Die Voraussetzungen der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB.....	105
I. Die Anwendbarkeit der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB	105
1. Abgrenzung der c.i.c. zum Sachmängelrecht	106
2. Abgrenzung zur Anfechtung	107
3. Abgrenzung zum allgemeinen Schuldrecht.....	109
4. Abgrenzung zum Vertretungsrecht.....	109
a) Abgrenzung zur Rechtsscheinsvollmacht.....	109
b) Anwendbarkeit der c.i.c. bei fehlender bzw. beschränkter Vertretungsmacht.....	110
5. Die Anwendbarkeit der c.i.c. im Hinblick auf entgegenstehende gesetzliche Wertungen	112
a) c.i.c. und Minderjährigenrecht.....	112
b) c.i.c. und Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB	113
II. Vorliegen eines Schuldverhältnisses.....	114
1. Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr.1 BGB	114
2. Anbahnung eines Vertrages, § 311 II Nr.2 BGB	114
3. Ähnliche geschäftliche Kontakte, § 311 II Nr.3 BGB.....	115

4. Haftung Dritter aus c.i.c., § 311 III BGB	117
a) Die Eigenhaftung von Vertretern und Verhandlungshelfen.....	118
aa) Eigenes wirtschaftliches Interesse.....	119
bb) Die Sachwalterhaftung, § 311 III 2 BGB	120
b) Prospekthaftung	121
III. Pflichtverletzung	122
1. Die Verletzung von Schutzpflichten.....	122
2. Der Abbruch von Vertragsverhandlungen.....	126
a) Verschulden bei den Vertragsverhandlungen.....	126
b) Vertrauenshaftung.....	127
c) Formbedürftige Verträge: Vorsätzliches Schaffen eines Ver-trauenstatbestandes erforderlich.....	127
3. Der Abschluss unwirksamer Verträge	128
4. Der Abschluss inhaltlich nachteiliger Verträge.....	130
IV. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I 2 BGB.....	130
V. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität.....	131
VI. Verjährung und anspruchskürzendes Mitverschulden.....	131
C. Der Umfang des Ersatzanspruchs	131
§ 11 Sonstige Anspruchsgrundlagen.....	133
A. § 678 BGB	133
B. §§ 989, 990 BGB	134
C. Notstand.....	135
I. § 228 S.2 BGB: Defensiv-Notstand	135
II. § 904 S.2 BGB: Aggressiv-Notstand	135

§ 6 ALLGEMEINES ZUM SCHADENSERSATZ

A. Allgemeines

Grundtatbestand: Pflichtverletzung

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

Arten von Pflichten

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.

Rechtsfolge der Leistungsstörungen:
Sekundäranspruch auf Schadensersatz

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

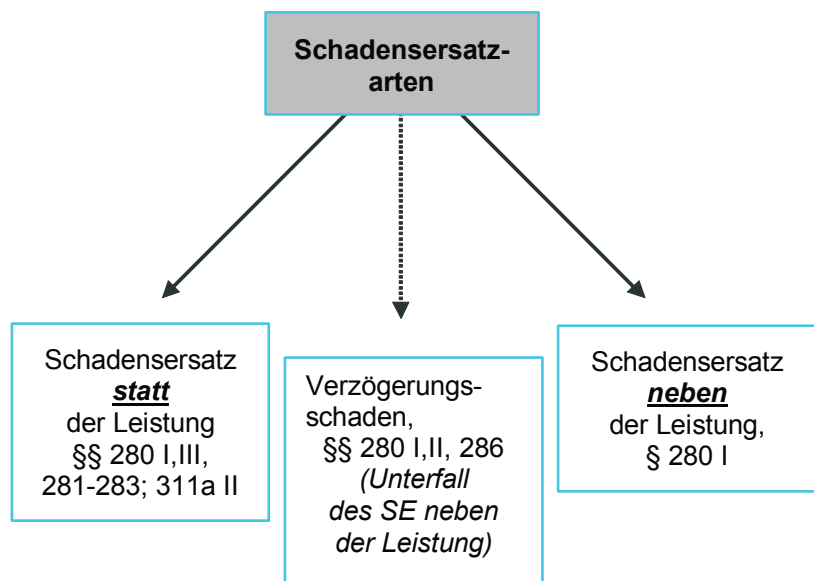
I. Schadensersatz *statt* und Schadensersatz *neben* der Leistung

Schadensersatzarten:

In den §§ 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 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.

Vorgehen in der Klausur

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.

Schadensersatz statt der Leistung

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 1 BGB.

4

Verzögerungsschaden

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.

Sonstiger Schaden

§ 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

Bsp.: V verkauft an K einen Porsche. Als K bei V nachfragt, bis wann mit einer Lieferung zu rechnen sei, er habe den Porsche schließlich an D weiterverkauft, antwortete V, dass K die Lieferung vergessen könne, da er selber keinen Porsche mehr bekommen hätte.

7

Handelt es sich bei dem entgangenen Gewinn des K aus dem Weiterverkauf an D um einen Schadensersatz neben oder statt der Leistung und warum ist das wichtig?

Von der Frage, ob es sich bei der Geltendmachung von entgangenem Gewinn um Schadensersatz statt der Leistung oder um einen Schadensersatz neben der Leistung handelt, ist es abhängig, ob vor der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches gemäß § 280 III BGB noch eine Fristsetzung erforderlich gewesen wäre.

8

Zu der Frage der Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung zu sonstigem Schadensersatz haben sich mehrere Ansichten herausgebildet¹.

a) Abgrenzung nach dem Wortlaut „Schadensersatz statt der Leistung“

Abgrenzung nach dem Wortlaut

Grenzt man nach dem Wortlaut „statt der Leistung“ ab und versteht dies im Sinne von „statt der Primärleistung“², würden nur der mangelbedingte Minderwert der Sache (ggf. der Reparaturaufwand) unter den Schadensersatz statt der Leistung fallen³.

9

Alle anderen Schäden (an sonstigen Rechtsgütern und sonstigem Vermögen, aber auch entgangener Gewinn, Nutzungsausfall und Mehrkosten für einen Deckungskauf) fielen unter § 280 I BGB.

b) Abgrenzung wie bisher beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Abgrenzung wie früher beim SchaE wegen Nichterfüllung

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.

10

Dies klingt so, als ob sich an der alten Rechtslage nichts ändern sollte und die Abgrenzung ebenso wie beim alten Recht vorzunehmen ist⁴.

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

Zum Schadensersatz neben der Leistung würden dann 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“).

Gegen diese Ansicht spricht aber, dass sie bereits nach altem Recht umstritten war, ganz abgesehen von der unsicheren Abgrenzung Mangelschaden/Mangelfolgeschaden.

Auch die Gesetzesbegründung lehnt diese Begrifflichkeiten als fragwürdig ab, ihre Abschaffung gehört an anderer Stelle zu den erklärten Zielen der Reform⁵.

Dies ist insoweit widersprüchlich, als sie an späterer Stelle wie gesagt den Inhalt des Nichterfüllungsschadens aufrechterhalten will.

Gegen diese Ansicht spricht weiterhin, dass viele Schadensposten dem Erfordernis der Fristsetzung unterworfen würden. Dies würde das Erlangen von Ersatz damit aber grundsätzlich erschweren.⁶

1 Ausführlich zu den einzelnen Ansichten: AnwKom/Dauner-Lieb § 280 Rn. 41; Huber/Faust § 13 Rn. 98 ff.; knapp und einprägsam ist die Übersicht bei **Hemmer/Wüst Schuldrecht II, Rn. 283 ff.**

2 Z.B. Gruber 4. Kap./2. Unterabschnitt, A IV 5 f.

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

4 So im Ergebnis auch Huber/Faust, § 13, Rn. 105.

5 BT-Drs. 14/6040 S.133 und S.224.

6 Dieser Ansicht schließt sich auch Huber/Faust, § 13 Rn. 105 an. Unangemessene Härten, etwa wenn es um einen allein aufgrund der ursprünglich mangelhaften Leistung definitiv entgangenen Gewinns des Käufers aus einem Weiterverkauf gehe, könne nach seiner Ansicht dadurch vermieden werden, dass die Nachfrist nach § 281 II 2. Alt. entbehrlich sei (Rn. 106).

Abgrenzung nach Sinn und Zweck der Nachfristsetzung

c) Abgrenzung nach Sinn und Zweck der Nachfristsetzung

Die bereits weit verbreitete wohl herrschende Ansicht nähert sich dem Problem aus teleologischer Sicht⁷. Demnach komme es bei den entsprechenden Schadensposten darauf an, ob das Erfordernis der Nachfristsetzung sinnvoll sei oder nicht.

11

Dieser häufig verwendete Merksatz ist etwas „gefährlich“, weil er dahingehend missverstanden werden könnte, dass auch die Fälle der Unmöglichkeit (§§ 283, 311a II BGB) unter den Schadensersatz neben der Leistung fallen, da auch bzw. gerade hier die Fristsetzung nicht sinnvoll ist.

Besser formuliert ist für die Zuordnung zum Schadensersatz statt der Leistung entscheidend, **ob der geltend gemachte Schadensposten durch eine hypothetisch gedachte fristgerechte Nacherfüllung entfielen**.

Der typische Begleitschaden an sonstigen Rechtsgütern fällt also weiterhin unter § 280 I BGB, da dieser durch die Nacherfüllung nicht behoben würde.

Demnach wäre Schadensersatz statt der Leistung natürlich der Minderwert der Sache und auch die evtl. Reparaturkosten.

Problematisch wird die Anwendung aber bei den schon nach dem alten Recht umstrittenen Schadensposten. Nutzungsausfallschaden, welcher noch innerhalb des Fristablaufs eintritt, hätte nicht durch fristgerechte Nacherfüllung verhindert werden können, fielen also unter § 280 I, während ein Nutzungsausfallschaden nach Fristablauf § 281 zuzuordnen wäre.

Beim hier vorliegenden entgangenen Gewinn müsste man also konsequenterweise darauf abstellen, ob der Gewinn bereits vor Fristablauf endgültig entgangen war (dann Schadensersatz **neben** der Leistung)⁸.

Abgrenzung nach dem Zeitpunkt des Ersatzverlangens

d) Abgrenzung nach dem Zeitpunkt des Ersatzverlangens

Nach einer weiteren Ansicht erfolgt die Abgrenzung konsequent nach der Definition, dass Schadensersatz statt der Leistung alle die Schäden umfasst, deren Entstehung durch eine (gedachte) Erfüllung **im Zeitpunkt des Ersatzverlangens** noch verhindert worden wäre⁹. Alle Schäden davor sollen unter § 280 I BGB fallen. Die **Abgrenzung** wird damit quasi **zeitlich** vollzogen¹⁰.

12

Der Vorteil dieser Ansicht ist, dass sie ohne Besonderheiten auf alle Anspruchsgrundlagen des Schadensersatzes statt der Leistung übernommen werden kann. Dennoch ist fraglich, inwieweit sich diese Ansicht durchsetzt, da mit dieser Ansicht teilweise auch klassische Begleitschäden in den Schadensersatz statt der Leistung einbezogen würden. Bisher hat sich diese Ansicht (noch) nicht durchsetzen können.

Abgrenzung nach Integritäts- und Äquivalenzinteresse

e) Abgrenzung nach Integritäts- und Äquivalenzinteresse

Schließlich wird noch vertreten, dass Schadensersatz statt der Leistung all diejenigen Schadensposten erfasst, die gerade durch das Ausbleiben der Naturalleistung bedingt sind, d.h. an deren Stelle treten¹¹.

13

7 Lorenz/Riehm, Rn. 185 f.; Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendland, Das neue Schuldrecht, Kap. 5, Rn. 235 f. So wohl auch und lesenswert: U. Huber, Festschrift für Schlechtriem, S. 521 ff. [525ff.]. Vgl. auch (in Kombination mit den alten Begriffen) **Hemmer/Wüst Schuldrecht II, Rn. 285**: Kontrollfrage, ob der Schaden durch eine fristgemäße Nacherfüllung vermieden worden wäre.

8 So ausdrücklich Huber/Faust § 13 Rn. 104.

9 Müko-Ernst, insb. § 280, Rn 66-71, § 281, Rn. 1 ff. und Rn. 108 ff. sowie § 286 Rn. 117 ff.

10 Vgl. anschaulich Müko-Ernst § 280 Rn. 67.

11 Grigoleit/Riehm in AcP 203 (2003), S. 727 ff.

Dies bedeutet, dass der „Substanzausfallschaden“ und endgültige Ertragsausfallschäden über den Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzen sind. Solche Ertragsausfallschäden sind Schäden, die aus der geplanten Verwendung des Leistungsgegenstandes folgen (z.B. entgangener Gewinn). Unter Verzögerungsschaden (§§ 280 I, II, 286 BGB) sollen alle zeitabhängigen Ertragsausfallschäden und Rechtsverfolgungskosten fallen. Alle übrigen Schäden, insb. die, die das Integritätsinteresse des K betreffen, fallen unter § 280 I BGB.

Zwischenergebnis. Die besseren Argumente sprechen generell dafür, den entgangenen Gewinn als Schadensersatz **statt** der Leistung zu qualifizieren. Insbesondere ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der K den Gewinn durch einen Weiterverkauf auch jetzt noch erreichen könnte, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt ein Schadensersatz statt der Leistung zu bejahen wäre.

hemmer-Methode: Die Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung ändert nichts daran, dass der Anspruch begründet ist.

Dies ist der Fall, weil es auf eine vorherige Fristsetzung gar nicht ankommen würde.

Die an sich nach § 281 I BGB erforderliche Fristsetzung war hier nämlich entbehrlich, da in der Zurückweisung der Ansprüche eine endgültige Erfüllungsverweigerung i.S.d. § 281 II BGB zu sehen ist.

C. Verhältnis des allg. Schuldrechts zum Mängelrecht

Anwendbarkeit neben besonderem Mängelrecht

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

14

I. Fehlende Konkurrenz zu Gewährleistungsregelungen

Kein Problem, sofern kein Mängelrecht existiert

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.

II. Abgrenzung zum kaufrechtlichen Mängelrecht

Verhältnis beim Kaufrecht

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.

*Kaufrechtl. Mängelrecht
gilt erst ab Gefahrübergang*

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 § 474 II S.2 BGB, wonach beim Verbrauchsgüterkauf die „käuferfeindliche“ Vorschrift des § 447 BGB gerade nicht gilt.

Vor dem Gefahrübergang ist das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht nicht anwendbar. Die Folgen einer Schlechtleistung bestimmen sich nach dem allgemeinen Schuldrecht.¹²

III. Verhältnis zum werkvertraglichen Mängelrecht

Anwendbarkeit beim Werkvertrag

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

Verhältnis beim Mietvertrag

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.¹³: 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 Gaststättenerlaubnis, weil entgegen der Erklärung des V nicht genügend Stellplätze vorhanden seien.

19

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

Haftung aus § 536a I 1.Alt. BGB

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 1 BGB in Betracht.

¹² Zum Konkurrenzverhältnis von Mängelrecht und allgemeinem Schuldrecht nach Gefahrübergang vgl. Tyroller, „Die Konkurrenzen im Zivilrecht Teil II, Life&LAW 2010, Heft 6, 413, 417 ff.

¹³ Nach BGH, NJW 1997, 2813 = Life&Law 1998, 66 ff. = jurisbyhemmer

Haftung aus § 311a II 1 BGB

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

§ 311a II 1 BGB müsste aber vorliegend anwendbar sein. Neben § 536a BGB kommt nach allgemeiner Meinung eine Haftung aus § 311a II 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 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 2 BGB bekannt gewesen sein. § 311a II 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 gegeben¹⁴.

Der Schadensersatzanspruch aus § 311a II 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.

Anspruch aus c.i.c.

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 1 BGB abschließend. Hier hat der Vermieter aber darüber hinaus arglistig vorgetäuscht, dass genügend Stellplätze zur Verfügung stehen. Für diese Pflichtverletzung ist § 311a II 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 §§ 651c ff. BGB. Dies gilt auch dann, wenn bereits die erste Reiseleistung ausfällt. Für eine Anwendung des allgemeinen Schuldrechts ist beim Reisevertrag kein Raum.

20

¹⁴ Vgl. dazu Hemmer/Wüst Schuldrecht III, 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.¹⁵

21

Vorrang des Erfüllungsanspruchs

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 1 BGB.

Grundtatbestand: § 281 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

Bei Unmöglichkeit der Leistung: § 311a II 1 BGB bzw. § 283 BGB

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 1 BGB.

23

§ 311a II 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.

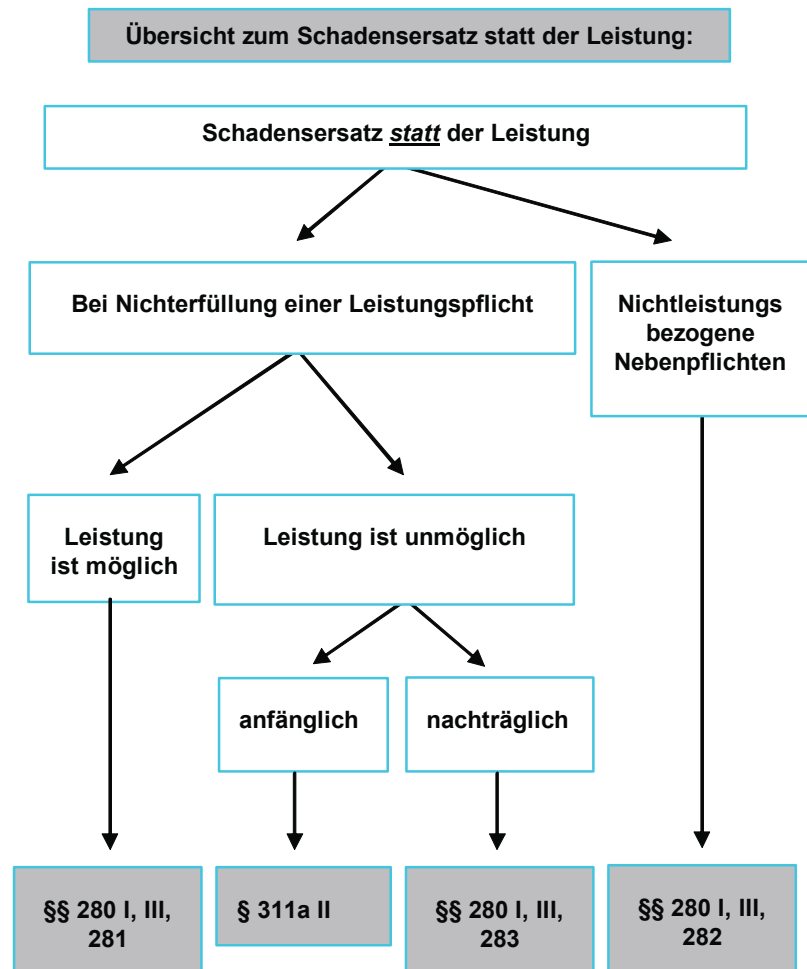
Bei Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten: § 282 BGB

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 in Betracht.

24

Übersicht:

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. Vertretenmüssen des Schuldners
6. Bei gegenseitigen Verträgen: Eigene Vertragstreue
7. RF: Schadensersatz statt der Leistung