



HEMMER / WÜST

SCHADENSERSATZRECHT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

§ 6 ALLGEMEINES ZUM SCHADENSERSATZ	1
A. Allgemeines	1
B. Schadensersatzarten	1
I. Schadensersatz <i>statt</i> und Schadensersatz <i>neben</i> der Leistung	1
II. Zuordnung der einzelnen Schäden zum Schadensersatz <i>satt</i> bzw. <i>neben</i> der Leistung	2
1. Schadenstypologische Abgrenzung nach Äquivalenz- und Integritätsinteresse	3
a) Abgrenzung nach Schadenskategorien (Äquivalenz- bzw. Integritätsinteresse)	3
b) Kritik	3
2. Abgrenzung nach dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck der (Nach)-Fristsetzung bzw. sog. „dynamische Abgrenzung“	4
a) Wortlaut: Schadensersatz „statt“ der Leistung	5
b) Sinn und Zweck der (Nach)Fristsetzung	5
3. Ansicht des BGH zum mangelbedingten Betriebsausfallschaden	6
4. Abgrenzung beim Deckungskauf	7
a) Ansicht des BGH	7
b) Neuer Ansatz: Vorverlagerung des Schadenseintritts	8
C. Verhältnis des allg. Schuldrechts zum Mängelrecht	9
I. Fehlende Konkurrenz zu Gewährleistungsregelungen	9
II. Abgrenzung zum kaufrechtlichen Mängelrecht	9
III. Verhältnis zum werkvertraglichen Mängelrecht	10
IV. Verhältnis zum mietvertraglichen Gewährleistungsrecht	10
V. Verhältnis zum Reisevertragsrecht	11
§ 7 SCHADENSERSATZ STATT DER LEISTUNG	12
A. Überblick über die Anspruchsgrundlagen	12
B. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht vertragsgemäßer Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB	13
I. Voraussetzungen	13
1. Fälliger und einredefreier Anspruch auf die Leistung	14
a) Wirksamer Anspruch auf die Leistung	14
b) Fälligkeit des Anspruchs	17
c) Einredefreiheit des Anspruchs	19
aa) Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273 und 1000 BGB	20
bb) Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB	21
2. Möglichkeit der Leistung	22
3. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung	25
a) Fristsetzung	25
aa) Rechtsnatur der Fristsetzung	25
bb) Frühester Zeitpunkt für die Fristsetzung	26
cc) Inhalt der Fristsetzung	26
dd) Angemessenheit der Fristsetzung	27
ee) Fruchtloser Ablauf der Nachfrist	30
b) Abmahnung statt Fristsetzung	31
c) Entbehrlichkeit der Fristsetzung	32
aa) Verzicht auf Fristsetzung	32
bb) Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung	32
cc) Vorliegen besonderer Umstände nach § 281 II 2. Alt. BGB	33
dd) Weitere gesetzliche Vorschriften	34
4. Vertretenmüssen	34
5. Im gegenseitigen Vertrag: Eigene Vertragstreue des Gläubigers	35
6. Ersatzfähiger Schaden	37
a) Primäranspruch erlischt mit dem Zugang des Verlangens nach Schadensersatz statt der Leistung	37

b) Schadensermittlung.....	38
aa) Schadensermittlung bei gegenseitigen Verträgen	38
bb) Schadensermittlung bei teilweiser oder mangelhafter Leistung	41
cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensermittlung	43
c) Schadensberechnung.....	44
aa) Konkrete Schadensberechnung.....	44
bb) Abstrakte („fiktive“) Schadensberechnung.....	46
C. Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit	48
I. Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung, § 275 BGB	48
1. Objektive und subjektive Unmöglichkeit.....	49
2. Ursachen für die Unmöglichkeit.....	50
a) Naturgesetzliche Unmöglichkeit.....	50
b) Juristische Unmöglichkeit.....	50
c) Zweckerreichung	50
d) Zweckfortfall	50
e) Zweckstörung	51
f) Absolutes Fixgeschäft	52
g) Moralische Unmöglichkeit	55
h) Faktische Unmöglichkeit, § 275 II BGB.....	57
i) „Wirtschaftliche“ Unmöglichkeit	59
j) Unmöglichkeit bei Gattungsschulden	59
aa) Vorliegen einer Gattungsschuld.....	60
bb) Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld.....	60
3. Vorübergehende Unmöglichkeit	63
4. Darlegungs- und Beweislast.....	63
II. Schadensersatz statt der Leistung wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nach § 311a II S. 1 BGB	64
1. Schuldverhältnis trotz anfänglicher Möglichkeit der Leistung, § 311a I BGB.....	64
2. Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung	64
3. Keine Widerlegung der Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis	65
4. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung	66
III. Schadensersatz statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB	67
1. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung	67
2. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens des Schuldners, § 280 I S. 2 BGB	68
3. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung	70
D. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282, 241 II BGB	72
I. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	72
II. Pflichtverletzung nach § 241 II BGB.....	73
III. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens	73
IV. Unzumutbarkeit für den Gläubiger	73
V. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	74
E. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 376 I S. 1 HGB.....	74
I. Allgemeines	74
II. Voraussetzungen.....	75
§ 8 ERSATZ VON VERZÖGERUNGSSCHÄDEN.....	77
I. Schuldverhältnis.....	78
II. Nichtleistung als Pflichtverletzung, § 280 I S. 2 BGB.....	78
III. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens	78

IV. Zusätzliche Voraussetzung: Vorliegen von Schuldnerverzug, §§ 280 II, 286 BGB	79
1. Fälliger, einredefreier Anspruch	79
2. Mahnung oder Entbehrlichkeit der Mahnung	81
a) Mahnung.....	81
b) Entbehrlichkeit der Mahnung	83
aa) Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit	84
bb) Berechenbarkeit der Leistungszeit.....	84
cc) Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung.....	85
dd) Generalklausel nach § 286 II Nr. 4 BGB.....	85
ee) Verzicht auf Mahnung	86
c) Verzug 30 Tage nach Rechnungslegung nach § 286 III BGB	86
V. Rechtsfolge: Ersatz des Verzögerungsschadens	88
VI. Verzugszinsen bei Geldschulden, § 288 BGB	92
VII. Pauschale Erstattung von Rechtsverfolgungskosten, § 288 V BGB.....	93
VIII. Unabdingbarkeit von § 288 I bis V BGB, wenn der Schuldner ein Unternehmer ist, § 288 VI BGB	94
IX. Verjährung	94
1. Voraussetzungen.....	95
2. Die Voraussetzungen im Einzelnen.....	95

§ 9 ERSATZ SONSTIGER SCHÄDEN98

I. § 280 I BGB bei Verletzung leistungsbezogener Pflichten	98
1. Anwendbarkeit.....	99
2. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	104
3. Pflichtverletzung	108
4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB.....	108
5. Rechtsfolge: Schadensersatz.....	109
II. Schadensersatz wegen der Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten	109
1. Anwendbarkeit.....	109
2. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	109
3. Pflichtverletzung	110
a) Schutzpflichtverletzung	110
b) Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten.....	110
c) Verletzung von Mitwirkungspflichten	112
4. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB.....	113
5. Schaden.....	113
6. Verjährung	114

§ 10 SCHADENSERSATZ WEGEN VORVERTRAGLICHER PFLICHTVERLETZUNG..... 116

A. Einleitung	116
I. Entstehungsgeschichte.....	116
II. Rechtsgrundlage.....	117
B. Die Voraussetzungen der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB.....	117
I. Die Anwendbarkeit der §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB.....	117
1. Abgrenzung der c.i.c. zum Sachmängelrecht.....	118
2. Abgrenzung zur Anfechtung	119
3. Abgrenzung zum allgemeinen Schuldrecht.....	121
4. Abgrenzung zum Vertretungsrecht.....	121
a) Abgrenzung zur Anscheinsvollmacht.....	121
b) Anwendbarkeit der c.i.c. bei fehlender bzw. beschränkter Vertretungsmacht.....	122

5. Die Anwendbarkeit der c.i.c. im Hinblick auf entgegenstehende gesetzliche Wertungen.....	124
a) c.i.c. und Minderjährigenrecht	124
b) c.i.c. und Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB.....	125
II. Vorliegen eines Schuldverhältnisses	126
1. Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr. 1 BGB	126
2. Anbahnung eines Vertrages, § 311 II Nr. 2 BGB	126
3. Ähnliche geschäftliche Kontakte, § 311 II Nr. 3 BGB	127
4. Haftung Dritter aus c.i.c., § 311 III BGB	129
a) Die Eigenhaftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen	130
aa) Eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse	131
bb) Die Sachwalterhaftung, § 311 III S. 2 BGB.....	132
b) Prospekthaftung	133
III. Pflichtverletzung.....	133
1. Die Verletzung von Schutzpflichten	134
2. Der Abbruch von Vertragsverhandlungen	138
a) Verschulden bei den Vertragsverhandlungen	138
b) Vertrauenshaftung	138
c) Formbedürftige Verträge: Vorsätzliches Schaffen eines Ver-trauenstatbestandes erforderlich.....	139
3. Der Abschluss unwirksamer Verträge	140
4. Der Abschluss inhaltlich nachteiliger Verträge	142
IV. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB	142
V. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität	143
VI. Verjährung und anspruchskürzendes Mitverschulden	143
C. Der Umfang des Ersatzanspruchs.....	143
§ 11 SONSTIGE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN	146
A. § 678 BGB.....	146
B. §§ 989, 990 BGB	147
C. Notstand	148
I. § 228 S. 2 BGB: Defensiv-Notstand	148
II. § 904 S. 2 BGB: Aggressiv-Notstand	148

§ 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

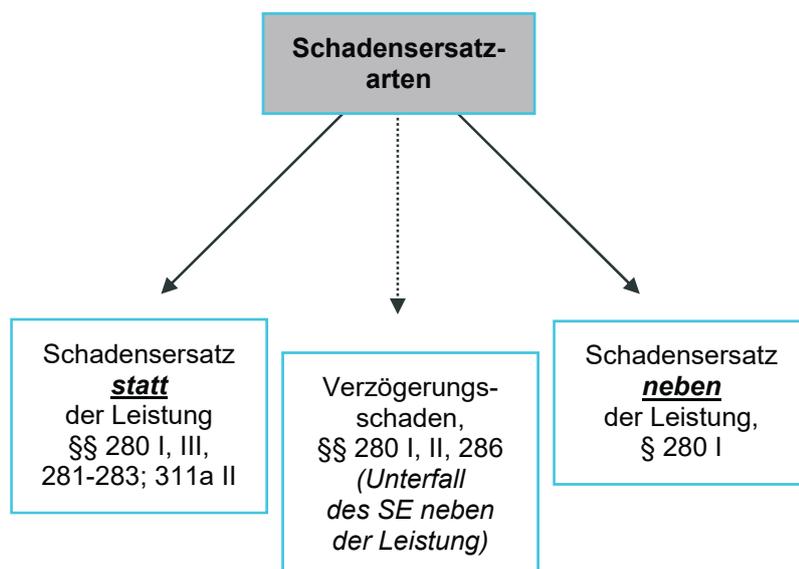
I. Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung

Schadensersatzarten:

In § 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.

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 S. 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

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

7-8

¹ Ausführlich zu den einzelnen Ansichten **Tyroller/Fürbaß**, Schadensersatz „statt der Leistung oder doch „neben der Leistung“, **Life&LAW 09/2014**, 686 ff.

Schadenstypologische Abgrenzung nach Äquivalenz- und Integritätsinteresse

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.²

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

Schadensersatz statt der Leistung betrifft Äquivalenzinteresse

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.³ 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. „Mangelschaden“ fallen, der in diesem Fall funktional an die Stelle der Leistung tritt.

Schadensersatz neben der Leistung betrifft Integritätsinteresse

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

Kritik

Dieser Ansatz ist abzulehnen, da er nicht zielführend ist und zu widersprüchlichen Ergebnissen führt. 9b

Widersprüchliche Ergebnisse

(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.⁴

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).⁵

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.

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

⁵ Hirsch, JuS 2014, 97 (98).

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

Problem des Weiterfresserschadens so nicht erklärbar

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.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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.).

Abgrenzung nach dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck der Fristsetzung bzw. sog. „dynamische Abgrenzung“

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

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 Ausführlich Tyroller, „Das Problem des „weiterfressenden Mangels“ nach der Modernisierung des Schuldrechts“, **Life&LAW 10/2005, 710 ff.**

a) Wortlaut: Schadensersatz „statt“ der Leistung

Wortlaut

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.⁹

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. Begleit-schaden), bzw. ob der geltend gemachte Schaden durch eine ordnungsgemäße Nacherfüllung behoben werden könnte (Schadensersatz statt der Leistung).¹⁰

b) Sinn und Zweck der (Nach)Fristsetzung

Sinn und Zweck

Die bereits weit verbreitete wohl herrschende Ansicht macht dies ähnlich, nähert sich dem Problem aber aus teleologischer Sicht.¹¹ Sie klammert sich also nicht an Begriffe wie „Mangelschaden“, Mangel- folgeschaden“, oder „Äquivalenzinteresse“ und „Integritätsinter- esse“. Vielmehr sei entscheidend, ob das **Erfordernis der Nach- fristsetzung sinnvoll sei oder nicht**.

10b

Die maßgebliche Frage müsse also lauten: „Hätte eine gedachte (Nach)Erfüllung den (bereits eingetretenen) Schaden beseitigt?“¹² Hieran anknüpfend ist entscheidend, dass man sich die hypotheti- sche Nacherfüllung zu einem Zeitpunkt vorstellt, zu dem der konkre- te Schaden bereits eingetreten war.¹³

Kontrollfrage

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

hemmer-Methode: Teilweise wird diese Abgrenzungsformel dahinge- hend ergänzt, dass bezüglich der hypothetischen (Nach)Erfüllung auf den „letztmöglichen Zeitpunkt“ abgestellt werden müsse.¹⁵

Dies überzeugt jedoch nicht. Leistung oder Nacherfüllung kann man sich auch zu einem früheren Zeitpunkt vorstellen, ohne dass sich hier- durch das Ergebnis ändert.¹⁶ 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.

„Zauberformel“ von Lorenz

Lorenz schließt sich in seiner sog. „**Zauberformel**“¹⁷ dieser Abgren- zungsformel wie folgt an: Schadensersatz **statt** der Leistung ist der Schaden, der auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurück- geht (Untergang des Erfüllungsanspruchs).¹⁸

9 Dass zumindest diese Posten unter § 281 BGB fallen, ist unstrittig, vgl. Grüneberg, § 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 Schlech- triem, 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, Karlsruher 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.

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.¹⁹

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.²⁰

Ansicht des BGH zum mangelbedingten Betriebsausfallschaden

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 abschließend geäußert. 11

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 Verzugschaden, sondern ein mangelbedingter Folgeschaden vorliegt.

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

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

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

21 Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 10/2009, 649 ff.** = NJW 2009, 2674 ff. = [jurisbyhemmer](#).