

**Abgrenzung der
verschiedenen Schadensersatzansprüche
nach §§ 280 ff., 311a Abs. 2 BGB**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg-Universität

Mainz

vorgelegt von

Long Jiang, LL.M.

aus Tsingtau, China

2011

Erstberichterstatter:

Zweitberichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 2011

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Wintersemester 2010/2011 als Dissertation angenommen.

Mainz, im Februar 2011

Long Jiang

Inhaltsübersicht

1. Kapitel: Einleitung	1
2. Kapitel: Das Mischsystem und die zweistufige Abgrenzung	5
3. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten des Schadensersatzes	13
4. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung.....	47
5. Kapitel: Schadensersatz im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht	123
6. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	171
Literaturverzeichnis	177

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einleitung	1
2. Kapitel: Das Mischsystem und die zweistufige Abgrenzung	5
A. Die Entwicklungsgeschichte der Schadensersatzansprüche im Leistungsstörungenrecht	5
B. Das Mischsystem: von der Rechtsfolge zum Tatbestand.....	7
C. Die zweistufige Abgrenzung	9
I. Die erste Stufe: Die Abgrenzung nach Arten des Schadensersatzes auf der Rechtsfolgeseite	10
II. Die zweite Stufe: Die Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung auf der Tatbestandseite	10
3. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten des Schadensersatzes	13
A. Die gesetzliche Dreiteilung.....	13
I. Schadensersatz statt der Leistung.....	13
1. Anspruchsgrundlage	13
2. Schadensersatz statt der Leistung	15
3. Schadensersatz statt der ganzen Leistung	17
II. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung	18
III. Der einfache Schadensersatz.....	19

B. Die Zweiteilung: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz „neben der Leistung“	20
I. Abgrenzung nach dem Verhältnis zwischen Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch	21
1. Schadensersatz statt der Leistung – Die Konkurrenz von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch.....	21
a) Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung als Erfüllungsanspruch „in pekuniärer Form“	21
b) Vorrang des Erfüllungsanspruchs	23
c) Der Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung	24
d) Inhalt und Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung.....	27
e) Fazit: Das Konkurrenzverhältnis.....	31
2. Schadensersatz neben der Leistung – Das Nebeneinander von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch.....	31
a) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286.....	33
b) Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1.....	34
3. Keine Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung	35
II. Andere Abgrenzungskriterien	38
1. Vermeidbarkeit oder Beseitigbarkeit des Schadens durch (Nach-)Erfüllung	38
2. Mangel- und Mangelfolgeschaden	42

III. Fazit	46
4. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung.....	47
A. Überblick	47
I. Pflichtverletzung	47
1. Sammelbegriff	47
2. Pflichtverletzung und Schadensarten	52
a) Pflichtverletzung beim Schadensersatz statt der Leistung	52
b) Pflichtverletzung beim Schadensersatz neben der Leistung	53
aa) Verletzung der Leistungspflichten	53
(1) In zeitlicher Hinsicht (Leistungsverzögerung).....	53
(2) In qualitativer Hinsicht	54
bb) Verletzung der Schutzpflichten	54
II. Vertretenmüssen	54
1. Zurechnung der Pflichtverletzung.....	54
2. Bezugspunkt	56
B. Die Abgrenzung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung	57
I. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281	57
1. Pflichtverletzung.....	58
a) Nichtleistung und nicht mangelfreie Leistung	58
b) Das Erfordernis der Fristsetzung	59

aa) Doppelte Pflichtverletzung oder einheitliche Pflichtverletzung?	60
bb) Erfolgreicher Fristablauf	63
(1) Nichtbeseitigung der ursprünglichen Störung	63
(2) Mehrfachstörungen	64
2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens	67
a) Aus Sicht der doppelten Pflichtverletzung	67
aa) Ausschließliche Anknüpfung an die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung	68
bb) Ausschließliche Anknüpfung an die unterbleibende Nacherfüllung	70
cc) Kumulative Anknüpfung	74
dd) Alternative Anknüpfung	75
b) Aus Sicht der einheitlichen Pflichtverletzung	75
3. Abgrenzung beim Schadensersatz statt der „ganzen“ Leistung	77
a) Die Unterscheidung zwischen nicht vollständiger und nicht mangelfreier Leistung	77
b) Mankolieferung im Kauf- und Werkvertragsrecht	78
II. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283	79
1. Pflichtverletzung	79
2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens	81

3. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281	84
a) Nichtleistung wegen Unmöglichkeit und Nichtleistung trotz Möglichkeit.....	84
b) Die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit.....	85
aa) Die Abgrenzung zur endgültigen Unmöglichkeit	85
bb) Die Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit.....	87
(1) Keine (vorübergehende) Leistungsbefreiung nach § 275....	87
(2) Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281	89
(3) Schadensersatz wegen Verzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286.....	91
(4) Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1	92
III. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282.....	93
1. Pflichtverletzung.....	93
2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens.....	95
3. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281	96
a) Die Abgrenzung zwischen Leistungspflichten und Schutzpflichten	97
b) Die Überschneidung und Vorrang der Leistungspflicht.....	98
c) Schutz des Integritätsinteresses als Gegenstand der Leistungspflicht.....	99
IV. Sonderfall: § 311a Abs. 2	100

1. Die dogmatische Einordnung	100
2. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283	105
3. Keine Analogie zu § 122	106
4. Keine Haftung aus culpa in contrahendo.....	108
C. Die Abgrenzung im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung	110
I. §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286	110
1. Pflichtverletzung	110
a) Leistungsverzögerung trotz Mahnung	110
b) Die Abgrenzung zur Nichtleistung trotz Fristablaufs	113
2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens	115
II. § 280 Abs. 1	118
1. Der einfache Schadensersatz wegen nicht mangelfreier Leistung	118
a) Pflichtverletzung	118
b) Bezugspunkt des Vertretenmüssens	119
c) Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286	119
2. Der einfache Schadensersatz wegen Schutzpflichtverletzung	119
a) Pflichtverletzung	120
b) Bezugspunkt des Vertretenmüssens	120
D. Zusammenfassung	121

5. Kapitel: Schadensersatz im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht	123
A. Überblick	123
I. Die Schadensersatzansprüche des Käufers im Kaufrecht	123
II. Das System des Schadensersatzes im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht	124
1. Die Integration des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht	124
2. Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung	125
a) Die qualitative Nichtleistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281	125
b) Die qualitative Unmöglichkeit gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2	126
3. Schadensersatz neben der mangelfreien Leistung	127
a) Die qualitative Verzögerung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2 mit 286?	127
b) Der qualitative einfache Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1	127
B. Der Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch	128
I. Die Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 439 Abs. 1 gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch gem. § 433 Abs. 1 S. 2	128
II. Zwei Ansprüche oder ein einheitlicher Anspruch?	130
III. Konsequenz: Keine eigenständige Bedeutung der Nacherfüllung ...	133

C. Einordnung der typischen mangelbedingten Schadenspositionen.....	135
I. Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden.....	135
1. Kein Schadensersatz statt der Leistung	136
2. Kein Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung.....	137
3. Der einfache Schadensersatz	140
4. Keine Verzögerung der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1	142
II. Die Ein- und Ausbaukosten der nicht mangelfreien Sache	146
1. Die Einbaukosten der nachgelieferten mangelfreien Sache.....	147
a) Im Rahmen der Nacherfüllung.....	147
aa) Einbaupflicht als Inhalt der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1?	147
(1) Gleichlauf von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht	147
(2) Der Leistungsort der Nacherfüllung.....	149
bb) Einbaukosten als zum Zweck der Nacherfüllung erforderliche Aufwendungen nach § 439 Abs. 2?	150
b) Im Rahmen des Schadensersatzes.....	152
aa) Schaden durch den Erst- oder Zweiteinbau?	152
bb) Schadensersatz statt oder neben der Leistung?.....	153
2. Die Ausbaukosten der eingebauten nicht mangelfreien Sache	154
a) Im Rahmen der Nacherfüllung.....	154

aa) Ausbaupflicht nach § 439 Abs. 1 oder Kostentragung nach § 439 Abs. 2?	154
bb) Ausbaupflicht bei Nachlieferung nach § 439 Abs. 4?.....	155
cc) Ausbaupflicht aus der EG-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie?.	158
b) Im Rahmen des Schadensersatzes.....	159
3. Zusammenfassung.....	160
III. Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer	160
1. Ersatz der Selbstvornahmekosten nach Fristablauf als Schadensersatz statt der Leistung	160
2. Die voreilige Selbstvornahme ohne Fristsetzung oder vor Fristablauf	162
a) Keine Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung	162
aa) Kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281	162
bb) Kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283	163
(1) Keine Unmöglichkeit bei voreiliger Selbstvornahme	163
(2) Die Frage des Vertretenmüssens.....	164
cc) Fazit	165
b) Keine analoge Anwendung des § 637	165
c) Keine Anrechnung der ersparten Aufwendungen nach § 326 Abs. 2 S. 2	166
d) Kein Ansprüche aus GoA oder Bereicherungsrecht	170

3. Fazit	170
6. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	171
Literaturverzeichnis.....	177

1. Kapitel: Einleitung

Die Schadensersatzregelungen im Leistungsstörungenrecht haben durch das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz¹ tief greifende Veränderungen erfahren. Die zentrale Vorschrift für Schadensersatzhaftung im Schuldverhältnis ist jetzt § 280². Sie sieht in ihren drei Absätzen verschiedene Arten des Schadensersatzes vor, für deren Geltendmachung unterschiedliche Voraussetzungen vorliegen müssen: den einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 sowie den Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283.³ Dann wird – insbesondere im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung – weiter danach differenziert, auf welche Arten bzw. Anlässe von Pflichtverletzung der geltend gemachte Schaden zurückzuführen ist. Insgesamt also ergeben sich aus den §§ 280 ff. und 311a Abs. 2 folgende Schadensersatzansprüche:

- Schadensersatz statt der Leistung
 - nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281
 - nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282
 - nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283
 - nach § 311a Abs. 2
- Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286
- Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1

Die Abgrenzung zwischen all diesen Schadensersatzansprüchen, also die richtige Zuordnung der einzelnen Schadensposten zur einschlägigen Anspruchsgrundlage, ist ein Hauptproblem des Schuldrechts. Sie ist keineswegs

¹ Gesetze zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I, S. 3138.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

³ Daneben gibt es noch eine Sonderregelung des § 311a Abs. 2 für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit.

nur von dogmatischer, sondern auch von großer praktischer Bedeutung, da die Schadensersatzansprüche unterschiedliche Voraussetzungen haben. Durch die Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4) sind die Abgrenzungsfragen auch für das Kauf- und Werkvertragsrecht von entscheidender Bedeutung.

Einige dieser Abgrenzungsfragen sind zwar schon wissenschaftlich kontrovers diskutiert worden⁴ und ein paar höchstrichterliche Entscheidungen liegen inzwischen auch vor. Aber viele Probleme sind nach wie vor höchst umstritten und noch nicht grundlegend geklärt. Anlass für eine umfassende Untersuchung ist also gegeben.

Ziel dieser Arbeit ist, die Anwendungsbereiche und Tatbestandsmerkmale der verschiedenen Schadensersatzansprüche zu bestimmen und somit sie gegeneinander widerspruchsfrei und überzeugend abzugrenzen.

Nach der Einleitung wird zunächst untersucht, welche Systematik der Schadensersatzregelungen der §§ 280 ff. zugrunde liegt. Das ist der Grundstein für die weitere Untersuchung. Nach einem Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte wird festgestellt, dass das neue Leistungsstörungenrecht ein Mischsystem darstellt, das ein in erster Linie rechtsfolgenorientiertes Modell mit weiteren Differenzierungen auf der Tatbestandseite kombiniert.

Der Systematik entsprechend beschäftigt sich das dritte Kapitel mit der Frage, wodurch sich die Schadensersatzansprüche auf der Rechtsfolgeseite unterscheiden. Statt der gesetzlichen Dreiteilung wird eine Zweiteilung der Arten des Schadensersatzes festgestellt: Es ist zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung zu unterscheiden. Hierbei steht die Suche nach einem geeigneten Abgrenzungskriterium im Vorder-

⁴ Vgl. *Kaiser*, in: *FS Westermann* (2008), S. 351 ff.; *Grigoleit/Riehm*, *AcP* 203 (2003), 727 ff.; *Katzenstein*, *JURA* 2004, 584 ff.; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 14 ff.; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 55 ff., 66 ff., § 281 Rn. 110 ff.; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 280 Rn. 25 ff.; *Hellwege*, *Die §§ 280 ff.* (2005); *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, 37 ff.

grund, welches eine interessengerechte und trennscharfe Abgrenzung zwischen den verschiedenen Kategorien des Schadensersatzes ermöglicht.

Anschließend ist zu untersuchen, wie die Schadensersatzansprüche auf der Tatbestandseite abzugrenzen sind. Hierbei wird jeweils im Rahmen des Schadensersatzes statt und neben der Leistung analysiert, worin die maßgebliche Pflichtverletzung und der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei verschiedenen Schadensersatzansprüchen bestehen. Dadurch zeigt sich auch die gegenseitige Abhängigkeit der Pflichtverletzungen und der Schadensersatzarten.

Weiter wird auf die dogmatisch wie praktisch wichtige Frage eingegangen, wie die Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Leistung im Kaufrecht zu unterscheiden sind. Durch die Behebung der Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Verkäufers in § 433 Abs. 1 S. 2 und die Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist die Schadensersatzregelung wegen mangelhafter Leistung noch komplexer geworden. Es zeigt sich als angebracht, auch hier die Abgrenzung nach Schadensersatz und Pflichtverletzung vorzunehmen.

Zum Schluss werden alle wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst. Es wird sich zeigen, ob die gefundenen Abgrenzungskriterien der verschiedenen Schadensersatzansprüche über die gebotene Tragfähigkeit und Widerspruchfreiheit verfügt.

2. Kapitel: Das Mischsystem und die zweistufige Abgrenzung

Am Anfang steht die Untersuchung auf die Systematik des Leistungsstörungsrechts. Eine tragfähige, widerspruchsfreie Abgrenzung der verschiedenen Schadensersatzansprüche setzt ein richtiges Verständnis der ihnen zugrunde liegenden Gesetzessystematik voraus. Da das Leistungsstörungsrecht durch die Schuldrechtsreform grundlegend geändert wurde, ist zunächst ein kurzer Rückblick auf seine Entwicklungsgeschichte zu werfen.

A. Die Entwicklungsgeschichte der Schadensersatzansprüche im Leistungsstörungsrecht

Vor der Schuldrechtsreform differenzierte das Leistungsstörungsrecht vor allem tatbestandsorientiert nach verschiedenen Arten von Leistungsstörungen und unterwarf jede einem eigenen Schadensersatzanspruch.⁵ So waren z.B. für die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit die §§ 280, 325 a.F. einschlägig; beim Schuldnerverzug griffen dagegen die §§ 286, 326 a.F. Eine allgemeine Haftung für die Schlechtleistung war nicht im Gesetz geregelt, darauf fand aber das von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Institut der *positiven Forderungsverletzung* (pFV)⁶ Anwendung. Im besonderen Gewährleistungsrecht war noch eine Haftung des Verkäufers nach § 463 a.F. vorgesehen, die aber nur bei Zusicherung einer Eigenschaft oder arglistigem Verschweigen eines Fehlers galt. Die Regelungen und Rechtsinstitute standen parallel nebeneinander und haben zu zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten und Abgrenzungsproblemen geführt.⁷

⁵ Vgl. Soergel/Wiedemann (1990), Vor § 275 a.F. Rn. 1 ff.; Abschlussbericht (1992), S. 16.

⁶ Staub, in: FS XXVI. Deutschen Juristentag (1902), S. 29 ff.

⁷ Vgl. Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 1 Rn. 7 ff.; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280, Rn 8 ff.

Angesichts der Mängel des alten Leistungsstörungsrechts wurde 1984 eine Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts eingesetzt, die die Reformvorschläge erarbeiten sollte. Diese Kommission legte im Jahr 1992 einen Abschlussbericht⁸ vor, in dem sie einen kompletten Systemwechsel beabsichtigte: In Anlehnung an das UN-Kaufrecht wurden die einzelnen Leistungstörungstypen durch einen einheitlichen Grundtatbestand der Pflichtverletzung ersetzt, auf dem die Schadensersatzansprüche des Gläubigers (§ 280 KE) aufbauten. Es wurde nicht mehr zwischen Unmöglichkeit, Verzug oder pFV unterschieden.⁹ Die Unmöglichkeit wurde als eigenständige Kategorie vollständig beseitigt und durch einen allgemeinen Leistungsverweigerungstatbestand wegen Unzumutbarkeit ersetzt (§ 275 KE). Der Verzug bildete nur die zusätzliche Voraussetzung neben der Pflichtverletzung für den Ersatz des Verzögerungsschadens (§ 284 KE). Stattdessen wurde rechtsfolgenorientiert zwischen verschiedenen Arten des Schadensersatzes unterschieden (§§ 280, 283, 284 KE).

Die Vorschläge der Schuldrechtskommission wurden im Jahr 2000 inhaltlich nahezu unverändert in den Diskussionsentwurf¹⁰ übernommen. Allerdings stieß der Diskussionsentwurf in der Wissenschaft auf überwiegende Kritik¹¹, ebenso wie damals der Kommissionsentwurf.¹² Vor allem wurde beanstandet, dass der Entwurf ganz auf die Unmöglichkeit und auf den Verzug als besonderer Leistungstörungstypen verzichten wollte.¹³ Der Grundtatbestand der Pflichtverletzung beseitige die Unterschiede zwischen den verschiedenen Stö-

⁸ BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.

⁹ Abschlussbericht (1992), S. 29 ff.

¹⁰ Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 4.8.2000, abgedruckt bei *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. 3 ff.

¹¹ Vgl. *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001; *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001.

¹² Vgl. *Flume*, ZIP 1994, 1497 ff.; *Ernst*, NJW 1994, 2177 ff.; *ders.*, JZ 1994, 801 ff.

¹³ Vgl. *U. Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (2001), S. 31, 49 ff., 140 ff.; *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (2001), S. 43.

rungstypen nicht.¹⁴ Die angestrebte Vereinfachung sei letztlich doch nicht zu erreichen, weil über die Ausnahmen für die einzelnen Leistungsstörungstypen doch wieder unterschiedliche Regelungen bereitgestellt werden müssten.¹⁵

Die Kritik führte wiederum zu einer Überarbeitung durch eine neue Kommission, die in der „Konsolidierten Fassung“¹⁶ eine Rückkehr zu den klassischen Leistungsstörungstypen erarbeitete.¹⁷ Die Unterscheidung nach Arten des Schadensersatzes wurde zwar beibehalten, die Pflichtverletzung ist aber wieder in einzelne konkrete Leistungsstörungstypen aufgefächert worden.¹⁸ So wurden aus den noch im Kommissionsentwurf einheitlich gefassten Tatbeständen für den Schadensersatz statt der Leistung (§ 283 KE) die Fälle der Verletzung von Schutzpflichten (§ 282) und der Unmöglichkeit (§ 283) wieder herausgelöst und tatbestandlich verselbständigt. Auch innerhalb des zentralen Tatbestands des § 281 wurde zwischen Nichtleistung und Schlechtleistung differenziert. Die „konsolidierte Fassung“ war mit geringfügigen Änderungen dann das endgültige Gesetz geworden.

B. Das Mischsystem: von der Rechtsfolge zum Tatbestand

Damit stellt das neue Schadensersatzrecht eine Mischung von den Vorstellungen des Diskussionsentwurfs und dem Konzept des bisherigen Rechts dar. Der Gesetzgeber wollte sich zunächst von den überkommenen Leistungsstörungstypen distanzieren und ein rein rechtsfolgenorientiertes System entwickeln, was durch den Diskussionsentwurf (DE) zum Ausdruck gebracht wurde. Er hat dann aber festgestellt, dass in vielen Fällen die Unterscheidung zwischen

¹⁴ Flume, ZIP 1994, 1497, 1500.

¹⁵ Ernst, NJW 1994, 2177, 2180; ders., JZ 1994, 801, 805.

¹⁶ Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 6.3.2001, abgedruckt bei *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. 349 ff.

¹⁷ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn 15.

¹⁸ *Schapp*, JZ 2001, 586; *Hadding*, in: *FS Konzen* (2006), S. 209 ff.; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 18 ff. Vgl. auch die Synopse in JZ 2001, 524 ff.

den verschiedenen Arten der Pflichtverletzung unentbehrlich ist. Deshalb findet wiederum eine tatbestandsorientierte Differenzierung im Rahmen des rechtsfolgenorientierten Systems statt. Es unterscheidet zunächst nach der Art des Schadensersatzes (Rechtsfolge) und dann anschließend nach der Art der Pflichtverletzung (Tatbestand). Zu Recht wird das neue System des Schadensersatzrechts als ein „Mischsystem“¹⁹ oder einen „Mittelweg“²⁰ bezeichnet.²¹

Die Mischung zeigt das neue Leistungsstörungenrecht deutlich. In der Grundnorm des § 280 wird zunächst rechtsfolgenorientiert zwischen drei Arten des Schadensersatzes unterschieden: Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 und dem einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1. Typologisch gesehen handelt es sich allerdings nicht um eine Drei-, sondern um eine Zweiteilung:²² Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung, wobei sich der Letztere aus dem einfachen Schadensersatz und dem Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung zusammensetzt.

Sodann wird insbesondere im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung in §§ 281-283 zwischen verschiedenen Anlässen der Pflichtverletzung differenziert. Zwar beruhen alle Ansprüche auf einer Nichterfüllung der Leistungspflichten, sie sind aber auf unterschiedliche Anlässe zurückzuführen. Für §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 ist die haftungsbegründende Pflichtverletzung die Nichtleistung trotz Fristablaufs. Dagegen sind §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 anzuwenden, wenn die geschuldete Leistung deshalb ausgeblieben ist, weil der Gläubiger sie ablehnt – wegen der Unzumutbarkeit der Leistung durch eine

¹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 454.

²⁰ *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 1/5.

²¹ Vgl. auch *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn 21; *MünchK/Ernst* (2007), Vor § 275 Rn. 11 ff.; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 181; *Schwarze*, *Leistungsstörungen* (2008), § 16 Rn. 2.

²² Siehe unten 3. Kapitel B.

Schutzpflichtverletzung des Schuldners. Schließlich sollen §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 die Fälle erfassen, in denen die Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit ausbleibt.

Wenn man nach der hier vertretenen Ansicht sowohl den Verzögerungsschadensersatz als auch den einfachen Schadensersatz als Schadensersatz neben der Leistung betrachtet, dann findet hier auch eine Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung statt, nämlich zwischen Leistungsverzögerung und sonstigen Pflichtverletzungen. Während beim Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 anzuwenden sind, kommt bei sonstigen Pflichtverletzungen allein § 280 Abs. 1 in Betracht.

C. Die zweistufige Abgrenzung

Das Mischsystem des neuen Schadensersatzrechts hat zur Folge, dass die Abgrenzung zweistufig zu erfolgen hat: Zunächst nach Arten des Schadensersatzes auf der Rechtsfolgesseite, dann anschließend nach Arten der Pflichtverletzung auf der Tatbestandseite.²³ Bei der Wahl der Anspruchsgrundlagen soll also in erster Linie an der intendierten Rechtsfolge orientiert und danach gefragt werden, was für ein Schadensersatz geltend gemacht wird, also ob der Schadensersatz an die Stelle der Primärleistung (§§ 280 Abs.1, 3 mit 281-283; § 311a Abs. 2) oder zusätzlich neben diese treten (§ 280 Abs. 1 oder §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286) soll. Sodann wird im Rahmen der festgestellten Schadensersatzarten unterschieden, auf welche Art von Pflichtverletzung der geltend gemachte Schaden zurückzuführen ist.

²³ Vgl. *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 168; *Mattheus*, in: *Examenswissen* (2003), S. 51 f.; *Wilmowsky*, *JuS* 2002, Beilage zu Heft 1, S. 4; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 40 ff.

I. Die erste Stufe: Die Abgrenzung nach Arten des Schadensersatzes auf der Rechtsfolgeseite

Die erste Stufe ist die Abgrenzung nach Schadensersatzarten auf der Rechtsfolgeseite. Es ist zu fragen, welche Art des Schadensersatzes geltend gemacht wird. Es wird sich zeigen, dass die gesetzliche Dreiteilung typologisch eine Zweiteilung ist²⁴: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz „neben der Leistung“, wobei der Letztere sowohl den einfachen Schadensersatz als auch Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung umfasst.

II. Die zweite Stufe: Die Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung auf der Tatbestandseite

Die zweite Stufe ist die Unterscheidung nach Arten der Pflichtverletzung auf der Tatbestandseite. Diese wird jeweils im Rahmen des Schadensersatzes statt und neben der Leistung durchgeführt.

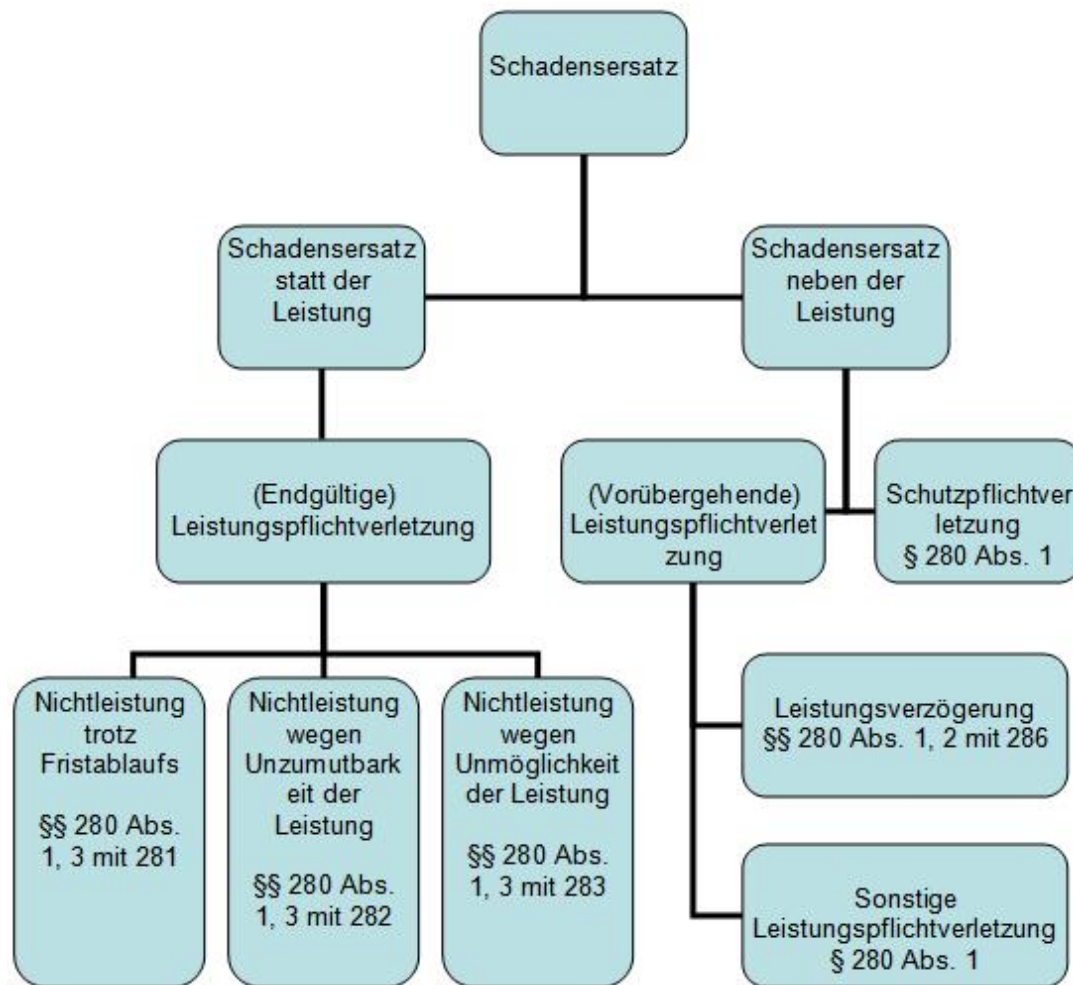
Bezüglich des Schadensersatzes statt der Leistung gibt es trotz unterschiedlicher Anlässe nur eine Pflichtverletzungsart: die Verletzung von Leistungspflicht in Form des endgültigen Ausbleibens der geschuldeten (mangelfreien) Leistung. Dies gilt nicht nur für §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, sondern auch für §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 und 283. Für einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 ist allein die Nichtleistung (wegen Unzumutbarkeit der Leistung), nicht etwa die Verletzung der Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 relevant.

Dagegen kann ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung sowohl auf der Verletzung der Leistungspflichten als auch auf der der Schutzpflichten beruhen. Innerhalb der Leistungspflichtverletzung muss weiter zwischen Leistungsverzögerung und sonstigen Pflichtverletzungen unterschieden werden, da das Gesetz in §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 eine Sonderregelung für die Leistungsverzögerung normiert. Übrigens ist zu beachten, dass bei Leistungs-

²⁴ Siehe unten 3. Kapitel B.

pflichtverletzung der Schadensersatz neben der Leistung auf andere Schadenposten gerichtet ist als der Schadensersatz statt der Leistung. Schließlich kommt bei Verletzung von Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 allein der einfache Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 in Betracht.

Insgesamt ergibt sich folgendes Bild:



3. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten des Schadensersatzes

Im Folgenden soll auf die Einzelheiten der zweistufigen Abgrenzung eingegangen werden. Gesucht wird nach den geeigneten Abgrenzungskriterien, die eine interessengerechte und trennscharfe Abgrenzung zwischen den verschiedenen Schadensersatzansprüchen in überzeugender Weise ermöglichen sollen.

A. Die gesetzliche Dreiteilung

Durch § 280 Abs. 1-3 unterscheidet das Gesetz drei Arten des Schadensersatzes: den einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 sowie den Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, 282 oder 283. Während § 280 Abs. 1 für jede zu vertretende Pflichtverletzung generell einen Schadensersatzanspruch gewährt, machen §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 für den Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung und §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283 für den Schadensersatz statt der Leistung vom Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen abhängig.²⁵

I. Schadensersatz statt der Leistung

1. Anspruchsgrundlage

Das neue allgemeine Leistungsstörungenrecht kennt vier Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung: §§ 281, 282, 283 (jeweils i.V.m. § 280) sowie § 311a Abs. 2. Umstritten ist dabei, welche Norm die Anspruchsgrundlage ist. Nach einer Ansicht handele es sich bei §§ 281-283 um eigenständige An-

²⁵ Daneben nennt § 311a Abs. 2 noch eine weitere eigenständige Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit.

spruchsgrundlagen neben § 280 Abs. 1, da sie das Gesetz eindeutig als Anspruchsgrundlage formuliere. Außerdem unterscheide sich der Schadensersatz statt der Leistung sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenseite erheblich vom Schadensersatz aus § 280 Abs. 1.²⁶ Dagegen geht die h.M.²⁷ im Einklang mit der Ansicht des Gesetzgebers²⁸ davon aus, dass §§ 281-283 lediglich zusätzliche Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit bestimmter Schäden enthalten. Sie selbst gewähren keinen Anspruch auf Schadensersatz; die Anspruchsgrundlage liegt also in § 280 Abs. 1.

Die Diskussion hat allerdings keine große Bedeutung für die praktische Anwendung, denn jedenfalls im Hinblick auf das Erfordernis des Vertretenmüssens bleibt der Rückgriff auf § 280 Abs. 1 unentbehrlich.²⁹ Im Folgenden ist von einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, 282 oder 283 auszugehen.

Anders beurteilt wird es dagegen im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit. § 311a Abs. 2 wird nämlich nach überwiegender Meinung als eine eigenständige Anspruchsgrundlage gesehen, die nicht an § 280 Abs. 1 anknüpft.³⁰ Grund für die Ausklammerung ist es, dass die Nichtleistung bei anfänglicher Unmöglichkeit keine Pflichtverletzung darstellt, weil der Schuldner nach § 275 von vornherein nicht zur Erbringung der Leistung verpflichtet war.

²⁶ *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3 f.; *Hirsch*, JURA 2003, 291; *Schäfer*, JA 2003, 600; vgl. auch *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 34 ff.

²⁷ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 140; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 280 Rn. 4; *Heinrichs*, in: *FS Derleder* (2005), S. 96; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 28; *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), § 280 Rn. 3; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 4; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 4; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 281 Rn. 2; *Gsell*, in: *Jb.J.ZivRWiss.* 2001, 107; *Hirsch*, JURA 2003, 290.

²⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

²⁹ *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 4; *Erman/Westermann* (2008), § 280 Rn. 2; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 4.

³⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 166; *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 140; *Looschelders*, *Schuldrecht AT* (2010), Rn. 451; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 4; *Jauernig/Stadler* (2009), § 311a Rn. 4; *HandK/Schulze* (2009), § 311a Rn. 6; a.A. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, *Schuldrecht AT* (2005), Rn. 559.

2. Schadensersatz statt der Leistung

Der Begriff „Schadensersatz statt der Leistung“ ist nach der Schuldrechtsreform an die Stelle des früheren „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ neu eingefügt worden. Ob damit auch eine inhaltliche Änderung stattgefunden hat, darauf ist später noch einzugehen.³¹

Schadensersatz statt der Leistung kann nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281-283 verlangt werden, die nach Arten der Pflichtverletzung aufgefächert sind. Der Schwerpunkt liegt bei § 281, der die beiden in der Praxis wichtigsten Leistungsstörungstypen, die Nichtleistung und die nicht mangelfreie Leistung, normiert. Bei den beiden noch behebbaren Leistungsstörungen muss nach § 281 Abs. 1 grundsätzlich dem Schuldner eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt werden. Erst wenn diese Frist erfolglos abgelaufen ist, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zweck dieser Vorschrift ist, den Vorrang des primären Erfüllungsanspruchs gegenüber dem Schadensersatzanspruch sicherzustellen. Die Fristsetzung ist aber keine zwingende Voraussetzung für einen Schadensersatz statt der Leistung. Sie ist nämlich nach § 281 Abs. 2 entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn besondere Umstände vorliegen, die eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

Nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er die Leistung des Schuldners ablehnt, weil der Schuldner die Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 so schwerwiegend verletzt hat, dass dem Gläubiger die Annahme der Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Es handelt sich um die seltenen Fälle, in denen die Schutzpflichtverletzung den Vertragszweck derartig gefährdet, dass nach Treu und Glauben vom Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht erwartet werden kann.³² Wenn z.B. der anstreichende Maler trotz Abmahnung mehrfach Mobiliar des Gläubigers

³¹ Siehe unten 3. Kapitel B. I. 1. d).

³² BT-Drucks. 14/6040, S. 142.

beschädigt, ist von einem Überschreiten der Zumutbarkeitsschwelle auszugehen.

Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bei nachträglicher Unmöglichkeit ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283. Eine Fristsetzung ist nicht erforderlich, da der Schuldner die Leistung gem. § 275 Abs. 1 definitiv nicht erbringen bzw. nach § 275 Abs. 2, 3 verweigern kann. Zerstört der Schuldner schuldhaft nach Vertragsschluss das geschuldete Gemälde, kann der Gläubiger sofort Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zu beachten ist aber, dass § 275 nur die primäre Leistungspflicht des Schuldners, nicht aber eine sekundäre Schadensersatzpflicht beseitigt. Daher liegt die Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 schon in der bloßen objektiven Nichterfüllung der Leistungspflicht. Das Vertretenmüssen bezieht sich dagegen auf die Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben.³³

Liegt aber die Unmöglichkeit der Leistungserbringung bereits beim Vertragsschluss vor, ist etwa das geschuldete Gemälde schon vor Vertragsschluss zerstört worden, dann ergibt sich der Schadensersatz statt der Leistung nicht aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283, sondern aus § 311a Abs. 2, der als eigenständige Anspruchsgrundlage nicht auf § 280 verweist. Hinter der Differenzierung steht die Überlegung, dass der Anspruch auf das positive Interesse im Falle des § 311a Abs. 2 nicht wie bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 aus einer Pflichtverletzung, sondern aus der Nichterfüllung des Leistungsversprechens, das nach § 311a Abs. 1 wirksam ist, folgt.³⁴ Bezüglich des Vertretenmüssens wird darauf abgestellt, ob der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste.

³³ BT-Drucks. 14/6040, S. 135 f.; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 146.

³⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 147.

3. Schadensersatz statt der ganzen Leistung

In den Fällen der sog. „beschränkten Störungen“³⁵ – d.h. Störungen, in denen die geschuldete Leistung nicht komplett ausbleibt, sondern nur in quantitativer oder qualitativer Hinsicht defizitär ist – ist gem. § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 zusätzlich noch zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu unterscheiden. Dabei geht es um die Frage, ob der Gläubiger die Teil- bzw. nicht mangelfreie Leistung behalten muss und auf den Ausgleich für die quantitative bzw. qualitative Abweichung von der geschuldeten Leistung beschränkt ist (sog. kleiner Schadensersatz) oder ob er die bereits erhaltene Teil- bzw. nicht mangelfreie Leistung zurückweisen und dafür den Ersatz des gesamten Leistungsinteresses verlangen kann (sog. großer Schadensersatz).³⁶ Da der Schadensersatz statt der ganzen Leistung wie der Rücktritt zur Liquidation des gesamten Vertrags führt, müssen dafür besondere Voraussetzungen vorliegen. Nach § 281 Abs. 1 S. 2 kann der Gläubiger im Falle einer Teilleistung den großen Schadensersatz verlangen, wenn er kein Interesse an der Teilleistung hat. Dagegen ist er im Falle der nicht mangelfreien Leistung gem. § 281 Abs. 1 S. 3 nur dann auf den kleinen Schadensersatz beschränkt, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Zu beachten ist, dass die Regelungen der § 281 Abs. 1 S. 2, 3 über den Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur bei den Fällen der „beschränkten Störungen“ Anwendung finden. Bei den Fällen, in denen der Gläubiger überhaupt keine Leistung erhalten hat, entspricht der Schadensersatz statt der Leistung dem Schadensersatz statt der ganzen Leistung.³⁷

³⁵ MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 123.

³⁶ Vgl. Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 166 f.; MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 125; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 8.

³⁷ Schultz, in: Das Schuldrecht 2002, S. 65.

II. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung

Leistet der Schuldner bei Fälligkeit einer (noch möglichen) Leistung nicht, so verletzt er seine Leistungspflicht. Trotzdem soll der Gläubiger nicht sofort vom Schuldner Schadensersatz wegen der Verzögerung verlangen können, sondern nach § 280 Abs. 2 erst dann, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs vorliegen. Es entspricht der deutschen Rechtstradition, dass die bloße Verzögerung der Leistung noch keine schwerwiegenden Folgen nach sich zieht.³⁸ Der Schaden aus einer Verspätung der geschuldeten Leistung soll nur beim Vorliegen eines Schuldnerverzugs ersetzt werden. Der Verzug erfordert regelmäßig eine Mahnung des Gläubigers gem. § 286 Abs. 1. Die Mahnung soll den Schuldner davor schützen, ohne eine Warnung des Gläubigers wegen Leistungsverzögerung schadensersatzpflichtig zu sein. Folgerichtig ist eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 entbehrlich, wenn der Schuldner (etwa wegen einer festgelegten Leistungszeit) eines solchen Schutzes nicht bedarf.³⁹

Verzögerungsschäden sind solche Schäden, die dadurch entstehen, dass der Schuldner die Leistung nicht rechtzeitig erbringt. Liefert etwa der Verkäufer das geschuldete Auto zu spät und muss sich der Käufer einen Mietwagen nehmen, stellen die Mietwagenkosten als Verzögerungsschaden dar. Der Schadensersatz wegen Verzögerung tritt – anders als der Schadensersatz statt der Leistung – nicht an die Stelle der Leistung. Vielmehr lässt der Ersatz des Verzögerungsschadens den Erfüllungsanspruch unberührt. Der Gläubiger kann Ersatz des Verzögerungsschadens und daneben weiterhin die Leistung verlangen. Daher kann diese Art des Schadensersatzes auch unter dem Oberbegriff „Schadensersatz neben der Leistung“⁴⁰ eingeordnet werden.⁴¹

³⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 145.

³⁹ Dazu unten 4. Kapitel C. I. 1. a).

⁴⁰ Siehe unten 3. Kapitel B. I. 2.

⁴¹ *Hirsch*, JURA 2003, 290; *St. Lorenz*, NJW 2005, 1891

III. Der einfache Schadensersatz

Neben dem Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung kennt das Gesetz noch eine Art von Schadensersatz, die unmittelbar und allein aus § 280 Abs. 1 zu entnehmen ist. Dafür hat sich die Bezeichnung des „einfachen Schadensersatzes“ eingebürgert.⁴² Darunter versteht man den Schadensersatz, der weder vom Schadensersatz statt der Leistung noch vom Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung erfasst wird, also ohne das Erfordernis von zusätzlichen Voraussetzungen ausschließlich aus § 280 Abs. 1 zu gewähren ist. Insoweit ist § 280 Abs. 1 nicht nur der Grundtatbestand der Schadensersatzansprüche der §§ 280 ff., sondern auch ein Auffangtatbestand.⁴³

Bei dem einfachen Schadensersatz handelt es sich ebenso wie bei dem Verzögerungsschadensersatz um „Schadensersatz neben der Leistung“, da auch seine Geltendmachung den Erfüllungsanspruch unberührt lässt. Erfasst werden damit vor allem Fälle der sog. pFV und der mangelhaften Leistung, bei denen die Pflichtverletzung nicht in der Leistungsverzögerung als solcher besteht. Liefert etwa der Verkäufer Pferdefutter mit giftigem Rizinussamen und gehen dadurch Pferde des Käufers ein,⁴⁴ handelt es sich bei den verendeten Tieren weder um einen Schadensersatz statt der Leistung, noch um einen Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung, sondern um einen einfachen Schadensersatz.

Darüber hinaus kommt der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 zur Anwendung, wenn durch eine Schutzpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2 das Integritätsinteresse des Gläubigers verletzt wird. Gegen diese Schutzpflichten

⁴² BT-Drucks. 14/6040, S: 135; P. Huber, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 217; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 4; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 5; a.A. *Staudinger/Otto* (2009), Vor § 280 Rn. 13; *Schwarze*, *Leistungsstörungen* (2008), § 16 Rn. 8.

⁴³ *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 29; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 2; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), § 3 Rn. 217 ff.; *Recker*, *NJW* 2002, 1247; *Hirsch*, *JURA* 2003, 292.

⁴⁴ *RGZ* 66, 289.

verletzt etwa der Maler, der beim Anstreichen der Wohnung das Mobiliar des Gläubigers verschmutzt oder beschädigt. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich unmittelbar aus § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2.

B. Die Zweiteilung: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz „neben der Leistung“

Nach dem oben Ausgeführten fällt auf, dass die gesetzliche Dreiteilung des Schadensersatzes nicht auf einem homogenen Kriterium beruht.⁴⁵ Während nämlich der Schadensersatz statt der Leistung rechtsfolgenorientiert auf die Funktion des Schadensersatzes abstellt, bezieht sich der Schadensersatz wegen Verzögerung tatbestandsorientiert auf die Art der Pflichtverletzung. Damit kann dies zu Verwirrung bei der Abgrenzung führen, wie es sich bei der Einordnung des „Schadensersatzes statt der Leistung wegen Verzögerung“⁴⁶ zeigt. Dies kann dadurch vermieden werden, dass man einheitlich auf die Funktion des Schadensersatzes abstellt und den Gegenbegriff des Schadensersatzes statt der Leistung herausarbeitet, nämlich den Begriff des „Schadensersatzes neben der Leistung“.⁴⁷ Damit wird der Schadensersatz bezeichnet, der neben dem Leistungsanspruch geltend gemacht werden kann. Darunter fallen typologisch gesehen sowohl der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung als auch der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1.⁴⁸

Damit werden alle denkbaren Schadensersatzarten nach §§ 280 ff. bzw. § 311a zunächst rechtsfolgenorientiert nach ihrer Funktionen nicht in drei,

⁴⁵ Vgl. *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005), S. 20 ff.

⁴⁶ Vgl. *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005), S. 23 ff.

⁴⁷ Vgl. *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 5; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2500; *Hirsch*, JURA 2003, 290; dagegen *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT (2005), Rn. 617.

⁴⁸ Die Abgrenzung dieser beiden erfolgt dann erst in einem zweiten Schritt nach Arten der Pflichtverletzung im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung, siehe unten 4. Kapitel C.

sondern in zwei gegenüberstehende Kategorien geteilt: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung.⁴⁹

Im Folgenden ist dann zu untersuchen, nach welchen Kriterien der Schadensersatz statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung zu unterscheiden ist.

I. Abgrenzung nach dem Verhältnis zwischen Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch

1. Schadensersatz statt der Leistung – Die Konkurrenz von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch

a) Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung als Erfüllungsanspruch „in pekuniärer Form“⁵⁰

Das Interesse des Gläubigers an der Leistung ist verletzt, wenn der Schuldner nicht oder nicht vertragsgemäß leistet. Hier stellt sich die Frage, wie das verletzte Erfüllungsinteresse des Gläubigers noch nachträglich zu verwirklichen ist. Dafür stehen grundsätzlich zwei Wege zur Verfügung.⁵¹ Der erste ist die Erfüllung „in Natur“, so wie vertraglich vereinbart, ggf. durch Klage und Zwangsvollstreckung. Der zweite Weg besteht darin, dass das Erfüllungsinteresse des Gläubigers in Geld umgerechnet wird. Statt der Leistung in Natur erhält der Gläubiger ihr „Äquivalent in Geld“,⁵² das nach der Schuldrechtsreform Schadensersatz statt der Leistung heißt. Während sich der Erfüllungsanspruch in Natur als „Primäranspruch“ unmittelbar aus dem Schuldverhältnis ergibt und dem Gläubiger von vornherein zusteht, setzt der Anspruch auf

⁴⁹ H.M., vgl. *Kaiser*, in: FS *Westermann* (2008), S. 351 ff.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht (2009), Rn. 237 f.; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 41; *Dauner-Lieb*, in: FS *Konzen* (2006), S. 67 f.; *Hirsch*, JURA 2006, 122.

⁵⁰ *Knütel*, AcP 202 (2002), 581.

⁵¹ Vgl. *U. Huber*, *Leistungsstörungen* (1999), Band II, S. 139 ff.

⁵² *Canaris*, JZ 2001, 512.

Schadensersatz statt der Leistung als „Sekundäranspruch“ jedenfalls eine gestörte Erfüllung voraus und hängt in der Regel von zusätzlichen Voraussetzungen ab, wie einem Verschulden des Schuldners und etwa einer Nachfristsetzung bei Behebbarkeit der Leistung (§ 281 Abs. 1).

Beide Wege – der Erfüllungsanspruch und der Schadensersatzanspruch statt der Leistung – führen zu einem gemeinsamen Ziel: Sie sollen das Erfüllungsinteresse des Gläubigers befriedigen.⁵³ Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung verkörpert das in Geld ausgedrückte Interesse des Gläubigers an der Leistung und steht damit funktional der ursprünglich geschuldeten Schuldnerleistung gleich. Dazu hat *Keuk* so formuliert:

*„Mit dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung fordert der Gläubiger Realisierung seines Leistungsanspruchs, nur nach einer anderen Richtung: statt des unmittelbaren Vertragsgegenstandes begehrt er ersatzweise Befriedigung seines Gläubigerinteresses durch Gewährung des Vermögenswertes, den er erhalten würde, wenn der Schuldner den Vertragsgegenstand leisten würde. Naturalleistung und Leistung des Geldäquivalentes stellen sich dar als zwei Formen der Verwirklichung des vertraglichen Rechts des Gläubigers“.*⁵⁴

Knütel betrachtet den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sogar nicht als einen Schadensersatzanspruch, sondern als die Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs, als „Erfüllungsanspruch in pekuniärer Form“⁵⁵. *Ernst* vertritt die Ansicht, dass es sich bei dem Erfüllungsanspruch und dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung um einen Anspruch mit unterschiedlichem Inhalt handelt.⁵⁶

⁵³ *U. Huber* spricht von „zwei Seiten derselben Medaille“, in: 50 Jahre BGH (2000), S. 275; vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 333; *Knütel*, AcP 202 (2002), 576.

⁵⁴ *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), S. 111 f.

⁵⁵ *Knütel*, AcP 202 (2002), 581; vgl. auch *Hirsch*, JURA 2003, 290.

⁵⁶ *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 68.

b) Vorrang des Erfüllungsanspruchs

Zwar schützen die beiden Ansprüche dasselbe Leistungsinteresse, gleichrangig sind sie aber nicht. Das deutsche Recht geht davon aus, dass der Anspruch auf Erfüllung in Natur den Vorrang vor einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat.⁵⁷ Es wird auch von „Erfüllungszwang“ gesprochen, da der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung nicht nur verlangen, sondern sie im Regelfall auch durch Klage und Vollstreckung erzwingen kann.⁵⁸ Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers ergibt sich unmittelbar aus dem Schuldverhältnis und ist das „Rückgrat der Obligation“.⁵⁹ Er ist Ausdruck des Prinzips „*pacta sunt servanda*“⁶⁰, ihm liegen auch ökonomische Erwägungen zugrunde.⁶¹ Bei einer Leistungsstörung steht dem Gläubiger in erster Linie ein Anspruch auf Erfüllung in Natur zu. Einen an die Stelle der Naturalleistung tretenden Schadensersatz kann er dagegen als einen „sekundären Rechtsbehelf“ nur verlangen, wenn der „primäre“ Leistungsanspruch seine Grenze erreicht oder der Gläubiger dafür eine besondere Rechtfertigung hat.⁶²

Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs ist im BGB nicht ausdrücklich ausgesprochen,⁶³ ergibt sich aber daraus, dass der Gläubiger nach § 281 Abs. 1 S. 1 Schadensersatz statt der Leistung erst dann verlangen kann, wenn er

⁵⁷ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), S. 469 ff.; *U. Huber*, Leistungsstörungen (1999), Band II, S. 145 ff. Demgegenüber wird im Common Law bei einer Vertragsverletzung in erster Linie ein Schadensersatzanspruch vorgesehen. Der Anspruch auf Erfüllung in Natur („*specific performance*“) wird ausnahmsweise nur dann gewährt, wenn der Gläubiger hieran ein besonderes Interesse hat. (Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), S. 477 ff.)

⁵⁸ *Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 19 f.; *Rütten*, in: FS *Gernhuber* (1993), S. 939 f.

⁵⁹ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), S. 469 ff.; *U. Huber*, Leistungsstörungen (1999), Band II, S. 147 f.

⁶⁰ *Rütten*, in: FS *Gernhuber* (1993), S. 939 f.; *CISG-K/Müller-Chen* (2008), Art. 28 Rn. 1.

⁶¹ Vgl. *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 734 f.; *Maultzsch*, AcP 207 (2007), 530 ff.; *Wolf/Lange*, in: FS *Kilian* (2004), S. 801 ff.

⁶² *U. Huber*, Leistungsstörungen (1999), Band II, S. 151 ff.

⁶³ H.M., vgl. nur *U. Huber*, Leistungsstörungen (1999), Band II, S. 145.

dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist. Die Ratio des Fristsetzungserfordernisses liegt gerade in der Sicherung des Vorrangs des Erfüllungsanspruchs: Der Gläubiger hat in erster Linie einen Anspruch auf Erfüllung in Natur. Soweit die Leistungserbringung noch möglich ist, soll der Schuldner vor der Geltendmachung eines den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs eine weitere Chance bekommen, die geschuldete Leistung doch noch zu erbringen und sich von seiner Leistungspflicht zu befreien. Erst wenn der Schuldner auch diese Chance unbenutzt lässt, darf der Gläubiger anstelle der ursprünglich geschuldeten Leistung einen in Geld bestehenden Schadensersatz beanspruchen.⁶⁴

Auch die Ausnahmen des Fristsetzungserfordernisses sprechen nicht gegen den Vorrang des Erfüllungsanspruchs. Eine Fristsetzung ist nämlich nur dann entbehrlich, wenn der Erfüllungsanspruch seine Grenze erreicht, z.B. wenn die Leistung in Natur unmöglich (§§ 283, 311a Abs. 2), unzumutbar (§ 282), nicht zu erwarten ist (§ 281 Abs. 2 Alt. 1) oder eine besondere Rechtfertigung für einen sofortigen Übergang zum Schadensersatzanspruch besteht (§ 281 Abs. 2 Alt. 2).⁶⁵

c) Der Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung

Gegenüber dem Interesse des Schuldners, sich durch Leistung in Natur von seiner Verpflichtung zu befreien, hat der Gläubiger häufig ein schutzwürdiges Interesse daran, dass er statt der Leistung in Natur Schadensersatz in Geld haben will, also der Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung umgewandelt wird. Dieses Spannungsverhältnis interessengerecht zu regeln, ist eine der Hauptaufgaben des Leistungsstörungsrechts. Das deutsche Schuldrecht gewährt zwar generell dem Erfüllungsanspruch den Vorrang vor einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leis-

⁶⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 135; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2500.

⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 140; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2500; *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 617 ff.

tung. Aber unter bestimmten Voraussetzungen kann der Gläubiger einen an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Diese Voraussetzungen sind in §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283 und § 311a Abs. 2 geregelt, wobei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 grundlegend sind. Danach erhält der Gläubiger einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadensersatzanspruch, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat. Anders als vor der Schuldrechtsreform ist der Zeitpunkt dieser Umwandlung nicht mehr der Ablauf der Nachfrist, sondern das Schadensersatzverlangen des Gläubigers. Mit erfolglosem Fristablauf entsteht für den Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der allerdings als verhaltener Anspruch erst mit dem Verlangen des Gläubigers fällig wird.⁶⁶ Darüber hinaus bleibt der Erfüllungsanspruch bestehen, da dieser nach § 281 Abs. 4 erst mit dem Verlangen auf Schadensersatz statt der Leistung erlischt. Damit hat der Gläubiger die Wahl zwischen den beiden Ansprüchen, die im Verhältnis der elektiven Konkurrenz nebeneinander stehen.⁶⁷ Diese Schwebelage endet erst dann, wenn der Gläubiger wirksam Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 Abs. 4) oder der Schuldner den Erfüllungsanspruch doch noch nachträglich erfüllt.⁶⁸

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung, kann er nach § 281 Abs. 4 nicht mehr zum Erfüllungsanspruch zurückkehren. Mit dessen Verlangen ist der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung fällig, der *ex nunc* an die Stelle der Leistung tritt und den Erfüllungsanspruch ausschließt. Den Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger also nur unter Verzicht auf den Erfüllungsanspruch verlangen. Dies ist auch zur Vermeidung einer

⁶⁶ *Kaiser*, in: FS *Westermann* (2008), S. 357; *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 108.

⁶⁷ BGH 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198; *Althammer*, NJW 2006, 1180; *Faust*, in: FS *Huber* (2006), S. 240 f.; *Heinrichs*, in: FS *Derleder* (2005), S. 105; *Kleine/Scholl*, NJW 2006, 3462; *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 68; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 49.

⁶⁸ Zur der Schwebelage nach Ablauf der Nachfrist ausführlich *Faust*, in: FS *Huber* (2006), S. 239 ff.; *Finn*, ZGS 2004, 32 ff.; *Gsell*, in: FS *Huber* (2006), S. 299 ff.; *Jacobs*, in: FS *Otto* (2008), S. 137 ff.

Doppelliquidation des Leistungsinteresses notwendig.⁶⁹ Es versteht sich von selbst, dass das Leistungsinteresse des Gläubigers nur einmal befriedigt werden kann: Entweder durch die ursprünglich geschuldete Leistung, oder – wenn die zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind – durch einen diese Leistung ersetzenden Geldbetrag. Eine kumulative Geltendmachung der beiden Ansprüche verbietet sich.

Im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 ist die Rechtslage ähnlich: Mit dem Eintritt der Unzumutbarkeit besteht eine Schwebelage: Der Gläubiger kann zwischen Erfüllung (trotz Unzumutbarkeit) und Schadensersatz statt der Leistung wählen. Sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt, ist der Anspruch auf Leistung analog § 281 Abs. 4 ausgeschlossen und damit auch die Schwebelage beendet.⁷⁰ Ebenso wie bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 ist hier der Erfüllungsanspruch mit dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung auf diesen übergegangen.⁷¹

Für die Fälle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 besteht die Besonderheit darin, dass keine Schwebelage besteht. Da die Leistung nicht erbracht werden kann, kommt nur der Schadensersatz in Betracht. Der Erfüllungsanspruch erlischt nämlich schon mit dem Eintritt der Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1) bzw. dem Erheben der Einrede (§ 275 Abs. 2, 3),⁷² wobei gleichzeitig der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entsteht.

Bei § 311a Abs. 2 ist es insoweit anders, als von vornherein kein Erfüllungsanspruch besteht, sondern allein ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Betracht kommt. Von einem Übergang kann deshalb keine Rede sein.

⁶⁹ Vgl. *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 42 f.

⁷⁰ *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), § 3 Rn. 180; *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 638; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 282 Rn. 52; *MünchK/Ernst* (2007), § 282 Rn. 12.

⁷¹ *MünchK/Ernst* (2007), § 282 Rn. 12; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 282 Rn. 21; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 282 Rn. 56; *Jauernig/Stadler* (2009), § 282 Rn. 7.

⁷² *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 283 Rn. 13; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 283 Rn. 6.

d) Inhalt und Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung

Inhaltlich richtet sich der Schadensersatzanspruch nach den §§ 249 ff. Die Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 kommt allerdings beim Schadensersatz statt der Leistung nicht in Betracht. Schon die Terminologie deutet darauf hin, dass jetzt „statt der Leistung“ Geld geschuldet ist.⁷³ Wichtiger Argument liefert § 281 Abs. 4, wonach der Gläubiger mit dem Schadensersatzverlangen seinen Anspruch auf die vertraglich geschuldete Leistung verliert. Diese Regelung würde umgangen, wenn man dem Gläubiger erlauben würde, im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung doch die Leistung in Natur zu verlangen. Deshalb richtet der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung immer auf eine Entschädigung in Geld gem. § 251.⁷⁴

Was den Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung betrifft, muss nach dem oben Ausgeführten davon ausgegangen werden, dass der Schadensersatz statt der Leistung das Gleiche umfasst wie der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.⁷⁵ Als „Erfüllungsanspruch in pekuniärer Form“ kann er nicht weiter reichen als der Erfüllungsanspruch. Geändert durch die Umwandlung vom Erfüllungsanspruch in den Schadensersatz statt der Leistung ist nur die Form der Verwirklichung des Erfüllungsinteresses, nicht aber der Umfang. Statt der ursprünglichen Leistung schuldet der Schuldner deren Ersatz in Geld. Daher soll Schadensersatz statt der Leistung „maßgeschneidert“ an die Stelle der Leistung treten, nicht mehr und auch nicht weniger. Der Schuldner leistet „mit

⁷³ MünchK/Emmerich (2007), Vor § 281 Rn. 8; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 87.

⁷⁴ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 161; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/182; Lorenz/Riehm (2002), Rn. 207; Schwarze, Leistungsstörungen (2008), § 16 Rn. 1; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 281 Rn.34; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 128; MünchK/Emmerich (2007), Vor § 281 Rn. 8;.

⁷⁵ Canaris, in: Karlsruher Forum 2002. S. 34 ff.; ders., ZIP 2003, 322; Schultz, in: Das Schuldrecht 2002, S. 62 ff.; Grunewald, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 317 f.; dies., Kaufrecht, § 9 Rn. 83; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 73 ff.; Hellwege, Die §§ 280 ff. (2005), S. 15 f. Janz, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 38 ff.; Abw. Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 735 ff. und Katzenstein, JURA 2004, 587 ff., die auch den sog. „Ertragsausfallschaden“ als Schadensersatz statt der Leistung zuordnen wollen.

*der Gewährung des Wertes des Leistungsgegenstandes in anderer Form nur das, wozu er ohnehin verpflichtet ist; der Gläubiger erhält in anderer Form lediglich das, was er ohnehin zu bekommen hatte.*⁷⁶

Als Schadensersatz statt der Leistung ist nur der in Geld verkörperte Wert der geschuldeten Leistung zu ersetzen. Die weiteren Schäden, die darüber hinausgehen, sind kein Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung. Vielmehr sind sie im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung zu ersetzen.

Entgegen dieser Ansicht gehen die h.M.⁷⁷ davon aus, dass der Schadensersatz statt der Leistung dem bisherigen „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ entspricht und damit auch die Folgeschäden umfassen kann. Der frühere Schadensersatz wegen Nichterfüllung war auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet: Der Gläubiger war so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.⁷⁸ Der Schuldner hatte den Schaden zu ersetzen, der wegen der Nichterfüllung entstanden ist. Zu den Nichterfüllungsschäden gehörte nicht nur der Wert der ausbleibenden Leistung oder Mehrkosten für ein Deckungsgeschäft, sondern auch die etwai-

⁷⁶ *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), S. 112.

⁷⁷ *MünchK/Emmerich* (2007), Vor § 281 Rn. 3; *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 1; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 5 f.; *Gsell*, in: *Jb.J.ZivRWiss.* 2001, S. 106; *Hirsch*, *JURA* 2003, 289; *Reischl*, *JuS* 2003, 41; *Wilmowsky*, *JuS* 2002, Beilage zu Heft 1, S. 10; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 207; *Medicus*, *JuS* 2003, 522; *Schwab*, *JuS* 2002, 3; *Mattheus*, *JuS* 2002, 210; *Zimmer*, *NJW* 2002, 8.

⁷⁸ Zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach alter Rechtslage: *RG* 22.06.1917 – II 30/17, *RGZ* 91, 30, 33; *BGH* 20.05.1994 – V ZR 64/93, *NJW* 1994, 2480; *BGH* 27.05.1998 – VIII ZR 362/96, *NJW* 1998, 2901, 2902; *NJW* 2000, 278, 279; *Soergel/Wiedemann* (1990), Vor § 275 a.F. Rn. 27 ff.; *Keuk*, *Vermögensschaden und Interesse* (1972), 143 ff.; zum neuen Recht: *Palandt/Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 17; *MünchK/Emmerich* (2007), Vor § 281 Rn. 7, 55; *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 109; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 3/181; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 33; *Senne*, *JA* 2002, 429 f.; *Hirsch*, *JURA* 2003, 289.

gen Begleit- und Folgeschäden.⁷⁹ Denn solche Schäden wären auch nicht eingetreten, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Das Ergebnis möchte die h.M. einfach auf den Schadensersatz statt der Leistung übertragen. Dies ist allerdings angesichts der Terminologieänderung und des Systemwechsels durch die Schuldrechtsreform sehr fraglich. Es liegt also nahe, den Begriff und Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung anhand des Wortlautes, des Gesetzgeberwillens und vor allem der neuen Systematik zu untersuchen.

Bei der Auslegung des Schadensersatzes statt der Leistung ist der Gesetzwortlaut zugrunde zu legen.⁸⁰ Der Gesetzgeber begründet die Wortumstellung vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Schadensersatz statt der Leistung damit, dass der Schadensersatzanspruch nicht an die Stelle der Erfüllung trete, sondern an die der primär geschuldeten Leistung, die nicht mehr verlangt werden könne.⁸¹ Aber es hieß vor der Schuldrechtsreform ja gerade nicht „Schadensersatz statt Erfüllung“, sondern „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“. Das Wort „wegen“ macht deutlich, dass es auf die Ursache ankommt, die die Schäden herbeigeführt hat. Daher waren alle Schadenspositionen, die auf die Nichterfüllung zurückzuführen waren, als Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu ersetzen.⁸² Demgegenüber knüpft der Schadensersatz statt der Leistung an die Funktion des Schadensersatzes an: Der Schadensersatz tritt an die Stelle der primär geschuldeten Leistung. Aus der Wortumstellung ist also doch eine inhaltliche Änderung zu lesen: Der Schadensersatz statt der Leistung bezieht sich nur auf Schäden, die das eigentliche

⁷⁹ H.M. vor der Schuldrechtsreform, vgl. Soergel/*Wiedemann* (1990), Vor § 275 a.F. Rn. 41, § 280 a.F. Rn. 20; Staudinger/*Löwisch* (2001), § 280 a.F. Rn. 13; Staudinger/*Honsell* (1995), § 463 a.F. Rn. 53; *Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 430 f.; *Medicus*, in: FS Kern (1968), S. 319.

⁸⁰ Vgl. *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005), S. 11.

⁸¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

⁸² H.M. des bisherigen Rechts, vgl. Soergel/*Wiedemann* (1990), Vor § 275 a.F. Rn. 41, § 280 a.F. Rn. 20; Staudinger/*Löwisch* (2001), § 280 a.F. Rn. 13; *Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 430 f.

Leistungsinteresse treffen, deren Ersatz an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt, während der Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch die Folgeschäden, die darüber hinausgingen, umfassen könnte. Der Schadensersatz statt der Leistung stellt damit nur einen Ausschnitt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung dar.⁸³

Eine solche Auslegung des Schadensersatzes statt der Leistung entspricht außerdem dem Willen des Gesetzgebers. In den Fällen der mangelhaften Leistung im Kaufrecht geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Käufer Ersatz des eigentlichen Mangelschadens (Schaden, der im Mangel der Sache selbst liegt) nach § 281 grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung verlangen kann. Dagegen sind die über das Erfüllungsinteresse des Käufers hinausgehenden Vermögensnachteile des Käufers nach § 280 Abs. 1 auszugleichen.⁸⁴ Somit unterscheidet der Gesetzgeber genau zwischen verschiedenen Schadensposten und beschränkt den Schadensersatz statt der Leistung auf das eigentliche Leistungsinteresse.

Für diese Auslegung des Schadensersatzes statt der Leistung spricht schließlich die Regelung des § 281 Abs. 4. Danach ist der Anspruch auf die Leistung nur ausgeschlossen, wenn Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird. Die Regelung beruht auf dem Konkurrenzverhältnis zwischen dem Schadensersatz statt der Leistung und der ursprünglich geschuldeten Leistung und ist zur Vermeidung einer möglichen Doppelliquidation des Leistungsinteresses notwendig. Die Rechtsfolge des § 281 Abs. 4 ist also nur für solche Schadensposten gerechtfertigt, deren Ersatz mit der geschuldeten Leistung kon-

⁸³ *Schultz*, in: *Das Schuldrecht 2002*, S. 62 ff.; *Teichmann/Weidmann*, in: *FS Hadding* (2004), S. 296; *Katzenstein*, *JURA* 2004, 587 f.; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 73 ff.; *Hellwege*, *Die §§ 280 ff.* (2005), S. 30 ff.; vgl. auch *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/103.

⁸⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 225. Hier zeigt auch die Widersprüchlichkeit des Gesetzgebers, der einerseits annimmt, dass der Schadensersatz statt der Leistung dem bisherigen Schadensersatz wegen Nichterfüllung entspricht (BT-Drucks. 14/6040, S. 137), aber andererseits den Schadensersatz statt der Leistung auf das eigentliche Leistungsinteresse beschränken will.

kurriert und damit bei ihrer Geltendmachung funktional die Leistung ersetzt. Die Schäden, die über das Leistungsinteresse hinaus gehen und deren Ersatz den Erfüllungsanspruch unberührt lässt, wie typische Verzögerungsschäden und Folgeschäden, sollen dagegen nicht vom Schadensersatz statt der Leistung, sondern vom Schadensersatz neben der Leistung umfasst werden.

e) Fazit: Das Konkurrenzverhältnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Anspruch auf die Leistung in Natur und der Schadensersatz statt der Leistung auf Verwirklichung des gleichen Erfüllungsinteresses gerichtet sind und daher in einem Konkurrenzverhältnis stehen.⁸⁵ Der Gläubiger kann nur einen der beiden Ansprüche geltend machen. Nach deutschem Schuldrecht hat der Anspruch auf Leistung in Natur den Vorrang vor einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, weshalb der Letztere in der Regel nur unter den zusätzlichen, den Vorrang des Erfüllungsanspruch sichernden Voraussetzungen – insbesondere nach erfolgloser Fristsetzung – geltend gemacht werden kann. Diese Art des Schadensersatzes tritt an die Stelle der primär geschuldeten Leistung und ist das Ergebnis der Umwandlung des Leistungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch. Anders als der bisherige Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasst der Schadensersatz statt der Leistung daher nur die Schäden, die das eigentliche Leistungsinteresse des Gläubigers betreffen.

2. Schadensersatz neben der Leistung – Das Nebeneinander von Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch

Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung stehen der Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung und der Erfüllungsanspruch nebeneinander. Dies beruht darauf, dass der zu ersetzende Schadensposten nicht das eigentliche Leistungsinteresse betrifft und damit nicht

⁸⁵ Ebenso *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969), S. 30 ff.; *Fliegner*, JR 2002, 320 f.; *Katzenstein*, JURA 2004, 587 f.; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 73 ff.; *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), § 280 Rn. 40 f.

mit dem Erfüllungsanspruch konkurriert. Daher lässt der Ersatzanspruch den Erfüllungsanspruch unberührt. Der Gläubiger kann bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz neben der Leistung weiterhin auf dem Erfüllungsanspruch beharren. Er kann aber auch stattdessen Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Mit anderen Worten: Es hat mit dem Schadensersatz neben der Leistung nichts zu tun, wie das Leistungsinteresse verwirklicht wird – ob durch die Leistung in Natur oder durch einen Schadensersatz statt der Leistung. Beim Schadensersatz neben der Leistung geht es nur darum, wie und unter welchen Voraussetzungen ein außerhalb des eigentlichen Leistungsinteresses liegender Schaden zu ersetzen ist.

Daher hat im Grundsatz das Schicksal des Erfüllungsanspruchs auch keinen Einfluss auf den Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung. Insbesondere setzt Schadensersatz neben der Leistung keine Existenz des Erfüllungsanspruchs voraus.⁸⁶ Er kann neben der bereits erbrachten Leistung oder noch zu bringender Leistung, aber auch neben einem die Leistung ersetzenden Schadensersatz statt der Leistung treten. Insofern liegt ein „Schadensersatz neben der Leistung“ neben dem Schadensersatz statt der Leistung vor.⁸⁷ Sie betreffen verschiedene Interessen: Schadensersatz statt der Leistung das eigentliche Leistungsinteresse, Schadensersatz neben der Leistung hingegen die darüber hinausgehenden Interessen. Das Nebeneinander vom Schadensersatz statt und neben der Leistung ist nichts Neues: Schon vor der Schuldrechtsreform könnte man bei mangelhafter Leistung im Kaufrecht den Mangelschaden nach § 463 a.F. und zugleich den (entfernten) Mangelfolgeschaden nach pFV ersetzt verlangen.⁸⁸ Zu beachten ist nur, dass dies nur im Hinblick auf unterschiedliche Schadenspositionen möglich ist. Eine einzelne Schadensposition kann nur entweder als Schadensersatz statt der Leistung oder als Schadensersatz neben der Leistung eingeordnet werden.

⁸⁶ Ausnahme ist der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, siehe unten 3. Kapitel B. I. 2. a).

⁸⁷ Vgl. *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 36; *Staudinger/Löwisch/Feldmann* (2009), § 286 Rn. 174; *Erman/Westermann* (2008), § 280 Rn. 11.

⁸⁸ BGH 13.07.1959 – II ZR 45/58, MDR 1959, 910.

Zum Schadensersatz neben der Leistung gehören Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 und der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1.

a) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286

Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung hat eine Sonderstellung im Schadensersatz neben der Leistung. Er ist der Ersatz dafür, dass die erbrachte Leistung in zeitlicher Hinsicht hinter der ursprünglich geschuldeten zurückbleibt.

Die Verzögerungsschäden sind solche Schäden, die dadurch entstehen, dass der Schuldner die Leistung nicht rechtzeitig, sondern verspätet erbringt. Gedanklich setzt eine Verzögerung voraus, dass die Leistung zwar verspätet, aber letztendlich doch erbracht wird (ggf. wird das Leistungsinteresse durch Schadensersatz statt der Leistung befriedigt). Eine Verzögerung der Leistung ist also eine vorübergehende Leistungsstörung.⁸⁹ Die Leistungsverzögerung stellt nur ein Defizit in zeitlicher Hinsicht dar – im Gegensatz zum Substanzdefizit beim Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281. Mit dem Ersatz des Verzögerungsschadens zielt der Gläubiger darauf ab, die Nachteile ersetzt zu bekommen, die aus einer Verzögerung entstehen und trotz späterer Erbringung der Leistung verbleiben würden.⁹⁰ Der Ersatz für die ausbleibende Leistung selbst ist dagegen kein Gegenstand des Schadensersatzes wegen Verzögerung. Typische Verzögerungsschäden sind die Kosten durch Anmietung einer Ersatzsache, die Kosten eines Überbrückungskredits wegen eines Verzugs, sowie die Rechtsverfolgungskosten⁹¹ mit Ausnahme

⁸⁹ Dagegen ist die Nichtleistung in Bezug auf den Schadensersatz statt der Leistung eine endgültige Leistungsstörung.

⁹⁰ *Kaiser*, in: FS *Westermann* (2008), S. 354 f.; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 286 Rn.1.

⁹¹ BGH 15.10.1969 – I ZR 3/68, BGHZ 52, 398; BGH 09.03.1976 – VI ZR 98/75, BGHZ 66, 114.

der verzugsbegründeten Mahnung⁹². Nicht als Verzögerungsschäden einzuordnen sind solche Schäden, die nicht wegen einer vorübergehenden Verzögerung, sondern wegen einer endgültigen Nichtleistung entstehen, wie z.B. die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts.

b) Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1

Bei dem einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 handelt es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung, der wegen einer Pflichtverletzung begründet ist, die nicht in der Verzögerung besteht. Demnach ist § 280 Abs. 1 als ein Auffangtatbestand zu sehen.⁹³

Darunter fallen insbesondere die Schadensposten, die durch die Verletzung von nichtleistungsbezogenen Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 an anderen Rechtsgütern des Gläubigers entstanden sind, also die Begleitschäden, die im alten Recht den Hauptanwendungsbereich der pFV bildeten.⁹⁴ Solche Schäden sind z.B. die Schäden am Mobiliar des Gläubigers, die der Maler beim Anstreichen aus Unachtsamkeit verursacht. Verlangt der Gläubiger den Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 wegen des beeinträchtigten Integritätsinteresses, so hat dies mit dem Leistungsinteresse nicht zu tun. Der Gläubiger kann weiterhin den Erfüllungsanspruch geltend machen, oder – bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen – statt der Leistung Schadensersatz verlangen. Im Beispielsfall hindert den Gläubiger die Geltendmachung des Schadensersatzes für das beschädigte Mobiliar nicht, vom Schuldner die (weitere) Erbringung der Hauptleistung – das Anstreichen der Wohnung zu verlangen.

§ 280 Abs. 1 schützt nicht nur das Integritätsinteresse, sondern auch das Leistungsinteresse aus einem vorübergehenden Ausbleiben der geschuldeten

⁹² BGH 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 324; OLG München 16.02.2006 – 29 U 4412/05, NJW-RR 2006, 770.

⁹³ Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/217; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 12; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 2.

⁹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 136.

Leistung.⁹⁵ Erforderlich ist nur, dass der Schaden nicht auf eine Verzögerung, also nicht auf ein zeitlich vorübergehendes Ausbleiben der Leistung zurückzuführen sein darf; da sonst §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 eingreifen. Man denkt etwa an den mangelbedingten Nutzungsausfallschaden, der nach der h.M. zu Recht nach § 280 Abs. 1 zu ersetzen ist.⁹⁶ Die Geltendmachung solcher Schäden lässt den Erfüllungsanspruch ebenso unberührt, wie es beim Verzögerungsschadensersatz der Fall ist. Daher fällt der einfache Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 ebenso wie der Verzögerungsschadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 unter Schadensersatz neben der Leistung.

3. Keine Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung

Es stellt sich weiter die Frage, ob der Schadensersatz neben der Leistung in dem Schadensersatz statt der Leistung aufgeht, sobald dieser geltend gemacht wird. Geht man konsequent von der hier vertretenen Ansicht aus, dann muss eine Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung abgelehnt werden.⁹⁷ Da Schadensersatz neben und statt der Leistung verschiedene Arten von Schadensposten umfassen, besteht weder Bedarf noch Rechtfertigung für eine solche Integration. Wegen der unterschiedlichen Funktion ist streng zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung zu unterscheiden. Eine Integration würde unnötig die Trennscharfe der beiden aufweichen und zur Verwirrung führen.⁹⁸

⁹⁵ Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 22; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 46; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 38 ff.; Hirsch, JURA 2003, 294.

⁹⁶ Siehe unten 5. Kapitel C. I.

⁹⁷ Im Ergebnis ebenso Palandt/Grüneberg (2010), § 281 Rn. 17; MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 111, 115; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 281 Rn. 35; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/185; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 42; St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 46; Giesen, in: FS Huber (2006), S. 289.

⁹⁸ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 68; St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 46.

Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung ist auch dann auf eigener Grundlage geltend zu machen, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt und somit der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 untergeht. Mit dem Wegfall des Leistungsanspruchs ist zwar der Verzug beendet mit der Folge, dass die künftige zeitabhängige Schäden nicht mehr auf die Verzögerung der Leistung gestützt werden können – sie sind vielmehr als Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen. Aber die bereits entstandenen Verzögerungsschäden können nicht nachträglich Schadensersatz statt der Leistung werden oder als Rechnungsposten in diesen einbezogen werden, sondern bleiben als Schadensersatz neben der Leistung ersatzfähig.⁹⁹ Nach altem Recht war es insofern anders, als der Gläubiger nach h.M. die Wahl hatte, ob er den Verzögerungsschaden nach § 286 Abs. 1 a.F. isoliert oder als unselbständigen Rechnungsposten im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aus § 326 Abs. 1 S. 2 a.F. geltend machen wollte.¹⁰⁰ Da der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 326 Abs. 1 S. 2 a.F. ohnehin Verzug des Schuldners voraussetzte, war diese Einbeziehung auch nicht besonders problematisch. Für das neue Recht ist jedoch eine solche Einbeziehung bedenklich, da der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 nicht mehr den Verzug gem. §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 voraussetzt. Zwar wird im Regelfall des § 281 auch Verzug vorliegen, da in einer Fristsetzung grundsätzlich auch eine Mahnung zu sehen ist.¹⁰¹ Jedoch sind die Bezugspunkte des Vertretenmüssens unterschiedlich. So sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Schuldner auf Schadensersatz aus

⁹⁹ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 17, § 286 Rn. 41; MünchK/*Ernst* (2007), § 281 Rn. 112 f., § 283 Rn. 10; AnwK/*Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 85; Erman/*Westermann* (2008), § 281 Rn. 26; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 3/92, 3/184; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 42; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 750 f.; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 3/185; a.A. *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. B 137 f.; *Staudinger/Löwisch/Feldmann* (2009), § 286 Rn. 175; *Giesen*, in: *FS Huber* (2006), S. 289.

¹⁰⁰ Vgl. BGH 05.11.1952 – II ZR 47/52, NJW 1953, 337; MünchK/*Emmerich* (2001), § 325 a.F. Rn. 57; § 326 a.F. Rn. 100; a.A. *U. Huber*, *Leistungsstörungen* (1999), Band II, S. 301 ff.

¹⁰¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

§§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 haftet, ohne sich zugleich im Verzug zu befinden.¹⁰² Wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen der beiden Ansprüche empfiehlt sich eine Differenzierung. Es soll daher zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung genau unterschieden und von einer Integration Abstand genommen werden.

Das Gleiche gilt auch für den einfachen Schadensersatz. Beschädigt beispielsweise der Maler beim Anstreichen der Wohnung schuldhaft das Mobiliar des Gläubigers, sind diese Schäden als einfachen Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 zu ersetzen. Wenn der Maler trotz Abmahnung die Beschädigung mehrmals wiederholt, kann dem Gläubiger die Leistung durch den Maler nicht mehr zugemutet werden. Die eventuellen Mehrkosten der Beauftragung eines anderen Malers sind nur als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 ersetzfähig. In diesem Fall bleibt die Anspruchsgrundlage für den Ersatz der Schäden am Mobiliar § 280 Abs. 1.

Anders als im Falle des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung ist aber, dass die Schäden, die unter dem einfachen Schadensersatz zu ersetzen sind, auch nach dem Wegfall des Erfüllungsanspruchs entstehen können.¹⁰³

Schließlich würde eine Integration aller angefallenen Schäden in den Schadensersatz statt der Leistung bei Geltendmachung eines Aufwendungsersatzes nach § 284 zum kaum nachvollziehbaren Ergebnis führen: Der Gläubiger, der statt Schadensersatz statt der Leistung den Aufwendungsersatz gem. § 284 verlangt, bekommt nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Kompensation für Schäden gem. §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 und § 280 Abs. 1.¹⁰⁴ Sieht man von einer Integration ab, dann bleibt ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung noch neben dem Aufwendungsersatz bestehen.

¹⁰² Siehe unten 4. Kapitel C. I. 2.

¹⁰³ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 76; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 36 f.

¹⁰⁴ Vgl. AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 85.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass es sich bei Schadensersatz statt und neben der Leistung um inhaltlich unterschiedliche Kategorien handelt, die unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen und auf unterschiedlichen Wertungen beruhen. Sie sollten auch dann gedanklich auseinander gehalten werden, wenn der Gläubiger schließlich Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Von einer Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung soll abgesehen werden.

II. Andere Abgrenzungskriterien

1. Vermeidbarkeit oder Beseitigbarkeit des Schadens durch (Nach-)Erfüllung

Die wohl h.M. differenziert danach, ob der Schaden durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden ist und durch (Nach-)Erfüllung nicht vermieden oder beseitigt werden kann.¹⁰⁵ Nur bei solchen Schäden, die durch Nachholung der Leistung beseitigt oder vermieden werden können, geht es hiernach um den Schadensersatz statt der Leistung. Dagegen sind die Schäden, die auch nach einer (Nach-)Erfüllung stehen bleiben würden, dem Schadensersatz neben der Leistung zuzuordnen.

Die Ansicht der h.M. vermag freilich nicht zu überzeugen. Zunächst passt sie nicht ohne weiteres auf die Fälle, in denen eine (Nach-)Erfüllung nicht in Betracht kommt. Die h.M. beruht auf der Erkenntnis, dass für einen Schadensersatz statt der Leistung zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, ins-

¹⁰⁵ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 280 Rn. 18; MünchK/*Ernst* (2007), § 280 Rn. 66; *Erman/Westermann* (2008), § 280 Rn. 11; *Jauernig/Stadler* (2009), § 280 Rn. 4; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 281 Rn. 3; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 24; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2500; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 42; *Ady*, ZGS 2003, 15; *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 268; *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862; *U. Huber*, in: *FS Schlechtriem* (2003), S. 524; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 506 ff.; *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 616 f.

besondere erfolglos eine Frist zur (Nach-)Erfüllung gesetzt worden sein muss. Es ist zwar richtig, dass der Vorrang der (Nach-)Erfüllung sichergestellt werden müssen, der durch das Fristsetzungserfordernis des § 281 Abs. 1 zum Ausdruck kommt. Aber das Fristsetzungserfordernis ist keine zwingende Voraussetzung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. §§ 281 Abs. 2 zeigt vielmehr deutlich, dass ein Anspruch aus § 281 auch ohne eine vorherige Fristsetzung bestehen kann.¹⁰⁶ Außerdem knüpfen auch §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282, 283 und 311a Abs. 2 nicht an die Fristsetzung, da eine solche von vornherein sinnlos wäre. So bleibt in diesen Fällen für die h.M. nur die Möglichkeit, eine Nachholung der Erfüllung zu fingieren,¹⁰⁷ was allerdings wenig überzeugend ist.

Eine andere Unzulänglichkeit der h.M. ist, dass sie nicht zwischen „vermeiden“ und „beseitigen“ unterscheidet.¹⁰⁸ Beide werden häufig von der h.M. als Synonyme benutzt.¹⁰⁹ Allerdings besteht ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen den Beiden: Beseitigen lässt sich nur der Schaden, der schon eingetreten ist. Dagegen kann ein Schaden nur vermieden werden, der noch nicht eingetreten ist. Das ist keine Wortklauberei, sondern hat praktische Relevanz. Das Fristsetzungserfordernis dient etwa dazu, den Vorrang des Erfüllungsanspruchs zu sichern und dem Schuldner eine weitere Chance zu geben, nachträglich zu erfüllen und damit die bereits eingetretenen (Nichterfüllungs-)Schäden zu beseitigen. Dagegen ist das Vermeiden etwa eines noch nicht eingetretenen Folgeschadens kein Zweck der Fristsetzung.¹¹⁰

Nach dieser Ansicht sollen alle Schäden, die „vermieden“ worden wären, wenn der Schuldner nacherfüllt hätte, dem Schadensersatz statt der Leistung

¹⁰⁶ *Grunewald*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 315.

¹⁰⁷ *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 53; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 66.

¹⁰⁸ Kritisiert auch *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 25.

¹⁰⁹ Paradigmatisch *Bamberger/Roth/Faust* (2007), in § 437 Rn. 53, 54, 60 mit „beseitigen“ und in Rn. 57, 59, 60 mit „vermeiden“. Vgl. auch *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 66 ff.

¹¹⁰ Ebenso *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 24.

zuordnen.¹¹¹ Damit würden auch die Folgeschäden, die nach dem Verlangen auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 an den absoluten Rechtsgütern des Gläubigers entstehen, auch dem Schadensersatz statt der Leistung zugeschlagen. So wird der Ersatzanspruch für das mit dem Ausfall der Kühlanlage später verdorbene Rindfleisch auf §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 gestützt, weil der Schaden durch eine rechtzeitige Nacherfüllung vermieden worden wäre. Dagegen könne der Käufer den Ersatz für das ebenfalls in der Kühlanlage gelagerte, aber früher verdorbene Schweinefleisch sofort nach § 280 Abs. 1 verlangen, da auch die Nacherfüllung den Schaden nicht verhindert hätte.¹¹² Das überzeugt nicht. Ist der Verkäufer zur Erfüllung nicht verpflichtet, dem Käufer mit Rind- und Schweinefleisch zu versorgen, kann es auch nicht Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung sein. Der Ersatzanspruch wegen des verdorbenen (Rind- und Schweine)Fleisches steht mit dem Erfüllungsanspruch nicht in einem Konkurrenzverhältnis und ist daher als Schadensersatz neben der Leistung einzuordnen.

Aber auch wenn man statt „vermeiden“ nur „beseitigen“ verwendet, ist die h.M. bedenklich. Hiernach ist derjenige Schaden als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig, der durch eine (gedachte) Nachholung der Leistung beseitigt worden wäre. Die „Testfrage“ zur Abgrenzung der Schadensarten lautet also: Wäre der geltend gemachte Schaden entfallen, wenn die Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt noch erbracht worden wäre?¹¹³ Damit wird ein zeitlich dynamisches Kriterium angewendet.¹¹⁴ Danach kann ein Schadensposten einmal dem Schadensersatz statt der Leistung einmal dem Schadensersatz neben der Leistung zugeordnet werden, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt er

¹¹¹ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 57; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 66; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 507.

¹¹² Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 616.

¹¹³ St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 42; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht (2009), Rn. 237; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 507 f.

¹¹⁴ St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 42; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 66; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 280 Rn. 27 ff.

geltend gemacht wird.¹¹⁵ Zur Verdeutlichung wird das Beispiel des Verkaufs von Saisonartikeln angeführt:¹¹⁶ Geht die günstige Verkaufsmöglichkeit von Saisonware mangels Lieferung endgültig verloren, ist der entgangene Gewinn durch die spätere Leistung nicht mehr zu beseitigen und daher als Schadensersatz neben der Leistung zu ersetzen. Dagegen geht es um Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Gewinn durch eine Lieferung noch realisierbar ist. Dies erscheint aber höchst fraglich. Ist ein Gewinn noch realisierbar, dann ist er logischerweise noch nicht entgangen und insoweit liegt überhaupt kein Schaden vor, der ersetzt werden soll. Wenn ein Schaden in Form von einem entgangenen Gewinn eingetreten ist, dann ist er immer endgültig, weil er durch eine Nachholung der Leistung nicht mehr kompensierbar ist.

Auch bei Ersatz von anderen Schäden überzeugt die h.M. nicht. So wurde etwa behauptet, dass der Käufer den Ersatz für das mit dem Ausfall der Kühlanlage schnell verderbende Schweinefleisch als Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 sofort verlangen kann, aber für das ebenfalls in der Kühlanlage gelagerte, nur später verderbende Rindfleisch als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 erst nach Ablauf einer Nachfrist.¹¹⁷ Wenn der Käufer erst drei Tage später, also nachdem das Rindfleisch auch verdorben ist, Schadensersatz verlangt, dann würde der Ersatz für das Rindfleisch wieder Schadensersatz neben der Leistung darstellen. Es leuchtet nicht ein, warum die Ersatzfähigkeit eines Schadens vom Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens abhängig sein soll.

Gegen ein zeitlich dynamisches Kriterium und damit den Wechsel der Schadenskategorien desselben Schadenspostens spricht auch die Systematik der §§ 280 ff., die in erster Linie rechtsfolgenorientiert vom Begehren des Gläubigers ausgeht und zwischen verschiedenen Schadensersatzarten differen-

¹¹⁵ St. Lorenz, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 42; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 67.

¹¹⁶ Vgl. St. Lorenz, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 42 f.

¹¹⁷ *Tiedtke/Schmitt*, *BB* 2005, 617 ff. Krit. *Kaiser*, in: *FS Westermann* (2008), S. 359; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 25.

ziert.¹¹⁸ Überzeugender ist daher eine statische Unterscheidung nach Arten des Schadenersatzes. Entscheidend ist statt der Tatbestandsvoraussetzung vielmehr die vom Gläubiger intendierte Rechtsfolge.¹¹⁹ Es kommt darauf an, ob der Gläubiger statt der Leistung in Natur einen Schadenersatz in Geld begehrt – dann handelt es sich um Schadenersatz statt der Leistung –, oder ob er neben dem Anspruch auf die Leistung sonstige Schäden ersetzt haben will – dann kommt allein Schadenersatz neben der Leistung in Betracht.

Zusammenfassend ist bei der Frage, ob der geltend gemachte Schaden als Schadenersatz statt oder neben der Leistung zu qualifizieren ist, die Art des Schadenersatzes entscheidend. Eine zeitliche Differenzierung danach, ob der Schaden durch Nachholung der Leistung beseitigt worden wäre, ist mit der Systematik des Gesetzes nicht vereinbar und zahlreichen Bedenken ausgesetzt. Sie ist daher abzulehnen.

2. Mangel- und Mangelfolgeschäden

Im früheren Schuldrecht diente die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden dazu, die Anwendungsbereiche des § 463 a.F. und die der pFV zu unterscheiden. Während die Mangelschäden nach § 463 a.F. nur bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder dem arglistigen Verschweigen eines Mangels, also nur bei Vorsatz ersatzfähig waren, war eine Haftung für Mangelfolgeschäden nach den Grundsätzen der pFV schon bei Fahrlässigkeit gegeben. Ausschlaggebend für die Subsumtion der Mangelfolgeschäden unter die pFV war, dass die auf deren Ersatz gerichteten Ansprüche dann nicht der kurzen 6-monatigen kaufrechtlichen Verjährung gem. § 477 a.F., sondern der Regelverjährung von 30 Jahren gem. § 195 a.F. unterworfen wurden.¹²⁰ Zu den das Äquivalenzinteresse betreffenden Mängelschäden zählten nach h.M. die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts, der aufgrund des Mangels

¹¹⁸ Jauernig/Stadler (2009), § 280 Rn. 3; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 730; St. Lorenz, JuS 2008, 203.

¹¹⁹ Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 37 f.; ders., ZIP 2003, 322.

¹²⁰ BGHZ 77, 215, 219 ff.

entgangene Gewinn, die Reparaturkosten, der Nutzungsausfall während der Reparaturzeit sowie der sich aus der Reparatur ergebende Minderwert.¹²¹ Dagegen gehörten die Schäden, die der Käufer infolge der Mangelhaftigkeit der Sache an seinen sonstigen Rechtsgütern – etwa an Gesundheit, Leben, Eigentum, aber auch an sonstigem Vermögen – erlitt, zu den sog. Mangelfolgeschäden. Die Differenzierung war aber nicht besonders überzeugend, da es nicht einsichtig war, warum die Mangelschäden nur bei Vorliegen einer Zusage oder Arglist ersatzfähig sein sollten, während für Mangelfolgeschäden die Fahrlässigkeit genügt.¹²² Die Grenzziehung war trotz zahlreicher Rechtsprechung und wissenschaftlicher Diskussionen umstritten. Daher war es auch das erklärte Ziel der Schuldrechtsreform, diese Unterscheidung überflüssig zu machen und damit die daraus entstehenden Unsicherheiten zu beseitigen.¹²³

Nach der Schuldrechtsreform ist der ursprüngliche Anlass für die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden beseitigt worden. Durch § 433 Abs. 1 S. 2 wird die Mangelfreiheit der Leistung zur Erfüllungspflicht des Verkäufers erhoben und damit das Gewährleistungsrecht weitergehend in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert. Ein besonderes Gewährleistungsrecht besteht nicht mehr.¹²⁴ Die Haftung des Verkäufers wegen Mangel- und Mangelfolgeschäden ergibt sich jetzt einheitlich aus §§ 437 Nr. 3 mit 280 ff. mit der Folge, dass jetzt die Haftung für die Mangelschäden schon bei Fahrlässigkeit gegeben ist. Die Verjährungsregelung der beiden ist auch vereinheitlicht worden: Da alle aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche demselben Verjährungsregime unterworfen werden sollte,¹²⁵

¹²¹ BGH 02.06.1980 – VIII ZR 78/79, BGHZ 77, 215, 218; Soergel/Huber (1991), Anh. § 463 a.F. Rn. 28.

¹²² Die Unterscheidung zwischen näheren und entfernteren Mangelfolgeschäden im bisherigen Werkvertragsrecht war in erster Linie verjährungsrechtlich relevant und kann hier außer Betracht gelassen werden.

¹²³ BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

¹²⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 94

¹²⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 229.

unterliegen auch Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden der Verjährung des § 438.¹²⁶ Insoweit entfällt also die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden.

Allerdings ist wegen der neuen Systematik eine andere Differenzierung notwendig geworden, nämlich die Unterscheidung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und neben der Leistung, die danach fragt, ob der geltend gemachte Schaden an die Stelle der Leistung tritt oder neben dieser steht. Es ist zwar richtig, dass dabei nicht ohne weiteres auf die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden des alten Rechts zurückgegriffen werden kann,¹²⁷ da die Kriterien, die zum bisherigen Recht für die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden entwickelt worden sind, auf die Problematik der Abgrenzung zwischen Schadensersatzarten nicht übertragbar sind, da sie auf diese nicht zugeschnitten sind.¹²⁸ Da aber beide Abgrenzungen nach Arten des geltend gemachten Schadens zu erfolgen haben, besteht Anlass, die Abgrenzungskriterien an das neue Recht anzupassen.¹²⁹

Das Ziel kann man erreichen, indem man die Grenze zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden anders als nach früherem Recht zieht: Statt des früheren ziemlich weiteren Verständnisses des Begriffs der Mangelschäden¹³⁰ wird er jetzt auf denjenigen Schaden beschränkt, der in der Beeinträchtigung des eigentlichen Leistungsinteresses des Gläubigers durch den Mangel liegt, etwa

¹²⁶ *Arnold*, ZGS 2002, 438 ff.; *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 14/20; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 162; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 438 Rn. 9; *MünchK/Westermann* (2008), § 438 Rn. 10; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 438 Rn. 27; a.A. *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 98; *Wagner*, JZ 2002, 479.

¹²⁷ *H.M.*, *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 39 ff.; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 65; *Grigoleit/Riehm*, *AcP* 203 (2003), 732 f.; *St. Lorenz NJW* 2002, 2497, 2500; *Wagner*, JZ 2002, 481.

¹²⁸ *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 40; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 65; *Lorenz/Stringari*, in: *FS Georgiades* (2006), S. 252.

¹²⁹ Vgl. *U. Huber*, in: *FS Ulmer* (2003), S. 1181.

¹³⁰ Vgl. BGH 02.06.1980 – VIII ZR 78/79, BGHZ 77, 217 f.; *Soergel/Huber* (1991), Vor § 459 a.F. Rn. 60.

den Minderwert der Leistung, Reparaturkosten oder die Aufwendung für einen Deckungskauf. Demgegenüber gehören alle weiteren, darüber hinaus gehenden Schäden zu Mangelfolgeschäden. Als Ergebnis wird der Begriff der Mangelschäden also enger, der der Mangelfolgeschäden demgemäß weiter als bisher gefasst.¹³¹ Dadurch wird ein Gleichlauf zwischen der Abgrenzung der Mangel- und Mangelfolgeschäden sowie der des Schadensersatzes statt und neben der Leistung ermöglicht. Die (neue definierte) Mangelschäden sind als Schadensersatz statt der Leistung, und die Mangelfolgeschäden nur als Schadensersatz neben der Leistung ersetzbar.

Das entspricht nicht nur der Auffassung des Gesetzgebers,¹³² sondern vor allem der Systematik der §§ 280 ff. Es ist Ausdruck des Gesetzes vom Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung, dass der Ersatz derjenigen Schäden, die das eigentliche Leistungsinteresse betreffen und deren Ersatz die geschuldete Leistung ersetzen soll, grundsätzlich nur verlangt werden kann, wenn dem Verkäufer zuvor die Möglichkeit zur Nacherfüllung eingeräumt wurde. Die Nacherfüllung nach § 439 hat den Zweck, durch Reparatur oder Neulieferung einer mangelfreien Sache das in der mangelbedingten Minderung des Wertes der Sache liegende Leistungsdefizit zu beheben. Genau solche Schäden sollte der neue Begriff der Mangelschäden umfassen. Alle übrigen Folgeschäden, etwa die typischen Integritätsschäden an anderen Rechtsgütern des Käufers wegen des Mangels, sind durch eine Nacherfüllung nicht zu beseitigen und daher als Schadensersatz neben der Leistung ohne weiteres nach § 280 Abs. 1 ersatzfähig.¹³³

¹³¹ *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 40 f.; *ders.*, in: *FS Wiegand* (2005), S. 236; *Schultz*, in: *Das Schuldrecht* 2002, S. 83; *Grunewald*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 317, 319; *dies.*, *Kaufrecht* (2006), § 9 Rn. 83; *MünchK/Westermann* (2008), § 437 Rn. 32; *Ermann/Westermann* (2008), § 280 Rn. 15.

¹³² BT-Drucks. 14/6040, S. 225.

¹³³ *Grunewald*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 317, 319; *dies.*, *Kaufrecht* (2006), § 9 Rn. 83.

Zusammenfassend kann die bisherige Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden doch für die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und neben der Leistung im neuen Recht fruchtbar gemacht werden. Voraussetzung dafür ist aber eine neue Grenzziehung, wobei die Mangelschäden ausschließlich auf den Minderwert der Leistung beschränkt sind. Dadurch können die Mangelschäden als Schadensersatz statt der Leistung, Mangelfolgeschäden als Schadensersatz neben der Leistung eingeordnet werden.

III. Fazit

Damit lässt sich als Ergebnis festhalten, dass jede Schadensposition entweder als Schadensersatz statt der Leistung oder als Schadensersatz neben der Leistung zugeordnet werden kann. Das Abgrenzungskriterium ist nicht die Vermeidbarkeit der Schäden durch die (Nach-)Erfüllung, sondern das Verhältnis des Ersatzanspruchs dieser Schadensposition zum Erfüllungsanspruch: Stehen die beiden in einem Konkurrenzverhältnis, d.h. tritt die Geltendmachung eines Schadensersatzes an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, dann handelt es sich dabei um Schadensersatz statt der Leistung. Dagegen ist ein Schaden Gegenstand eines Schadensersatzes neben der Leistung, wenn sein Ersatz neben dem Erfüllungsanspruch steht, also den Erfüllungsanspruch unberührt lässt.

Da Schadensersatz statt und neben der Leistung verschiedene Kategorien von Schadensposten umfasst, sollten sie auch dann streng unterschieden werden, wenn der Gläubiger schließlich Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Von einer Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung soll Abstand genommen werden.

4. Kapitel: Die Abgrenzung nach Arten der Pflichtverletzung

A. Überblick

Der neuen Systematik¹³⁴ entsprechend soll nach der Unterscheidung der Schadensarten auf der Rechtsfolgeseite anschließend nach Arten der Leistungsstörung auf der Tatbestandseite abgegrenzt werden. Zwar ist die Unterscheidung der Leistungsstörungsarten nach der Schuldrechtsreform nur nachrangig im Vergleich zur der der Schadensarten.¹³⁵ Sie ist aber nach wie vor zum Auffinden der einschlägigen Anspruchsgrundlage unentbehrlich, und zwar im Rahmen des Schadensersatzes sowohl neben als auch statt der Leistung.

Tatbestandlich gibt es zwei Grundelemente für einen Schadensersatzanspruch aus einer Leistungsstörung, die durch die zentrale Anspruchsgrundlage des § 280 Abs. 1 festgelegt sind: Pflichtverletzung und Vertretenmüssen.

I. Pflichtverletzung

1. Sammelbegriff

Die Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 ist nach der Schuldrechtsreform Zentralbegriff des Leistungsstörungsrechts. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stellt jedes objektive Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses eine Pflichtverletzung dar.¹³⁶ Ziel der Einführung des Zentralbegriffs war es, das dem bisherigen Recht zu Grunde liegende System der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Leistungsstörungstypen durch einen

¹³⁴ Siehe oben 2. Kapitel B.

¹³⁵ Ebenso *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 168; *Mattheus*, in: *Examenswissen* (2003), S. 51 f.

¹³⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 92, 133, 135.

einheitlichen Tatbestand der Leistungsstörung zu ersetzen.¹³⁷ Von der Pflichtverletzung sollen alle Arten der Leistungsstörungen erfasst werden,¹³⁸ d.h. sowohl die Verletzung der Leistungspflichten wie Nichtleistung, Schlechtleistung oder Leistungsverzögerung, als auch die Verletzung von Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2.

Allerdings war es umstritten, ob die Pflichtverletzung als Zentralbegriff des Leistungsstörungsrechts die richtige Terminologie ist. Zum Teil wurde der Begriff der Pflichtverletzung als untauglich angesehen, da beispielweise bei Unmöglichkeit keine Leistungspflichten ersichtlich seien, die verletzt sein könnten.¹³⁹ Als Alternative wurde deshalb der Begriff der Nichterfüllung vorgeschlagen.¹⁴⁰ Für diese Variante sprach auch die Tatsache, dass die internationalen Modelle überwiegend den Terminus der „Nichterfüllung“ verwenden.¹⁴¹ Die Schuldrechtskommission hatte sich für die Pflichtverletzungsterminologie entschieden.¹⁴² Dem schloss sich der Gesetzgeber des SMG an. Als Begründung wird angegeben, dass der Begriff der Nichterfüllung im bürgerlichen Recht anderweitig besetzt sei und nur die Fälle erfasse, in denen die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibe. Der Begriff der Pflichtverletzung wecke zwar die Assoziation eines Verschuldenserfordernisses. Er sei aber rein objektiv zu verstehen und von der Frage des Vertretenmüssens streng zu trennen.¹⁴³ Laut Gesetzesbegründung ist die Entscheidung für die Pflichtverletzung und gegen die Nichterfüllung also rein terminologischer Natur und hat keine inhaltlichen Auswirkungen.¹⁴⁴ Diese Entscheidung ist hinzunehmen.¹⁴⁵

¹³⁷ Vgl. Abschlussbericht (1992), S. 29 f.

¹³⁸ Ausgeklammert ist lediglich die Haftung wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2, wobei mangels Pflichtverletzung die §§ 280 ff. nicht anwendbar sind.

¹³⁹ *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (2001), S. 43, 59 f.; *U. Huber*, ZIP 2000, 2273 ff.; *Stoll*, JZ 2001, 593.

¹⁴⁰ *U. Huber*, in: Gutachten (1981), S. 699 ff.

¹⁴¹ Vgl. Art. 7.1.1 PICC; Art. 8:101 PECL; Art. 49 I a), 73 II CISG.

¹⁴² Abschlussbericht (1992), S. 128 ff.; grundlegend *Diederichsen*, AcP 182 (1982), 117 ff.

¹⁴³ BT-Drucks. 14/6040, S. 133 ff.

¹⁴⁴ *Medicus*, JuS 2003, 527; *Reichenbach*, JURA 2003, 514.

¹⁴⁵ *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn 12; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 38 f.

Im Ergebnis ist der Begriff der Pflichtverletzung als Nichterfüllung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis zu verstehen.

Damit ist die Auslegung einer Pflichtverletzung von dem Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses abhängig. Dabei wird zwischen der Verletzung von Leistungspflichten einerseits und der von Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 andererseits unterschieden: Bei Leistungspflichten besteht die Pflichtverletzung einfach darin, dass die geschuldete Leistung ausbleibt, also der Schuldner die Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt.¹⁴⁶ Dabei spielt es keine Rolle, ob die Leistung an sich als Leistungserfolg oder als Leistungshandlung geschuldet ist. Die Pflichtverletzung besteht jeweils in dem Ausbleiben des Leistungserfolgs oder in der Nichtvornahme der Leistungshandlung.¹⁴⁷ Ob dies dem Schuldner zuzurechnen ist, ist dann allein eine Frage des Vertretensemüssens, das nach § 280 Abs. 1 S. 2 vermutet wird.

Bei der Verletzung von nicht leistungsbezogenen Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 muss dagegen ein verhaltensbezogener Begriff der Pflichtverletzung zu Grunde gelegt werden. Hier schuldet der Schuldner nicht einen Erfolg in Gestalt des Ausbleibens einer Beschädigung, sondern lediglich sorgsames Verhalten.¹⁴⁸ Die Pflichtverletzung kann nur darin bestehen, dass sich der Schuldner nicht so verhalten hat, wie geschuldet. Die Beweislast dafür trägt

¹⁴⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 135 f.; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 10; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn 10 ff.; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. C 4 ff.; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 29 ff.; *Canaris*, JZ 2001, 512; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 269; *St. Lorenz*, JuS 2007, 213; *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 561.

¹⁴⁷ Daher ist m. E. überflüssig, im Rahmen der Leistungspflichten weiter zwischen erfolgsbezogenen und tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten zu unterscheiden. So aber AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 32; *St. Lorenz*, JuS 2007, 213 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 562. Wie hier *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 30 f.; *Riehm*, in: *FS Canaris* (2007), S. 1088 ff.; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 12.

¹⁴⁸ *S. Canaris*, JZ 2001, 512; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn 182 f.

der Gläubiger, wobei ihm unter dem Gesichtspunkt der Sphärentheorie Beweislaste erleichterungen zugute kommen sollen.¹⁴⁹

Dieser Auslegung der Pflichtverletzung steht eine generell verhaltensbezogene Ansicht gegenüber.¹⁵⁰ Danach liege die Pflichtverletzung auch bei (erfolgsbezogenen) Leistungspflichten in einem Verhalten des Schuldners, das von dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht. Im Falle der Unmöglichkeit sei die Pflichtverletzung nicht in das Ausbleiben einer Leistung zu sehen, da der Schuldner nach § 275 Abs. 1 gerade nicht zur Leistung verpflichtet ist. Vielmehr bestehe die Pflichtverletzung darin, dass der Schuldner Umstände herbeigeführt hat, die zur Unmöglichkeit geführt haben. Die Haftung des Schuldners beruhe also nicht auf der Nichterfüllung der Leistung, sondern auf der Verletzung einer Pflicht, die eigene Leistungsfähigkeit nicht zu schmälern.¹⁵¹

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie steht im klaren Widerspruch zu der Konzeption des Gesetzgebers, der das einfache Ausbleiben der Leistung als Pflichtverletzung im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit betrachtet.¹⁵² Dies ergibt sich insbesondere aus § 275 Abs. 4, der deutlich macht, dass sich die Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1 nur auf die Primärleistungspflicht, nicht aber die etwaigen sekundären Schadensersatzpflichten bezieht. Außerdem führt diese Sichtweise zum nicht sachgerechten Ergebnis bei der Beweislastverteilung: Fordert man bereits auf der Ebene der Pflichtverletzung ein vorwerfbares Verhalten des Schuldners, dann verlagert man insoweit die Darlegungs- und Beweislast auf den Gläubiger, da die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2. nur für das Vertretenmüssen, nicht aber für die Pflichtverletzung

¹⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 136.

¹⁵⁰ *Finkenauer*, WM 2003, 669; *Mattheus*, JuS 2002, 213; *Reichenbach*, JURA 2003, 512 ff.; *Schäfer*, JA 2003, 604; *Schwab*, JuS 2002, 3; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 64 ff., 83 ff., 107 ff.; *dies.*, JZ 2004, 62 ff.; *Haberzettl*, Verschulden und Versprechen (2006), S. 89.

¹⁵¹ *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 64 ff., 83 f.; *Harke*, in: Jb.J.ZivRWiss. 2001, S. 58.

¹⁵² S. BT-Drucks. 14/6040, S. 135 f.

gilt. Darin würde eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Verschiebung gegenüber den §§ 282, 285 a.F. liegen.¹⁵³

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Pflichtverletzung keinen einheitlichen abstrakten Begriff darstellt, der widerspruchsfrei und überzeugend alle Leistungsstörungsfälle zusammenfasst.¹⁵⁴ Je nach Inhalt des Schuldverhältnisses wird der Begriff der Pflichtverletzung unterschiedlich verstanden. Während die Pflichtverletzung bei Leistungspflichten bereits im objektiven Ausbleiben der geschuldeten Leistung liegt, ist sie bei Schutzpflichten verhaltensbezogen zu verstehen.

Schon aus der Systematik des Gesetzes¹⁵⁵ ergibt sich, dass die verschiedenen Formen der Leistungsstörungen zwar zunächst in der Pflichtverletzung vereinheitlicht werden, die den allgemeinen Anknüpfungspunkt für den Grundtatbestand der Schadensersatzhaftung des § 280 bildet.¹⁵⁶ Um die einschlägige Anspruchsgrundlage aufzufinden, kommt man nicht umhin, die konkreten Pflichtverletzungsarten festzustellen und gegeneinander abzugrenzen.¹⁵⁷ Insofern ist der Begriff der Pflichtverletzung eine „rein terminologische Zusammenfassung“¹⁵⁸ der verschiedenen Erscheinungsformen der Leistungsstörung. Es handelt sich dabei nur um einen „Sammelbegriff“¹⁵⁹ ohne eigenständigen, subsumtionsfähigen Inhalt. Er ist nur ein Blankett, das je nach Situation mit konkreter Leistungsstörungsform zu füllen ist. Für die Rechtsanwendung ist weiterhin unentbehrlich, zwischen den verschiedenen Pflichtverletzungsarten zu unterscheiden.

¹⁵³ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn 17; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn 3/121.

¹⁵⁴ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn 10; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn 29, Wilhelm, JZ 2004, 1060.

¹⁵⁵ Siehe oben 2. Kapitel B.

¹⁵⁶ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 21.

¹⁵⁷ Canaris, JZ 2001, 512; Wilmowsky, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 4; a. A. Grundmann, AcP 204 (2004), 569 ff.

¹⁵⁸ Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 30 Fn. 77.

¹⁵⁹ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 9; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 29.

2. Pflichtverletzung und Schadensarten

Nach der Systematik der §§ 280 ff. kann eine Unterscheidung nach Arten der Pflichtverletzung nur nach einer Differenzierung der Schadensarten erfolgen. Für die Bestimmung der maßgeblichen Pflichtverletzung kommt es darauf an, ob ein Schadensersatz statt oder neben der Leistung geltend gemacht wird.¹⁶⁰

a) Pflichtverletzung beim Schadensersatz statt der Leistung

Schadensersatz statt der Leistung ist auf das positive Leistungsinteresse des Gläubigers gerichtet. Er beruht auf einer Verletzung der Leistungspflichten in Form des endgültigen Ausbleibens der Leistung und tritt definitionsgemäß an deren Stelle. Daher muss die maßgebliche Pflichtverletzung darin bestehen, dass die geschuldete Leistung endgültig ausbleibt,¹⁶¹ also die Leistung gegenständlich oder qualitativ endgültig nicht mehr gebracht worden ist. Erst dann bleibt die geschuldete Leistung nach § 280 Abs. 3 endgültig aus, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281-283 vorliegen. Daher sind beim Schadensersatz statt der Leistung die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281-283 in den Begriff der Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 hineinzulesen.¹⁶² Die Pflichtverletzung wird also durch §§ 281-283 konkretisiert bzw. modifiziert. Worin genau die Pflichtverletzung im Einzelnen besteht, wird unten gezeigt.¹⁶³

Fest steht, dass es im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung nur eine Verletzung der Leistungspflichten, und zwar in Form des endgültigen

¹⁶⁰ Vgl. *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 66 f.

¹⁶¹ *Faust*, in: *FS Canaris* (2007), S. 220.

¹⁶² *Habertzell*, NJW 2007, 1329; *Münch*, JURA 2002, S. 368; *Reichenbach*, JURA 2003, 517; *Wilhelm*, JZ 2004, 1056 wohl auch *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 51; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 66; a.A. *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), Vor § 275 Rn. 7, § 281 Rn. 4.

¹⁶³ Siehe unten 4. Kapitel B.

Ausbleibens der Leistung, nicht dagegen eine Schutzpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2 in Betracht kommt.¹⁶⁴

b) Pflichtverletzung beim Schadensersatz neben der Leistung

Außer der vom Schadensersatz statt der Leistung erfassten Verletzung der Leistungspflichten in Form des endgültigen Ausbleibens der Leistung sind noch zwei Arten von Pflichtverletzung denkbar: die Verletzung der Leistungspflichten in Form des vorübergehenden Ausbleibens der Leistung und die (endgültige)¹⁶⁵ Verletzung von Schutzpflichten. Die beiden fallen unter den Schadensersatz neben der Leistung.

aa) Verletzung der Leistungspflichten

(1) In zeitlicher Hinsicht (Leistungsverzögerung)

Bei der Verletzung der Leistungspflichten in Form des vorübergehenden Ausbleibens der Leistung muss weiter zwischen einem zeitlichen und einem qualitativem Ausbleiben differenziert werden. Grund dafür ist § 280 Abs. 2, wonach der Ersatz für das vorübergehende zeitliche Ausbleiben der Leistung, nämlich die Leistungsverzögerung von zusätzlichen Voraussetzungen des § 286, also grundsätzlich von einer Mahnung abhängig ist. Hier liegt die maßgebliche Pflichtverletzung in der Leistungsverzögerung trotz Mahnung.¹⁶⁶

Leistungsverzögerung heißt, dass die Leistung an sich noch erbracht werden kann, das Ausbleiben der Leistung nur einer vorübergehenden Natur ist. Daher kann der Ersatz für die Leistung selbst noch nicht beansprucht werden – eine solcher kann vielmehr nur bei einem endgültigen Ausbleiben der Leistung als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden. Der

¹⁶⁴ Für die §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 vgl. unten 4. Kapitel B. III. 1.

¹⁶⁵ Es gibt keine vorübergehende Verletzung von Integritätsinteresse. Eine Verletzung des Integritätsinteresses ist immer mit dem Eintritt endgültig. Sie kann nicht durch eine erneute ordnungsgemäße Erfüllung behoben werden und es kommt nur ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

¹⁶⁶ Siehe unten 4. Kapitel C. I. 1. a).

Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 umfasst nur die Schäden, die nicht das Interesse des Gläubigers an der Leistung selbst betreffen.

(2) In qualitativer Hinsicht

Bleibt die Leistung nicht in zeitlicher Hinsicht, sondern in qualitativer Hinsicht vorübergehend aus, dann kommt der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 zur Anwendung. Hier wird anders als im Falle der Leistungsverzögerung keine Mahnung erforderlich, da eine solche für das qualitative Ausbleiben der Leistung nicht passt. Die Pflichtverletzung besteht in dem vorübergehenden Ausbleiben der mangelfreien Leistung, etwa weil der Käufer die Kaufsache wegen der Mangelhaftigkeit bis zur erfolgreichen Nacherfüllung nicht nutzen kann.

bb) Verletzung der Schutzpflichten

Werden nicht Leistungspflichten sondern Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 verletzt, kommt allein der einfache Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 als Anspruchsgrundlage für die daraus entstandenen Integritätsschäden in Betracht. Die Schutzpflichten sind nicht durch Leistung zu erfüllen, sondern solange zu befolgen, wie die von Treu und Glauben beherrschte Sonderverbindung der Parteien besteht. Daher besteht die Pflichtverletzung verhaltensbezogen in der Verletzung der Schutzpflichten.

II. Vertretenmüssen

1. Zurechnung der Pflichtverletzung

Das zweite Zentralelement eines Schadensersatzanspruchs ist das Vertretenmüssen. Nach § 280 Abs. 1 S. 2¹⁶⁷ ist für einen Schadensersatzanspruch

¹⁶⁷ Für den Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung ist § 286 Abs. 4 zu beachten, dazu unten 4. Kapitel C. I. 2.

neben einer Pflichtverletzung erforderlich, dass der Schuldner die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat, also der Schuldner für die Pflichtverletzung verantwortlich ist. Dabei handelt es sich um die Zurechnung der Pflichtverletzung an den Schuldner.¹⁶⁸

Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus § 276. Danach hat der Schuldner grundsätzlich Verschulden, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Das Gesetz folgt damit dem Verschuldensprinzip.¹⁶⁹ Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs. Fahrlässigkeit ist nach § 276 Abs. 2 die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wobei ein objektiver Maßstab gilt: Es kommt nicht auf die konkreten Fähigkeiten oder Kenntnisse des Schuldners, sondern auf die objektiv im jeweiligen Verkehrskreis erforderliche Sorgfalt an.¹⁷⁰

Das Vertretenmüssen ist aber nicht mit dem Verschulden gleichzusetzen. Ein solches kommt auch ohne Verschulden in Betracht, wenn der Schuldner nach § 276 eine Garantie oder ein Beschaffungsrisiko übernimmt. Dabei kommt es nicht auf einen Verschuldensvorwurf an den Schuldner an. Entscheidend ist allein, ob das Leistungsdefizit von der übernommenen Garantie oder dem Beschaffungsrisiko erfasst ist.¹⁷¹ Ob und inwieweit der Schuldner eine garantiemäßige Haftung übernommen hat, ist eine Frage der Vertragsauslegung im Einzelfall.

Das Vertretenmüssen des Schuldners wird durch die negative Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 vermutet. Während der Gläubiger die Pflichtverletzung zu beweisen hat, muss der Schuldner behaupten und nachweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Eine Ausnahme macht § 619a im Arbeitsrecht, wonach der Arbeitgeber bezüglich der Haftung des Arbeitnehmers

¹⁶⁸ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 20; St. Lorenz, JuS 2007, 612; Riehm, in: FS Canaris (2007), S. 1092 f.

¹⁶⁹ Dagegen gehen das angloamerikanische Recht und UN-Kaufrecht von einer Garantief Haftung aus, vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 131.

¹⁷⁰ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 143; St. Lorenz, JuS 2007, 611, 612

¹⁷¹ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 24.

abweichend von § 280 Abs. 1 S. 2 die Beweislast auch für das Vertretenmüssen hat.

2. Bezugspunkt

§ 280 Abs. 1 S. 2 ordnet allgemein an, dass der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Da allerdings kein einheitlicher Begriff der Pflichtverletzung besteht,¹⁷² gibt es auch keinen einheitlichen Bezugspunkt des Vertretenmüssens. Je nach Art der Pflichtverletzung kann das Vertretenmüssen unterschiedliche Bezugspunkte haben.

Handelt es sich um eine Schutzpflichtverletzung, decken sich die Pflichtverletzung als objektiv pflichtwidriges Verhalten und das Vertretenmüssen als subjektives Verschulden. Zwischen der sog. äußeren und inneren Sorgfalt¹⁷³ besteht eine strukturelle Korrespondenz. Liegt die Pflichtverletzung dagegen in dem Ausbleiben des geschuldeten Leistungserfolgs, so kann das Vertretenmüssen nur auf die Umstände bezogen werden, die zum Ausbleiben der Leistung geführt haben, da das Verschuldensurteil nicht auf den Erfolg als solchen bezogen werden kann, sondern notwendig ein menschliches Verhalten voraussetzt, das den objektiv-rechtlichen Anforderungen widerspricht.¹⁷⁴ So ist im Falle der Leistungsverzögerung nicht danach zu fragen, ob der Schuldner die Leistungsverzögerung zu vertreten hat, sondern danach, ob der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die zur Leistungsverzögerung geführt haben (vgl. § 286 Abs. 4). Damit liegt eine „Verschiebung“ des Vertretenmüssens von der Pflichtverletzung vor, die allerdings eine notwendige Folge der Vielfalt der Pflichtverletzung ist.¹⁷⁵

¹⁷² Siehe oben 4. Kapitel A. I. 1.

¹⁷³ Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht (1996), Rn. 385 ff.; *ders.*, AcP 202 (2002), S. 903 f.

¹⁷⁴ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 27.

¹⁷⁵ Vgl. *Looschelders*, in: FS *Canaris* (2007), S. 741 f.

Aus der Verweisungstechnik der §§ 280 ff. ergibt sich aber eine andere, davon zu unterscheidende Frage. Unproblematisch ist in dem Fall, in dem § 280 Abs. 1 als eigenständige und alleinige Anspruchsgrundlage anzuwenden ist, da sich das nach § 280 Abs. 1 S. 2 erforderliche Vertretenmüssen notwendigerweise auf die Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 1 zu beziehen hat. Problematisch wird es aber, wenn § 280 Abs. 1 erst in Verbindung mit §§ 281-283, 286 zur Anwendung kommt. Hier stellt sich die Frage, ob sich das Vertretenmüssen auch auf die in §§ 281-283, 286 geregelten zusätzlichen Voraussetzungen beziehen soll. Diese Frage kann nur in Bezug auf die konkreten Leistungsstörungstypen beantwortet werden.¹⁷⁶

Im Folgenden ist dann – jeweils im Rahmen des Schadensersatzes statt und neben der Leistung – zu untersuchen, wie in verschiedenen Leistungsstörungsfällen die Pflichtverletzung und damit der Bezugspunkt des Vertretenmüssens zu sehen sind und wie sie untereinander richtig abgegrenzt werden können.

B. Die Abgrenzung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung

I. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281

In §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 werden zwei Pflichtverletzungstatbestände zusammengefasst: Die Nichtleistung und die nicht mangelfreie Leistung.

¹⁷⁶ Vgl. *Schultz*, in: *Das Schuldrecht 2002*, S. 73; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 21; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 6.

1. Pflichtverletzung

a) Nichtleistung und nicht mangelfreie Leistung

§§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 gewähren dem Gläubiger zunächst einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Schuldner die fällige Leistung „nicht ... erbringt“. Die Pflichtverletzung liegt also in einem Unterlassen der geschuldeten Leistung, also der Nichtleistung. Vom Wortlaut abgedeckt wäre zwar auch der Fall der Unmöglichkeit, nach der Systematik der §§ 280 ff. sind aber dafür vielmehr §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 einschlägig.¹⁷⁷ Als Spezialregelung gehen §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 den §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 vor.¹⁷⁸ Die Pflichtverletzung der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 sollte daher nur die Nichtleistung bei Möglichkeit der Leistungserbringung umfassen.

Mit der „nicht wie geschuldet“ erbrachten Leistung in § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 werden vor allem die Fälle der nicht mangelfreien Leistung¹⁷⁹ im Kauf- und Werkvertragsrecht erfasst.¹⁸⁰ Wie bei der bloßen Nichtleistung werden hier nur die Fälle erfasst, in denen eine mangelfreie Leistung noch möglich ist. Ansonsten sind wiederum §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 anzuwenden.¹⁸¹

Durch diese Gesetzestechnik, die Nichtleistung und die nicht mangelfreie Leistung als bloße Alternativen in einer Vorschrift zu regeln, kommt es zum Ausdruck, dass beide Fälle von einem einheitlichen Haftungskonzept her zu

¹⁷⁷ Dazu siehe unten 4. Kapitel B. II.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 138; Staudinger/*Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. A 21.

¹⁷⁹ Entgegen der von der h.M. verwendeten Bezeichnung der „Schlechtleistung“ ist die der „nicht mangelfreie Leistung“ vorzugswürdig. Da die maßgebliche Pflichtverletzung nicht in der Erbringung einer mangelhaften Leistung (Tun), sondern in der Nichterbringung einer mangelfreien Leistung (Unterlassen) liegt. Vgl. *Faust*, in: FS *Canaris* (2007), 233. Das ist nicht nur theoretischer Natur, sondern hat praktische Bedeutung wie z.B. für den Bezugspunkt des Vertretenmüssens sowie für die Auslegung der Erfolglosigkeit der Nachfrist, siehe unten 4. Kapitel B. I. 1. b) bb).

¹⁸⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

¹⁸¹ Staudinger/*Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. A 24.

bewältigen sind. Dies ist die Folge der Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht.¹⁸² § 433 Abs. 1 S. 2 erhebt die Mangelfreiheit der Leistung zur Leistungspflicht des Verkäufers im Kaufrecht. Damit stellt die Nichterbringung einer mangelfreien Leistung eine qualitative Nichtleistung dar und soll daher im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung¹⁸³ nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 Abs. 1 S. 1 gleich behandelt werden wie die (bloße) Nichtleistung.¹⁸⁴ Ein Grundanliegen des neuen Leistungsstörungenrechts ist es, mit der Sonderbehandlung von Sachmängeln Schluss zu machen und diese grundsätzlich ebenso zu behandeln wie die übrigen Leistungsstörungen.¹⁸⁵ Bleibt die geschuldete Leistung – egal in welcher Hinsicht – endgültig aus, dann tritt an deren Stelle ein Schadensersatz statt der Leistung. Nur bei den „beschränkten Störungen“ für den großen Schadensersatz ist eine Differenzierung zwischen der nicht vollständigen und nicht mangelfreien Leistung nach § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 vorzunehmen.¹⁸⁶

b) Das Erfordernis der Fristsetzung

Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist das Vorliegen einer Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung in der Regel nicht ausreichend. Vielmehr ist darüber hinaus nach § 281 Abs. 1 eine erfolglose Fristsetzung erforderlich, soweit diese nicht ausnahmsweise nach § 281 Abs. 2 entbehrlich

¹⁸² *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 144.

¹⁸³ Dagegen muss im Rahmen des Schadensersatzes „neben“ der Leistung genau zwischen Schadensersatz wegen Schlechtleistung nach § 280 Abs. 1 und Leistungsverzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 unterschieden werden. Dazu siehe unten 4. Kapitel C. II. 1. c).

¹⁸⁴ Vgl. *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 80 ff.; Allerdings ist m. E. die Bezeichnung der „Verzögerung“ der mangelfreien Leistung unpräzise, da eine Verzögerung der Leistung nach der hier vertretenen Ansicht eine vorübergehende Pflichtverletzung darstellt und damit lediglich für einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung tauglich ist. Im Rahmen eines Schadensersatzes statt der Leistung wie hier sollte besser von einer qualitativen „Nichtleistung“, also einem (endgültigen) Ausbleiben der mangelfreien Leistung gesprochen werden.

¹⁸⁵ *Canaris*, DB 2001, 1816.

¹⁸⁶ Dazu siehe unten 4. Kapitel B. I. 3.

ist. Da die Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung noch behebbar und reparabel ist, soll der Schuldner eine zweite Chance bekommen, die geschuldete Leistung doch noch zu erbringen und damit den Schadensersatzanspruch statt der Leistung abzuwehren. Erst wenn der Schuldner auch diese zweite Chance nicht nutzt, also die geschuldete Leistung nach Ablauf der Frist nicht oder nicht mangelfrei erbringt, steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu.

aa) Doppelte Pflichtverletzung oder einheitliche Pflichtverletzung?

Damit kommt in den Fällen, in denen eine Fristsetzung erforderlich ist, ein weiterer Anknüpfungspunkt in Betracht, nämlich die Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung in der (Nach-)Frist. Umstritten ist, ob die ursprüngliche Nicht- oder nicht mangelfreie Leistung einerseits und die während der (Nach-)Frist andererseits als zwei streng zu trennende Pflichtverletzungen anzusehen sind, oder aber die Beiden als eine einheitliche Pflichtverletzung zu behandeln sind.¹⁸⁷

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass die ursprüngliche Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung und die während der Frist als zwei unterschiedliche Pflichtverletzungen zu verstehen sind und immer streng auseinander gehalten werden sollen.¹⁸⁸ Es gilt das Prinzip der Einzelbetrachtung,¹⁸⁹ wonach jede Leistungsstörung auf Grund ihrer eigenen rechtlichen Bedeutung zu beurteilen ist.

Entgegen der Ansicht haben die „unterschiedlichen“ Leistungsstörungen gerade keine eigenständige Bedeutung. Nach der Systematik des Gesetzes ist weder allein die ursprüngliche Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung noch

¹⁸⁷ Eng damit verbunden ist die Frage, worauf sich das Vertretenmüssen des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 bezieht. Dazu siehe unten 4. Kapitel B. I. 2.

¹⁸⁸ *P. Huber*, Besonderes Schuldrecht/1 (2008), Rn. 164; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 49, 73; *ders.*, in: *FS Canaris* (2007), S. 235 f.; *MünchK/Ernst* (2007), Vor § 275 Rn. 16, § 280 Rn. 52; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2502; *Fest*, JURA 2005, 736.

¹⁸⁹ *MünchK/Ernst* (2007), Vor § 275 Rn. 16.

allein die während der Frist ausreichend, um einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 zu begründen.

Es liegt auf der Hand, dass die alleinige Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung bei Fälligkeit keine haftungsbegründende Pflichtverletzung der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 darstellt. Da der Schuldner noch eine Chance hat, innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist doch noch zu leisten. Tut er dies, ist das Leistungsinteresse durch primäre Leistung befriedigt und folglich scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus.¹⁹⁰ Vielmehr muss eine Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung innerhalb der Frist noch dazu kommen, um eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 Abs. 1 zu begründen.

Auf der anderen Seite hat eine alleinige Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung innerhalb der Frist ebenfalls keine eigenständige Bedeutung. Auf jeden Fall setzt sie voraus, dass vorher eine Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung des Schuldners vorliegt. Hätte der Schuldner von Anfang an rechtzeitig und mangelfrei geleistet, käme eine Nichterfüllung innerhalb der Frist gar nicht ins Blickfeld. Sie ist quasi nur eine zweite Chance für den Schuldner,¹⁹¹ (nachdem er die erste nicht genutzt hat), die (mangelfreie) Leistung doch noch zu erbringen und sich damit der Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung zu entziehen. Nur wenn der Schuldner die beide Chancen nicht nutzt, also die geschuldete (mangelfreie) Leistung auch nach Ablauf der Frist nicht erbringt, hat der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Eine isolierte „zweite Chance“ ohne Einbeziehung des ersten Leistungsversuchs ist fernliegend. Vielmehr ist sie nur zusammen mit der ursprünglichen Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung rechtlich relevant.

¹⁹⁰ In diesem Fall bleibt die Leistung also nicht endgültig, sondern nur vorübergehend aus, woraus sich ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung ergeben kann. Vgl. auch Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 11.

¹⁹¹ Ebenso Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 623.

Es ist daher überzeugender, von einer einheitlichen Pflichtverletzung¹⁹² auszugehen. Die Pflichtverletzung, die den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 begründet, ist erst mit dem erfolglosen Fristablauf vollendet.¹⁹³ Die Pflichtverletzung bezieht sich nicht auf einen einzelnen Zeitpunkt, sondern erfasst einen Zeitraum: Es genügt nicht, dass die (mangelfreie) Leistung bei Fälligkeit ausbleibt. Erforderlich ist vielmehr, dass die Pflichtverletzung über die gesamte in § 281 genannte Zeitspanne hinweg andauert.¹⁹⁴ Für den Fall der nicht mangelfreien Leistung bedeutet dies: Es geht eigentlich um eine Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, die von der Fälligkeit an bis zur erfolglosen Nacherfüllung fort dauert. Es bedarf deshalb keiner selbstständigen Einordnung der ausbleibenden Nacherfüllung als Nichtleistung i.S.v. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1.¹⁹⁵ Vielmehr liegt weiterhin eine nicht mangelfreie Leistung i.S.v. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 vor.¹⁹⁶ Daher sind die ursprüngliche Leistung und die Nacherfüllung für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 Abs. 1, 3 mit 281 untrennbar als eine einheitliche Pflichtverletzung zu behandeln.¹⁹⁷

Gegen die Ansicht der doppelten Pflichtverletzung spricht auch, dass sie keinen praktischen Vorteil bringt, sondern die Rechtsanwendung unnötig verkompliziert. Dies zeigt sich insbesondere bei der Frage nach dem Bezugspunkt des Vertretenmüssens, worauf sobald einzugehen sein wird.¹⁹⁸ Aber

¹⁹² *Canaris*, DB 2001, 1816; *Schubell/Koch*, DB 2004, 121; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 80 f.; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 11, D 13; *Soergel/Gsell* (2005), § 323 Rn. 40; *dies.*, in: *FS Canaris* (2007), S. 337 ff.

¹⁹³ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 149; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 16; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 11.

¹⁹⁴ *Soergel/Gsell* (2005), § 323 Rn. 40; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 81.

¹⁹⁵ So aber *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 95 ff.

¹⁹⁶ *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 13; *Gsell*, in: *FS Canaris* (2007), S. 338.

¹⁹⁷ Zum Verhältnis des Nacherfüllungsanspruchs zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch siehe unten 5. Kapitel B.

¹⁹⁸ Siehe unten 4. Kapitel B. I. 2.

auch darüber hinaus wirft die Einzelbetrachtung der Pflichtverletzung eine Reihe von zweifelhaften Fragen auf, die nur Verwirrung stiften.¹⁹⁹

Zusammenfassend ist daher für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 Abs. 1²⁰⁰ eine Trennung von der ursprünglichen Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung und der während der Frist zu unterlassen. Eine isolierte Betrachtung widerspricht der Systematik des Gesetzes und ist daher fernliegend. Statt einer doppelten Pflichtverletzung ist vielmehr eine einheitliche Pflichtverletzung zu sehen, die von Fälligkeit an bis zum Ablauf der Frist fort dauert.

bb) Erfolgreicher Fristablauf

Nicht immer einfach ist die Beantwortung der Frage, wann eine dem Schuldner gesetzte Frist zur Leistung oder Nacherfüllung „erfolglos“ abläuft. Insbesondere ist im Falle der Mehrfachstörungen umstritten, ob der Gläubiger dem Schuldner eine weitere Frist für eine neue Störung setzen muss, bevor er zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen kann.

(1) Nichtbeseitigung der ursprünglichen Störung

Unproblematisch läuft die Frist erfolglos ab, wenn der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist untätig bleibt. Dies gilt auch, wenn der Schuldner zwar tätig wird, die ursprüngliche, mit der Fristsetzung gerügte Störung aber nicht (vollständig) beseitigt, etwa wenn er nach einer Nichtleistung innerhalb der Frist lediglich eine Teilleistung erbringt oder nach einer nicht mangelfreien Leistung bei der Nacherfüllung eine Ersatzsache mit gleichem Mangel liefert.²⁰¹ Wegen § 266 kann der Gläubiger die Teil- bzw. nicht mangelfreie Leistung zurückwei-

¹⁹⁹ Paradigmatisch Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 73 ff.

²⁰⁰ Es wird sich zeigen, dass diese einheitliche Sichtweise der Pflichtverletzung auch im Hinblick auf §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 zugrunde zu legen ist, dazu siehe unten 4. Kapitel B. II.

²⁰¹ Dauner-Lieb, in: FS Canaris (2007), S. 146 ff.; MünchK/Ernst (2007), § 323 Rn. 87.

sen.²⁰² Tut er dies und bietet der Schuldner daraufhin keine vollständige und mangelfreie Leistung innerhalb der Frist an, so ist die Frist erfolglos abgelaufen und kann der Gläubiger ohne weiteres nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 Abs. 1 S. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.²⁰³ Nimmt er dagegen die Teil- bzw. nicht mangelfreie Leistung an und wird bis zum Fristablauf das Leistungsdefizit nicht behoben, so ist die Frist ebenfalls erfolglos abgelaufen und der Gläubiger kann sofort zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen, ohne eine weitere Frist setzen zu müssen.²⁰⁴ Da der Gläubiger keine Prüfungs- und Rügepflicht hat, kann aus der Annahme der Nacherfüllung nicht gefolgert werden, dass die Nacherfüllung mangelfrei und erfolgreich ist.²⁰⁵ Lediglich für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist das Vorliegen von weiteren Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 2 bzw. 3 erforderlich.²⁰⁶

(2) Mehrfachstörungen

Schwierigkeiten bereiten die Konstellationen der sog. Mehrfachstörungen, in denen innerhalb der Frist das ursprüngliche Leistungsdefizit zwar behoben wird, aber neue Störung auftaucht, etwa wenn der Schuldner während der wegen ursprünglicher Nichtleistung gesetzten Frist nunmehr eine nicht mangelfreie Leistung anbietet, oder im Falle der ursprünglich nicht mangelfreien Leistung der Mangel durch die Nacherfüllung zwar beseitigt wird, sich jedoch ein weiterer, mit dem ursprünglichen nicht identischer Mangel herausstellt. Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob die gesetzte Frist als erfolglos abgelaufen zu gelten hat mit der Folge, dass der Gläubiger sofort zum Schadens-

²⁰² *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 74 f.; *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 147 f.; *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/150; *Jud*, *JuS* 2004, 841 ff.; *Lamprecht*, *ZIP* 2002, 1790; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 72; a.A. *Jansen*, *ZIP* 2002, 878 ff.

²⁰³ *Canaris*, *DB* 2001, 1816; *MünchK/Ernst* (2007), § 323 Rn. 87.

²⁰⁴ *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 146 ff.; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 474; *MünchK/Ernst* (2007), § 323 Rn. 87; *Soergel/Gsell* (2005), § 323 Rn. 91 f.

²⁰⁵ *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 149; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 474.

²⁰⁶ *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 146 ff.; *MünchK/Ernst* (2007), § 323 Rn. 90; *Soergel/Gsell* (2005), § 323 Rn. 91 f.; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. B 62.

ersatz statt der Leistung übergehen kann, oder die Frist eben nicht erfolglos ist und der Gläubiger erst nach erneuter Fristsetzung, diesmal im Hinblick auf die neue Störung, Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann.

Nach einer Ansicht ist die Frist nur dann erfolglos verstrichen und damit der Gläubiger sofort zum Schadensersatz statt der Leistung berechtigt, wenn er die innerhalb der Frist angebotene nicht mangelfreie Leistung zurückweist und der Schuldner daraufhin eine mangelfreie Leistung bis zum Fristablauf nicht erbringt. Nimmt er dagegen die nicht mangelfreie Leistung an, dann muss er eine weitere Frist zur Behebung des (neuen) Mangels setzen, um zum Schadensersatz statt der Leistung überzugehen.²⁰⁷ Die ursprüngliche Störung ist ja behoben und die Frist ist damit nicht erfolglos verstrichen. Für die Behebung der neuen Störung ist vielmehr eine weitere Fristsetzung erforderlich. Es gilt also das Prinzip der Einzelbetrachtung.²⁰⁸

Diese Ansicht ist allerdings in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Zunächst beruht sie auf einem falschen Verständnis der Pflichtverletzung im Falle der nicht mangelfreien Leistung. Diese besteht, wie erwähnt,²⁰⁹ nicht in der Erbringung einer mangelhaften Leistung (Tun), sondern in der Nichterbringung einer mangelfreien (Unterlassen). Der Vorwurf bezieht sich also nicht lediglich auf den konkreten Mangel, sondern auf die Nichtmangelfreiheit der Leistung. Folgerichtig ist die Nacherfüllung nicht auf die Behebung des konkreten gerügten Mangels beschränkt, sondern auf eine vollständige und mangelfreie Leistung erstreckt. Auch die Nennung des konkreten Mangels bei der Nachfristsetzung des Gläubigers ist nur als Anlass für eine Aufforderung zu einer insgesamt mangelfreien Leistung zu verstehen,²¹⁰ da dem Gläubiger nicht die

²⁰⁷ MünchK/Ernst (2007), § 323 Rn. 88; Palandt/Grüneberg (2010), § 281 Rn. 12; Jauernig/Berger (2009), § 437 Rn. 9; Jauernig/Stadler (2009), § 281 Rn. 7; Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 18 Rn. 35; St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 73; ders., in: FS Huber (2006), S. 429.

²⁰⁸ MünchK/Ernst (2007), § 323 Rn. 88.

²⁰⁹ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. a).

²¹⁰ Dauner-Lieb, in: FS Canaris (2007), S. 159 f.; Schwarze, Leistungsstörungen (2008), § 19 Rn. 25.

Pflicht auferlegt werden kann, alle möglichen Mängel der Kaufsache zu überprüfen und den Schuldner bei der Nachfristsetzung darüber zu informieren. Das Risiko, dass ein Mangel zunächst unentdeckt bleibt und für dessen Beseitigung eventuell keine Frist gewährt wird, trägt der Schuldner.²¹¹ Letztendlich ist er nach § 433 Abs. 1 S. 2 verpflichtet, dem Gläubiger die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen.

Auch für die Wahrung einer wegen Nichtleistung gesetzten Frist kann es nicht genügen, dass eine Leistung überhaupt erbracht wird. Vielmehr ist auch die Einhaltung der geschuldeten Qualität in der Aufforderung zur Leistung mit einzuschließen.²¹² Auch die Vertreter der Einzelbetrachtung geben zu, dass der Wille des Gläubigers bei der Fristsetzung wegen Nichtleistung typischerweise auf eine in jeder Hinsicht einwandfreie Leistung gerichtet ist, so dass regelmäßig anzunehmen ist, dass die Aufforderung zur Leistung zugleich eine solche in einwandfreier Qualität ist.²¹³

Die Ansicht der Einzelbetrachtung ist übrigens mit dem Willen des Gesetzgebers kaum vereinbar, wonach der Schuldner mit dem Recht zur zweiten Andienung eine „letzte Chance“ bekommt, durch eine ordnungsgemäße Leistung die Sekundärrechte des Gläubigers abzuwenden.²¹⁴ Die Einzelbetrachtung der Störungen hat zur Folge, dass durch Auftauchen immer neuer Mängel immer neue Fristsetzungen nötig werden könnten.²¹⁵ Dies begünstigt aber nur die Nachlässigkeit des Gläubigers.²¹⁶ Es fragt sich, wie viele Nacherfüllungsversuche der Gläubiger hinnehmen muss, bevor er auf die Sekundärrechte zurückgreifen kann. Zur Beantwortung dieser Frage muss auf die Umstände

²¹¹ Vgl. Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 66.

²¹² Braun, ZGS 2004, 424; P. Huber, in: Huber/Faust (2002), Rn. 13/83; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 471 f.; Schwab, JR 2003, 133; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 65; PWW/Schmidt-Kessel (2010), § 281 Rn. 10.

²¹³ MünchK/Ernst (2007), § 323 Rn. 89; Soergel/Gsell (2005), § 323 Rn. 90.

²¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

²¹⁵ PWW/Medicus (2010), § 323 Rn. 25; Schwarze, Leistungsstörungen (2008), § 19 Rn. 25.

²¹⁶ Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 65.

des Einzelfalls abgestellt werden, was zu Unsicherheiten der Rechtsanwendung führen wird.²¹⁷

Deshalb ist statt der Einzelbetrachtung von einem Einheitskonzept auszugehen: Leistet der Schuldner nicht oder nicht mangelfrei, braucht ihm der Gläubiger durch die Fristsetzung nur einmal die Chance zu geben, innerhalb der Frist eine vollständige und mangelfreie Leistung zu erbringen. Bleibt die Leistung bis zum Ablauf der Frist in irgendeiner Hinsicht hinter dem Geschuldeten zurück, dann ist die Frist erfolglos abgelaufen und der Gläubiger kann sofort Schadensersatz statt der Leistung verlangen.²¹⁸ Die Nicht- und nicht mangelfreie Leistung sind im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung gleich zu behandeln.²¹⁹

2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens

a) Aus Sicht der doppelten Pflichtverletzung

Schwierigkeiten bereitet bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 im Hinblick auf den Bezugspunkt des Vertretenmüssens, wenn man der Ansicht der doppelten Pflichtverletzung folgt.

Es lässt sich am besten am Beispiel der Nichtleistung nach einer nicht mangelfreien Leistung verdeutlichen. Liefert der Verkäufer eine nicht mangelfreie Sache und lässt die gesetzte Nachfrist erfolglos verstreichen, stellt sich die Frage, auf welche Pflichtverletzung sich das Vertretenmüssen bezieht. Daran, dass er ursprünglich keine mangelfreie Leistung erbracht hat oder daran, dass er nicht ordnungsgemäß nacherfüllt hat? Oder kommt es kumulativ oder alternativ auf beide Pflichtverletzungen an?²²⁰ Dieser Frage kommt keineswegs

²¹⁷ *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 156.

²¹⁸ *Braun*, *ZGS* 2004, 424; *Canaris*, *DB* 2001, 1816; *Dauner-Lieb*, in: *FS Canaris* (2007), S. 156 ff.; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 504; *PWW/Medicus* (2010), § 323 Rn. 25; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. B 65 f.

²¹⁹ *Canaris*, *DB* 2001, 1816; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 472.

²²⁰ Offen gelassen *BGH* 22.06.2005 – VIII ZR 281/04, *NJW* 2005, 2853.

nur theoretische Bedeutung zu; hiervon kann der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 abhängen. Insbesondere wird die Frage relevant, wenn ein Vertretenmüssen nur im Hinblick auf eine der beiden vorliegt. Es ist zu klären, ob der Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung haftet, wenn ihm zwar bezüglich der ursprünglichen Leistung kein Vorwurf zu machen ist, wohl aber im Hinblick auf das Unterbleiben der Nacherfüllung, oder umgekehrt, wenn er zwar die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung zu vertreten hat, nicht aber das Scheitern der Nacherfüllung.

aa) Ausschließliche Anknüpfung an die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung

Nur vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass in den Fällen der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 die Pflichtverletzung des Verkäufers in der (ursprünglichen) Lieferung einer nicht mangelfreien Leistung liege und es für das Vertreten darauf ankomme, ob der Verkäufer den Mangel schuldhaft verursacht oder schuldhaft nicht beseitigt habe²²¹ Gestützt wird auf den Gesetzeswortlaut sowie die Vorstellung des Gesetzgebers: Mit den Worten „nicht wie geschuldet“ meine § 281 Abs. 1 S. 1 die Pflicht zur mangelfreien Leistung gem. §§ 433 Abs. 1 S. 2, 633 Abs. 1. Die Formulierung „unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1“ beziehe sich ihrerseits auf die Worte „nicht wie geschuldet“ und nicht auf die spätere Nichtleistung innerhalb der Nachfrist. Die Nachfristsetzung sei nur eine objektive zusätzliche Voraussetzung für den Schadensersatz statt der Leistung. Im Übrigen gehe der Gesetzgeber auch davon aus, dass der Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440 nicht entsteht, wenn der Verkäufer den Sachmangel nicht zu vertreten habe.²²²

²²¹ P. Huber, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/111; Haas, in: *Das neue Schuldrecht* (2002), Rn. 5/224.

²²² BT-Drucks. 14/6040, S. 209 f.

Freilich ist diese wörtliche Auslegung zu bezweifeln.²²³ Wie ausgeführt²²⁴ sind vielmehr die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 in den Begriff der Pflichtverletzung des § 280 Abs. 1 hineinzulesen. Sonst wäre die Rückverweisung von § 281 Abs. 1 S. 1 auf § 280 Abs. 1 überflüssig. Wäre die Fristsetzung des § 281 nur eine objektive zusätzliche Voraussetzung, wäre es schon mit § 280 Abs. 1 getan, der seinerseits mit § 280 Abs. 3 auf § 281 verweist.²²⁵ Daher wird der Begriff der Pflichtverletzung im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 durch die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 konkretisiert bzw. modifiziert mit der Folge, dass sich das nach § 280 Abs. 1 S. 2 erforderliche Vertretenmüssen auch auf diese bezieht. Die Prüfungsreihenfolge eines Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 lautet also nicht „Pflichtverletzung – Vertretenmüssen – Fristablauf“, sondern „Pflichtverletzung – Fristablauf – Vertretenmüssen“.²²⁶ Außerdem hat die Bemerkung des Gesetzgebers hier kaum Aussagekraft, da diese eher auf einem fehlenden Problembewusstsein beruht und daher auf die Frage nach dem Bezugspunkt des Vertretenmüssens nicht herangezogen werden kann.

Zwar ist es richtig, dass beim Vorliegen eines Vertretenmüssens in Bezug auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 begründet ist. Aber die Pflichtverletzung ist nicht auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung beschränkt, sondern erstreckt sich bis zum Ablauf der Nachfrist. Eine Verletzung der Nacherfüllungspflicht ist auch Bestandteil der Pflichtverletzung und kann – bei Vorliegen eines Vertretenmüssens – nicht ohne Konsequenz bleiben.²²⁷ Nach dem nicht gelungenen Erstversuch ist der Verkäufer nicht nur berechtigt (Recht zur zweiten Andienung), sondern auch verpflichtet (Pflicht zur Nacherfüllung), innerhalb der Nachfrist die geschuldete mangelfreie Leistung zu erbringen. Nutzt er schuldhaft die

²²³ Vgl. auch *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 622; *Schur*, JA 2006, 225; *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 47.

²²⁴ Siehe oben 4. Kapitel A. I. 2. a).

²²⁵ Vgl. *Münch*, JURA 2002, 368.

²²⁶ *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 51; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 66.

²²⁷ *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 622; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 76.

zweite Chance nicht, macht er sich schadensersatzpflichtig, auch wenn er die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen kann also nicht allein und ausschließlich auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung bezogen werden.

bb) Ausschließliche Anknüpfung an die unterbleibende Nacherfüllung

Nach anderer Ansicht liegt die maßgebliche Pflichtverletzung ausschließlich in der unterbleibenden Nacherfüllung.²²⁸ Für das Vertretenmüssen komme es daher nicht darauf an, ob der Verkäufer die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung zu vertreten hat, sondern allein darauf, ob er das Scheitern der Nacherfüllung zu vertreten hat.

Die Ansicht übersieht aber, genau wie die Ansicht der ausschließlichen Anknüpfung an die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung, dass die Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 eine Handlungseinheit darstellt und sowohl die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung als auch die unterbleibende Nacherfüllung umfasst. Es trifft zwar zu, dass sich der Verkäufer schadensersatzpflichtig macht, wenn er das Ausbleiben der Nacherfüllung zu vertreten hat. Dieses Fehlverhalten ist jedoch nicht der alleinige Grund für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung.

Gegen die Anknüpfung an die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung wird eingewandt, dass der Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 2 mit dem ersten Erfüllungsversuch durch den Nacherfüllungsanspruch aus § 439 abgelöst sei und damit als Grundlage des Schadensersatzes statt der Leistung weg falle.²²⁹ Das beruht aber auf einem Missverständnis des Verhältnisses zwischen dem

²²⁸ St. Lorenz, NJW 2002, 2502 f.; ders., NJW 2005, 1892; ders., in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 75; ders., in: *FS Huber* (2006), S. 426 ff.; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 535; *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht BT* (2010), Rn. 175; *Reischl*, *JuS* 2003, 455 f.; *Reichenbach*, *JURA* 2003, 517 ff.; *Schur*, *JA* 2006, 228; *Heinrichs*, in: *FS Schlechtriem* (2003), S. 510 f.; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 16; *Jauernig/Stadler* (2009), § 281 Rn. 12; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 281 Rn. 12.

²²⁹ St. Lorenz, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 75; ders., in: *FS Huber* (2006), S. 429.

ursprünglichen Erfüllungsanspruch und dem Nacherfüllungsanspruch.²³⁰ Der Nacherfüllungsanspruch an sich ist kein eigenständiger Anspruch, sondern nur die Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs.²³¹ Durch die Nacherfüllung erhält der Verkäufer nur eine zweite Chance; nutzt er sie aus welchen Gründen auch immer nicht, so ist er schon deshalb Schadensersatzpflichtig, weil er ursprünglich schuldhaft nicht mangelfrei geleistet hat.²³² Dahinter steht die Überlegung, dass der Verkäufer durch seine ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung die Ursache dafür gesetzt hat, dass es überhaupt zu einer Nacherfüllung kommt.²³³ Hätte er mangelfrei geleistet, hätte es keiner Nacherfüllung bedurft. Durch die nicht mangelfreie Leistung hat er das Risiko begründet, dass die Nacherfüllung auch aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen ausbleiben kann.²³⁴

Es wäre nämlich unbillig, wenn der Verkäufer sogar vorsätzlich eine nicht mangelfreie Leistung erbringt, diese aber später aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht beheben kann, keinen Schadensersatz statt der Leistung schulden würde.²³⁵ Zuzugeben dürften solche Fälle in der Praxis eher Ausnahmecharakter haben. Während der Verkäufer sich im Hinblick auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung nämlich darauf berufen kann, dass er den Mangel weder verursacht noch nicht beseitigt hat, sind ihm diese Entlastungsmöglichkeiten im Falle der Nacherfüllung versperrt. Er muss vielmehr darlegen und beweisen, dass die Nacherfüllung aus nicht vom ihm zu vertret-

²³⁰ Siehe unten 5. Kapitel B.

²³¹ AnwK/Büdenbender (2005), § 439 Rn. 2; MünchK/Westermann (2008), § 439 Rn. 2; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 78 f.; ders., in: FS Wiegand (2005), S. 232 f.; P. Huber, NJW 2002, 1005; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 408; Oechsler, NJW 2004, 1825 f.; Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 748.

²³² Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 544 f.; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 13; Schubell/Koch, DB 2004, 121; Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 749.

²³³ Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 748.

²³⁴ MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 48; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 13; Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 748.

²³⁵ So aber St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, 75.

tenden Gründen ausbleibt. Soweit dem Verkäufer die Nacherfüllung möglich und zumutbar ist, sind solche Gründe schwer denkbar.²³⁶

Aufgrund der vom Verkäufer gesetzten Ursache für den Lauf einer Nachfrist trägt er das Risiko des Scheiterns der Nacherfüllung. Eine entsprechende Interessenwertung wird beim Verzug durch § 287 S. 2 bestätigt,²³⁷ wonach der Schuldner während des Verzugs auch für Zufall haftet. Wenn also die Frist wegen einer ursprünglich bloßen Nichtleistung gesetzt wurde, gerät der Verkäufer in der Regel schon mit der Fristsetzung in Verzug und haftet auch für ein zufälliges Unterbleiben der Nacherfüllung. Um eine vergleichbare Interessenlage geht es, wenn die Frist wegen einer ursprünglich nicht mangelfreien Leistung gesetzt wurde.²³⁸ Daher wird in der Literatur zu Recht vorgeschlagen, dass § 287 S. 2 auch bei zu vertretender nicht mangelfreier Leistung entsprechend anzuwenden ist.²³⁹ Es ist kein Grund ersichtlich, warum der nichtleistende Schuldner nach § 287 S. 2 für konkret unvorhersehbare Erfüllungsschäden haften soll, der schlecht leistende Schuldner aber nicht. In beiden Fällen hat der Schuldner die Leistung durch die zu vertretende Pflichtverletzung Störungsgefahren ausgesetzt, die sich bei ordnungsgemäßer Leistung nicht hätten realisieren können.²⁴⁰ Daher muss der Verkäufer, der schuldhaft eine nicht mangelfreie Leistung erbracht hat, nach einer entsprechenden Anwendung des § 287 S. 2 wegen der Leistung auch für Zufall während der Nacherfüllung haften, es sei denn, dass der Schaden auch bei mangelfreier Leistung eingetreten sein würde.²⁴¹ Anders als bei der bloßen Nichtleistung trifft den Schuldner die Zufallshaftung nicht erst mit dem Verzugseintritt,²⁴²

²³⁶ *St. Lorenz*, NJW 2002, 2503; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 52; *Dauner-Lieb*, in: FS *Konzen* (2006), S. 76 f.; *Canaris*, in: FS *Wiegand* (2005), S. 232 f.; *U. Huber*, in: FS *Schlechtriem* (2003), S. 529.

²³⁷ *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 13; *Dauner-Lieb*, in: FS *Konzen* (2006), S. 80 ff.

²³⁸ *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 48.

²³⁹ *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 48; *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 348 ff.

²⁴⁰ *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 348 f.

²⁴¹ *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 48; *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 348 ff.

²⁴² So aber *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 76; *ders.*, in: FS *Huber* (2006), S. 430.

sondern bereits mit der zu vertretenden nicht mangelfreien Leistung,²⁴³ weil eine Mahnung für die nicht mangelfreie Leistung nicht passt.²⁴⁴

Außerdem gerät diese Ansicht in den Fällen einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 281 Abs. 2 in Begründungsschwierigkeiten. Hier muss entweder doch auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung abgestellt werden²⁴⁵ – was allerdings inkonsistent ist, oder darauf, ob der Verkäufer den Eintritt des Ereignisses zu vertreten hat, das an die Stelle des Fristablaufs tritt.²⁴⁶ Dies mag zwar bei einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung i.S.v. § 281 Abs. 2 Alt. 1 oder bei einem Fehlschlagen der Nacherfüllung noch nachvollziehbar sein. Basiert die Entbehrlichkeit der Nachfrist dagegen auf der Abwägung der beiderseitigen Interessen i.S.v. § 281 Abs. 2 Alt. 2, wäre es widersprüchlich, die Schadensersatzpflicht davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer die dieser Abwägung zugrunde liegenden Umstände zu vertreten hat. Insbesondere ist bei der berechtigten Verweigerung der Nacherfüllung gem. §§ 440 S. 1, 439 Abs. 3 im Gegensatz zu § 275 Abs. 2 ein Vertretenmüssen des Verkäufers nicht zu berücksichtigen.

Im Weiteren kann auch nicht dafür plädiert werden, dass eine ausschließliche Anknüpfung der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 an die unterbleibende Nacherfüllung erforderlich sei, um Einklang mit der Haftung bei unbehebbarer nicht mangelfreier Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 zu erzielen,²⁴⁷ da sich das Vertretenmüssen bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 nicht auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung, sondern nur auf die Umstände beziehe, die zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt haben. Das beruht aber auf einem Missverständnis des Vertretenmüssens im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit

²⁴³ Gsell, in: FS *Canaris* (2007), S. 349 f.

²⁴⁴ Siehe unten 5. Kapitel C. I. 2.

²⁴⁵ St. Lorenz, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 75.

²⁴⁶ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 281 Rn. 16; Vgl. auch *Hirsch*, *JURA* 2003, 293; das übersieht *Braun*, *ZGS* 2004, 425 f. und *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 79, nach deren Ansicht bei Entbehrlichkeit der Nachfrist auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung abgestellt werden müsse.

²⁴⁷ St. Lorenz, in: *FS Huber* (2006), S. 431 f.

283. Es wird sich zeigen,²⁴⁸ dass die Pflichtverletzung vielmehr in dem (endgültigen) Ausbleiben der mangelfreien Leistung besteht und somit sowohl die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung als auch die Unmöglichkeit der Nacherfüllung umfasst. Das Vertretenmüssen bezieht sich damit alternativ auf die beiden Pflichtverletzungen. Um Parallelität mit §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 herzustellen, muss vielmehr sich das Vertretenmüssen bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 auch alternativ auf die beiden beziehen.

cc) Kumulative Anknüpfung

Eine Kumulative Anknüpfung des Vertretenmüssens wird wohl nur vom *Hirsch* vertreten.²⁴⁹ Danach ist eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 nur gegeben, wenn der Verkäufer sowohl die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung, als auch das Unterbleiben der Nacherfüllung zu vertreten hat.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Zwar dauert die Pflichtverletzung im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 von der Fälligkeit bis zum Ablauf der Nachfrist an. Dies bedeutet aber nicht, dass das Vertretenmüssen auch über den gesamten Zeitraum hinweg fort dauern muss.²⁵⁰ Vielmehr genügt es, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb des Zeitraums ein Vertretenmüssen des Verkäufers zu bejahen ist.

²⁴⁸ Siehe unten 4. Kapitel B. II. 1.

²⁴⁹ *Hirsch*, JURA 2003, 293.

²⁵⁰ Vgl. *Faust*, in: FS *Canaris* (2007), S. 224.

dd) Alternative Anknüpfung

Zu Recht stellt die h.M. alternativ auf beide Pflichtverletzungen ab.²⁵¹ Hier- nach genügt es, dass der Verkäufer entweder die ursprüngliche nicht mangel- freie Leistung oder die Verletzung der Nacherfüllungspflicht zu vertreten hat. Der Haftungstatbestand kann auf zwei unterschiedlichen Wegen verwirklicht werden: durch eine zu vertretende Verletzung der Erfüllungspflicht einerseits, oder durch eine der Nacherfüllungspflicht andererseits.

Außer den oben ausgeführten Gründen spricht für diese Ansicht wohl auch die Vorstellung des Gesetzgebers. In der Regierungsbegründung heißt es nämlich, § 281 „macht den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung von einer Fristsetzung durch den Gläubiger sowie davon abhängig, dass der Schuldner schuldhaft nicht leistet oder nicht nacherfüllt.“²⁵² Der Gesetzgeber geht also von einer Alternativität des Vertretenmüssens aus.

b) Aus Sicht der einheitlichen Pflichtverletzung

Zu dem Ergebnis kommt man aber viel einfacher, wenn man nach der hier vertretenen Ansicht²⁵³ von einer einheitlichen Pflichtverletzung ausgeht.²⁵⁴ Die Pflichtverletzung wegen nicht mangelfreier Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 liegt in der endgültigen Nichtleistung einer mangelfreien Sache und er-

²⁵¹ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 37; Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 49; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 52, § 281 Rn. 47 f.; Palandt/Weidenkaff (2010), § 437 Rn. 37; PWW/Schmidt-Kessel (2010), § 280 Rn. 20; Looschelders, Schuldrecht AT (2010), Rn. 621; ders., in: FS Canaris (2007), S. 750 ff.; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 537 ff.; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 622 f.; Schubel, in: Examenswissen (2003), S. 197 ff.; Braun, ZGS 2004, 426; Fest, JURA 2005, 735 ff.; U. Huber, in: FS Schlechtriem (2003), S. 528 ff.; Janz, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 97 f.

²⁵² BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

²⁵³ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. b) aa).

²⁵⁴ Ebenso Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 154 (zur schlichten Nichtleistung Rn. 149); Canaris, DB 2001, 1816; ders., in: FS Wiegand (2005), S. 230 ff.; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 13 (zur schlichten Nichtleistung D 11); Gsell, in: FS Canaris (2007), S. 337 ff.

streckt sich über den gesamten Zeitraum, von der Fälligkeit bis zum Ablauf der Nachfrist. Die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung und die Nichterfüllung der Nacherfüllung sind also als eine einheitliche Pflichtverletzung zu sehen, worauf das Vertretenmüssen zu beziehen ist. Zu vertreten hat der Verkäufer daher all diejenigen Umstände, die zu einem endgültigen Ausbleiben der geschuldeten mangelfreien Leistung geführt haben.²⁵⁵ Das Vertretenmüssen kann sich daher alternativ entweder auf die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung oder auf die unterbleibende Nacherfüllung beziehen. Zur Entlastung muss der Verkäufer darlegen und beweisen, dass er weder die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung noch das Unterbleiben der Nacherfüllung zu vertreten hat.

Diese Vorgehensweise hat den Vorteil der Einfachheit. Sie schließt von vornherein eine ausschließliche Anknüpfung an die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung oder an die unterbleibende Nacherfüllung aus, da die beiden als eine einheitliche Pflichtverletzung nicht zu trennen sind. Ohne weiteres kommt allein die alternative Anknüpfung des Vertretenmüssens in Betracht.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Pflichtverletzung im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 in dem endgültigen Ausbleiben der mangelfreien Leistung liegt, wobei die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung und die Nichterfüllung der Nacherfüllung als eine einheitliche Pflichtverletzung zu sehen sind. Den Bezugspunkt des Vertretenmüssens sollen alle Umstände bilden, die dazu geführt haben, dass der Verkäufer die geschuldete mangelfreie Leistung bis zum Fristablauf nicht erbringt.

²⁵⁵ Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 13; MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 47.

3. Abgrenzung beim Schadensersatz statt der „ganzen“ Leistung

a) Die Unterscheidung zwischen nicht vollständiger und nicht mangelfreier Leistung

Eine Unterscheidung zwischen nicht vollständiger und nicht mangelfreier Leistung wird in § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 aufgenommen für die Frage, welche Hürde für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei den sog. „beschränkten Störungen“ gilt. Es geht um die Frage bei der quantitativen oder qualitativen unzulänglichen Leistung, ob der Gläubiger die unzureichende Leistung behalten und sich mit dem Ersatz des Minderwertes begnügen muss, oder aber die erbrachte Leistung zurückgeben und die gesamte ausgebliebene Leistung ersetzt verlangen kann.²⁵⁶

Bei der quantitativen nicht vollständigen Leistung ist der Gläubiger zunächst auf die Geltendmachung von dem sog. „kleinen“ Schadensersatz beschränkt. D.h. er muss die erbrachte Teilleistung behalten und nach § 281 Abs. 1 S. 1 („soweit“) nur den Ersatz für die bei Fristablauf noch ausstehende Teilleistung verlangen. Erst wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, kann er nach § 281 Abs. 1 S. 2 den sog. „großen“ Schadensersatz verlangen. In diesem Fall gibt er dem Schuldner die erbrachte Teilleistung zurück und erhält den Ersatz für die gesamte ausgebliebene Leistung.

Bei der nicht mangelfreien Leistung steht der Gläubiger noch besser da, da er nach § 281 Abs. 1 S. 3 nur dann auf den kleinen Schadensersatz beschränkt ist, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Das ist eine deutlich niedrige Schwelle gegenüber dem Interessenfortfall bei der Teilleistung. Ein weiterer Unterschied besteht in der Beweislast: Während im Falle der nicht vollständigen Leistung der haftungsbegründete Interessenfortfall von Gläubiger zu be-

²⁵⁶ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 166 f.

weisen ist, muss im Falle der nicht mangelfreien Leistung der Schuldner zur Entlastung die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung beweisen.²⁵⁷

Daher ist für den großen Schadensersatz zwischen der nicht vollständigen und nicht mangelfreien Leistung zu unterscheiden. Geht man von der hier vertretenden Ansicht der einheitlichen Pflichtverletzung²⁵⁸ aus, dann muss der maßgebliche Zeitpunkt der Ablauf der Frist sein. Unerheblich ist dagegen, ob eine nicht vollständige oder nicht mangelfreie Leistung bei Fälligkeit vorliegt. Es spielt auch keine Rolle, was der Schuldner innerhalb der Frist tut. Entscheidend ist allein, was bei Vollendung der Pflichtverletzung – hier bei Ablauf der Frist – vorliegt. Liegt zu diesem Zeitpunkt eine nicht mangelfreie Leistung vor, dann ist § 281 Abs. 1 S. 3 einschlägig, egal ob der Schuldner nach einer ursprünglichen Nichtleistung in der Nacherfüllung eine nicht mangelfreie Leistung erbringt, oder ob er nach einer ursprünglichen nicht mangelfreien Leistung in der Nacherfüllung untätig bleibt oder wieder eine nicht mangelfreie Leistung erbringt. Dagegen ist § 281 Abs. 1 S. 2 anzuwenden, wenn nach Ablauf einer Nachfrist lediglich eine nicht vollständige Leistung vorliegt, sei es, dass der Schuldner nach einer ursprünglichen unvollständigen Leistung in der Nachfrist untätig bleibt, sei es, dass er umgekehrt zunächst bei Fälligkeit der Leistung untätig bleibt, dann in der Nachfrist nur eine unvollständige Leistung erbringt.

b) Mankolieferung im Kauf- und Werkvertragsrecht

Schwierigkeiten wirft die Einordnung der Mankolieferung im Kauf- und Werkvertragsrecht auf. Nach §§ 434 Abs. 3 Alt. 2, 633 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 steht die Lieferung bzw. Herstellung einer zu geringen Menge einem Sachmangel gleich. Fraglich ist deshalb, ob auch bei der Mankolieferung von einer nicht mangelfreien Leistung auszugehen ist und damit sich die Schwelle für den

²⁵⁷ MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 136, 181; Schwarze, Leistungsstörungen (2008), § 20 Rn. 3.

²⁵⁸ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. b) aa).

großen Schadensersatz nach § 281 Abs. 1 S. 3 richtet, oder ob eine Teilleistung anzunehmen ist, so dass § 281 Abs. 1 S. 2 zur Anwendung kommt.

Richtigerweise ist zu differenzieren. Die Gleichstellung ist auf die Fälle der sog. verdeckten Mankolieferung beschränkt, in denen für den Gläubiger erkennbar ist, dass der Schuldner mit dem Ziel zur vollständigen Erfüllung des Vertrags leistet.²⁵⁹ Dagegen ist auf die Fälle der offenen Mankoleistung, in denen zwischen den Parteien klar ist, dass nur eine Teilleistung angeboten wird, die Regelung des § 281 Abs. 1 S. 2 anzuwenden.

II. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283

1. Pflichtverletzung

§§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 gewähren dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung für den Fall, in dem der Schuldner wegen Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 Abs. 1-3 von seinen Leistungspflichten befreit worden ist. Wie dargestellt²⁶⁰ richtet sich die Befreiung nur im Hinblick auf die primäre Leistungspflicht, nicht aber auch die Schadensersatzpflicht. Das Ausbleiben der geschuldeten Leistung stellt schon eine objektive Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 dar.²⁶¹ Nicht Gegenstand der Pflichtverletzung ist dagegen die Herbeiführung der Unmöglichkeit als solche;²⁶² die Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben, sind vielmehr für die Frage des Vertre-

²⁵⁹ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 15; *Dauner-Lieb*, in: FS *Canaris* (2007), S. 147; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 434 Rn. 113; *MünchK/Ernst* (2007), § 323 Rn. 216; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. A 29, A 31; *Erman/Grunewald* (2008), § 434 Rn. 62; *Palandt/Weidenkaff* (2010), § 434 Rn. 53b.

²⁶⁰ Siehe oben 4. Kapitel A. I. 1.

²⁶¹ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 10; *Canaris*, JZ 2001, 512; *Schwarze*, JURA 2002, 79; *Looschelders*, in: FS *Canaris* (2007), S. 739; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 283 Rn. 2; *MünchK/Ernst* (2007), § 283 Rn. 4; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 283 Rn. 13.

²⁶² So aber *Schapp*, JZ 2001, 586; *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 14; *Schwab*, JuS 2002, 3; *Mattheus*, JuS 2002, 213; *Harke*, JR 2006, 485; *ders.*, ZGS 2006, 10.

tenmüssens relevant. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 greifen aber nur ein, wenn die Unmöglichkeit nach Abschluss des Vertrags eingetreten ist. Für die Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit gilt dagegen § 311a.

Da im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit die Leistung definitionsgemäß nicht erbracht werden kann, wäre eine Fristsetzung sinnlos und daher ist eine solche für §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 nicht erforderlich. Die „zusätzliche Voraussetzung“ des § 283 scheint nur darin zu bestehen, dass der Grund für die Nichtleistung die nachträgliche Befreiung der Leistungspflicht nach § 275 ist.²⁶³ Da sich diese freilich problemlos als eine Variante der Entbehrlichkeitsgründe in § 281 Abs. 2 einfügen lässt, wird teilweise § 283 als überflüssig angesehen.²⁶⁴ Das trifft zwar im Ergebnis zu, aber haben §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 die Funktion der Klarstellung, dass für den Fall der Unmöglichkeit das Ausbleiben der Leistung eine objektive Pflichtverletzung darstellt und eine Fristsetzung generell nicht erforderlich ist.²⁶⁵ Die Entscheidung des Gesetzgebers ist also zu akzeptieren.

Durch die Verweisung des § 283 S. 2 auf § 281 Abs. 1 S. 3 sind die §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 auch auf den Fall der sog. qualitativen Unmöglichkeit²⁶⁶ – die Unmöglichkeit der Erbringung der mangelfreien Leistung²⁶⁷ – anwendbar. Wird die Lieferung einer mangelfreien Sache nach Abschluss des Vertrags

²⁶³ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 283 Rn. 5.

²⁶⁴ Palandt/Grüneberg (2010), § 283 Rn. 1; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 283 Rn. 1; PWW/Schmidt-Kessel (2010), § 283 Rn. 1, 4; Grundmann, AcP 204 (2004), 579 f.

²⁶⁵ Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 283 Rn. 10; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 283 Rn. 5.

²⁶⁶ St. Lorenz, JZ 2001, 743.

²⁶⁷ Die verbreitete Bezeichnung der „unbehebbar Mängel“ für die qualitative Unmöglichkeit ist m. E. unpräzise. Da auch bei einem Stückkauf als Nacherfüllung neben der Nachbesserung auch die Nachlieferung in Betracht kommt, liegt bei einem unbehebbar Mangel doch nicht immer eine Unmöglichkeit vor. Übrigens ist nicht „der Mangel“ als solcher, sondern die „Nichterbringung einer mangelfreien Leistung“ die haftungsbegründete Pflichtverletzung in Bezug auf den Schadensersatz statt der Leistung. Daher ist für die qualitative Unmöglichkeit die Bezeichnung der „Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung“ vorzugswürdig.

unmöglich, so richtet sich der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283. Wegen der Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch ist zu beachten, dass beide Alternativen der Nacherfüllung unmöglich bzw. unzumutbar sein müssen.²⁶⁸ Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers²⁶⁹ und einer Ansicht in der Literatur²⁷⁰ liegt dabei die Pflichtverletzung nicht lediglich in der wegen Unmöglichkeit ausgebliebenen Nacherfüllung.²⁷¹ Vielmehr sind die Nacherfüllung und die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung als eine einheitliche Pflichtverletzung zu sehen.²⁷² Die Pflichtverletzung liegt daher in dem endgültigen Ausbleiben der geschuldeten mangelfreien Leistung beim Eintritt der Unmöglichkeit. Hier ist nämlich nicht nur die Nacherfüllung unmöglich, vielmehr ist die „gesamte“ Erfüllung der Pflicht zur mangelfreien Leistung gem. § 433 Abs. 1 S. 2 unmöglich, die sowohl die ursprüngliche Leistung als auch die Nacherfüllung umfasst.

2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Im Falle der schlichten Nichtleistung richtet sich das Vertretenmüssen auf die Umstände, die die Erbringung der Leistung unmöglich gemacht haben.²⁷³ Es

²⁶⁸ *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 66; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 283 Rn. 42.

²⁶⁹ *BT-Drucks.* 14/6040, S. 225.

²⁷⁰ *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 71 f.; *Schur*, *JA* 2006, 226; *Hirsch*, *JURA* 2003, 296.

²⁷¹ Auch wenn man die Ansicht der Einzelbetrachtung folgt und damit streng zwischen dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch und dem Nacherfüllungsanspruch unterscheidet, liegt nicht immer eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung vor. Tritt nämlich die Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung zwar nach Vertragsschluss, aber vor der Lieferung ein, schließt § 275 bereits den ursprünglichen Anspruch auf mangelfreie Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2 aus, nicht erst den Nacherfüllungsanspruch, vgl. *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 116; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 530.

²⁷² Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. b) aa).

²⁷³ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 146; *MünchK/Ernst* (2007), § 283 Rn. 6; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 283 Rn. 46; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 283 Rn. 6.

ist also zu fragen, ob der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die zur Unmöglichkeit geführt haben. Danach ist er für die Nichtleistung verantwortlich, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt oder nicht verhindert hat,²⁷⁴ etwa die Ware beim Transport zu Bruch gegangen ist, weil der Schuldner sie nicht sicher verpackt hat.

Dies ist wohl für den Grundfall gedacht, in dem die Unmöglichkeit der Leistung nach Vertragsschluss vor der Fälligkeit der Leistung eintritt. Wie ist die Frage nach dem Bezugspunkt des Vertretenmüssens zu beantworten, wenn die Leistung erst nach Fälligkeit unmöglich geworden ist? Oder anders gesagt: Wie ist es, wenn der Schuldner zunächst bei Fälligkeit (trotz Möglichkeit der Leistung) nicht leistet, die Leistung später aber unmöglich geworden ist?²⁷⁵ Worauf soll sich das Vertretenmüssen beziehen? Auf die ursprüngliche Nichtleistung oder auf die Umstände, die zur späteren Unmöglichkeit geführt haben? Eine ähnliche Frage wird oben im Hinblick auf die Haftung für nicht mangelfreie Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 beantwortet.²⁷⁶ Ebenso passt hier auch die Sichtweise der einheitlichen Pflichtverletzung mit der Folge, dass die ursprüngliche Nichtleistung (trotz Möglichkeit) und die spätere Nichtleistung (wegen Unmöglichkeit) als eine einheitliche Pflichtverletzung zu behandeln sind. Letztendlich liegt ja ein endgültiges Ausbleiben der geschuldeten Leistung wegen Unmöglichkeit vor. Dies hat der Schuldner zu vertreten, wenn er entweder die ursprüngliche Nichtleistung oder die Umstände, die zur späteren Unmöglichkeit geführt haben, zu vertreten hat.

Das Ergebnis lässt sich stimmig auf die Fälle der qualitativen Unmöglichkeit übertragen. Das Vertretenmüssen soll sich auf die Umstände beziehen, die zur Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung geführt haben. In Anlehnung an

²⁷⁴ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 146; Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. D 8.

²⁷⁵ In diesem Fall sind §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 *leges speciales* im Hinblick auf Schadensersatz statt der Leistung und verdrängt insoweit §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281. Unabhängig davon kann aber ein Schadensersatz neben der Leistung (etwa wegen der Leistungsverzögerung) geltend gemacht werden.

²⁷⁶ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2.

die Fälle der schlichten Nichtleistung kann hier danach differenziert werden, ob die qualitative Unmöglichkeit vor oder nach der Lieferung eingetreten ist.²⁷⁷ Liegt schon vor der Lieferung (aber nach Vertragsschluss) eine Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung vor, bezieht sich das Vertretenmüssen unstreitig auf die Umstände, die zur Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung geführt haben.

Problematischer wird es, wenn die Unmöglichkeit erst nach der Lieferung eintritt, etwa der Verkäufer zunächst eine nicht mangelfreie Sache liefert, während der Nacherfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache unmöglich wird. Umstritten ist wiederum, worauf sich das Vertretenmüssen bezieht. Teilweise wird allein darauf abgestellt, ob der Verkäufer das Leistungshindernis zu vertreten hat, auf dem die Unmöglichkeit der Nacherfüllung beruht.²⁷⁸ Wie ausgeführt²⁷⁹ beruht dies auf einem Missverständnis des Verhältnisses zwischen dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch und dem Nacherfüllungsanspruch. Vielmehr ist auch hier die Sichtweise einer einheitlichen Pflichtverletzung zugrunde zu legen. Der Verkäufer hat die Pflichtverletzung zu vertreten, wenn er entweder bei Fälligkeit schuldhaft nicht mangelfrei geleistet hat, oder für den Eintritt der Umstände verantwortlich ist, die zur Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung geführt haben.²⁸⁰

Hier zeigt sich wieder die Einfachheit und Überlegenheit der Sichtweise der einheitlichen Pflichtverletzung. Für diese Sichtweise ist es nämlich unnötig, danach zu fragen, ob die Unmöglichkeit vor oder nach der Fälligkeit bzw. Lieferung eingetreten ist. Das Vertretenmüssen ist auf alle Umstände zu beziehen, die zur (letztendlichen) Unmöglichkeit geführt haben. Dabei ist ein Ver-

²⁷⁷ Vgl. Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 113 ff.; Reinickel/Tiedtke (2009), Rn. 529 ff.; Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 753 f.

²⁷⁸ St. Lorenz, NJW 2002, 2501; ders., in: Karlsruher Forum 2005, S. 71 f.; Schur, ZGS 2002, 247; Hirsch, JURA 2003, 296; Reinickel/Tiedtke (2009), Rn. 528 ff.

²⁷⁹ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. b) aa).

²⁸⁰ Im Ergebnis ebenso, aber von einer Einzelbetrachtung ausgehend: Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 113 ff.; Looschelders, in: FS Canaris (2007), S. 750 ff.; ders., in: Schuldrechtsmodernisierung und EU-Vertragsrecht (2008), S. 80 f.; Tetenberg, JA 2009, 5 f.

treten müssen in Bezug auf den früheren Umstand mit zu berücksichtigen, wenn dieser ein Risiko begründet, das sich in der Unmöglichkeit der Leistung verwirklicht hat.

3. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281

a) Nichtleistung wegen Unmöglichkeit und Nichtleistung trotz Möglichkeit

Im Hinblick auf Schadensersatz statt der Leistung gehen §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 als *lex specialis* im Falle nachträglicher Unmöglichkeit den §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 vor.²⁸¹ Zur Abgrenzung muss daher danach gefragt werden, ob die Nichtleistung auf einer Unmöglichkeit der Leistungserbringung beruht – dann §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283, oder die Leistung trotz Möglichkeit und Erbringbarkeit nicht vom Schuldner erbracht wird – dann §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281.

Der Sinn dieser Unterscheidung liegt vor allem darin, dass sich der Übergang von der Leistung in Natur zum Schadensersatz statt der Leistung im Falle eines Leistungshindernisses nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 ohne weitere Voraussetzungen vollzieht, während dies bei Möglichkeit der Leistungserbringung nach § 280 Abs. 1, 3 mit 281 grundsätzlich unter Vorbehalt einer Fristsetzung möglich ist.

Es sind aber Fälle denkbar, in denen unsicher ist, ob ein Leistungshindernis nach § 275 besteht oder nicht, also der Grund für das Ausbleiben der Leistung für den Gläubiger unerkennbar ist. Dann wird man dem Gläubiger gestatten müssen, über §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 vorzugehen, also vorsorglich eine Frist zu setzen und nach deren erfolglosem Ablauf Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen.²⁸² Im Urteil kann entsprechend eine Wahlfeststellung

²⁸¹ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. a).

²⁸² BT-Drucks. 14/6040, S. 138; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 283 Rn. 5; MünchK/Ernst (2007), § 283 Rn. 12; Palandt/Grüneberg (2010), § 283 Rn. 2; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. A 21; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/107; Maier-Reimer, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 309 f.

erfolgen; es kann offen bleiben, ob sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 ergibt.²⁸³

b) Die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit

aa) Die Abgrenzung zur endgültigen Unmöglichkeit

Schwierigkeiten bereitet die Behandlung von Fällen der vorübergehenden Unmöglichkeit, in denen die geschuldete Leistung wegen eines zeitweiligen Hindernisses zwar momentan nicht möglich ist, aber zu einem späteren Zeitpunkt innerhalb des Erfüllungszeitraums – also desjenigen Zeitraums, in dem nach Inhalt des Schuldverhältnisses die Leistungspflicht erfüllt werden kann – möglich werden kann.²⁸⁴ Der wesentliche Unterschied zur dauernden oder endgültigen Unmöglichkeit besteht darin, dass die Leistungsstörung nur vorübergehender Natur ist, d.h. das Leistungshindernis innerhalb des vom Vertrag vorgegebenen Erfüllungszeitraums noch gehoben, die Leistung also noch nachgeholt werden kann.²⁸⁵ Ist dies nicht der Fall, sei es, dass die Behebung des Leistungshindernisses überhaupt nicht in Betracht kommt, sei es, dass das Hindernis nur nach Ablauf des Erfüllungszeitraums behoben werden kann, dann handelt es sich um Fälle der endgültigen Unmöglichkeit.²⁸⁶ Hier zeigt es sich, dass eine „an sich“ vorübergehende Unmöglichkeit durchaus als rechtlich endgültige angesehen werden kann. Ob ein Fall der vorübergehenden oder endgültigen Unmöglichkeit vorliegt, kann nur im konkreten Einzelfall ermittelt werden. Dasselbe Leistungshindernis kann sich – je nachdem, ob es innerhalb des jeweiligen Erfüllungszeitraums behoben werden kann – für eine als vorübergehende, und für andere als endgültige Unmöglichkeit darstellen.

²⁸³ MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 2; Palandt/Grüneberg (2010), § 283 Rn. 2; Erman/Westermann (2008), § 281 Rn. 1.

²⁸⁴ Vgl. Kaiser, in: FS Hadding (2004), S. 121; Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 55.

²⁸⁵ Kaiser, in: FS Hadding (2004), S. 121; Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 55; Kuhlmann/Nauen, in: FS Ehmann (2005), S. 31.

²⁸⁶ Canaris, in: FS Huber (2006), S. 158.

Außer den Fällen, in denen die Dauer des Leistungshindernisses absehbar ist, ist auch denkbar, dass unklar ist, ob und wann das Leistungshindernis behoben werden kann. Dabei ist zu differenzieren. Eine endgültige Unmöglichkeit ist anzunehmen, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch das vorübergehende Leistungshindernis in Frage gestellt wird und deshalb dem Gläubiger oder dem Schuldner nach Treu und Glauben unter Abwägung beiderseitiger Interessen das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann.²⁸⁷ Ansonsten liegt ein Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit vor. Bei Geschäften des Warenhandels ist eine endgültige Unmöglichkeit der Regelfall, da dort kurzfristig disponiert wird und dem Gläubiger ein langes Warten nicht zugemutet werden kann.²⁸⁸ Dagegen kann bei Grundstückskaufverträgen ein Zuwarten bis zum Wegfall eines Leistungshindernisses häufig zugemutet werden. Wird die Erfüllung eines Vertrags durch den Ausbruch eines Krieges verhindert, ist in der Regel endgültige Unmöglichkeit anzunehmen, soweit die Parteien sich nicht von vornherein darauf einstellen haben.²⁸⁹

Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Beurteilung, ob vorübergehende oder endgültige Unmöglichkeit vorliegt, ist grundsätzlich der Eintritt der Unmöglichkeit.²⁹⁰ Eine spätere Änderung der Rechtslage ist jedoch nicht ausgeschlossen;²⁹¹ so kann ein zunächst den Vertragsparteien zumutbares Festhalten am Vertrag später doch unzumutbar werden, so dass eine vorübergehende Unmöglichkeit in eine endgültige umschlägt.

²⁸⁷ BGH 11.03.1982 – VII ZR 357/80, BGHZ 83, 197, 200 f.; BGH 19.10.2007 – V ZR 211/06, NJW 2007, 3778 f. Rn. 24 f.; OLG Karlsruhe 14.09.2004 – 8 U 97/04, NJW 2005, 989; Palandt/*Grüneberg* (2010), § 275 Rn. 11; Staudinger/*Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 51 ff.; *Medicus*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 351; a.A. *Arnold*, JZ 2002, 870 f.; *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 158 f.

²⁸⁸ BGH 23.05.1957 – II ZR 250/55, NJW 1957, 1279; OLG Karlsruhe 14.09.2004 – 8 U 97/04, NJW 2005, 989.

²⁸⁹ BGH 11.03.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458.

²⁹⁰ BGH 19.10.2007 – V ZR 211/06, NJW 2007, 3778 f. Rn. 24; MünchK/*Ernst* (2007), § 275 Rn. 140; Palandt/*Grüneberg* (2010), § 275 Rn. 12; Staudinger/*Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 54.

²⁹¹ *Däubler*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 58.

Zusammenfassend kommt es für die Abgrenzung zwischen vorübergehender und endgültiger Unmöglichkeit darauf an, ob das Leistungshindernis innerhalb des Erfüllungszeitraums behoben werden kann und bei Ungewissheit, ob dem Gläubiger oder dem Schuldner ein abwartendes Festhalten am Vertrag bis zum Wegfallen des Leistungshindernisses zuzumuten ist. Damit stellt die vorübergehende „Unmöglichkeit“ – entgegen der irreführenden Bezeichnung – keinen Fall der Unmöglichkeit dar; vielmehr ist sie eine bloße Leistungsverzögerung, da die Leistung innerhalb des Erfüllungszeitraums noch nachgeholt werden kann.²⁹²

bb) Die Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit

(1) Keine (vorübergehende) Leistungsbefreiung nach § 275

Es stellt sich zunächst die Frage nach dem Schicksal der Leistungspflicht im Falle der vorübergehenden Unmöglichkeit. Die h.M. wendet § 275 auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit an mit der Folge, dass der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung für die Zeit der Unmöglichkeit suspendiert ist.²⁹³ Klagt der Gläubiger während der Unmöglichkeit auf die Leistung, ist die Klage als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen.²⁹⁴ Eine Klage auf zukünftige Leistung kommt unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO in Betracht. Nach

²⁹² Ebenso *Kaiser*, in: *FS Hadding* (2004), S. 143; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 78 f.; *Schulze/Ebers*, *JuS* 2004, 267; *Ehmann/Sutschet*, *Modernisiertes Schuldrecht* (2002), S. 58 f.; *Mattheus*, in: *Examenswissen* (2003), S. 106 ff.; *Jauernig/Stadler* (2009), § 275 Rn. 10, § 286 Rn. 5.

²⁹³ *Arnold*, *JZ* 2002, 870; *Wieser*, *MDR* 2002, 861; *Däubler*, in: *FS Heldrich* (2005), 59 f.; *Schlechtriem*, in: *FS Sonnenberger* (2004), 129 f.; *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 147; *Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten* (2004), S. 304 ff.; *Maier-Reimer*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 305; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 275 Rn. 67; *MünchK/Ernst* (2007), § 275 Rn. 134; *Staudinger/Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 46; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. C 8.

²⁹⁴ *Staudinger/Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 46; *MünchK/Ernst* (2007), § 275 Rn. 134; *Otto*, in: *FS Canaris* (2007), S. 952; *Wieser*, *MDR* 2002, 861; *Däubler*, in: *FS Heldrich* (2005), S. 59; *Medicus*, in: *FS Heldrich* (2005), S. 349; *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 147.

der Beseitigung des Leistungshindernisses lebt die Leistungspflicht des Schuldners wieder auf.

Der Anwendung des § 275 auf die vorübergehende Unmöglichkeit steht es jedoch entgegen, dass im Gesetzgebungsverfahren das Wort „solange“ wieder aus dem Gesetzentwurf gestrichen worden ist.²⁹⁵ Zwar sollte die Frage der Einordnung vorübergehender Unmöglichkeit Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden.²⁹⁶ Die Streichung des Worts „solange“ ist jedenfalls ein deutliches Indiz dafür, dass § 275 auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht anwendbar sein sollte, da dessen Rechtsfolge auf die dauerhafte oder endgültige Unmöglichkeit zugeschnitten ist.²⁹⁷

Wichtiger ist das Argument, dass die vorübergehende Unmöglichkeit im Unterschied zur dauerhaften Unmöglichkeit keine endgültige, sondern nur eine vorübergehende Leistungsstörung, nämlich die Leistungsverzögerung darstellt. Auf sie passt der von § 275 angeordnete (endgültige) Wegfall der Leistungspflicht nicht. Wenn ein Leistungshindernis innerhalb des vom Vertrag vorgegebenen Erfüllungszeitraums behoben werden kann, dann bleibt die Leistung insgesamt möglich und wird auch nicht für die Dauer des Hindernisses nach § 275 suspendiert.²⁹⁸ Richtigerweise ist § 275 ausschließlich auf die Fälle der gegenständlichen (vollständigen oder teilweisen) Unmöglichkeit beschränkt; auf eine vorübergehende Unmöglichkeit in zeitlicher Hinsicht findet er keine Anwendung.²⁹⁹

Das verbleibende Problem, dass während der Zeit der Unmöglichkeit der Schuldner zur Leistung verurteilt werden kann, lässt sich prozessrechtlich lösen. Der Schuldner wird durch das Zwangsvollstreckungsverfahren geschützt,

²⁹⁵ BT-Drucks. 14/7052, S. 271 f.

²⁹⁶ BT-Drucks. 14/7052, S. 183.

²⁹⁷ *Medicus*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 350; vgl. auch *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 147.

²⁹⁸ *Kaiser*, in: FS *Hadding* (2004), S. 134; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 78 f.

²⁹⁹ *Kaiser*, in: FS *Hadding* (2004), S. 134; *Jauernig/Stadler* (2009), § 275 Rn. 10; *Kuhlmann/Nauen*, in: FS *Ehmann* (2005), S. 46 f.

da die Vollstreckung unzulässig ist (§ 880 ZPO) oder fehlschlägt (§§ 883, 887 ZPO), solange die Leistung unmöglich ist.³⁰⁰

(2) Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281

Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger statt der vorübergehenden unmöglichen Leistung Schadensersatz verlangen kann. Im Hinblick darauf möchte sich die h.M. – trotz Anwendung des § 275 – nicht auf §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder § 311a Abs. 2, sondern auf §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 stützen.³⁰¹ Das erscheint allerdings zweifelhaft. § 275 Abs. 4 verweist gerade nicht auf § 281, sondern ausschließlich auf §§ 280, 283-285, 311a und 326. Die h.M. argumentiert damit, dass die in Bezug genommenen Vorschriften nur für die dauerhafte und endgültige Unmöglichkeit passen.³⁰² Aber das Gleiche muss auch für § 275 gelten, der nicht für vorübergehende Unmöglichkeit gedacht ist. Diesen nahe liegenden Schluss zieht die h.M. leider nicht.

Außerdem sieht sich die h.M. mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Leistung voraussetzen und dass es daran fehlt, weil die Leistungspflicht nach § 275 suspendiert ist. Das Problem möchte sie dadurch lösen, indem man auf den hypothetischen Zeitpunkt der Fälligkeit abstellt und die Suspendierung der Leistungspflicht nach § 275 einfach außer Betracht lässt.³⁰³ Diese Vorgehensweise überzeugt nicht.³⁰⁴ Für eine solche Analogie besteht kein Raum. Die vermeint-

³⁰⁰ Eingehend *Kaiser*, in: FS *Hadding* (2004), S. 127 ff.; vgl. auch *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 79; *Ehmann/Sutschet*, *Modernisiertes Schuldrecht* (2002), S. 56; *Kuhlmann/Nauen*, in: FS *Ehmann* (2005), S. 59 ff.; *Krit. Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 148 f.

³⁰¹ *Arnold*, JZ 2002, 869 f.; *Maier-Reimer*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 305 f.; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 267 f.; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 275 Rn. 67; *MünchK/Ernst* (2007), § 275 Rn. 148; *Staudinger/Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 48; *Däubler*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 62; *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 159 f.

³⁰² *Arnold*, JZ 2002, 869; *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 147.

³⁰³ *Arnold*, JZ 2002, 869; *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 159 f.

³⁰⁴ *Krit.* auch *Kaiser*, in: FS *Hadding* (2004), S. 137; *Medicus*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 350.

liche Lücke beruht darauf, dass die h.M. fälschlicherweise § 275 auf die vorübergehende Unmöglichkeit für anwendbar annimmt. Es lässt sich auch nicht einfach damit rechtfertigen, dass die vorübergehende Unmöglichkeit eine Zwischenstellung zwischen endgültiger Unmöglichkeit und Leistungsverzögerung darstellt.³⁰⁵

Konsequent wäre für die h.M. – wonach die Leistungspflicht bei vorübergehender Unmöglichkeit nach § 275 suspendiert ist – wenn sie sich bei einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung auf §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder § 311a Abs. 2 stützt.³⁰⁶ Allerdings besteht darüber Einigkeit, dass die Entbehrlichkeit der Fristsetzung auf die Fälle vorübergehender Unmöglichkeit nicht passt.³⁰⁷ Da die Leistung innerhalb des Erfüllungszeitraums noch erbracht werden kann, muss dem Schuldner noch die Chance gegeben werden, nach dem Wegfall des vorübergehenden Leistungshindernisses zu leisten und damit Schadensersatz statt der Leistung abzuwehren. Bei Ungewissheit kann der Gläubiger durch die Nachfristsetzung den Schuldner zwingen, den Grund für die Nichtleistung und ggf. die Leistungsbereitschaft zu klären, um zu entscheiden, ob er nach Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung verlangt, oder trotz der vorübergehenden Unmöglichkeit am Vertrag festhält, da er ein großes Interesse an der Leistung hat. In diesem Fall steht seinem Interesse eine Anwendung von §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder § 311a Abs. 2 entgegen, wonach der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *ipso iure* entsteht. Daher wird eine Fristsetzung im Falle der vorübergehenden Unmöglichkeit – anders als bei der endgültigen Unmöglichkeit – durchaus den Interessen der Vertragsparteien gerecht und ist grundsätzlich erforderlich.

Geht man demgegenüber von der hier vertretenen Ansicht der Unanwendbarkeit des § 275 auf die vorübergehende Unmöglichkeit aus, dann gibt es kei-

³⁰⁵ So aber *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 154.

³⁰⁶ *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 8/11 ff.; für eine analoge Anwendung des § 311a Abs. 2 bei der anfänglichen vorübergehenden Unmöglichkeit: *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 160 f.; *Wieser*, MDR 2002, 862.

³⁰⁷ *Kaiser*, in: *FS Hadding* (2004), S. 134 f.; *MünchK/Ernst* (2007), § 275 Rn. 148.

nerlei Problem.³⁰⁸ Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ergibt sich folgerichtig nicht aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder § 311a Abs. 2, sondern aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281. Da sich der Schuldner nicht auf § 275 berufen kann, liegt die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Leistung unmittelbar vor. Der Gläubiger kann dem Schuldner zur Leistung eine angemessene Frist setzen und nach deren erfolglosem Ablauf Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

(3) Schadensersatz wegen Verzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286

Durch die vorübergehende Unmöglichkeit kann dem Gläubiger ein Verzögerungsschaden entstehen, etwa weil er die gekaufte, aber wegen eines vorübergehenden Leistungshindernisses nicht gelieferte Sache bis zur erfolgreichen Erfüllung bzw. bis zum Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung nicht nutzen kann. Zu Recht geht die h.M. davon aus, dass die richtige Anspruchsgrundlage dafür §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 ist.³⁰⁹ Es besteht kein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Leistungsverzögerung und dem vorübergehenden Ausbleiben der Leistung wegen eines zeitweiligen Hindernisses. Übrigens macht eine Mahnung insbesondere in denjenigen Fällen Sinn, in denen der Schuldner Einfluss auf die Überwindung des Hindernisses nehmen kann, wie z.B. wenn das Embargo die Möglichkeit von Ausnahmegenehmigungen offen lässt.³¹⁰ Daher ist die alleinige Heranziehung von § 280 Abs. 1 für den Ersatz des Verzögerungsschadens abzulehnen.³¹¹

Auch wenn das vorübergehende Leistungshindernis schon vor Vertragschluss eingetreten ist, bleibt die Anspruchsgrundlage bei §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286. Hier kann nicht etwa auf § 311a Abs. 2 oder auf dessen (besonderen)

³⁰⁸ Ebenso *Kaiser*, in: FS *Hadding* (2004), S. 134 ff.; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 78 f.; *Kuhlmann/Nauen*, in: FS *Ehmann* (2005), S. 82 f.

³⁰⁹ *Arnold*, JZ 2002, 869; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 314 f.; *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 162 f.; *Staudinger/Löwisch/Caspers* (2009), § 275 Rn. 48.

³¹⁰ *Canaris*, in: FS *Huber* (2006), S. 162 f.

³¹¹ So aber *MünchK/Ernst* (2007), § 275 Rn. 146; *Däubler*, in: FS *Heldrich*, (2005), S. 62.

Maßstab für Vertretenmüssen³¹² zurückgegriffen werden, da § 311a Abs. 2 nur einen Schadensersatz statt der Leistung gewährt, für einen Ersatz des Verzögerungsschadens bleibt er außer Betracht. Vielmehr ist es dabei gleichgültig, ob die vorübergehende Unmöglichkeit vor oder nach Vertragsschluss eingetreten ist. Ausschlaggebend für §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 ist allein, dass die Leistung vorübergehend ausbleibt.³¹³

Auch gibt es hier wieder Schwierigkeiten, wenn man mit der h.M. die Leistungspflicht nach § 275 suspendiert, da es dann an einer fälligen und durchsetzbaren Leistung und damit an dem Verzug als fundamentaler Voraussetzung von §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 fehlt. Um dennoch auf die Vorschriften zu stützen, müssen – wie bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281³¹⁴ – die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Leistung wieder fingiert werden.³¹⁵ Hier zeigt sich noch einmal die Überlegenheit der hier vertretenen Ansicht, wonach es ohne Schwierigkeiten – da das vorübergehende Leistungshindernis die Leistungspflicht nicht suspendiert – zum gleichen Ergebnis kommt.³¹⁶

(4) Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1

Letztlich kann im Falle der vorübergehenden Unmöglichkeit auch ein Anspruch auf den einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 in Betracht kommen. Dies wird bisher von dem Schrifttum wohl übersehen. Man denkt etwa an die Fälle, in denen der Schuldner eine nicht mangelfreie Sache liefert, die Nacherfüllung aber durch ein vorübergehendes Hindernis verhindert wird, aber schon Integritätsschäden an den absoluten Rechtsgütern des Gläubigers wegen der gelieferten nicht mangelfreien Sache entstanden sind. Der Ersatz solcher Schäden stellt weder Schadensersatz statt der Leistung, noch Scha-

³¹² So aber *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 163.

³¹³ Siehe unten 4. Kapitel C. I. 1.

³¹⁴ Siehe oben 4. Kapitel B. II. 3. b) bb) (2).

³¹⁵ *Arnold*, JZ 2002, 869; *Canaris*, in: *FS Huber* (2006), S. 163.

³¹⁶ Ebenso *Kaiser*, in: *FS Hadding* (2004), S. 141 f.

densersatz wegen Verzögerung der Leistung dar. Vielmehr kommt allein der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 in Betracht.

III. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282

1. Pflichtverletzung

Der Anspruch auf das positive Interesse aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 beruht letztlich darauf, dass dem Gläubiger die Durchführung oder Fortsetzung des Vertrags infolge (schwerer) Schutzpflichtverletzung unzumutbar ist und er die Leistung daher ablehnt. Die Pflichtverletzung besteht in der Nichterfüllung einer Leistungspflicht, also darin, dass die geschuldete Leistung wegen Unzumutbarkeit für den Gläubiger schließlich (vollständig oder teilweise) ausbleibt.³¹⁷ Unrichtig ist daher die Annahme, dass im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 die Leistungspflichten ordnungsmäßig erfüllt sind und es hier nur um eine Schutzpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2 geht.³¹⁸ Mag sein, dass der Schuldner die geschuldete Leistungspflicht schon teilweise ordnungsgemäß erfüllt. Aber der Gläubiger kann doch wegen Unzumutbarkeit die Annahme der restlichen Leistung verweigern (ggf. hat er die erhaltende Leistung zurückzugeben) und somit liegt ja schließlich eine (teilweise) Nichtleistung vor, die das positive Leistungsinteresse des Gläubigers beeinträchtigt. Die Schutzpflichtverletzung als solche ist daher keine für den Schadensersatz statt der Leistung relevante Pflichtverletzung, sondern nur ein anfänglicher „Auslöser“; vielmehr ist sie der Pflichtverletzungstatbestand für den einfachen Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1.

³¹⁷ Ähnlich aber von einem verhaltensbezogenen Begriff der Pflichtverletzung ausgehend: *Reichenbach*, JURA 2003, 520.

³¹⁸ So aber die h.M., vgl. MünchK/*Ernst* (2007), § 282 Rn. 2, 4; AnwK/*Dauner-Lieb* (2005), § 282 Rn. 1; Staudinger/*Otto/Schwarze* (2009), § 282 Rn. 9; Bamberger/*Roth/Unberath* (2007), § 282 Rn. 1; Erman/*Westermann* (2008), § 282 Rn. 3; Auch der Gesetzgeber geht davon aus, BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

Hier zeigt sich wiederum, dass die Unzumutbarkeit der Leistung nicht nur als zusätzliche Voraussetzung zu der Pflichtverletzung in Gestalt von Schutzpflichtverletzung hinzutritt, sie ist vielmehr in die Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 hineinzulesen. Unter welchen Umständen die Leistung für den Gläubiger unzumutbar ist, ist eine Wertungsfrage und bedarf einer Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall.³¹⁹ Hieran sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen.³²⁰ Die Schutzpflichtverletzung muss die Annahme der ansonsten korrekten Leistung für den Gläubiger unerträglich machen.³²¹ Entscheidend ist somit die Schwere und Häufigkeit der Schutzpflichtverletzung. Eine Abmahnung ist zwar keine Regelvoraussetzung für die Annahme von Unzumutbarkeit;³²² sie wird aber bei weniger schwerwiegenden Pflichtverletzungen erforderlich sein, um die Schwelle der Unzumutbarkeit zu erreichen.³²³ Beschädigt der Maler einmal das Mobiliar des Gläubigers, kann es in der Regel noch nicht zur Unzumutbarkeit für den Gläubiger führen. Dagegen ist es sehr wohl der Fall, wenn der Maler trotz Abmahnung die Beschädigung mehrmals wiederholt.³²⁴

§§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 sind schon ihrem Wortlaut nach („nicht mehr zuzumuten“) grundsätzlich nicht anwendbar, wenn der Schuldner die Leistung bereits vollständig erbracht hat.³²⁵ In diesen Fällen kann kaum von einer Unzu-

³¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 142; MünchK/Ernst (2007), § 282 Rn. 5; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 282 Rn. 17; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 282 Rn. 3; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 33.

³²⁰ Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 282 Rn. 3; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 33.

³²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

³²² So aber Palandt/Grüneberg (2010), § 282 Rn. 4; Jauernig/Stadler (2009), § 282 Rn. 5; Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 34; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/175; Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 22 Rn. 35.

³²³ MünchK/Ernst (2007), § 282 Rn. 6; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 282 Rn. 19; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 282 Rn. 3; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 38; PWW/Schmidt-Kessel (2010), § 282 Rn. 5; Kindl, WM 2002, 1322.

³²⁴ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT (2010), Rn. 511.

³²⁵ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 282 Rn. 18.

mutbarkeit der Annahme gesprochen werden. Aber natürlich sind Ausnahmefälle möglich, so kann etwa der Hersteller den Händler ordnungsgemäß beliefern, anschließend jedoch sein Renommee durch rassistische Äußerungen derart ruiniert haben, dass nun Boykottaufrufe folgen und die Waren kaum mehr absetzbar sind. In diesem Fall muss der Händler berechtigt sein, die Waren zurückzugeben und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen.³²⁶

Weiter ist für einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 erforderlich, dass die Unzumutbarkeit der Leistung auf eine Verletzung der Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 zurückzuführen ist. Dadurch unterscheiden sich §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 von §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, die nur bei Verletzung von Leistungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 1 Anwendung finden.³²⁷

2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Besteht bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 der Bezugspunkt des Vertretenmüssens in den Umständen, die zur Unmöglichkeit der Leistung geführt haben,³²⁸ dann muss sich das Vertretenmüssen der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 auf die Umstände beziehen, die zur Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung bzw. Vertragsfortsetzung geführt haben.³²⁹ Anlass dafür ist zwar wie bei §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 die Schutzpflichtverletzung, diese muss aber besonders schwerwiegend oder aber nachhaltig sein, so dass dadurch dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.

Unrichtig ist daher, das Vertretenmüssen allein auf die anfängliche Schutzpflichtverletzung zu beziehen.³³⁰ Vielmehr sind alle Umstände maßgeblich, die

³²⁶ Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/179; Vgl. auch Knoche/Höller, ZGS 2003, 26 ff.

³²⁷ Zur Abgrenzung siehe unten 4. Kapitel B. III. 3.

³²⁸ Siehe oben 4. Kapitel B. II. 2.

³²⁹ Reichenbach, JURA 2003, 520; Katzenstein, JURA 2005, 223.

³³⁰ So aber die h.M., vgl. Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 157; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 51; HandK/Schulze (2009), § 282 Rn. 3; Jauernig/Stadler (2009), § 282 Rn. 6.

die Unzumutbarkeit der Leistung herbeigeführt haben. Wenn der Schuldner im oben gebildeten Beispielsfall nur die erstmalige Beschädigung, nicht aber die spätere zu vertreten hat, kann ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 ausscheiden, da der Schuldner die Unzumutbarkeit nicht zu vertreten hat.³³¹

3. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281

Sowohl §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 also auch §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 gewähren dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn die ihm geschuldete Leistung endgültig ausbleibt. Nur die Ursachen, die zu der endgültigen Nichtleistung geführt haben, sind verschieden: Während die Nichtleistung bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 direkt auf einer schuldnerseitigen Verletzung von Leistungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 1 beruht, hat der Schuldner im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 zunächst keine Leistungspflichten, sondern Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 verletzt. Die Schutzpflichtverletzung ist aber so schwerwiegend, dass dem Gläubiger die Annahme der Leistung nicht mehr zuzumuten ist und die Leistung letztlich wegen der Ablehnung der Annahme des Gläubigers ausbleibt. Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 und §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 kommt es daher auf die Natur des „Auslösers“ an: Werden Leistungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 1 verletzt, sind §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 einschlägig; Dagegen sind §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 anzuwenden, wenn Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 verletzt werden.³³² Entscheidend ist damit die Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Schutzpflichten.

³³¹ Vgl. *Reichenbach*, JURA 2003, 520.

³³² *Staudinger/Olzen* (2005), § 241 Rn. 157; *P. Huber*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 1.

a) Die Abgrenzung zwischen Leistungspflichten und Schutzpflichten

Nach einer Ansicht soll die Klagbarkeit der verletzten Pflicht für die Abgrenzung maßgeblich sein.³³³ Danach sind die Leistungspflichten durch Leistungs- und Unterlassungsklagen durchsetzbar, während die Verletzung von Schutzpflichten nicht einklagbar ist und lediglich Schadensersatzansprüche erzeugt.

Das trifft im Allgemeinen auch zu, da sich die Klagbarkeit aus dem Charakter der Bestimmtheit der Leistungspflichten – im Vergleich zu der Abstraktheit der Schutzpflichten – ergibt.³³⁴ Allerdings sind durchaus klagbare Schutzpflichten denkbar. So sind etwa die arbeitsvertraglichen Schutzpflichten des Dienstberechtigten aus § 618 nach h.M. einklagbar.³³⁵ Auch können die Schutzpflichten aus einem vertraglichen Schuldverhältnis einklagbar sein, wenn insbesondere weitere Integritätsschäden durch die konkret bestimmten Schutzpflichtverletzungen zu befürchten sind.³³⁶ Deshalb stellt das Kriterium der Klagbarkeit kein taugliches Abgrenzungskriterium dar.³³⁷

Dagegen ist zur Abgrenzung zwischen Leistungs- und Schutzpflichten der jeweilige Zweck der Pflicht maßgeblich.³³⁸ Leistungspflichten zielen auf Veränderung der Güterlage des Gläubigers und sollen also den „*status ad quem*“ fördern. Dagegen dienen die Schutzpflichten der Wahrung des Integri-

³³³ Krebs, Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten (2000), S. 547 ff.; Larenz, Schuldrecht AT (1987), S. 12.

³³⁴ Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. 24; Grigoleit, in: FS Canaris (2007), S. 276 ff.

³³⁵ Palandt/Weidenkaff (2010), § 618 Rn. 6; Erman/Belling (2008), § 618 Rn. 21.

³³⁶ Staudinger/Olzen (2005), § 241 Rn. 547; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 24; MünchK/Roth (2007), § 241 Rn. 113; Erman/Westermann (2008), § 241 Rn. 13; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT (2005), Rn. 165; Medicus, in: FS Canaris (2007), S. 839; Grigoleit, in: FS Canaris (2007), S. 279.

³³⁷ So auch Madaus, JURA 2004, 290; Staudinger/Olzen (2005), § 241 Rn. 159.

³³⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 125; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 23; Gröschler, in: FS Konzen (2006), S. 112 ff.; Medicus, in: FS Canaris (2007), S. 837 f.

tätsinteresses der anderen Partei, also der Erhaltung des *status quo*.³³⁹ Die Parteien haben sich mithin immer so zu verhalten, dass die bereits existierenden Rechtsgüter der jeweils anderen Partei nicht beeinträchtigt werden.

Daher können die Pflichten aus § 241 Abs. 2 nicht einfach als „Nebenpflichten“ bezeichnet werden.³⁴⁰ Die Unterscheidung der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 und §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 macht es notwendig, weiter zwischen leistungsbezogenen und nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten zu differenzieren. Leistungsbezogen sind solche Nebenpflichten, die die Unterstützung, Vorbereitung und Sicherung der Hauptleistung zum Ziel haben, wie etwa die Lieferung einer Gebrauchsanleitung oder Erteilung einer Auskunft.³⁴¹ Nicht leistungsbezogene, also „integritätsbezogene“³⁴² Nebenpflichten sind hingegen alle diejenigen Verpflichtungen, durch welche die Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners außerhalb der eigentlichen Leistungsbeziehung geschützt werden sollen, d.h. alle Pflichten ohne Leistungsbezug. Während nur die Verletzung von integritätsbezogenen Nebenpflichten von § 241 Abs. 2 und damit §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 erfasst wird, sind bei Verletzung von leistungsbezogenen Nebenpflichten §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 die richtige Anspruchsgrundlage.³⁴³

b) Die Überschneidung und Vorrang der Leistungspflicht

Problematisch ist die Einordnung solcher Pflichten, die eine „Doppelnatur“ haben, d.h. sowohl das Leistungsinteresse als auch das Integritätsinteresse des Gläubigers schützen sollen. Schulbeispiel bildet die Bedienungsanleitung einer Motorsäge, die nicht nur das ordnungsgemäße Funktionieren der

³³⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 125; P. Huber, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 3.

³⁴⁰ So aber Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet (2007), § 241 Rn. 42.

³⁴¹ Mattheus, JuS 2002, 211; Teichmann, BB 2001, 1486; Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 22 Rn. 18; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 26.

³⁴² Münch, JURA 2002, 369.

³⁴³ MünchK/Kramer (2007), § 241 Rn. 19; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 3; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 281 Rn. 4; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 281 Rn. 9; Madaus, JURA 2004, 291; a.A. Gröschler, in: FS Konzen (2006), S. 111.

Säge gewährleisten (Leistungsinteresse), sondern auch eine Verletzung des Benutzers durch unsachgemäße Bedienung vermeiden soll (Integritätsinteresse).³⁴⁴ Es kommt also zur Überschneidung.

In einem solchen Fall soll grundsätzlich ein Vorrang der Regelungen für Leistungspflichten angenommen werden.³⁴⁵ Hier kommen also §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 zur Anwendung. Bei Fehlen einer Bedienungsanleitung der gekauften Sache liegt vielmehr schon ein Sachmangel vor, der eine Leistungspflichtverletzung darstellt. Im Übrigen ist in diesem Fall eine Fristsetzung zweckmäßig und daher sollte sich ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 ergeben.

c) Schutz des Integritätsinteresses als Gegenstand der Leistungspflicht

Auch können die Pflichten, die an sich nur dem Schutz des Integritätsinteresses dienen, durch Parteivereinbarung zu (Haupt-)Leistungspflichten werden.³⁴⁶ Bei der Verpflichtung eines Bodyguards sind die Pflichten zum Schutz des Lebens und der Gesundheit des Vertragspartners nach dem Willen der Parteien nicht bloße Schutzpflichten, sondern primäre Leistungspflichten.³⁴⁷ Hierbei handelt es sich nicht um eine Überschneidung, sondern ausschließlich um Leistungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 1. Das Interesse des Gläubigers, dass das Leben und die Gesundheit nicht vom Dritten gefährdet werden, ist durch die Vereinbarung eines Bodyguardvertrags zum Leistungsinteresse geworden und nicht mehr dem Integritätsinteresse zuzuordnen. Wird dieses Interesse verletzt, hat der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282, sondern aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281. In diesem Fall beschränkt sich das Integritätsinteresse des Gläubigers auf alle

³⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 125.

³⁴⁵ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 281 Rn. 4; Looschelders, Schuldrecht AT (2010), Rn. 608; krit., aber im Ergebnis nicht anders: Madaus, JURA 2004, 291.

³⁴⁶ Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 282 Rn. 27;

³⁴⁷ Vgl. Looschelders, Schuldrecht AT (2010), Rn. 24; Madaus, JURA 2004, 291.

anderen Rechtsgüter als das an seinem Leben und seiner Gesundheit, wie z.B. das Interesse an seinem Eigentum, bei dessen Verletzung eine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses vorliegt.³⁴⁸

IV. Sonderfall: § 311a Abs. 2

Neben §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283 gewährt auch § 311a Abs. 2 einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, und zwar im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit. Die Besonderheit des § 311a Abs. 2 besteht darin, dass er nicht an den Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 anknüpft, sondern eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt.³⁴⁹ Damit wirft die anfängliche Unmöglichkeit ein Paar schwierige Fragen auf, z.B. wie die Vorschrift dogmatisch einzuordnen ist, wie sie von Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit abzugrenzen ist sowie in welchem Verhältnis sie zu der culpa in contrahendo und der Schadensersatzhaftung nach § 122 steht. Auf diese Fragen wird im Folgenden einzugehen sein.

1. Die dogmatische Einordnung

Über die dogmatische Einordnung der Vorschrift ist sowohl während des Gesetzgebungsverfahrens³⁵⁰ als auch nach der Schuldrechtsreform kontrovers diskutiert worden. Insbesondere ist umstritten, ob die Haftung wegen anfänglicher Unmöglichkeit aus § 311a Abs. 2 eine Verschuldens- oder Garantief Haftung darstellt.

³⁴⁸ Vgl. *Grigoleit*, in: FS *Canaris* (2007), S. 297.

³⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 165 f.

³⁵⁰ Vgl. dazu einerseits *Altmeyden* DB 2001, 1400 ff.; *ders.*, DB 2001, 1822 f.; andererseits *Canaris*, DB 2001, 1817 ff.; *ders.*, JZ 2001, 505 ff.

Nach Auffassung des Gesetzgebers³⁵¹ und der wohl h.M.³⁵² handelt es sich bei § 311a Abs. 2 wie bei §§ 280 ff. um Verschuldenshaftung. Das Garantieprinzip wird ausdrücklich abgelehnt, weil es zu Ergebnissen führe, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinesfalls überzeugend seien, während sich das Verschuldensprinzip sowohl durch höhere rechtsethische Überzeugungskraft als auch durch größere Flexibilität auszeichne.³⁵³ Auf der einen Seite wird der Haftungsgrund nicht in der Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht, sondern in der Nichterfüllung des nach § 311a Abs. 1 wirksamen Leistungsversprechens gesehen.³⁵⁴ Auf der anderen Seite wird aber im Hinblick auf das Vertretenmüssen dann doch auf die Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht abgestellt, also darauf, ob der Schuldner das Leistungshindernis kannte oder kennen musste.³⁵⁵

Das widersprüchliche Konzept des Gesetzgebers überzeugt nicht. Vor allem fehlt es an einem für die Verschuldenshaftung erforderlichen Kausalzusammenhang von Haftungsgrund und Vertretenmüssen.³⁵⁶ Sieht man wie der Gesetzgeber der Haftungsgrund des § 311a Abs. 2 in der Nichterfüllung des Leistungsversprechens, dann muss sich das Vertretenmüssen konsequenterweise auf die Umstände beziehen, die für die Nichterfüllung ursächlich sind. Allerdings besteht, wie der Gesetzgeber auch erkannt hat, vor Vertragsschluss keine Leistungspflicht, sondern nur die Informations- und Aufklärungspflicht, sich über die Leistungsmöglichkeit zu informieren und ggf. den Gläubiger über Leistungshindernisse und seine Leistungsunfähigkeit aufzu-

³⁵¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

³⁵² *Canaris*, JZ 2001, 506; *ders.*, DB 2001, 1818 f.; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 52 f.; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 311a Rn. 2; *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 1; *PWW/Medicus* (2010), § 311a Rn. 16.

³⁵³ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, JZ 2001, 506; *ders.*, ZRP 2001, 332.

³⁵⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, JZ 2001, 507.

³⁵⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 166; *Canaris*, JZ 2001, 507.

³⁵⁶ *Altmeyden*, DB 2001, 1823; *Hammen*, in: *FS Hadding* (2004), S. 45 f.; *Katzenstein*, JR 2003, 449; *Kohler*, JURA 2006, 243; *Looschelders*, in: *FS Canaris* (2007), S. 745 f.; *Schwarze*, JURA 2002, S. 81; *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, 12 f.

klären.³⁵⁷ Deshalb stellt § 311a Abs. 2 S. 2 im Hinblick auf den Bezugspunkt des Vertretenmüssens auf die Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis des Schuldners von dem Leistungshindernis ab. Auf diese Weise soll der Eigenart der Schadensersatzpflicht für anfängliche Unmöglichkeit als Informations- und Irrtumsproblematik Rechnung getragen werden.³⁵⁸ Das ist allerdings wiederum mit dem vom § 311a Abs. 2 gewährten Anspruch auf das positive Interesse nicht vereinbar. Da der Vertrag bei korrekter Aufklärung nicht zustande gekommen wäre, kann aus der Verletzung einer solchen Pflicht keine Haftung des Schuldners auf das positive Interesse abgeleitet werden; es kommt vielmehr nach dem Grundsatz der Kausalität der Pflichtwidrigkeit nur eine Haftung auf das negative Interesse in Betracht.³⁵⁹

Ursache für das Paradoxon ist die nicht leicht verständliche Annahme des Gesetzgebers, dass der Haftungsgrund des § 311a Abs. 2 in der Nichterfüllung des vom Schuldner übernommenen Leistungsversprechens liegt.³⁶⁰ Es wird behauptet, dass der Haftungsgrund des § 311a Abs. 2 die „Nichterfüllung des – nach § 311a Abs. 1 wirksamen – Leistungsversprechens“ und nicht etwa die „Verletzung der – nach § 275 ausgeschlossenen – Leistungspflicht“ ist.³⁶¹ Es ist allerdings nicht wirklich einleuchtend, wie ein Leistungsversprechen wirksam sein kann, wenn die Leistungspflicht ausgeschlossen ist.³⁶² Zu Recht wird eingewandt, dass es sich um eine bloße „verbale Variati-

³⁵⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 34 f.

³⁵⁸ *Canaris*, JZ 2001, 507.

³⁵⁹ *Altmeyden*, DB 2001, 1400 ff.; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 30; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, JZ 2001, 507.

³⁶⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; ebenso die h.M.: *Canaris*, JZ 2001, 507; *ders.*, DB 2001, 1818; *ders.*, ZRP 2001, 331; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 51; *ders.*, in: FS *Heldrich* (2005), S. 34; *Grunewald*, JZ 2001, 435; *MünchK/Ernst* (2007), § 311a Rn. 15; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 311a Rn. 7; *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 6; *Reischl*, JuS 2003, 255; *Looschelders*, in: FS *Canaris* (2007), S. 743.

³⁶¹ *Canaris*, JZ 2001, 507.

³⁶² Vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 123 („undenkbar“); *Katzenstein*, JR 2003, 449; *Harke*, AcP 205 (2005), S. 82.

on ohne Unterschied in der Sache“ handelt.³⁶³ Selbst wenn man dem – vor Vertragsschluss liegenden – Leistungsversprechen eine Bindungswirkung beimessen würde – mit der Folge, dass die Nichterfüllung dieses Versprechens einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auslöst, dann wäre in den Fälle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283 die Anknüpfung an die Verletzung einer Leistungspflicht überflüssig, da die Haftung schon aus der Nichterfüllung des Leistungsversprechens folgen würde.³⁶⁴

Es ist durchaus verständlich, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die anfängliche Unmöglichkeit genauso wie die nachträgliche zu behandeln. Damit soll der Wertungswiderspruch vermieden werden, der durch den oftmals zufälligen Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses vor oder nach Vertragsschluss entsteht.³⁶⁵ Im Gleichlauf mit §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 wird daher dem Gläubiger durch § 311a Abs. 2 auch im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit ein Anspruch auf das positive Interesse gewährt. Allerdings ist die Rechtslage bei anfänglicher Unmöglichkeit eine andere als die bei nachträglicher. Während die Leistungspflicht im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit zunächst mit dem Vertragsschluss entsteht, dann aber infolge der Leistungshindernisse nachträglich wegfällt, ist eine Leistungspflicht bei anfänglicher Unmöglichkeit nie entstanden, auch nicht „für eine logische Sekunde“³⁶⁶. Deshalb kann der Haftungsgrund im Falle anfänglicher Unmöglichkeit nicht einfach in der Nichterfüllung des Leistungsversprechens gesehen werden.

Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers ist die Haftung im Falle anfänglicher Unmöglichkeit nicht als Verschuldenshaftung schlüssig erklärbar, da sich eine solche Haftung weder aus der Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht, noch aus der Nichterfüllung des Leistungsversprechens ableiten.

³⁶³ *Maier-Reimer*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 34; vgl. auch *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 283 Rn. 4, wobei sie auch die Pflichtverletzung im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 in der „Nichterfüllung des vertraglichen Leistungsversprechens“ sieht.

³⁶⁴ Vgl. *Hammen*, in: *FS Hadding* (2004), S. 46 ff.

³⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 164; *Canaris*, ZRP 2001, 331; *Grunewald*, JZ 2001, 434.

³⁶⁶ So aber *Gieseler*, JR 2004, 136; zustimmend *Looschelders*, in: *FS Canaris* (2007), S. 744.

Vielmehr stellt § 311a Abs. 2 eine beschränkte Garantiehaftung dar:³⁶⁷ Dem Schuldner wird kraft Gesetzes eine Garantie für die anfängliche Leistungsfähigkeit auferlegt mit der Besonderheit, dass sich der Schuldner durch den Nachweis davon entlasten kann, dass er das Leistungshindernis beim Vertragsschluss nicht kannte und die Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.

Ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Schuldner von der Garantiehaftung entlasten kann, richtet sich nach § 311a Abs. 2 S. 2. Damit ist für die Reichweite der Haftung entscheidend, inwieweit der Schuldner vor Vertragsschluss seine eigene Leistungsfähigkeit überprüfen muss. Grundsätzlich soll eine derartige Pflicht nur unter besonderen Umständen bestehen, die Anlass zum Zweifel geben.³⁶⁸ Der Schuldner kann etwa gehalten sein, sich über seine Leistungsfähigkeit noch einmal zu vergewissern, wenn der Leistungsgegenstand einem besonderen Diebstahlrisiko ausgesetzt ist³⁶⁹ oder wenn sein Kenntnisstand auf älteren Informationen beruht.³⁷⁰ Dagegen ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Leistungsunfähigkeit des Schuldners wegen fehlender Sorgfalt beim Umgang mit dem Leistungsgegenstand eingetreten ist; denn vor Vertragsschluss ist der Schuldner nicht zum sorgfältigen Umgang mit dem Leistungsgegenstand verpflichtet.³⁷¹ Allerdings führt ein nachlässiger Umgang mit dem künftigen Leistungsgegenstand oftmals dazu, dass der

³⁶⁷ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 147; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 29 ff., 98 f., 122 ff.; *dies.*, JZ 2004, 66; *Grundmann*, AcP 204 (2004), S. 583 ff.; *Harke*, in: Jb.J.ZivRWiss. 2001, S. 56; *ders.*, AcP 205 (2005), S. 83 f.; *Katzenstein*, JR 2003, 450 f.; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 70 f.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT (2005), Rn. 576; *Schwarze*, JURA 2002, 81; *Sutschet*, NJW 2005, 1405 f.; *Tropf*, in: FS *Wenzel* (2005), S. 451 f.; *Windel*, JR 2004, 266.

³⁶⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 147; *Schwarze*, JURA 2002, 80; *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/117.

³⁶⁹ OLG Karlsruhe 14.09.2004 – 8 U 97/04, ZGS 2004, 478; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 147; *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 7; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 311a Rn. 9.

³⁷⁰ *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 7; *MünchK/Ernst* (2007), § 311a Rn. 51.

³⁷¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, JZ 2001, 506.

Schuldner die Unkenntnis des darauf beruhenden Leistungshindernisses zu vertreten hat.³⁷²

2. Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen § 311a Abs. 2 und §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 ist der Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses. Liegt es schon bei Vertragsschluss vor, ist § 311a Abs. 2 anzuwenden; tritt es erst nach Vertragsschluss ein, sind §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 einschlägig.

Anknüpfungspunkt ist daher der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. So sollte es bei rückdatierten Verträgen auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Vertragsschlusses ankommen.³⁷³ Wird bei einem bedingten oder befristeten Vertrag die Leistung nach Vertragsschluss, aber vor Bedingungseintritt oder Fristablauf unmöglich, ist eine nachträgliche Unmöglichkeit gegeben.³⁷⁴ Gleiches gilt für einen genehmigungsbedürftigen Vertrag, wenn das Leistungshindernis zwischen Vertragsschluss und Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eingetreten ist.³⁷⁵

Problematisch ist der Fall, dass das Leistungshindernis zwischen Angebot des Schuldners und Annahme des Gläubigers eintritt. Bei einer unbefangenen Überlegung würde man eine anfängliche Unmöglichkeit annehmen, da das Hindernis vor Vertragsschluss eingetreten ist. Allerdings wäre eine Haftung aus § 311a Abs. 2 für den Schuldner nicht sachgerecht, da er sein bindende Angebot zu dem Zeitpunkt abgibt, im dem noch kein Leistungshindernis eingetreten ist. Daher ist es angebracht, den Anwendungsbereich des § 311a Abs. 2 teleologisch zu reduzieren, also den maßgeblichen Zeitpunkt auf den

³⁷² Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 7/19; Reischl, JuS 2003, 256; Schwarze, JURA 2002, 80; Erman/Kindl (2008), § 311a Rn. 7; MünchK/Ernst (2007), § 311a Rn. 45; PWW/Medicus (2010), § 311a Rn. 20.

³⁷³ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 311a Rn. 13; Bamberger/Roth/Gehrlein (2007), § 311a Rn. 3; Palandt/Grüneberg (2010), § 311a Rn. 4.

³⁷⁴ Bamberger/Roth/Gehrlein (2007), § 311a Rn. 3; Palandt/Grüneberg (2010), § 311a Rn. 4.

³⁷⁵ Palandt/Grüneberg (2010), § 311a Rn. 4.

des Zugangs des Angebots vorverlegen.³⁷⁶ Damit haftet der Schuldner für nach diesem Zeitpunkt eintretende Hindernisse nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283, wenn er das Hindernis zu vertreten hat.

Im Falle von § 275 Abs. 2 und 3 könnte es auch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung geben, da die Leistung erst ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht, also die Einrede gehoben hat. Hier soll es nicht auf den Zeitpunkt der Erhebung der Einrede ankommen, sondern darauf, ob die objektiven Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 und 3 bereits bei Vertragsschluss vorliegen.³⁷⁷ Ansonsten würde § 311a Abs. 2 auf den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 keine Anwendung finden, da es unwahrscheinlich ist, dass der Vertrag nach der Leistungsverweigerung des Schuldners noch zustande kommt.

3. Keine Analogie zu § 122

Gelingt dem Schuldner der Entlastungsbeweis nach § 311a Abs. 2 S. 2, hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz aus § 311a Abs. 2. Es wird vorgeschlagen, in diesem Fall dem Gläubiger durch eine analoge Anwendung des § 122 einen Anspruch auf das negative Interesse einzuräumen. Im Falle des § 311a Abs. 2 werde der Schuldner aufgrund eines Motivirrtums, der einen Eigenschaftsirrtum i.S.v. § 119 Abs. 2 darstelle, von seiner Leistungspflicht ersatzlos frei. Dies stelle jedoch einen schweren Wertungswiderspruch zum Regelungsmodell der §§ 119 Abs. 2, 122 dar, wonach eine solche Entlastung nur um den Preis der verschuldensunabhängigen Haftung auf das negative Interesse zu haben sei.

³⁷⁶ *Mattheus*, in: *Examenswissen* (2003), S. 81 f.; *MünchK/Ernst* (2007), § 311a Rn. 36; *Penner/Gärtner*, JA 2003, 944 f.; a.A. *Tettinger*, ZGS 2006, 456.

³⁷⁷ *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 311a Rn. 15; *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 4; *Jauernig/Stadler* (2009), § 311a Rn. 3; *Schwarze*, *Leistungsstörungen* (2008), § 18 Rn. 16; a.A. *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), § 283 Rn. 3.

Um den Wertungswiderspruch zu vermeiden, sei eine Analogie zu § 122 unentbehrlich.³⁷⁸

Zu Recht wird die Analogie zu § 122 von der h.M. abgelehnt.³⁷⁹ Dagegen spricht zunächst, dass die Interessenlagen nicht vergleichbar sind.³⁸⁰ Die Schadensersatzhaftung nach §§ 119 Abs. 2, 122 soll den Vertrauensschaden des Gläubigers ersetzen, der ihm infolge seines Vertrauens auf die Gültigkeit der auf den Vertrag gerichteten Willenserklärung des Anfechtenden und somit des Vertrages entsteht, der allerdings aufgrund einer wirksamen Irrtumsanfechtung *ex tunc* nichtig ist. Demgegenüber hindert ein anfängliches Leistungshindernis nach § 311a Abs. 1 die Wirksamkeit des Vertrags nicht. Der Schuldner wird nicht wegen einer Anfechtung von der Leistungspflicht befreit,³⁸¹ sondern weil ein Leistungshindernis von vornherein besteht, also ihm die Leistung anfänglich unmöglich ist. Aus der unterschiedlichen Rechtslage hat der Gesetzgeber den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit nicht der Irrtumshaftung (auf das negative Interesse) unterworfen, sondern durch § 311a Abs. 2 eine Haftung auf das positive Interesse bei zu vertretender Unkenntnis angeordnet.³⁸²

³⁷⁸ *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (2001), S. 61 ff.; *ders.*, JZ 2001, 507 f.; *HandK/Schulze* (2009), § 311a Rn. 9; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 166.

³⁷⁹ *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 311a Rn. 30; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 112; *Erman/Kindl* (2008), § 311a Rn. 5; *Jauernig/Stadler* (2009), § 311a Rn. 12; *MünchK/Ernst* (2007), § 311a Rn. 41; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 311a Rn. 15; *PWW/Medicus* (2010), § 311a Rn. 20; *Staudinger/Löwisch* (2005), § 311a Rn. 48; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 7/38; *Kohler*, JURA 2006, 247 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 665; *Mattheus*, in: *Examenswissen* (2003), S. 80 f.; *Reischl*, JuS 2003, 256 f.; *Schultz*, in: *Das Schuldrecht 2002*, S. 79 f.; *Windel*, JR 2004, 270.

³⁸⁰ Vgl. *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 7/38; *Kohler*, JURA 2006, 247 f.; *Windel*, JR 2004, 270.

³⁸¹ Eine solche wäre auch nicht zulässig, da sie nur das Ziel haben kann, sich etwaigen Schadensersatzansprüchen zu entziehen, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

³⁸² *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 7/38.

Im Übrigen fehlt es an einer Regelungslücke, die eine Analogie erforderlich macht.³⁸³ Durch die Verweisung auf § 284 gewährt nämlich § 311a Abs. 2 schon einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, der einen Ausschnitt des – von § 122 ebenfalls gewährten – negativen Interesses umfasst, und zwar unter Vorbehalt des § 311a Abs. 2 S. 2, dass der Schuldner die Unkenntnis über das Leistungshindernis nicht zu vertreten hat. Diese Haftungsbeschränkung würde umgangen werden, wenn man die Vorschrift des § 122 analog anwendet, die eine verschuldensunabhängige Haftung vorsieht.³⁸⁴ Damit würde es zu einer deutlichen Haftungsdiskrepanz der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit führen, was dem Ziel des Gesetzgebers entgegensteht, mit Einführung des § 311a Abs. 2 die Haftungsunterschiede zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu minimieren. Schließlich würde eine analoge Anwendung des § 122 im Falle der anfänglichen unbeheblichen Mängel gem. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 zu dem misslichen Ergebnis führen, dass ein Zwischenhändler verschuldensunabhängig auf das negative Interesse haften müsste, obwohl der Mangel für ihn überhaupt nicht erkennbar war.³⁸⁵

4. Keine Haftung aus culpa in contrahendo

Umstritten ist die Frage, ob neben der Haftung aus § 311a Abs. 2 eine Haftung aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1 mit 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 in Betracht kommt, wenn der Schuldner eine vorvertragliche Informationspflicht verletzt.

³⁸³ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 311a Rn. 30; Erman/Kindl (2008), § 311a Rn. 5; Kohler, JURA 2006, 248; Löhnig, JA 2003, 519.

³⁸⁴ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 311a Rn. 30; Mattheus, in: Examenswissen (2003), S. 81.

³⁸⁵ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 311a Rn. 30; Kohler, JURA 2006, 248.

Richtigerweise hält die überwiegende Ansicht eine Haftung aus culpa in contrahendo im Falle des § 311a Abs. 2 für ausgeschlossen.³⁸⁶ Die soeben ausgeführten Gründe gegen die Analogie des § 122 gelten auch hier.³⁸⁷ Die Haftung auf das negative Interesse ist nach § 311a Abs. 2 bewusst auf den Umfang des § 284 begrenzt worden. Im Falle anfänglicher Unmöglichkeit kann der Gläubiger nicht den Ersatz des gesamten, sondern nur einen Ausschnitt des negativen Interesses verlangen.³⁸⁸ Durch einen Rückgriff auf die culpa in contrahendo würde diese Wertentscheidung des Gesetzgebers umgangen.³⁸⁹

Gegen eine Haftung aus culpa in contrahendo spricht auch, dass im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit der Vertrag nach § 311a Abs. 1 wirksam und die Haftung nach § 311a Abs. 2 auf das positive Interesse gerichtet ist. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre. Dies steht mit einer Haftung auf das negative Interesse aus culpa in contrahendo in Widerspruch, bei der der Gläubiger so zu stellen ist, wie er bei richtiger Aufklärung, also dann ohne Vertragsschluss stünde.³⁹⁰ Daher verdrängt § 311a Abs. 2 als *lex specialis* die Haftung aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, wenn sie darauf beruht, dass der Schuldner einen Vertrag geschlossen hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass die Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich ist.

³⁸⁶ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 228; Erman/Kindl (2008), § 311a Rn. 11; Palandt/Grüneberg (2010), § 311a Rn. 14; Jauernig/Stadler (2009), § 311a Rn. 11; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 7/17; Kohler, JURA 2006, 248; St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 55; a.A. AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 311a Rn. 31; Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 5 Rn. 18; Windel, JR 2004, 270 f.

³⁸⁷ Siehe oben 4. Kapitel B. IV. 3.

³⁸⁸ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 229; Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 7/17.

³⁸⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; Canaris, JZ 2001, 507.

³⁹⁰ MünchK/Ernst (2007), § 311a Rn. 21; St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 55.

C. Die Abgrenzung im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung

Im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung wird auch nach Arten der Pflichtverletzung abgegrenzt. Die Schäden, die ausschließlich auf einer Leistungsverzögerung beruhen, sind nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 ersatzfähig. Auf alle anderen Schäden ist allein der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 anzuwenden.

I. §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286

1. Pflichtverletzung

a) Leistungsverzögerung trotz Mahnung

Die Leistungsverzögerung nimmt eine Sonderstellung im neuen Leistungsstörungsrecht ein, dem ein einheitlicher Grundtatbestand der Pflichtverletzung zugrunde liegt. Jede Leistungspflicht hat einen zeitlichen Aspekt; die Leistung soll rechtzeitig erbracht werden. Erbringt der Schuldner eine wirksame, fällige und durchsetzbare Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht, so liegt an sich schon eine Pflichtverletzung vor. Der Schuldner bleibt in zeitlicher Hinsicht hinter seinem Leistungsprogramm zurück.³⁹¹ Nach § 280 Abs. 1 wäre der Schuldner beim Vertretenmüssen zum Schadensersatz verpflichtet. Allerdings ordnet § 280 Abs. 2 mit Verweisung auf § 286 an, dass der Gläubiger den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs verlangen kann.

Der Verzug setzt gem. § 286 Abs. 1 grundsätzlich eine Mahnung – eine an den Schuldner gerichtete eindeutige Aufforderung des Gläubigers, die ge-

³⁹¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 136; Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. C 14; *Krause*, JURA 2002, 218.

schuldete Leistung zu erbringen³⁹² – voraus. Mit der Mahnung bringt der Gläubiger klar und bestimmt zum Ausdruck, dass er die geschuldete Leistung verlangt.³⁹³ Die Mahnung hat den Zweck, denjenigen Schuldner zu schützen, der sich in Unsicherheit über die Dringlichkeit der Leistung befindet, weil die Leistungszeit nicht wie bei § 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2 eindeutig bestimmt ist.³⁹⁴ Zwar ist die Leistung dann nach § 271 Abs. 1 „sofort“ fällig, doch muss der Schuldner nicht damit rechnen, dass der Gläubiger trotz Fehlens eines Termins eine „sofortige“ Leistung erwartet.³⁹⁵ Es wäre auch nicht sachgerecht, wenn der Schuldner ohne eine Vorwarnung des Gläubigers sofort zum Schadensersatz wegen der Verzögerung verpflichtet wäre. Die Mahnung hat also eine Warnfunktion: Sie warnt den Schuldner davor, dass er die Nachteile, die dem Gläubiger wegen der Verzögerung der Leistung entstehen, ab jetzt zu tragen hat.³⁹⁶ Eine solche Warnung braucht der Schuldner nicht, wenn die Leistungszeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2 kalendermäßig bestimmt oder berechenbar ist. Die Mahnung ist dann entbehrlich.

Damit wird die Pflichtverletzung im Falle der Leistungsverzögerung durch das Mahnungserfordernis modifiziert. Diese kann nämlich nicht schon in der Nichtleistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit gesehen werden.³⁹⁷ Vielmehr liegt die haftungsbegründete Pflichtverletzung im Falle der Leistungsverzögerung erst vor, wenn die objektiven Voraussetzungen des Verzugs vorliegen, also grundsätzlich wenn der Schuldner die geschuldete Leistung trotz der Mah-

³⁹² Nach h.M. ist die Mahnung keine Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, auf die die Regelungen über Willenserklärung analog anzuwenden sind. Vgl. *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 37; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 16; *MünchK/Ernst* (2007), § 286 Rn. 46; *Staudinger/Löwisch/Feldmann* (2009), § 286 Rn. 45.

³⁹³ BGH 10.03.1998 – X ZR 70/96, NJW 1998, 2132; BGH 25.10.2007 – III ZR 91/07, NJW 2008, 50; *MünchK/Ernst* (2007), § 286 Rn. 48; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 17.

³⁹⁴ *Himmelschein*, AcP 135 (1932), S. 305; *Fliegner*, JR 2002, 323; *Canaris*, ZIP 2003, 322 f.

³⁹⁵ *Canaris*, ZIP 2003, 323; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT (2010), Rn. 460.

³⁹⁶ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 35.

³⁹⁷ So aber die wohl h.M.: *Palandt/Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 6; *AnwK/Schulte-Nölke* (2005), § 286 Rn. 18; *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), § 286 Rn. 1; *Krause*, JURA 2002, 218; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 44 Fn. 131.

nung oder des Mahnungssurrogats nicht erbringt.³⁹⁸ Wie beim Schadensersatz statt der Leistung³⁹⁹ sind auch hier die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 in den Begriff der Pflichtverletzung hineinzulesen.

Die Richtigkeit der Ansicht wird auch durch § 286 Abs. 4 bestätigt, wonach sich das Vertretenmüssen nicht auf die Nichtleistung bei Fälligkeit, sondern auf die Leistungsverzögerung beim Zugang der Mahnung bezieht.⁴⁰⁰ Da das Vertretenmüssen sich auf die Pflichtverletzung bezieht, muss die Pflichtverletzung wie die hier vertretene Ansicht in der Leistungsverzögerung trotz Mahnung liegen. Dagegen sieht sich die andere Ansicht mit dem Einwand konfrontiert, dass die Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen auseinanderfallen.

Der Zeitraum für einen Verzögerungsschaden ist durch §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 bestimmt: Nur die Schäden, die durch eine Leistungsverzögerung während der Dauer des Verzugs verursacht worden sind, sind als Verzögerungsschäden ersatzfähig.⁴⁰¹

Der Verzug beginnt nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 regelmäßig mit dem Zugang der Mahnung beim Schuldner.⁴⁰² Eine Ausnahme bildet die sog. befristete Mahnung, wobei der Verzug erst mit dem Ablauf einer Frist eintritt.⁴⁰³ Die Mahnung ist nach § 286 Abs. 2 entbehrlich, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt oder berechenbar ist. In diesen Fällen beginnt der Verzug ohne Mahnung nach § 286 Abs. 2 bereits mit der kalendermäßig bestimmten (Nr. 1) oder berechenbaren (Nr. 2) Fälligkeit der Leistung, der Erfüllungsver-

³⁹⁸ *Reichenbach*, JURA 2003, 517; *Reischl*, JuS 2003, S. 250; *Wilhelm*, JZ 2004, 1058.

³⁹⁹ Siehe oben 4. Kapitel A. I. 2. a).

⁴⁰⁰ Siehe unten 4. Kapitel C. I. 2.

⁴⁰¹ *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 29.

⁴⁰² *Abw. Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2007), Rn. 151 und NJW 2004, 1828, der fernliegend davon ausgeht, dass die Mahnung durch den Ablauf der Nachfrist aufschiebend bedingt ist und damit der Verzug erst mit Fristablauf eintritt.

⁴⁰³ *Palandt/Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 17; *Staudinger/Löwisch/Feldmann* (2009), § 286 Rn. 52; *Erman/Hager* (2008), § 286 Rn. 35; *AnwK/Schulte-Nölke* (2005), § 286 Rn. 25.

weigerung des Schuldners (Nr. 3) sowie dem Eintritt der Umstände, die die Mahnung entbehrlich gemacht haben (Nr. 4).

Der Verzug ist beendet, wenn der Anspruch auf die Leistung nachträglich erfüllt oder untergegangen ist.⁴⁰⁴ Der Anspruch auf die Leistung ist gem. § 362 Abs. 1 erfüllt, wenn der Schuldner nachträglich die geschuldete Leistung vollständig und mangelfrei erbringt. Der Anspruch auf die Leistung ist untergegangen, wenn die Leistung gem. § 275 Abs. 1 unmöglich geworden ist oder der Gläubiger gem. § 281 Abs. 4 Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Dagegen hat der Fristablauf keinen Einfluss auf den Verzug. Der Schuldner bleibt auch nach dem Fristablauf in Verzug,⁴⁰⁵ da Schadensersatz statt der Leistung als erhaltender Anspruch erst mit dem Verlangen des Gläubigers fällig ist und nach § 281 Abs. 4 zum Ausschluss des Anspruchs auf die Leistung und damit auch des Verzugs führt.

b) Die Abgrenzung zur Nichtleistung trotz Fristablaufs

Es muss zwischen der Pflichtverletzung aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286, die in der Leistungsverzögerung trotz Mahnung liegt, und der Pflichtverletzung im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, die eine Nichtleistung trotz Fristablaufs darstellt, unterschieden werden. Während die Erstere ein vorübergehendes Ausbleiben der Leistung darstellt und nur auf Schadensersatz neben der Leistung gerichtet ist, beruht die Letztere auf einem endgültigen Leistungsausbleiben und führt beim Vertretenmüssen zu einem weitergehenden Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der das Leistungsinteresse in Geld verkörpert und funktional die Leistung ersetzt.

Eng damit verbunden sind die unterschiedlichen Zwecke der Mahnung und der Fristsetzung. Während die Mahnung lediglich den Zweck hat, den Schuldner bei Unsicherheit über die Dringlichkeit der Leistung zu schützen, dient die Fristsetzung dazu, dem Schuldner eine zweite Chance zu geben, durch Er-

⁴⁰⁴ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 184; Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. E 30.

⁴⁰⁵ *MünchK/Ernst* (2007), § 281 Rn. 111.

bringung der Leistung den Schadensersatz statt der Leistung abzuwehren. Deshalb wird für eine Fristsetzung i.S.v. § 281 mehr verlangt als für eine Mahnung i.S.v. § 286: Der Gläubiger soll nicht nur eindeutig den Schuldner zur Leistung auffordern, sondern auch eine angemessene Frist zur Erbringung der Leistung setzen.⁴⁰⁶

Aus dem Verhältnis der beiden folgt, dass eine Fristsetzung immer zugleich auch eine Mahnung enthält, da sie die Informationsfunktion der Mahnung erfüllt.⁴⁰⁷ In der Regel ist in einer Fristsetzung eine sofortige Mahnung zu sehen; dagegen wirkt die sog. befristete Mahnung erst mit Ablauf der Frist.⁴⁰⁸ Dies hat zur Folge, dass jedenfalls nach Fristablauf sowohl die Pflichtverletzung der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, als auch die der §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 gegeben sind.⁴⁰⁹ Hier muss die Abgrenzung nach der vom Gläubiger gewünschten Rechtsfolge erfolgen: Will er die Primärleistung durch den Schuldner nicht mehr und begehrt an deren Stelle Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, besteht die Pflichtverletzung in der Nichtleistung trotz Fristablaufs. Besteht er dagegen auf der Vertragserfüllung und begehrt daneben Ersatz für den Verzögerungsschaden nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286, ist die Pflichtverletzung in der – schon früher vorliegenden – Leistungsverzögerung trotz Mahnung zu sehen, auch wenn eine Nichtleistung trotz Fristablaufs ebenfalls gegeben ist.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 24; Staudinger/*Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. B 18; *Pohlmann*, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 281.

⁴⁰⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 138; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 35; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 3; Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. C 15; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 746; *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 10; *Krause*, JURA 2002, 299.

⁴⁰⁸ *Derleder/Hoolmans*, NJW 2004, 2788; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 746 f.; abw. *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2007), Rn. 151 und NJW 2004, 1828, der die Mahnung durch den Ablauf der Nachfrist aufschiebend bedingt sieht.

⁴⁰⁹ Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. C 15.

⁴¹⁰ Vgl. *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 169; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 351 ff.

Wegen der Deckung bei der Pflichtverletzung nach Fristablauf wird überwiegend angenommen, dass der Schuldner, der zum Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 verpflichtet ist, sich immer zugleich im Verzug befindet.⁴¹¹ Zweifelhaft ist dies allerdings schon angesichts der Konstruktion des Gesetzes, dass der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 im Gegensatz zu § 326 Abs. 1 a.F. nicht mehr den Schuldnerverzug voraussetzen. Vielmehr sind die Ansprüche für den Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 und den Schadensersatz wegen Verzögerungsschaden aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 unabhängig voneinander ausgestaltet.⁴¹² Schließlich wird die Unrichtigkeit der Annahme durch eine Analyse des Bezugspunkts des Vertretenmüssens bestätigt.⁴¹³

2. Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Das Erfordernis des Vertretenmüssens für einen Verzugschadensersatz scheint im Gesetz doppelt vorzukommen: außer in § 280 Abs. 1 S. 2 auch noch in § 286 Abs. 4. Die Notwendigkeit des § 286 Abs. 4 ergibt sich aber daraus, dass das Vertretenmüssen auch als Voraussetzung für die anderen Verzugsfolgen wie etwa die Haftungsverschärfung und Verzugszinsen aus §§ 287, 288 erforderlich ist.⁴¹⁴ Es stellt sich allerdings die Frage, welche Vorschrift beim Schadenersatz wegen Leistungsverzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 anzuwenden ist. Geht man konsequent von der Ansicht aus, dass die Pflichtverletzung schon in der Nichtleistung bei Fälligkeit liegt, müsste es nach § 280 Abs. 1 S. 2 für das Vertretenmüssen auf den Zeitpunkt der Fälligkeit

⁴¹¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 138; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 281 Rn. 12; MünchK/Ernst (2007), § 281 Rn. 18; Palandt/Grüneberg (2010), § 281 Rn. 7, § 286 Rn. 3; Emmerich, Leistungsstörungen (2005), § 18 Rn. 19; Wilmowsky, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 10; Krause, JURA 2002, 299; Pohlmann, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 276 ff.

⁴¹² Staudinger/Otto (2009), Vor § 280 Rn. 18; Palandt/Grüneberg (2010), § 281 Rn. 7, § 286 Rn. 3; Lorenz/Riehm (2002), Rn. 192; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 746; Krit. Pohlmann, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 276 ff.

⁴¹³ Siehe gleich unten 4. Kapitel C. I. 2.

⁴¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 148.

keit ankommen. Dies steht aber mit § 286 Abs. 4 im Widerspruch, wonach der Zeitpunkt der Mahnung maßgebend ist. Die h.M.⁴¹⁵ stellt auf § 286 Abs. 4 ab, mit der Begründung, dass die Sondervorschrift des § 286 Abs. 4 die allgemeine § 280 Abs. 1 S. 2 verdrängt, allerdings ohne die Unbezogenheit auf die – nach deren Ansicht zum Zeitpunkt der Fälligkeit liegende – Pflichtverletzung zu thematisieren. Außerdem scheint die Ungleichbehandlung bezüglich des Vertretenmüssens für den Verzugsschadensersatz einerseits und für die anderen Verzugsfolgen andererseits nicht nachvollziehbar.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass die Pflichtverletzung nicht in der Nichtleistung bei Fälligkeit, sondern in der Verzögerung trotz Mahnung liegt, dann erübrigt sich die Diskussion. Da sowohl nach § 280 Abs. 1 S. 2 als auch nach § 286 Abs. 4 kommt man zum gleichen Ergebnis, dass es für das Vertretenmüssen allein auf den Zeitpunkt des Zugangs der Mahnung ankommt. Trifft den Schuldner nur zum Zeitpunkt der Fälligkeit, nicht aber zum Zeitpunkt der Mahnung ein Verschulden, weil etwa ein unverschuldetes Leistungshindernis dazwischen eingetreten ist, befindet sich der Schuldner nicht im Verzug und haftet daher nicht für den Verzugsschadensersatz.⁴¹⁶

Dennoch hat § 286 Abs. 4 für das Vertretenmüssen im Falle des Verzugsschadensersatzes eine Sonderfunktion: Danach kommt der Schuldner nur in Verzug, wenn und solange er die Leistungsverzögerung trotz Mahnung zu vertreten hat. Darin ist eine Konkretisierung des § 280 Abs. 1 S. 2 zu sehen. Denn anders als für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 genügt es für den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 nicht, dass der Schuldner die Nichtleistung irgendwann einmal zu vertreten hat.⁴¹⁷ Das Vertretenmüssen für Schadensersatz wegen Leistungsverzö-

⁴¹⁵ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 32; AnwK/*Schulte-Nölke* (2005), § 286 Rn. 76; *Ermann/Hager* (2008), § 286 Rn. 57; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 286 Rn. 51; *Heinrichs*, in: FS *Schlechtriem* (2003), S. 510; *Kohler*, JZ 2004, 963; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 48; *Schwarze*, *Leistungsstörungen* (2008), § 28 Rn. 36.

⁴¹⁶ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 32; MünchK/*Ernst* (2007), § 286 Rn. 114.

⁴¹⁷ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2.

gerung muss andauern. Ersatz des Verzögerungsschadens kann der Gläubiger nur für solche Zeiten nach der Mahnung verlangen, während derer das Vertretenmüssen des Schuldners besteht.⁴¹⁸

Relativiert wird allerdings der Unterschied durch § 287 S. 2, wonach der Schuldner während des Verzugs auch für Zufall haftet, es sei denn, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten. Fällt das Vertretenmüssen nach Verzugseintritt weg, bleibt der Schuldner wegen § 287 Abs. 2 zum Verzugsschadensersatz verpflichtet.⁴¹⁹ Liegt allerdings das Vertretenmüssen erst eine Weile nach der Mahnung vor, ist der Verzögerungsschaden zwischen Zugang der Mahnung und Vorliegen des Vertretenmüssens nicht ersatzfähig. Da das Vertretenmüssen nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Mahnung gelegt werden darf. Insoweit hilft § 287 S. 2 nicht, da er mangels Verzugs nicht anwendbar ist.

Nicht richtig ist übrigens die Annahme, dass der Schuldner, der zum Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 verpflichtet ist, immer zugleich in Verzug gerät.⁴²⁰ Übersehen wird der Unterschied bezüglich des Vertretenmüssens. Wenn der Schuldner etwa nur die Nichtleistung bei Fälligkeit, dagegen nicht die Nichtleistung bei und nach Fristsetzung zu vertreten hat, befindet er sich wegen fehlenden Vertretenmüssens nicht im Verzug, aber trotzdem haftet er auf Schadensersatz statt der Leistung, da dafür das Vertretenmüssen gegeben ist.

⁴¹⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 158; PWW/*Schmidt-Kessel* (2010), § 286 Rn. 23.

⁴¹⁹ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 159; Palandt/*Grüneberg* (2010), § 286 Rn. 32; MünchK/*Ernst* (2007), § 286 Rn. 114; Erman/*Hager* (2008), § 286 Rn. 57; Bamberger/*Roth/Unberath* (2007), § 286 Rn. 53; PWW/*Schmidt-Kessel* (2010), § 286 Rn. 23; *St. Lorenz*, in: Karlsruhe Forum 2005, S. 48.

⁴²⁰ Vgl. oben 4. Kapitel C. I. 1. b).

II. § 280 Abs. 1

Bei dem einfachen Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 handelt es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung, der wegen einer Pflichtverletzung begründet ist, die nicht in der Verzögerung der Leistung besteht. Eine solche kann sich sowohl aus Verletzung einer Leistungspflicht, als auch aus einer Schutzpflichtverletzung ergeben.

1. Der einfache Schadensersatz wegen nicht mangelfreier Leistung

Vom § 280 Abs. 1 erfasst sind die Schäden, die durch eine nicht mangelfreie Leistung entstehen und das Leistungsinteresse berühren, aber nicht dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind.⁴²¹ Denkbar sind etwa die mangelbedingten Nutzungsausfallschäden und der entgangene Gewinn wegen eines Mangels.⁴²²

a) Pflichtverletzung

Da bei dem einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 weder eine Fristsetzung noch eine Mahnung erforderlich ist, besteht die Pflichtverletzung einfach in der Erbringung einer nicht mangelfreien Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit. Zu beachten ist aber, dass die Pflichtverletzung nicht auf einer Schutzpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2, sondern auf der Verletzung einer Leistungspflicht i.S.v. § 433 Abs. 1 S. 2 beruht. Betroffen ist nicht das Integritätsinteresse, sondern das Leistungsinteresse des Gläubigers.

⁴²¹ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 46; Palandt/Grüneberg (2010), § 280 Rn. 18; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. C 22.

⁴²² Palandt/Grüneberg (2010), § 280 Rn. 18; Erman/Grünwald (2008), § 437 Rn. 13; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 22.

b) Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Das Vertretenmüssen bezieht sich allein darauf, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Fälligkeit eine nicht mangelfreie Leistung erbracht hat. Auf eine mögliche Nacherfüllung kommt es nicht an.

c) Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286

Die Abgrenzung zu §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 erfolgt durch die Unterscheidung nach der Art der Pflichtverletzung. Vom §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 erfasst sind nur die Schäden, die ausschließlich auf die Verzögerung der Leistung, also auf ein vorübergehendes Ausbleiben der Leistung in zeitlicher Hinsicht zurückzuführen sind. Demgegenüber sind die Schäden, die auf einem qualitativen Ausbleiben der Leistung beruhen und deren Ersatz nicht an die Stelle der Leistung tritt, ohne weiteres nach § 280 Abs. 1 ersatzfähig.⁴²³

2. Der einfache Schadensersatz wegen Schutzpflichtverletzung

Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 ergibt sich hauptsächlich aus der Verletzung der Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2, also die Verpflichtung zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragspartners. Gegenstand dieser Pflichten ist nicht das Leistungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse des Gläubigers. Daher sind hier die auf das Leistungsinteresse gerichteten Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung nicht denkbar.⁴²⁴

Des Weiteren ergibt sich aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, dass die Schutzpflichten nicht erst mit Vertragsschluss, sondern bereits im Stadium des vorvertraglichen Schuldverhältnisses entstehen können. Dadurch wird das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo kodifiziert. Daher ist die Anspruchgrundlage für die Verletzung solcher vorvertraglicher Schutzpflichten auch § 280 Abs. 1.

⁴²³ Zur Problematik des mangelbedingten Betriebsausfallschadens siehe unten 5. Kapitel C. I.

⁴²⁴ Zu §§ 280 Abs. 1, 2 mit 282 siehe oben 4. Kapitel B. III.

a) Pflichtverletzung

Da die Schutzpflichten – anders als die Leistungspflichten – nicht auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern nur auf ein pflichtgemäßes Verhalten gerichtet sind,⁴²⁵ stellt eine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses noch keine Pflichtverletzung dar. Vielmehr ist für das Vorliegen einer Pflichtverletzung erforderlich, dass sich der Schuldner objektiv sorgfaltswidrig verhalten hat.⁴²⁶ Da § 241 Abs. 2 als Generalklausel formuliert ist, ergeben sich die einzelnen Schutzpflichten vor allem aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses durch Auslegung gem. § 157 sowie Treu und Glauben gem. § 242.⁴²⁷ Daher muss bereits bei der Feststellung der Pflichtverletzung geprüft werden, ob das Verhalten des Schuldners den dem Schuldverhältnis entnommenen objektiven Anforderungen widerspricht. Die Beweislast dafür trägt grundsätzlich der Gläubiger – Insoweit hilft ihm auch die Beweislastumkehr in § 280 Abs. 1 S. 2 nicht weiter. Allerdings kommen die Beweiserleichterungen aus der Rechtsprechung in Betracht, denen das Konzept der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich zugrunde liegt.⁴²⁸

b) Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Steht die Pflichtverletzung fest, liegt also ein objektiv pflichtwidriges Verhalten des Schuldners vor, ist im Rahmen des Vertretenmüssens zu fragen, ob der Schuldner dafür subjektiv zu verantworten hat. Das wird in der Regel zu bejahen sein, da dem Fahrlässigkeitsvorwurf i.S.v. § 276 Abs. 2 ebenfalls ein ob-

⁴²⁵ Vgl. oben 4. Kapitel A. I. 1.

⁴²⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 136; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 31; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 182; *Looschelders*, *Schuldrecht AT* (2010), Rn. 502; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 13.

⁴²⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 126; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. C 28; *Heinrichs*, in: *FS Canaris* (2007), S. 428; *Medicus*, in: *FS Canaris* (2007), S. 840.

⁴²⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 136; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 147 f.; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 280 Rn. 37; *Grigoleit*, in: *FS Canaris* (2007), S. 287.

ektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab zugrunde liegt.⁴²⁹ Eine Exkulpation des Schuldners ist nur im Falle des Rechtsirrtums oder einer fehlenden Zurechnungsfähigkeit denkbar.⁴³⁰

D. Zusammenfassung

Im Hinblick auf Schadensersatz statt der Leistung haben die drei Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283 eine einheitliche Pflichtverletzung – das endgültige Ausbleiben der (mangelfreien) Leistung. Nur die Gründe der Pflichtverletzung, also die Bezugspunkte des Vertretenmüssens sind verschieden: Bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 ist es die Nichtleistung trotz Fristablaufs, bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 die Nichtleistung wegen Unmöglichkeit und schließlich bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 die Nichtleistung wegen Unzumutbarkeit. Im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit weist § 311a Abs. 2 eine Sonderregelung auf, die sich nicht als eine Verschuldenshaftung (wie bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281-283), sondern als eine beschränkte Garantiehafung schlüssig erklären lässt.

Im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung ist danach zu fragen, ob der geltend gemachte Schaden ausschließlich auf der Verzögerung der Leistung beruht oder nicht. Bei Bejahung der Frage ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286. Ansonsten kommt allein der einfache Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 in Betracht.

⁴²⁹ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 22; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 16; Grigoleit, in: FS Canaris (2007), S. 287; Lorenz/Riehm (2002), Rn. 182; Münch, JURA 2002, 368.

⁴³⁰ MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 22; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. D 16; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 280 Rn. 81.

5. Kapitel: Schadensersatz im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht

A. Überblick

I. Die Schadensersatzansprüche des Käufers im Kaufrecht

Verletzt der Verkäufer seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache, so richten sich die Schadensersatzansprüche des Käufers nach den Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, 283 oder des § 311a Abs. 2 kann er Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 verlangen. Bei einer Leistungsverzögerung könnte ihm ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 zustehen. Hier bestehen keine Sonderregelungen im Kaufrecht.

Verletzt der Verkäufer dagegen die Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2, wenn er also dem Käufer eine nicht mangelfreie Sache liefert, dann sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 280, 281, 283, 311a nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr kommen sie erst über die Verweisung des § 437 Nr. 3 zur Anwendung und unterliegen damit den kaufrechtlichen Sonderregelungen, wie etwa der Sonderverjährung nach § 438 und den zusätzlichen Bestimmungen zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440. Trotzdem richten sich die Schadensersatzansprüche des Käufers wegen einer nicht mangelfreien Kaufsache aufgrund der Verweisung durch § 437 Nr. 3 weitgehend nach §§ 280 ff. bzw. § 311a im allgemeinen Leistungsstörungsrecht.

Darüber hinaus treffen den Verkäufer die nicht leistungsbezogenen Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Käufers Rücksicht zu nehmen. Verletzt er schuldhaft diese Pflichten, sind wieder die allgemeinen Schadensersatzregelungen anzuwenden, wobei hier vor allem der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 in Betracht kommt.

Ausnahmsweise kann unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 282 auch Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden.

II. Das System des Schadensersatzes im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht

1. Die Integration des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht

Eine grundlegende Änderung des neuen Kaufrechts ist die Integration des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht und der damit verbundene Wegfall eines besonderen Gewährleistungsrechts beim Kauf.⁴³¹ Die Verknüpfung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht wird dadurch geschafft, dass nach § 433 Abs. 1 S. 2 die Mangelfreiheit der Kaufsache auch beim Stückkauf zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört. Damit stellt die Lieferung einer nicht mangelfreien Sache eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 dar, die die Grundlage für die Rechtsbehelfe des Käufers, insbesondere für die Schadensersatzansprüche, bildet.⁴³²

So verweist § 437 Nr. 3 für die Schadensersatzansprüche des Käufers wegen eines Mangels auf die Vorschriften der §§ 280 ff. im allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Damit sind das vorstehend ausgeführte System und die Abgrenzungskriterien der Schadensersatzansprüche des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auch auf das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht übertragbar.⁴³³ So stellt das Kaufgewährleistungsrecht ebenfalls ein Mischsystem dar, das in erster Linie nach Arten des Schadensersatzes, in zweiter Linie nach Arten der Pflichtverletzung unterscheidet. Die Besonderheit besteht da-

⁴³¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 94.

⁴³² BT-Drucks. 14/6040, S. 94; *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 54; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 65.

⁴³³ Siehe oben 2. Kapitel B. und C.

rin, dass die Leistung im Kaufgewährleistungsrecht um den Aspekt der Qualität ergänzt werden muss. Wegen § 433 Abs. 1 S. 2 ist nicht nur eine Leistung überhaupt, sondern eine mangelfreie Leistung geschuldet. Daher sollen die Grundkategorien der Schadensersatzarten im Gewährleistungsrecht Schadensersatz statt der „mangelfreien Leistung“ und Schadensersatz neben der „mangelfreien Leistung“ heißen. Für die Systematisierung und Abgrenzung der Schadensersatzansprüche ist – wie im Leistungsstörungenrecht – entscheidend, ob der Ersatz des Schadens an die Stelle der mangelfreien Leistung oder neben dieser tritt.

2. Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung

Zum Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung gehören diejenigen Schäden, deren Ersatz mit der mangelfreien Leistung in Natur konkurriert und daher funktional diese ersetzt. Hierunter fallen ausschließlich die neu definierten Mangelschäden.⁴³⁴ Je nachdem, ob eine mangelfreie Leistung möglich ist oder nicht, kann die Lieferung einer nicht mangelfreien Sache entweder einen Fall der qualitativen Nichtleistung oder der qualitativen Unmöglichkeit darstellen.

a) Die qualitative Nichtleistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281

Erbringt der Verkäufer eine nicht mangelfreie Leistung, kann der Käufer in der Regel nicht sofort den Ersatz für die Mangelschäden verlangen. Soweit der Mangel noch behebbar und die Erbringung einer mangelfreien Leistung noch möglich ist, kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung nur verlangen, nachdem er dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist. Dies ergibt sich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 und ist Ausdruck des „Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung“.

⁴³⁴ Siehe oben 3. Kapitel B. II. 2.

Die Pflichtverletzung besteht darin, dass der Verkäufer bis zum Ablauf der Nachfrist keine mangelfreie Leistung erbringt. Insoweit kann von einer „qualitativen Nichtleistung“ gesprochen werden.⁴³⁵ Die nicht gelungene Erfüllung und Nacherfüllung sind als eine einheitliche Pflichtverletzung zu behandeln. Für das Vertretenmüssen genügt es, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu irgendeinem Zeitpunkt zu vertreten hat.⁴³⁶

b) Die qualitative Unmöglichkeit gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 oder §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2

Ist dagegen der Mangel unbehebbar und die Erbringung einer mangelfreien Leistung unmöglich, dann stößt das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung an seine Grenzen. Logischerweise wird in diesem Fall keine Frist zur Nacherfüllung gefordert und der Käufer kann ohne weiteres Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zu unterscheiden ist allerdings der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung.

Tritt die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss ein, so gelten die §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283. Die Pflichtverletzung besteht in dem Ausbleiben der mangelfreien Leistung. Diese hat der Verkäufer zu vertreten, wenn er die Umstände, die zur Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung geführt haben, zu vertreten hat.⁴³⁷

Ist allerdings die mangelfreie Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich, so ergibt sich der Schadensersatzanspruch des Käufers aus der Garantief Haftung der §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2. Für die Entlastungsmöglichkeit kommt es

⁴³⁵ Dagegen ist die Bezeichnung der „qualitativen Verzögerung/Verspätung“ (so aber *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 65; *Dauner-Lieb*, in: *FS Konzen* (2006), S. 80) zumindest unpräzise, da eine Verzögerung als solche nach der hier vertretenen Ansicht lediglich eine Pflichtverletzung darstellt, die auf den Schadensersatz neben der Leistung gerichtet ist. Außerdem ist eine Leistungsverzögerung im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht gar nicht denkbar, vgl. unten 5. Kapitel C. I. 2., 4.

⁴³⁶ Vgl. oben 4. Kapitel B. I.

⁴³⁷ Vgl. oben 4. Kapitel B. II.

darauf an, ob der Verkäufer das anfängliche Leistungshindernis beim Vertragsschluss kannte oder kennen müsste.⁴³⁸

3. Schadensersatz neben der mangelfreien Leistung

Steht der Ersatz eines Schadens nicht mit der mangelfreien Leistung in einem Konkurrenzverhältnis, so handelt es sich dabei um den Schadensersatz neben der mangelfreien Leistung. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung greift hier nicht ein, da der Schaden auch durch eine Nacherfüllung nicht beseitigt werden kann. Auch bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz neben der Leistung kann der Käufer weiterhin auf die Nacherfüllung bestehen.

a) Die qualitative Verzögerung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2 mit 286?

Als Schadensersatz neben der Leistung nimmt der Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 im allgemeinen Leistungsstörungsrecht eine Sonderstellung ein, da für diesen ggf. eine Mahnung erforderlich ist. Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung in Form der Leistungsverzögerung im Rahmen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, dessen Ausgangspunkt eine nicht mangelfreie Leistung ist, vorliegen und damit der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 zur Anwendung kommen kann. Auf diese Frage wird später noch einzugehen sein.⁴³⁹

b) Der qualitative einfache Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1

Auf jeden Fall kommt der einfache Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 in Betracht. Dies gilt vor allem für den Ersatz solcher Schäden, die dem Käufer aufgrund der Mangelhaftigkeit der Kaufsache an seinen sonstigen

⁴³⁸ Vgl. oben 4. Kapitel B. IV.

⁴³⁹ Vgl. untern 5. Kapitel C. I. 2., 4.

Rechtsgütern oder Interessen entstanden sind, also der klassischen Mangel-
folgeschäden. Darüber hinaus schützen §§ 437 Nr. 2, 280 Abs. 1 auch das
durch eine nicht mangelfreie Leistung beeinträchtigte Leistungsinteresse, das
nicht in der Leistung selbst liegt. Man denkt etwa an den mangelbedingten
Betriebsausfallschaden.⁴⁴⁰

B. Der Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch

Für die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung
kommt es darauf an, in welchem Verhältnis der Schadensersatzanspruch zu
dem Erfüllungsanspruch steht.⁴⁴¹ Von entscheidender Bedeutung ist daher
die Bestimmung des Inhalts und der Umfang des Erfüllungsanspruchs. Die
Frage ist im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht nicht einfach zu beantwor-
ten, da der Erfüllungsanspruch nach Gefahrübergang in einer modifizierten
Form vom Nacherfüllungsanspruch i.S.v. § 439 Abs. 1 besteht. Es herrscht
über das Verhältnis des Nacherfüllungsanspruchs zum ursprünglichen Erfül-
lungsanspruch noch keine Einigkeit. Die Beantwortung dieser Frage ist aller-
dings für die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche unentbehrlich, weil
es erst danach möglich ist, das Verhältnis zwischen dem Schadensersatz-
und Erfüllungsanspruch und damit die Art des Schadensersatzes festzustellen.

I. Die Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 439 Abs. 1 gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsan- spruch gem. § 433 Abs. 1 S. 2

Im neuen Kaufrecht ist der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 2 verpflichtet, dem
Käufer die Sache frei von sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Liefert
der Verkäufer dagegen eine nicht mangelfreie Sache, kann der Käufer nach
§ 266 die Annahme der nicht vertragsgemäßen Sache verweigern. Der Ver-

⁴⁴⁰ Dazu unten 5. Kapitel C. I.

⁴⁴¹ Siehe oben 3. Kapitel B.

käufer hat keine Berechtigung zur Andienung mangelhafter Ware oder zur Erfüllung mit einer mangelhaften Sache.⁴⁴² Weist der Käufer die nicht mangelfreie Sache zurück, ist sein Erfüllungsanspruch gem. § 433 Abs. 1 S. 2 unverändert geblieben, er kann weiterhin vom Verkäufer die Erbringung einer mangelfreien Sache verlangen.⁴⁴³

Nimmt der Käufer dagegen die nicht mangelfreie Sache an, – sei es, dass er den Mangel nicht erkennt, sei es, dass er in Kenntnis des Mangels dies getan hat, – dann ist die Gefahr auf ihn übergegangen und das Schuldverhältnis vom Erfüllungsstadium in das Gewährleistungsstadium umgewandelt, mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsrechte eingreifen und die allgemeinen Regeln verdrängen. Als Erfüllungsanspruch steht dem Käufer nunmehr der Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 zur Verfügung.

Im Vergleich zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch erfährt der Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 gewisse Modifikationen. So ist der Nacherfüllungsanspruch entweder auf Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtet und insoweit hat der Käufer ein Wahlrecht. Wenn man wie der BGH⁴⁴⁴ und die h.M.⁴⁴⁵ die Nachlieferung einer mangelfreien Ersatzsache auch beim Stückkauf für möglich hält, dann ist die Abweichung des Nacherfüllungsanspruchs vom ursprünglichen Erfüllungsan-

⁴⁴² So aber *Jansen*, ZIP 2002, 878 ff.

⁴⁴³ *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 403.

⁴⁴⁴ BGH 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839.

⁴⁴⁵ *Bitter*, ZIP 2007, 1881 ff.; *Canaris*, JZ 2003, 831 ff.; *Gsell*, JuS 2007, 97; *Haas*, in: Das neue Schuldrecht (2002), Rn. 5/84; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2007), Rn. 140; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 202 ff.; *Roth*, NJW 2006, 2953 ff.; *Spickhoff*, BB 2003, 590; *Jauernig/Berger* (2009), § 439 Rn. 24; *Erman/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 4; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 439 Rn. 28 ff.; *PWW/Schmidt* (2010), § 439 Rn. 27; *Palandt/Weidenkaff* (2010), § 439 Rn. 15; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 11; a.A. *Ackermann*, JZ 2002, 378 ff.; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 27; *Gruber*, JZ 2005, 707 ff.; *P. Huber*, NJW 2002, 1006; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 505; *Musielak*, NJW 2008, 2801 ff.; *Tiedtke/Schmitt*, JuS 2005, 583 ff.

spruch noch größer, da dann im Rahmen der Nacherfüllung auch eine andere als die anfänglich geschuldete Sache zur Erfüllung führen kann.

Eine andere Modifikation besteht darin, dass der Nacherfüllungsanspruch nicht wie der ursprüngliche Erfüllungsanspruch der allgemeinen Verjährung der §§ 195, 199, sondern der besonderen Verjährung nach § 438 unterliegt. Hinzu kommen die im Vergleich zu § 275 Abs. 2 niedrigere Schwelle des Verweigerungsrechts der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 und die besonderen Ausschlussgründe der §§ 442, 445.⁴⁴⁶

Die Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch beruhen darauf, dass der Verkäufer bereits eine – wenn auch nicht mangelfreie – Leistung erbracht und der Käufer diese entgegengenommen hat. Dies kann nicht ohne Auswirkung auf den Inhalt des Leistungsanspruchs bleiben.⁴⁴⁷

II. Zwei Ansprüche oder ein einheitlicher Anspruch?

Es ist wohl unbestritten, dass der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 den modifizierten Erfüllungsanspruch aus § 433 Abs. 1 darstellt.⁴⁴⁸ Fraglich ist dagegen, wie sich der Nacherfüllungsanspruch zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch verhält. Handelt es sich dabei um zwei verschiedene Ansprü-

⁴⁴⁶ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 6; Looschelders, Schuldrecht BT (2010), Rn. 85.

⁴⁴⁷ Kandler, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 323; Looschelders, Schuldrecht BT (2010), Rn. 85; Oetker/Maultzsch (2007), § 2 Rn. 147.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 221; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 78 f.; ders., JZ 2003, 836; Ehmann/Sutschet, JZ 2004, 63; Haas, in: Das neue Schuldrecht (2002), Rn. 5/143; P. Huber, in: Huber/Faust (2002), Rn. 13/45; ders., NJW 2002, 1005; Jacobs, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 373; Kandler, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 322 ff.; Lorenz/Riehm (2002), Rn. 504; Petersen, JURA 2002, 461; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 408; Schubel, JuS 2002, 316; ders., in: Examenswissen (2003), S. 172; AnwK/Büdenbender (2005), § 439 Rn. 2; Palandt/Weidenkaff (2010), § 439 Rn. 1; Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 6.

che oder um einen einheitlichen Anspruch mit unterschiedlichen Ausformungen?

Nach einer Ansicht soll es sich bei dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch und Nacherfüllungsanspruch um zwei unterschiedliche Ansprüche handeln, die streng zu unterscheiden sind.⁴⁴⁹ Ab Gefahrübergang bestehe der ursprüngliche Erfüllungsanspruch nach § 433 Abs. 1 S. 2 nicht mehr, da er durch den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 abgelöst werde.⁴⁵⁰

Die Ansicht vermag allerdings nicht zu überzeugen. Durch die Verankerung der Erfüllungstheorie in § 433 Abs. 1 S. 2 gehört die Mangelfreiheit der Kaufsache nun zur Leistungspflicht des Verkäufers. Diese Pflicht hat er mit der Lieferung einer nicht mangelfreien Leistung nicht erfüllt und nach § 439 Abs. 1 ist er verpflichtet, sich weiterhin darum zu bemühen. Der Erfüllungsanspruch des Käufers ist nicht untergegangen, sondern bleibt weiterhin bestehen – nun in Gestalt des Anspruchs auf Nacherfüllung.⁴⁵¹ Geändert mit dem Übergang vom Erfüllungs- zum Gewährleistungsstadium ist nicht der Erfüllungsanspruch selbst, sondern die Form des Anspruchs.⁴⁵² Die Tatsache, dass der Verkäufer schon eine nicht mangelfreie Sache geliefert und der Käufer diese angenommen hat, kann nicht ohne Auswirkung bleiben.⁴⁵³ So führt dies zwangsläufig zu einer Inhaltsänderung des Anspruchs, da jetzt außer einer neuen Lieferung auch eine Reparatur der gelieferten mangelhaften Sache in Betracht kommt. Unberührt und unverändert ist dagegen das Anspruchsziel, dem Käufer eine

⁴⁴⁹ *St. Lorenz*, NJW 2002, 2502; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 72 ff.

⁴⁵⁰ *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 6; *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 52 ff.; *St. Lorenz*, NJW 2002, 2502; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 72 ff.

⁴⁵¹ *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/45; *ders.*, NJW 2002, 1004, 1005; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 200 f.; *Schubel*, in: *Examenswissen* (2003), S. 172; *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 22.

⁴⁵² *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/45.

⁴⁵³ *Jacobs*, in: *Schuldrecht in der Praxis* (2003), S. 373; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 140 f.

mangelfreie Sache zu verschaffen.⁴⁵⁴ Das ist im Erfüllungsstadium so und im Gewährleistungsstadium nicht anders. Daher stellt der Nacherfüllungsanspruch keinen neuen selbständigen Erfüllungsanspruch, sondern nur eine besondere Ausformung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs dar.⁴⁵⁵

Insoweit ist die Bezeichnung des „Nacherfüllungsanspruchs“ etwas irreführend, da sie den Eindruck erweckt, als ob es sich bei Nacherfüllungs- und ursprünglichem Erfüllungsanspruch um zwei unterschiedliche Ansprüche handele. In der Tat liegt nur ein Anspruch vor, nämlich der Anspruch auf eine mangelfreie Sache nach § 433 Abs. 1 S. 2, also der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.⁴⁵⁶ Dieser ist durch Lieferung einer mangelhaften Sache nicht untergegangen, sondern besteht in der modifizierten Form des Nacherfüllungsanspruchs i.S.v. § 439 Abs. 1 fort.⁴⁵⁷ Der Anspruch auf Nacherfüllung ist kein neuer Anspruch,⁴⁵⁸ sondern der Erfüllungsanspruch im Gewährleistungsstadium. Er stellt eine Verlängerung des Erfüllungsanspruchs auf mangelfreie Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2 dar.⁴⁵⁹

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Anspruch auf Erfüllung nach § 433 Abs. 1 S. 2 und der auf Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 einen einheitlichen Anspruch darstellen, der nach wie vor auf die Verschaffung einer mangelfreien Leistung gerichtet ist. Bei dem Nacherfüllungsanspruch handelt es sich nicht um einen neuen Anspruch, sondern nur um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch in einer modifizierten Form.

⁴⁵⁴ *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 326; *Kohler*, AcP 203 (2003), S. 566 f.

⁴⁵⁵ *Haas*, in: Das neue Schuldrecht (2002), Rn. 5/143; *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/45; *Kohler*, AcP 203 (2003), S. 566 f.

⁴⁵⁶ *Donou*, Erfüllung und Nacherfüllung (2006), S. 138, 142.

⁴⁵⁷ *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 327.

⁴⁵⁸ So aber *St. Lorenz*, NJW 2006, 1176.

⁴⁵⁹ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 131; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT (2003), Rn. 72.

III. Konsequenz: Keine eigenständige Bedeutung der Nacherfüllung

Aus dem Verhältnis des Nacherfüllungsanspruchs zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch folgt, dass die Nacherfüllung allein keine eigenständige Bedeutung hat. Sie setzt einen fehlerhaften Erfüllungsversuch des Verkäufers voraus und gibt ihm die Gelegenheit, den Fehlversuch innerhalb einer bestimmten Frist zu korrigieren und damit seine Leistungspflicht nach § 433 Abs. 1 S. 2 zu erfüllen.⁴⁶⁰ Insofern ist der Anspruch auf Nacherfüllung nur ein Abhilfeanspruch und stellt keinen vollwertigen Erfüllungsanspruch dar.

In diesem Fall teilt sich die Erfüllung in zwei Phasen: Die ersten mit dem ursprünglichen Fehlversuch und die zweiten mit der Nacherfüllung. Die beiden Phasen sind eine untrennbare Einheit und nur zusammen könnten sie zur ordnungsgemäßen Erfüllung führen. Eine Nacherfüllung muss immer mit dem ersten Fehlversuch zusammen betrachtet werden. Deutlich ist dies im Falle der Nachbesserung. Zwar ist der Anspruch auf Nacherfüllung weiterhin ein Erfüllungsanspruch. Er stellt aber zugleich einen primären Gewährleistungsanspruch dar, der – wie die anderen im § 437 aufgeführten Käuferrechte – die Erbringung einer mangelhaften Leistung voraussetzt. Daher sind die Nacherfüllung und der erste Leistungsversuch als eine Einheit zu behandeln.⁴⁶¹

Die Unselbständigkeit der Nacherfüllung wird dadurch bestätigt, dass die Erbringung einer erneut nicht mangelfreien Leistung bei der Nacherfüllung keine erneuten Gewährleistungsrechte auslösen kann.⁴⁶² Leistet der Verkäufer im Zuge der Nacherfüllung wieder einmal nicht mangelfrei, so hat er kein „Recht

⁴⁶⁰ Vgl. *Musielak*, NJW 2008, 2802.

⁴⁶¹ Vgl. oben 4. Kapitel B. I. 1. b) aa).

⁴⁶² OLG Saarbrücken 25.07.2007 – 1 U 467/06, NJW 2007, 3503, 3504 f.; *Erman/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 18; *dies.*, Kaufrecht, § 9 Rn. 57; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 454; a.A. *Auktor*, NJW 2003, 121; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 64; *Haas*, in: *Das neue Schuldrecht* (2002), Rn. 5/332; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 439 Rn. 58; *PWW/Schmidt* (2010), § 439 Rn. 17.

zur dritten Andienung“ mehr, wenn die Nachfrist schon abgelaufen ist. Keinesfalls ist er zur „Nacherfüllung im Hinblick auf die Nacherfüllung“ berechtigt.⁴⁶³ Dies würde zur einen uferlosen Nacherfüllung führen, da auch die erneute Nacherfüllung wieder nicht mangelfrei sein kann. Richtig ist zwar, dass der Erfüllungsanspruch bis zum Rücktritt oder Schadensersatzverlangen des Käufers noch nicht untergegangen ist mit der Folge, dass der Käufer weiterhin Erfüllung (hier nämlich Nacherfüllung) verlangen kann. Aber er muss das nicht, da er nach Ablauf der Nachfrist die Leistung des Verkäufers ablehnen und statt deren Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Das Gesetz hat dem Verkäufer lediglich ein Recht zur zweiten Andienung eingeräumt, nicht dagegen das Recht zur dritten oder vierten Andienung.

Die Unselbständigkeit der Nacherfüllung führt dazu, dass die Nacherfüllung allein keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch darstellt. Gegenstand des Schadensersatzanspruchs ist vielmehr die gesamte Pflichtverletzung, die sowohl die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung, als auch die nicht gelungene Nacherfüllung umfasst. Es gibt daher keinen Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit, Verzögerung oder Schlechtleistung der Nacherfüllung.⁴⁶⁴ So führt die Unmöglichkeit der Nacherfüllung dazu, dass eine Unmöglichkeit der Erfüllung, dem Käufer eine mangelfreie Kaufsache zu verschaffen, vorliegt und damit die Grundlage des Schadensersatzanspruchs bildet.⁴⁶⁵ Die Verzögerung und Schlechtleistung der Nacherfüllung haben zur Folge, dass eine nicht mangelfreie Leistung weiterhin fortbesteht und ein Schadensersatzanspruch wegen nicht mangelfreier Leistung in Betracht kommt.

⁴⁶³ So aber Bamberger/Roth/*Faust* (2007), § 437 Rn. 106.1.

⁴⁶⁴ Vgl. unten 5. Kapitel C. I. 4.

⁴⁶⁵ Vgl. *Fliegner*, Leistungsbegriff (2006), S. 84 Fn. 249.

C. Einordnung der typischen mangelbedingten Schadenspositionen

Durch eine nicht mangelfreie Sache können dem Käufer verschiedene Schadenspositionen entstehen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer diese Schäden vom Verkäufer ersetzt verlangen kann, hängt von der Einordnung der Schadenspositionen ab. Dabei sollen die verschiedenen Schadenspositionen nicht vermischt und zusammen, sondern einzeln betrachtet werden. Die Frage, ob der Ersatz einer Schadensposition mit der Leistung konkurriert und damit funktional die Leistung ersetzt, oder ob er mit der Leistung selbst nichts zu tun hat und daher neben der Leistung steht, kann nur im Hinblick auf eine bestimmte, konkrete Schadensposition richtig beantwortet werden.

Von großer Bedeutung und besonders umstritten sind die Fragen nach der Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens, der Ein- und Ausbaurkosten der nicht mangelfreien Sache sowie der Kosten der Selbstvorname durch den Käufer. Nach der Schuldrechtsreform haben sich die Rechtsprechung und Literatur damit intensiv beschäftigt und dazu hat sich inzwischen auch der BGH geäußert.⁴⁶⁶ Trotzdem sind die Probleme nicht bis in allen Einzelheiten geklärt und nach wie vor ist eine nähere Analyse sowohl dogmatisch als auch praktisch sinnvoll.

I. Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden

Erbringt der Verkäufer eine nicht mangelfreie Sache, führt es häufig dazu, dass der Käufer die Kaufsache nicht nutzen kann. Ist etwa eine vom Verkäufer gelieferte Maschine mangelhaft und daher nicht einsatzfähig, kann dem

⁴⁶⁶ Zum mangelbedingten Betriebsausfallschaden: BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674; zur Ein- und Ausbaurkosten: BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837; BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 (Vorlage an den EuGH); zur Selbstvorname: BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3212; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 989.

Käufer der Gewinn entgehen, den er bei mangelfreier Lieferung erzielt hätte. Äußerst umstritten ist die Anspruchsgrundlage für den Ersatz solches mangelbedingten Nutzungs- bzw. Betriebsausfallschadens. In Betracht kommen sämtliche Schadensersatzansprüche, nämlich Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281, 283, Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2 mit 286 und der einfache Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1.

1. Kein Schadensersatz statt der Leistung

Nach den zweistufigen Abgrenzungskriterien muss zunächst entschieden werden, ob der Betriebsausfallschaden als Schadensersatz statt oder neben der Leistung zu ersetzen ist. Vereinzelt wird vertreten, dass es sich beim Betriebsausfallschaden um Schadensersatz statt der Leistung handelt, und die Anspruchsgrundlage insoweit in den §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 liegt.⁴⁶⁷ Diese Ansicht ist abzulehnen, da der Ersatz des Betriebsausfallschadens und die Erfüllung in Natur nicht in einer Anspruchskonkurrenz stehen. Die Geltendmachung des Betriebsausfallschadens tritt nicht an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, sondern lässt diesen unberührt. Damit ist der Betriebsausfallschaden nicht als Schadensersatz statt der Leistung, sondern als Schadensersatz neben der Leistung zu ersetzen.

Entgegen der verbreiteten Ansicht⁴⁶⁸ muss dies auch gelten, wenn der Betriebsausfallschaden zu einer Zeit entsteht, zu der der Käufer schon Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Es gilt das Prinzip der Einzelbetrachtung der Schadenspositionen. Wie ausgeführt⁴⁶⁹ unterscheiden sich der Schadensersatz statt und neben der Leistung nicht nach dem Zeitpunkt der

⁴⁶⁷ *Ady*, ZGS 2003, 15; *P. Huber*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 13/106, 108; *Recker*, NJW 2002, 1247 f.

⁴⁶⁸ *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 177; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 59; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 45; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 523; *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 620.

⁴⁶⁹ Siehe oben 3. Kapitel B.

Schadensentstehung, sondern vielmehr nach den Schadensarten. Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden fällt danach eindeutig unter den Schadensersatz neben der Leistung. Dies gilt sowohl für denjenigen Betriebsausfallschaden, der vor dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung i.S.v. § 281 Abs. 4 entstanden ist, als auch für denjenigen, der erst danach entsteht. Weder umfasst der Schadensersatz statt der Leistung den nach dem Schadensersatzverlangen entstandenen Betriebsausfallschaden, noch nimmt er den zuvor entstandenen in sich auf.⁴⁷⁰ Die Geltendmachung vom Schadensersatz statt der Leistung hat keine Auswirkung auf die Einordnung des Betriebsausfallschadens, der weiterhin als Schadensersatz neben der Leistung ersatzfähig ist.

2. Kein Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung

Eine beachtliche Ansicht geht davon aus, dass die Anspruchsgrundlage für den Ersatz des mangelbedingten Betriebsausfallschadens in den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2 mit 286 liegt.⁴⁷¹ Es wird eine Gleichbehandlung von Nicht- und nicht mangelfreier Leistung behauptet. Da die Mangelfreiheit der Kaufsache zum Inhalt der Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre, liege in der Lieferung einer mangelhaften Sache logisch immer auch eine Verzögerung der geschuldeten mangelfreien Leistung.⁴⁷² Wenn der verzugsbedingte Betriebsaus-

⁴⁷⁰ So aber *Recker*, NJW 2002, 1247.

⁴⁷¹ *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2253; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2537; *Faust*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 3/223 (aufgegeben jetzt *Bamberger/Roth/ders.* (2007), § 437 Rn. 67); *Fliegner*, JR 2002, 322 ff.; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 754 ff.; *dies.*, JuS 2004, 745 ff.; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 534 f.; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 267 ff.; *Petersen*, JURA 2002, 462 f.; *Sailer*, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen (2003), S. 33 f.; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT (2003), Rn. 90; *Schur*, ZGS 2002, 244; *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht (2005), S. 286 f.; *Wieser*, JR 2002, 270; *AnwK/Büdenbender* (2005), § 437 Rn. 71 ff.; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 55, 60 ff.; *Jauernig/Berger* (2009), § 437 Rn. 17; *PWW/Schmidt-Kessel* (2010), § 280 Rn. 63.

⁴⁷² *AnwK/Büdenbender* (2005), § 437 Rn. 74; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 55, 60; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 759; *dies.*, JuS 2004, 747.

fallschaden nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 ersatzfähig sei, müsse dieses auch für den mangelbedingten Betriebsausfallschaden gelten.⁴⁷³ Es sei wertungsgemäß schwer vertretbar, dass der Verkäufer, der überhaupt nicht leiste, schadensersatzrechtlich wegen der Verzugsschwelle günstiger stehe als der Verkäufer, der immerhin leiste, wenn auch nicht mangelfrei.⁴⁷⁴ Angesichts der Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht sei eine Gleichbehandlung der Nicht- und nicht mangelfreien Leistung naheliegend, was auch durch § 281 zum Ausdruck gebracht werde.⁴⁷⁵

Gegen diese Ansicht spricht schon der Wortlaut des § 286. Während § 281 sowohl die Nicht- als auch die nicht mangelfreie Leistung ausdrücklich normiert, wird in § 286 nur die Nichtleistung, nicht aber die nicht mangelfreie Leistung erwähnt. Ferner verweist auch § 437 Nr. 3 nicht auf § 286.⁴⁷⁶ Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, dass § 286 über die Verweisung in § 280 Abs. 2 mittelbar anwendbar ist.⁴⁷⁷ Dann wäre die ausdrückliche Verweisung auf die §§ 281, 283 sinnlos, da sie über § 280 Abs. 3 ebenfalls mit enthalten sind. Hierbei handelt es sich nicht um ein Redaktionsversehen,⁴⁷⁸ sondern um eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung streng zwischen Nicht- und nicht mangelfreier Leistung zu unterscheiden.

Die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 steht der Einwand entgegen, dass die Mahnung, die die zentrale Voraussetzung für den Verzug darstellt,

⁴⁷³ Faust, in: Huber/Faust (2002), Rn. 3/223; Wieser, JR 2002, 270.

⁴⁷⁴ AnwK/Büdenbender (2005), § 437 Rn. 74; AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 55, 60; Schur, ZGS 2002, 244.

⁴⁷⁵ AnwK/Dauner-Lieb (2005), § 280 Rn. 62; Fliegner, JR 2002, 322.

⁴⁷⁶ BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2676; Kaiser, in: FS Westermann (2008), S. 360; Lorenz/Riehm (2002), Rn. 546; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 619; Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 67; Staudinger/Otto (2009), § 280 Rn. E 16.

⁴⁷⁷ So AnwK/Büdenbender (2005), § 437 Rn. 73; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 755; dies., JuS 2004, 747.

⁴⁷⁸ So aber Ebert, NJW 2004, 1762.

für den mangelbedingten Betriebsausfall sinnlos ist.⁴⁷⁹ Die Mahnung hat die Funktion, den Schuldner vor Unsicherheiten in Bezug auf die Dringlichkeit der Leistung zu schützen, die bei Fehlen eines festen Leistungstermins entstehen können.⁴⁸⁰ Diese Funktion ist allerdings beim mangelbedingten Betriebsausfallschaden nicht einschlägig: Hat der Verkäufer bereits zur Erfüllung eine Leistung (wenn auch nicht mangelfrei) erbracht, bringt dies deutlich zum Ausdruck, dass er sich über die Leistungszeit im Klaren ist. Insofern braucht er keinen Schutz durch eine Mahnung.

Entsprechend sind auch die Entbehrlichkeitsgründe der Mahnung für den Fall des mangelbedingten Betriebsausfallschadens nicht denkbar. Im Falle der Nichtleistung kann der Käufer das Mahnungserfordernis entbehrlich machen, indem er eine kalendarisch bestimmte oder bestimmbare Leistungszeit i.S.v. § 286 Abs. 1 Nr. 1, 2 vereinbart, da insoweit keine Unsicherheiten des Verkäufers entstehen können. Eine entsprechende Anwendung auf den mangelbedingten Betriebsausfallschaden wäre absurd.⁴⁸¹ Bei Unsicherheiten über die Mangelhaftigkeit der Leistung wird der Verkäufer nicht durch ein Mahnungs-, sondern durch das Vertretenmüssenserfordernis gem. § 280 Abs. 1 S. 2 geschützt.⁴⁸²

⁴⁷⁹ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 361; *Canaris*, ZIP 2003, 323; *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 341; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 57; vgl. auch *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 755 ff.; *Teichmann/Weidmann*, in: FS *Hadding* (2004), S. 301 f.

⁴⁸⁰ Vgl. oben 4. Kapitel C. I. 1. a).

⁴⁸¹ *Canaris*, ZIP 2003, 326; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 56; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 271; a.A. *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2253 Fn. 32; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT (2003), Rn. 90.

⁴⁸² A.A. *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2253; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 66.

3. Der einfache Schadensersatz

Richtigerweise ist mit der Entscheidung des BGH⁴⁸³ und der h.M.⁴⁸⁴ der Anspruch auf Ersatz des mangelbedingten Betriebsausfallschadens auf §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 zu stützen. Es entspricht übrigens auch der Ansicht des Gesetzgebers⁴⁸⁵. Bei dem mangelbedingten Betriebsausfallschaden handelt es sich nicht um die Verletzung der Pflicht zur pünktlichen Leistung, sondern um die Pflicht zur mangelfreien Leistung gem. § 433 Abs. 1 S. 2.⁴⁸⁶

Die Interessenlagen sind unterschiedlich, ob der Verkäufer bei Fälligkeit lediglich untätig bleibt oder ob er zwar pünktlich leistet, aber nicht mangelfrei.⁴⁸⁷

Eine nicht mangelfreie Leistung ist nämlich für den Käufer viel gefährlicher als

⁴⁸³ BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674.

⁴⁸⁴ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), 361 ff.; *Canaris*, in: Karlsruher Forum 2002, S. 38 f.; *ders.*, ZIP 2003, 326 f.; *Döll/Rybak*, JURA 2005, 586; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *Emmerich*, Leistungsstörungen (2005), § 17 Rn. 5; *Gruber*, ZGS 2003, 133 f.; *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 340 f.; *Haas*, in: Das neue Schuldrecht (2002), Rn. 5/246; *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005), S. 93; *Hirsch*, JURA 2003, 294; *U. Huber*, in: FS *Schlechtriem* (2003), S. 525; *ders.*, in: FS *Ulmer* (2003), 1182; *St. Lorenz*, in: Karlsruher Forum 2005, S. 44 f.; *Lorenz/Riehm* (2002), Rn. 546 f.; *Mankowski*, JuS 2006, 486; *Mattheus*, in: Examenswissen (2003), S. 55; *Medicus*, JuS 2003, 528; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 183; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 520 ff.; *Schubel*, JuS 2002, 319; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, S. 465 f.; *Schwarze*, Leistungsstörungen (2008), § 29 Rn. 2 ff.; *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 619; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 280 Rn. 30; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 67 (a.A. noch *ders.*, in: *Huber/Faust* (2002), Rn. 3/223); *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 55 ff.; *MünchK/Westermann* (2008), § 437 Rn. 33; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 280 Rn. 18, 20; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 45; *Jauernig/Stadler* (2009), § 280 Rn. 4; *Erman/Grunewald* (2008), § 437 Rn. 13; *Erman/Westermann* (2008), § 280 Rn. 12.

⁴⁸⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 225.

⁴⁸⁶ *Canaris*, in: Karlsruher Forum 2002, S. 38; *Gruber*, ZGS 2003, 133; *Medicus*, JuS 2003, 528.

⁴⁸⁷ BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2676; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 361; *Canaris*, in: Karlsruher Forum 2002, S. 39; *ders.*, ZIP 2003, 326; *Gruber*, ZGS 2003, 133; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 183.

eine bloße Nichtleistung: Während der Käufer die Nichtleistung in der Regel sofort bemerkt und darauf mit der Mahnung reagieren kann, bemerkt er die nicht mangelfreie Leistung häufig erst, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Es ist nicht einleuchtend, warum derjenige Schaden, der vor der Entdeckung des Mangels bereits entstanden ist, nicht ersatzfähig sein sollte. Angesichts der besonderen Gefahren, die gerade die nicht mangelfreie Leistung auslöst, ist es durchaus gerechtfertigt, den nicht mangelfrei leistenden Verkäufer einer schärferen Haftung zu unterwerfen als den Verkäufer, der bloß nicht leistet.⁴⁸⁸

Der Wertungsunterschied führt dazu, dass eine Ungleichbehandlung zwischen Nicht- und nicht mangelfreier Leistung gerechtfertigt ist. Dagegen lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die beide in § 281 doch gleichbehandelt werden.⁴⁸⁹ Eine Gleichbehandlung der Nicht- und nicht mangelfreien Leistung ist nur im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung anzunehmen, da insofern das Fristsetzungserfordernis für beide sinnvoll und einschlägig ist.⁴⁹⁰ Übrigens ist auch insofern eine vollständige Gleichbehandlung der beiden nicht gegeben, da bezüglich des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung nach § 281 Abs. 1 S. 2, 3 doch wieder zwischen den beiden unterschieden werden muss. Im Hinblick auf Schadensersatz neben der Leistung passt dagegen von vornherein das Mahnungserfordernis eindeutig nur für die Nichtleistung, nicht aber für die nicht mangelfreie Leistung. Dies rechtfertigt es, im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung streng zwischen Nicht- und nicht mangelfreier Leistung zu unterscheiden.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 361; *Canaris*, in: Karlsruher Forum 2002, S. 39; *dies.*, ZIP 2003, 326; *Gruber*, ZGS 2003, 133; *Medicus*, JuS 2003, 528; ebenso *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 755 ff. und *dies.*, JuS 2004, 747 f., die aus diesen Gründen auf das Mahnungserfordernis verzichten wollen.

⁴⁸⁹ *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn 62.

⁴⁹⁰ Siehe oben 4. Kapitel B. I. 1. a).

⁴⁹¹ Ebenso Staudinger/*Otto* (2009), § 280 Rn. E 16, E 42.

Auch der Verkäufer ist nicht schutzlos. Die sofortige Schadensersatzpflicht für den mangelbedingten Betriebsausfallschaden ist nur gegeben, wenn er die nicht mangelfreie Leistung nach § 280 Abs. 1 S. 2 zu vertreten hat. In der Tat wird dem Verkäufer häufig der Entlastungsbeweis gelungen, da er regelmäßig keine Untersuchungspflicht hat und sich auch nicht das Verschulden des Herstellers nach § 278 zurechnen lassen muss.⁴⁹² Im Übrigen hilft ihm die Vorschrift des § 254, wenn der Schaden darauf zurückzugehen ist, dass der Käufer den Mangel nicht rechtzeitig rügt.⁴⁹³

Es schadet auch nicht das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung, wenn er auf den mangelbedingten Betriebsausfallschaden sofort nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 haftet.⁴⁹⁴ Durch die zweite Andienung kann nur der neu definierte⁴⁹⁵ Mangelschaden, nicht aber auch der mangelbedingte Betriebsausfallschaden behoben werden. Der Ersatz des Betriebsausfallschadens lässt das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung vielmehr unberührt.

4. Keine Verzögerung der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1

Nach einhelliger Ansicht soll es jedenfalls eine Leistungsverzögerung im Hinblick auf die Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 geben, die unabhängig von der

⁴⁹² BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2676; BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2840.

⁴⁹³ BGH 19.06.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2676; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 361; *Canaris*, ZIP 2003, 326 Fn. 30; *Gri-goleit/Riehm*, JuS 2004, 748; *Gruber*, ZGS 2003, 133 f.; *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum* 2005, 45; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 58.

⁴⁹⁴ A.A. *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2253; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 66.

⁴⁹⁵ Siehe oben 3. Kapitel B. II. 2.

ursprünglichen nicht mangelfreien Leistung als eigenständige Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Betriebsausfallschaden sein kann.⁴⁹⁶

Dieser Ansicht steht allerdings die hier vertretene Ansicht der einheitlichen Betrachtung der Erfüllung und Nacherfüllung entgegen.⁴⁹⁷ Da der Anspruch auf Nacherfüllung nicht anders als die Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs ist, handelt es sich dabei nach wie vor um den Anspruch des Käufers auf eine mangelfreie Leistung gem. § 433 Abs. 1 S. 2. Die Nacherfüllung ist mit dem ersten fehlerhaften Erfüllungsversuch als eine untrennbare Einheit zu behandeln und hat damit keine eigenständige Bedeutung.⁴⁹⁸ Wenn in der ursprünglich nicht mangelfreien Leistung keine Leistungsverzögerung liegt, kann dies konsequenterweise bei der Nacherfüllung nicht anders sein. Die Argumente gegen die Annahme einer Leistungsverzögerung der mangelfreien Leistung gem. § 433 Abs. 1 S. 2 passen auch für die Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1. Die Pflichtverletzung in Form der Erbringung einer nicht mangelfreien Leistung besteht auch nach einer unterbleibenden Nacherfüllung fort. Die nicht mangelfreie Leistung verwandelt sich durch den Übergang zum Gewährleistungsstadium nicht zu einer bloßen Nichtleistung.⁴⁹⁹

Die Heranziehung des §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 bezüglich der Nacherfüllung wird deswegen als notwendig gesehen, weil der Verkäufer häufig wegen feh-

⁴⁹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 225; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 179; *dies.*, in: FS *Westermann* (2008), S. 363; *Canaris*, ZIP 2003, 326 f.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2538; *Döll/Rybak*, JURA 2005, 583; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *Faust*, JuS 2009, 865; *Gri-goleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 759 f.; *dies.*, JuS 2004, 748 f.; *Gruber*, ZGS 2003, 133; *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005), S. 87 f.; *P. Huber*, Besonderes Schuldrecht/1 (2008), Rn. 211; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 532; *St. Lorenz*, in: Karlsruher Forum 2005, 45; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 185; *Reinickel/Tiedtke* (2009), Rn. 522; *Schubel*, JuS 2002, 319; *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 619 f.; *Wieser*, JR 2002, 270; *AnwK/Dauner-Lieb* (2005), § 280 Rn. 60; *Bamberger/Roth/Unberath* (2007), § 280 Rn. 30; *MünchK/Ernst* (2007), § 280 Rn. 59, 71; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 17; *Erm-an/Westermann* (2008), § 280 Rn. 35.

⁴⁹⁷ Siehe oben 5. Kapitel B. II.

⁴⁹⁸ Siehe oben 5. Kapitel B. III.

⁴⁹⁹ *Gsell*, in: FS *Canaris* (2007), S. 338; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. D 13.

lenden Vertretenmüssens im Hinblick auf die ursprünglich nicht mangelfreie Leistung nicht für den Betriebsausfallschaden hafte. In diesem Fall könne ergänzend auf die Verzögerung der Nacherfüllung abgestellt werden, wenn der Verkäufer das Unterlassen der Nacherfüllung zu vertreten habe.⁵⁰⁰ Eine solche Vorgehensweise ist aber nach der hier vertretenen Ansicht der Untrennbarkeit der Erfüllung und Nacherfüllung unnötig. Die Nacherfüllung verlängert nur den Zeitraum der Erfüllung und stellt keine neue Pflichtverletzung im Vergleich zu dem ersten fehlerhaften Erfüllungsversuch dar. Die ursprüngliche Pflichtverletzung, die in der Nichterbringung einer mangelfreien Leistung besteht, dauert immer noch an. Diese „gesamte“ Pflichtverletzung hat der Verkäufer zu vertreten, wenn ein Vertretenmüssen von ihm irgendwann einmal zu bejahen ist. Dies gilt natürlich auch dann, wenn der Verkäufer „nur“ die unterbleibende Nacherfüllung, nicht aber die ursprüngliche nicht mangelfreie Leistung zu vertreten hat. Die Anspruchsgrundlage bleibt also beim § 280 Abs. 1.

Im umgekehrten Fall, in dem der Verkäufer – isoliert betrachtet – nur die ursprünglich nicht mangelfreie Leistung, nicht aber das Ausbleiben der Nacherfüllung zu vertreten hat, würde es zum unsachgemäßen Ergebnis führen, wenn man die unterbleibende Nacherfüllung als eine eigenständige Pflichtverletzung hält. Dann würde nämlich der Verkäufer nicht für den Betriebsausfallschaden haften, der während der Nacherfüllung entstanden ist, da insoweit das Vertretenmüssen fehlt. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Es kann nicht einfach ignoriert werden, dass der unterbleibenden Nacherfüllung eine nicht mangelfreie Leistung vorausgegangen ist. Es macht einen Unterschied, ob eine bloße Nichtleistung vorliegt, oder ob der Verkäufer nach einer nicht mangelfreien Leistung während der Nacherfüllungsphase untätig bleibt. Durch die zu vertretende ursprünglich nicht mangelfreie Leistung hat der Verkäufer das Risiko begründet, dass die Nacherfüllung auch in einer von ihm nicht zu vertretenden Weise scheitern kann. Hat sich dann dieses Risiko realisiert, kann

⁵⁰⁰ Faust, JuS 2009, 865; P. Huber, Besonderes Schuldrecht/1 (2008), Rn. 211; St. Lorenz, LMK 2009, 286449; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 522; Bamberger/Roth/Unberath (2007), § 280 Rn. 30; MünchK/Ernst (2007), § 280 Rn. 59.

er sich auch nicht dadurch entlasten, dass ihn – isoliert betrachtet – das Scheitern der Nacherfüllung kein Verschulden trifft: Vorzuwerfen ist dem Verkäufer, dass er durch seine nicht mangelfreie Leistung überhaupt zu einer Nacherfüllung hat kommen lassen.⁵⁰¹ Wie dargestellt genügt es, dass der Verkäufer die „gesamte“ Pflichtverletzung – die Nichterbringung einer mangelfreien Leistung – irgendwann einmal zu vertreten hat.

Wenn bezüglich der Verzögerung der Nacherfüllung ein neuer Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 entstehen soll, dann fragt es sich, worauf sich solcher Betriebsausfallschaden stützen soll, der darauf beruht, dass die Nacherfüllung nicht bloß verzögert, sondern wieder nicht mangelfrei erbracht wird, etwa wenn die Nachbesserung fehlschlägt oder die Nachlieferung wieder nicht mangelfrei ist. Geht man konsequenterweise mit der h.M. davon aus, dass die Störung bei der Nacherfüllung eine eigenständige Anspruchsgrundlage bildet, dann sollte hier der Schadensersatzanspruch nicht mehr auf §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286, sondern auf § 280 Abs. 1 gestützt werden, da bezüglich der Nacherfüllung keine Nichtleistung, sondern eine nicht mangelfreie Leistung liegt. Der Wechsel der Anspruchsgrundlage vermag nicht zu überzeugen. Die Nacherfüllung ist die zweite zugleich auch letzte Chance des Verkäufers, durch eine zweite Andienung doch noch zu erfüllen und die weitergehenden Schadensersatzansprüche des Käufers abzuwehren. Nutzt der Verkäufer diese letzte Chance nicht, bleibt es dabei, dass eine nicht mangelfreie Leistung vorliegt. Insoweit spielt es keine Rolle, ob die Nacherfüllung bloß nicht oder schlecht erbracht worden ist. Die Anspruchsgrundlage ist nach wie vor § 280 Abs. 1.

Damit steht als Ergebnis fest, dass im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung zwischen Nicht- und nicht mangelfreier Leistung streng zu unterscheiden ist. Die Abgrenzung folgt nach Art der Pflichtverletzung. Die Pflichtverletzung bei Lieferung einer nicht mangelfreien Sache liegt nicht in einer bloßen Leistungsverzögerung, in der keinerlei Leistung erfolgt sein soll. Daher

⁵⁰¹ Zur Anwendbarkeit des § 287 S. 2 auf die nicht mangelfreie Leistung siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. a) bb).

ist in diesem Fall eine Anwendung der §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2 mit 286 von vornherein ausgeschlossen. Und zwar gilt dies nicht nur für die ursprüngliche Leistung, sondern auch für die Nacherfüllung, da die beiden als eine untrennbare Einheit zu behandeln sind.

II. Die Ein- und Ausbaurkosten der nicht mangelfreien Sache

Umstritten ist auch die Problematik der Ein- und Ausbaurkosten im Falle der Lieferung einer nicht mangelfreien Kaufsache. Beim Kauf von Baumaterialien z.B. Bodenfliesen⁵⁰², Parkett⁵⁰³ stellt sich der Mangel der Kaufsache oft erst heraus, nachdem die Sache bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebaut worden ist. Es ist davon auszugehen, dass die Nachbesserung der mangelhaften Sache unmöglich ist, die Nacherfüllung also nur in Form der Nachlieferung einer mangelfreien Sache in Betracht kommt. Es entstehen daher Kosten sowohl für den Ausbau der eingebauten nicht mangelfreien als auch für den Einbau der nachgelieferten Sache. Es stellt sich die Frage, ob diese von der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers umfasst oder ob sie nur im Wege des Schadensersatzes zu ersetzen sind. Diese Unterscheidung ist wichtig, da der Schadensersatzanspruch im Gegensatz zum Nacherfüllungsanspruch ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt. Daran wird es häufig fehlen, weil der Verkäufer grundsätzlich keine Untersuchungspflicht hat und auch nicht für das Verschulden des Herstellers einzustehen hat.⁵⁰⁴

Übrigens ist die weitere Frage, ob der Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten als Schadensersatz statt oder neben der Leistung einzuordnen ist, davon abhängig, ob Ein- und Ausbau von der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers umfasst sind.⁵⁰⁵ Bei Bejahung der Frage handelt es sich um den Schadensersatz statt der Leistung, weil dann der Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch im Kon-

⁵⁰² BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660.

⁵⁰³ BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837.

⁵⁰⁴ Allgemeine Ansicht, vgl. nur Palandt/*Grüneberg* (2010), § 278 Rn. 13; auch BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2840.

⁵⁰⁵ Vgl. *Faust*, JuS 2008, 934; *Höpfner*, ZGS 2009, 272.

kurrenzverhältnis stehen. Wegen des Vorrangs des Erfüllungsanspruchs muss der Käufer dem Verkäufer dann grundsätzlich Gelegenheit geben, die Nacherfüllung während der Nachfrist selbst vorzunehmen. Ansonsten geht es um Schadensersatz neben der Leistung, genau gesagt um den einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1.

1. Die Einbaukosten der nachgelieferten mangelfreien Sache

a) Im Rahmen der Nacherfüllung

aa) Einbaupflicht als Inhalt der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1?

Zu beantworten ist zunächst die Frage, ob der Verkäufer einer nicht mangelfreien Sache im Rahmen der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 verpflichtet ist, im Falle der Nachlieferung nicht nur eine mangelfreie Sache zu liefern, sondern diese auch beim Käufer einzubauen.

(1) Gleichlauf von Erfüllungs- und Nacherfüllungspflicht

Eine Ansicht in Rechtsprechung⁵⁰⁶ und Literatur⁵⁰⁷ hat diese Frage bejaht. Im Rahmen der Nacherfüllung habe der Verkäufer den Zustand herbeizuführen, in dem sich die Kaufsache zum Zeitpunkt der Nacherfüllung befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre. Es seien die Veränderungen aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, die der Käufer schon an der Kaufsache vorgenommen habe.⁵⁰⁸

Diese Ansicht überzeugt nicht. Sie verkennt die dogmatische Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs als primären Erfüllungsanspruch und rückt ihn da-

⁵⁰⁶ OLG Karlsruhe 02.09.2004 – 12 U 144/04, ZGS 2004, 432.

⁵⁰⁷ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 18; Terrahe, VersR 2004, 682; Witt, ZGS 2008, 371 ff.

⁵⁰⁸ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 18; Terrahe, VersR 2004, 682; Witt, ZGS 2008, 372.

gegen in der Nähe eines Schadensersatzanspruchs.⁵⁰⁹ Es geht bei der Nacherfüllung nicht um den Ausgleich eines Schadens in dem Sinn, dass der Käufer so zu stellen ist, wie er (jetzt) stünde, wenn die Kaufsache mangelfrei gewesen wäre. Herbeizuführen ist nicht der Zustand, in dem sich die Kaufsache zur Zeit der Nacherfüllung befände (ggf. mit Veränderungen durch den Käufer), sondern der ursprünglich geschuldete vertragsgemäße Zustand beim Gefahrübergang.⁵¹⁰ Es handelt sich immer noch um die Bewirkung der ursprünglich geschuldeten und durch den Erstversuch nicht gelungenen Erfüllung, also die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache. Der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 ist daher nichts anders als die Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs des Käufers aus § 433 Abs. 1 und kann damit nicht weiter reichen als dieser.⁵¹¹ Wenn der Einbau der gelieferten Kaufsache nicht zum vertraglichen Leistungsprogramm des Verkäufers gehört,⁵¹² kann dieser auch nicht Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs sein.

Damit ist im Einklang mit der Ansicht des BGH⁵¹³ und der h.M.⁵¹⁴ davon auszugehen, dass der Verkäufer einer nicht mangelfreien Sache im Rahmen der

⁵⁰⁹ Vgl. *P. Huber*, in: *FS Konzen* (2006), S. 338; *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215; *dies.*, MDR 2009, 10; *Thürmann*, NJW 2006, 3458; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313.

⁵¹⁰ *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 439 Rn. 21; a.A. *Witt*, ZGS 2008, 372; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 18.

⁵¹¹ Siehe oben 5. Kapitel B; a.A. *Witt*, ZGS 2008, 372.

⁵¹² Hier stellt zugleich den großen Unterschied zwischen Kauf- und Werkvertrag dar, vgl. auch *Staudinger/Kaiser* (2004), § 346 Rn. 94; *St. Lorenz*, ZGS 2004, 408 f.

⁵¹³ BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837.

⁵¹⁴ *P. Huber*, in: *FS Konzen* (2006), S. 337 f.; *Katzenstein*, ZGS 2008, 452 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 90; *St. Lorenz*, ZGS 2004, 408; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 439 f.; *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215 f.; *dies.*, MDR 2009, 10 f.; *Skamel*, NJW 2008, 2821; *Thürmann*, NJW 2006, 3458 ff.; *Wil-mowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 22; *AnwK/Büdenbender* (2005), § 439 Rn. 27; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 439 Rn. 21; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 13.

Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 nicht verpflichtet ist, die nachgelieferte mangelfreie Sache beim Käufer einzubauen.

(2) Der Leistungsort der Nacherfüllung

Ein anderes Ergebnis kann sich auch nicht daraus ergeben, dass der Leistungsort der Nacherfüllung nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der jeweilige Belegenheitsort – der Ort, an dem sich die Kaufsache vertragsgemäß befinde – sei.⁵¹⁵ Daher sei die Nacherfüllung immer Bringschuld, unabhängig davon, welcher Schuldtyp die ursprüngliche Erfüllungspflicht sei.⁵¹⁶

Die Ansicht ist allerdings mit dem Charakter des Nacherfüllungsanspruchs als Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht vereinbar. Da es sich bei dem Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch um einen einheitlichen Anspruch handelt,⁵¹⁷ ist der Leistungsort der ursprünglichen Erfüllung zugleich auch der der Nacherfüllung,⁵¹⁸ wenn es sich nicht aus der Parteivereinbarung oder aus dem Grundsatz von Treu und Glaube ein anderes Ergebnis ergibt. Hinzu kommt, dass der Belegenheitsort regelmäßig nicht Bestandteil der ver-

⁵¹⁵ OLG München 12.10.2005 – 15 U 2190/05, NJW 2006, 449; AG Menden 03.03.2004 – 4 C 26/03, NJW 2004, 2171; Höpfner, ZGS 2009, 273; P. Huber, NJW 2002, 1006; Oetker/Maultzsch (2007), § 2 Rn. 183; Reinicke/Tiedtke (2009), Rn. 417; Schneider, ZGS 2008, 177; Thürmann, NJW 2006, 3458; Witt, ZGS 2008, 370, 372; AnwK/Büdenbender (2005), § 439 Rn. 25; Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 13; Erman/Grunewald (2008), § 439 Rn. 5; Staudinger/Matusche-Beckmann (2004), § 439 Rn. 9; MünchK/Westermann (2008), § 439 Rn. 7.

⁵¹⁶ Bamberger/Roth/Faust (2007), § 439 Rn. 13; Staudinger/Matusche-Beckmann (2004), § 439 Rn. 9; MünchK/Westermann (2008), § 439 Rn. 7; Witt, ZGS 2008, 372.

⁵¹⁷ Siehe oben 5. Kapitel B. II.

⁵¹⁸ OLG München 20.06.2007 – 20 U 2204/07, NJW 2007, 3214; Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2001), Rn. 131; Ball, NZV 2004, 220 f.; Jacobs, in: Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 374 f.; Kandler, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 444; St. Lorenz, NJW 2009, 1635 (anders noch ders., NJW 2005, 1895; NJW 2007, 5); Reinking, NJW 2008, 3608 ff.; Schubel, in: Examenswissen (2003), S. 181; Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht (2005), S. 57; Skamel, ZGS 2006, 227 ff.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867 ff.; dies., JZ 2009, 313; MünchK/Krüger (2007), § 269 Rn. 37.

traglichen Vereinbarung und daher für den Verkäufer nicht vorhersehbar ist.⁵¹⁹ Außerdem kann sich dies auch nicht aus der Vorschrift des § 439 Abs. 2 ableiten, die nur eine Kostenzuordnungsvorschrift darstellt und mit § 439 Abs. 1 deckungsgleich ist.⁵²⁰ Dadurch wird zugleich sichergestellt, dass es auch mit der Vorgabe des Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – wonach die Nacherfüllung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen hat – vereinbar ist, den ursprünglichen Erfüllungsort als Nacherfüllungsort anzunehmen.

Daher ist ohne abweichende Vereinbarung der Leistungsort der Nacherfüllung der ursprüngliche Erfüllungsort. War ursprünglich eine Holschuld vereinbart, braucht der Verkäufer im Rahmen der Nachlieferung als Nacherfüllung nur die mangelfreie Sache bereitzustellen. Er ist nicht verpflichtet, die Sache zum Käufer zu transportieren, erst recht nicht, diese beim Käufer einzubauen. Aber auch nach der Gegenansicht wäre der Verkäufer nur zum Transport, nicht aber zum Einbau der Kaufsache verpflichtet. Damit steht als Ergebnis fest, dass der Einbau der nachgelieferten Sache nicht zur Pflicht des Verkäufers gehört, unabhängig davon, wo der Leistungsort der Nacherfüllung liegt.

bb) Einbaukosten als zum Zweck der Nacherfüllung erforderliche Aufwendungen nach § 439 Abs. 2?

Ist der Verkäufer nicht im Rahmen der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 zum Einbau der nachgelieferten Kaufsache verpflichtet, so ist nicht ausgeschlossen, dass er nach § 439 Abs. 2 die Kosten für den Einbau zu tragen hat. Danach hat nämlich der Verkäufer die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Entgegen einer vielfach vertretenen Ansicht⁵²¹ handelt es

⁵¹⁹ Ball, NZV 2004, 220 f.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867; dies., JZ 2009, 313.

⁵²⁰ Dazu gleich 5. Kapitel C. II. 1. a) bb).

⁵²¹ Kandler, Kauf und Nacherfüllung (2004), S. 446; St. Lorenz, NJW 2009, 1635; Oetker/Maultzsch (2007), § 2 Rn. 224; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 873; PWW/Schmidt (2010), § 439 Rn. 33.

sich bei § 439 Abs. 2 nicht um eine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern um eine reine klarstellende Kostenzuordnungsvorschrift.⁵²² Gegen die Annahme einer Anspruchsgrundlage spricht schon der Wortlaut des § 439 Abs. 2, der keine Rechtsfolge normiert.⁵²³ Außerdem würde § 439 Abs. 2 als Anspruchsgrundlage ein Recht des Käufers zur Selbstvornahme begründen und das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung aushöhlen.⁵²⁴ Vielmehr besteht der Sinn des § 439 Abs. 2 in der Umsetzung von Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchgüterkauf-Richtlinie, wonach dem Käufer im Zusammenhang mit der Nacherfüllung keinerlei Kosten entstehen soll.⁵²⁵ § 439 Abs. 2 erlegt dem Verkäufer nur die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Kosten auf, erweitert den Umfang der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 aber nicht.⁵²⁶ Insofern sind § 439 Abs. 1 und Abs. 2 in ihrem Anwendungsbereich deckungsgleich: Der Verkäufer hat nur die Kosten zu übernehmen, soweit er zu Nacherfüllung verpflichtet ist.⁵²⁷

Daher ist § 439 Abs. 2 nur eine reine Kostenzuordnungsvorschrift. Schuldet der Verkäufer nach § 439 Abs. 1 nicht den Einbau der nachgelieferten mangelfreien Sache, verpflichtet ihn § 439 Abs. 2 auch nicht, die Kosten dafür zu tragen.

⁵²² *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 133; *Hellwege*, AcP 206 (2006), S. 136 ff.; *Höpfner*, ZGS 2009, 271; *Schneider/Katerndahl*, MDR 2009, 9; *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf (2008), S. 156 ff.; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 25; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 16.

⁵²³ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 133; *Hellwege*, AcP 206 (2006), S. 139 ff.

⁵²⁴ *Hellwege*, AcP 206 (2006), S. 147 ff.; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 25; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 16.

⁵²⁵ EuGH 17.04.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1434 – Quelle AG.

⁵²⁶ BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2839; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 133; *Grunewald*, Kaufrecht (2006), § 9 Rn. 41.

⁵²⁷ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 133; *Hellwege*, AcP 206 (2006), S. 156 ff.; *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf (2008), S. 159.

b) Im Rahmen des Schadensersatzes

Sind die Einbaukosten nicht im Rahmen der Nacherfüllung zu ersetzen, können sie nur Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs sein. Zu untersuchen sind die Fragen, welche der beiden Einbaukosten den ersatzfähigen Schaden darstellt und unter welcher Schadenskategorie sie einzuordnen sind.

aa) Schaden durch den Erst- oder Zweiteinbau?

Erweist sich die Kaufsache erst nach deren Einbau als nicht mangelfrei und liefert der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung mangelfreie Sache, dann fallen zweimal Kosten für den Einbau an: einmal für den Einbau der nicht mangelfreien Sache und ein andres Mal für den – nach deren Ausbau⁵²⁸ erfolgenden – Einbau der nachgelieferten mangelfreien. Hätte der Verkäufer von Anfang an mangelfrei geliefert, hätte der Käufer aber nur einmal Einbaukosten aufwenden müssen. Durch die doppelten Einbaukosten entsteht dem Käufer also ein Schaden. Da die beiden nicht immer deckungsgleich sind,⁵²⁹ ist die Frage nicht unerheblich, welche der beiden Einbaukosten für den Käufer als Schaden gelten.

Zum Teil wird vertreten, dass die Kosten des Ersteinbaus, die sich wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache als frustrierte Aufwendungen erweisen, als Schaden ersatzfähig seien.⁵³⁰ Dagegen können die Kosten des Zweiteinbaus nicht als Schadensersatz verlangt werden, da dieser als freiwilliges Vermögensopfer von Seiten des Käufers zu gelten habe und es folglich an einem Schaden fehle.⁵³¹ Die Ansicht überzeugt nicht. Durch den Schadensersatz ist der Käufer gem. § 249 Abs. 1 so zu stellen, wie er stünde, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß geleistet hätte. Hätte der Verkäufer von Anfang an eine mangelfreie Sache geliefert, wären aber die Kosten für den Ersteinbau eben-

⁵²⁸ Dazu unten 5. Kapitel C. II. 2.

⁵²⁹ *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2252; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634.

⁵³⁰ *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 27.

⁵³¹ *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 27.

falls entstanden.⁵³² Daher können die Ersteinbaukosten nicht Gegenstand des Schadensersatzes sein. Ersatzfähig sind vielmehr die Kosten des Zweiteinbaus, die bei einer ordnungsgemäßen Durchführung des Vertrags vermieden worden wären.⁵³³

bb) Schadensersatz statt oder neben der Leistung?

Anschließend ist die Frage zu klären, ob die Kosten des Zweiteinbaus unter den Schadensersatz statt oder neben der Leistung zu qualifizieren sind. Ohne nähere Begründung ordnet der BGH die Kosten des Einbaus der nachgelieferten Kaufsache als Schadensersatz statt der Leistung i.S.v. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 ein.⁵³⁴ Dies ist abzulehnen. Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung können nur solche Schadenspositionen sein, die mit der Leistung konkurrieren und deren Ersatz folglich an die Stelle der Leistung treten. Schäden wie die Kosten des Einbaus der Kaufsache, die nicht die Leistung selbst trifft und neben dieser geltend gemacht werden können, sind vielmehr nur im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung, genau gesagt des einfachen Schadensersatzes nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 zu ersetzen.⁵³⁵ Ist der Einbau der nachgelieferten Sache nicht von der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers umfasst, ist es konsequent, diese Schadenposition nicht dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuweisen, da der Schadensersatz nicht an die Stelle der geschuldeten mangelfreien Leistung tritt. Eine Fristsetzung wäre übrigens auch sinnlos gewesen, da der Verkäufer innerhalb der Frist nichts tun muss – er ist schließlich nicht zum Einbau ver-

⁵³² Ist aber die Ersteinbau wegen der Mangelhaftigkeit aufwändiger als die Einbau einer mangelfreien Sache, ist auch der Mehraufwand als Schaden ersatzfähig, vgl. *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf (2008), S. 122 f.; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634 Fn. 10.

⁵³³ *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2253; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634.

⁵³⁴ BGH 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837.

⁵³⁵ H.M.: *Beckmann*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011), Rn. 94; *Faust*, JuS 2008, 935; *St. Lorenz*, ZGS 2004, 409 f.; *ders.*, NJW 2009, 1633 f.; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189; *Reinicke/Tiedtke* (2009), Rn. 440; *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2216; *dies.*, MDR 2009, 11; *Schollmeyer/Utlu*, JURA 2009, 728; *Skamel*, NJW 2008, 2821 f.; *Pa-landt/Weidenkaff* (2010), § 439 Rn. 11.

pflichtet.⁵³⁶ Die richtige Anspruchsgrundlage für die Einbaukosten der nachgelieferten Kaufsache ist also §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1.

2. Die Ausbaukosten der eingebauten nicht mangelfreien Sache

a) Im Rahmen der Nacherfüllung

aa) Ausbaupflicht nach § 439 Abs. 1 oder Kostentragung nach § 439 Abs. 2?

Ebenso wenig wie zum Einbau der nachgelieferten Sache ist der Verkäufer im Wege der Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 verpflichtet, die inzwischen eingebaute nicht mangelfreie Sache wieder auszubauen.⁵³⁷ Die Argumente gegen die Einbaupflicht des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung gelten auch hier.⁵³⁸

Auch die Kosten für den Ausbau stellen keine Aufwendungen dar, die zum Zweck der Nacherfüllung i.S.v. § 439 Abs. 2 „erforderlich“ sind.⁵³⁹ Anders wäre es, wenn der Verkäufer zum Einbau der nachgelieferten Kaufsache verpflichtet wäre, da vor dem Einbau der Ausbau der mangelhaften Sache erforderlich ist. Aber der Verkäufer schuldet eben nicht den Einbau, sondern nur die Verschaffung mangelfreier Kaufsache. Diese Pflicht kann er unbeschränkt erfüllen, ohne dass es des Ausbaus bedarf. Daher hat der Verkäufer auch nicht nach § 439 Abs. 2 die Kosten des Ausbaus zu tragen.

⁵³⁶ Vgl. *Faust*, JuS 2008, 935.

⁵³⁷ *Höpfner*, ZGS 2009, 272 ff.; *Katzenstein*, ZGS 2009, 31 ff.; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189; *Otte*, in: FS *Schwerdtner* (2003), S. 608; *Skamel*, NJW 2008, 2822; *Thürmann*, NJW 2006, 3460 f.; *Erman/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 5; a.A. *Witt*, ZGS 2008, 370 f.

⁵³⁸ Vgl. oben 5. Kapitel C. II. 1. a) aa).

⁵³⁹ BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1662; *Höpfner*, ZGS 2009, 272; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1635 f.; *Katzenstein*, ZGS 2009, S. 34 f.; *Skamel*, NJW 2008, 2822; a.A. *Witt*, ZGS 2008, 370.

bb) Ausbaupflicht bei Nachlieferung nach § 439 Abs. 4?

Eine Verpflichtung zum Ausbau kann sich aber aus einem anderen Gesichtspunkt ergeben, nämlich daraus, dass der Verkäufer bei der Nachlieferung nach § 439 Abs. 4 vom Käufer Rückgewähr, d.h. Rückgabe und Rücküberweisung der zunächst gelieferten nicht mangelfreien Sache verlangen kann.

Eine Ausbaupflicht bzw. eine Übernahme der Ausbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung wird von der überwiegenden Meinung bejaht.⁵⁴⁰ Zur Begründung wird häufig auf das Dachziegel-Urteil des BGH im Jahr 1983⁵⁴¹ zurückgegriffen, in dem entschieden wurde, dass der Verkäufer im Zuge der Rückabwicklung des Vertrags verpflichtet sei, die auf dem Dach des Verkäufers verlegten mangelhaften Dachziegel wieder abzudecken und wegzuschaffen. Aus dem Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der Kaufsache wurde eine – auf dem Dach als „Leistungsstelle“ zu erfüllende – Ausbau- und Rücknahmepflicht des Verkäufers abgeleitet. Die Konstellation der Nachlieferung sei bezüglich der Rückgewähr der mangelhaften Sache nichts anders als ein Rücktritt, wie der Verweis des § 439 Abs. 4 auf §§ 346-348 zeige. Daher lasse sich diese Rechtsprechung darauf übertragen und eine Ausbau- und Rücknahmepflicht des Verkäufers sei anzunehmen.

Dies erscheint allerdings zweifelhaft. Zum einen ist der Nacherfüllungsort richtigerweise – anders als der Senat annahm – nicht der Belegenheitsort, an dem sich die mangelhafte Sache befindet, sondern der ursprüngliche Erfüllungsort.⁵⁴² Zum anderen umfasste die Verpflichtung des Verkäufers im Dachziegel-Urteil genau betrachtet nur die Abholung der Ziegel auf dem Dach,

⁵⁴⁰ OLG Karlsruhe 02.09.2004 – 12 U 144/04, ZGS 2004, 432; OLG Köln 21.12.2005 – 11 U 46/05, NJW-RR 2006, 677; OLG Frankfurt 14.02.2008 – 15 U 5/07, ZGS 2008, 315; *St. Lorenz*, ZGS 2004, 410 f.; *ders.*, NJW 2005, 1895 (anders jetzt: *ders.*, NJW 2009, 1633 ff.); *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2216; *dies.*, MDR 2009, 11; *Terrahe*, VersR 2004, 682; *Witt*, ZGS 2008, 370 f.; *AnwK/Büdenbender* (2005), § 439 Rn. 27; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 32; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 13.

⁵⁴¹ BGH 09.03.1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479.

⁵⁴² Siehe oben 5. Kapitel C. II. 1. a) aa) (2).

nicht aber deren Ausbau, da die Ziegel nur lose verlegt waren.⁵⁴³ Zwischen der Ausbau- und Rücknahmepflicht ist nämlich zu unterscheiden. So hat der BGH zutreffend im Bodenfliesenfall eine Rücknahmepflicht des Verkäufers aus §§ 439 Abs. 4 mit 346 Abs. 1 abgelehnt.⁵⁴⁴ Weil die Bodenfliesen – anders als die nur provisorisch auf dem Dach verlegten Ziegel im Dachziegelfall – durch ihre Verlegung gem. §§ 946, 93, 94 Abs. 2 wesentlicher Bestandteil des Hauses geworden seien, habe der Verkäufer keinen Anspruch auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 oder Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2. Damit sei auch ein korrespondierender Rücknahmeanspruch des Käufers ausgeschlossen.⁵⁴⁵

Deshalb kann bei der Frage, ob eine Ausbaupflicht von der Nacherfüllungspflicht umfasst ist, der Rückgriff auf das Dachziegel-Urteil nicht weiterhelfen. Vielmehr sind der Wortlaut und die Systematik des § 439 zugrunde zu legen. Eine Rücknahmepflicht des Verkäufers lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift des § 439 Abs. 4 nicht entnehmen, die nur einen Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr der nicht mangelfreien Sache regelt.⁵⁴⁶ Daraus lässt sich nur eine Käuferpflicht zur Rückgewähr ableiten, die auch mit dem Zweck des § 439 Abs. 4 vereinbar ist, eine Bereicherung des Käufers (nach der Nachlieferung) durch Behalten der ursprünglichen nicht mangelfreien Sache zu vermeiden.

Auch kann eine Rücknahmepflicht des Verkäufers nicht unmittelbar aus dem Austauschcharakter der Nachlieferung hergeleitet werden.⁵⁴⁷ Zu dem vom Verkäufer herzustellenden vertragsgemäßen Zustand gehört nur die Ver-

⁵⁴³ Vgl. *St. Lorenz*, NJW 2009, 1635.

⁵⁴⁴ BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1662 f.

⁵⁴⁵ BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1662 f.; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 89; *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2216; *Thürmann*, NJW 2006, 3461; *Witt*, ZGS 2008, 371.

⁵⁴⁶ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 88; *Höpfner*, ZGS 2009, 272; *Katzenstein*, ZGS 2009, 34; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 314.

⁵⁴⁷ So aber *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634 f.; *Thürmann*, NJW 2006, 3460; ganz ablehnend *Katzenstein*, ZGS 2009, 34.

schaffung einer mangelfreien Sache, nicht aber die Rücknahme der mangelhaften. Der Verkäufer erfüllt seine Nacherfüllungspflicht, wenn er im Wege der Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 eine mangelfreie Sache innerhalb der Nachfrist liefert. Nicht erforderlich ist dagegen, dass er auch die zunächst gelieferte mangelhafte Sache zurücknimmt. Vielmehr ist es nach § 439 Abs. 4 Pflicht des Käufers, dem Verkäufer die mangelhafte Sache zurückzugewähren.

Etwas anderes gilt nur, wenn die mangelhafte Sache den Käufer übermäßig belastet, etwa sie für den Käufer wertlos ist und nur mit großen Mühen und Kosten entsorgt werden kann.⁵⁴⁸ Das schützwürdige Interesse des Käufers, die belastende mangelhafte Sache loszuwerden, rechtfertigt es, in solchen Ausnahmefällen eine Rücknahmepflicht des Verkäufers anzunehmen.

Besteht damit im Rahmen der Nachlieferung in der Regel keine Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der mangelhaften Sache, ist er erst recht nicht zum weiterreichenden Ausbau der Sache verpflichtet.⁵⁴⁹

Aber auch in den Fällen, in denen eine Rücknahmepflicht des Verkäufers ausnahmsweise besteht, bedeutet es nicht, dass den Verkäufer auch die Pflicht zum Ausbau der zurückzunehmenden Sache trifft. Vielmehr ist streng zwischen der Rücknahme- und Ausbaupflicht zu unterscheiden.⁵⁵⁰ Zwar ist für die Rücknahme der schon eingebauten Sache der Ausbau erforderlich. Daraus folgt aber nicht, dass die Ausbaupflicht einen notwendigen Bestandteil der Rücknahmepflicht darstellt. Eigentlich dient der Ausbau weniger zur Rücknahme als zur Beseitigung eines Schadens, der durch entsteht, dass die von dem Käufer in Unkenntnis des Mangels eingebaute mangelhafte Sache wieder ausgebaut werden muss. Die Kompensierung solchen Schadens ist aber, als Folge der konkreten Verwendungsentscheidung des Käufers, dem

⁵⁴⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 90; Staudinger/*dies.* (2004), § 346 Rn. 91 ff.; vgl. auch *St. Lorenz*, NJW 2009, 1634 f.

⁵⁴⁹ *Unberath/Cziupka*, JZ 2008, 871; *dies.*, JZ 2009, 314.

⁵⁵⁰ *Katzenstein*, ZGS 2009, 34; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1635; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189 Fn. 356; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 315; *Skamel*, NJW 2008, 2822.

Schadensersatzrecht zugewiesen und damit vom Vertretenmüssen des Verkäufers abhängig.⁵⁵¹

cc) Ausbaupflicht aus der EG-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie?

Aus den deutschen nationalen Regelungen ergibt sich also keine Pflicht des Verkäufers zum Ausbau der nicht mangelfreien Sache. Ob diese Auslegung mit den Vorgaben der EG-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁵⁵² vereinbar ist, wird auf Vorlage des BGH der EuGH entschieden.⁵⁵³ Für eine Ausbaupflicht des Verkäufers wird argumentiert, dass nach Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie die Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss. Außerdem deutet der Wortlaut „Ersatzlieferung“ schon darauf hin, dass nicht nur eine mangelfreie Sache zu liefern, sondern auch die gelieferte mangelhafte Sache zu ersetzen und damit zu entfernen sei.⁵⁵⁴

Diese Ansicht ist zutreffend vom Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 18.05.2010 abgelehnt worden.⁵⁵⁵ Kontextuell oder systematisch liegt es nahe, dass die „Ersatzlieferung“ lediglich als die Lieferung einer Ersatzsache zu verstehen und damit der Ausbau der mangelhaften Sache nicht umfasst ist.⁵⁵⁶ Diese Auslegung wird auch nicht durch das Erfordernis der „Unentgeltlichkeit“ der Herstellung des vertragsmäßigen Zustands gem. Art. 3 Abs. 3

⁵⁵¹ *Katzenstein*, ZGS 2009, 32 f.; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1635; *Thürmann*, NJW 2006, 3457 ff.; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 315.

⁵⁵² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12 ff. v. 07.07.1999).

⁵⁵³ BGH 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1663; AG Schondorf 25.02.2009, 2 C 818/08, ZGS 2009, 525.

⁵⁵⁴ OLG Frankfurt 14.02.2008, 15 U 5/07, ZGS 2008, 319.

⁵⁵⁵ Schlussanträge des Generalanwalts, Rs. C-87/09, Rn. 44 ff.; ebenso *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2001), Rn. 132; *Höpfner*, ZGS 2009, 275 f.; *Katzenstein*, ZGS 2009, 35 f.

⁵⁵⁶ Schlussanträge des Generalanwalts, Rs. C-87/09, Rn. 45 f.

und 4 der Richtlinie in Frage gestellt. Dieses Erfordernis legt nur die Bedingungen der Ersatzlieferung fest, bestimmt ihren Umfang aber nicht.⁵⁵⁷ Durch die Ersatzlieferung muss der Verkäufer nur den ursprünglich geschuldeten vertragsmäßigen Zustand herstellen: Das ist die Lieferung einer mangelfreien Sache, nicht aber der Ausbau.⁵⁵⁸ Das Gleiche gilt für das Erfordernis „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ in Art. 3 Abs. 2 S. 3 der Richtlinie. Die Unannehmlichkeiten für den Käufer, dass der Verkäufer die schon eingebaute Sache nicht ausbaut oder die Ausbaurkosten nicht übernimmt, entstehen aber nicht „durch die Ersatzlieferung“, worauf Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie allein abstellt, sondern durch die erste nicht mangelfreie Lieferung des Verkäufers und den Einbau (eine Handlung) des Käufers. Für solche Folgekosten haftet der Verkäufer nur verschuldensabhängig nach Schadensersatzvorschriften.⁵⁵⁹

Die Verbrauchsgüter-Kauflinie verlangt also nicht, dass der Verkäufer die gelieferte mangelhafte Sache auszubauen oder für die Kosten des Ausbaus einzustehen hat. Er ist im Rahmen der Nacherfüllung nur zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts verpflichtet. Dieser Pflicht genügt er aber schon durch Nachlieferung einer mangelfreien Sache.

b) Im Rahmen des Schadensersatzes

Vielmehr sind die Ausbaurkosten der Kaufsache – ebenso wie die Einbaukosten – nur im Rahmen des Schadensersatzes zu ersetzen. Der Verkäufer ist dem Käufer für die Ausbaurkosten nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er die Pflichtverletzung, die in der Lieferung einer nicht mangelfreien Sache liegt,

⁵⁵⁷ Schlussanträge des Generalanwalts, Rs. C-87/09, Rn. 66; *Höpfner*, ZGS 2009, 276; *Katzenstein*, ZGS 2009, 36.

⁵⁵⁸ Schlussanträge des Generalanwalts, Rs. C-87/09, Rn. 55, 65; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2001), Rn. 132; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189; *Unberath/Cziupka*, JZ 2008, 871.

⁵⁵⁹ Schlussanträge des Generalanwalts, Rs. C-87/09, Rn. 59, 61; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2001), Rn. 132; *Höpfner*, ZGS 2009, 276; *Katzenstein*, ZGS 2009, 36.

zu vertreten hat. Ebenso wie bei den Einbaukosten handelt es sich hier um Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1.⁵⁶⁰

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich als Ergebnis festhalten, dass den Verkäufer im Rahmen der Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 weder die Pflicht zum Einbau der nachgelieferten mangelfreien noch die Pflicht zum Ausbau der ursprünglichen nicht mangelfreien Sache trifft. Er hat auch nicht die Kosten dafür nach § 439 Abs. 2 zu tragen. Vielmehr sind die Ein- und Ausbaukosten als einfacher Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 zu ersetzen.

III. Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer

Sehr kontrovers diskutiert wird die Problematik der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer den Ersatz der ihm dafür entstandenen Kosten oder zumindest der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen verlangen kann. Von großer Bedeutung ist dabei, ob der Käufer die Selbstvornahme erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung vornimmt, oder ob er es voreilig macht, also bevor der Frist abläuft oder überhaupt ohne eine solche Frist zu setzen.

1. Ersatz der Selbstvornahmekosten nach Fristablauf als Schadensersatz statt der Leistung

Weitergehend unbestritten ist, dass nach erfolglosem Ablauf der Frist zur Nacherfüllung oder bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung der Käufer selbst die

⁵⁶⁰ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2001), Rn. 187; *Beckmann*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 91; *Höpfner*, ZGS 2009, 277; *St. Lorenz*, NJW 2009, 1637; *Katzenstein*, ZGS 2009, 32 f.; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 189; *Schollmeyer/Utlu*, JURA 2009, 729; *Skamel*, NJW 2008, 2822; *Thürmann*, NJW 2006, 3461.

Kaufsache reparieren und Ersatz für die getätigten Aufwendungen vom Verkäufer verlangen kann. Es handelt sich dabei um den Schaden, der als neu definierter⁵⁶¹ Mangelschaden zu qualifizieren ist und deren Ersatz an die Stelle der geschuldeten mangelfreien Leistung tritt. Damit sind die Kosten der Selbstvornahme nach erfolglosem Fristablauf als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 zu ersetzen.⁵⁶²

Die Pflichtverletzung liegt in der Nichterbringung der geschuldeten mangelfreien Leistung trotz Fristablauf. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ist grundsätzlich erforderlich, wenn nicht ausnahmsweise die Fristsetzung nach §§ 281 Abs. 2, 440 entbehrlich ist. Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Käufer vor der Selbstvornahme den Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 verlangt hat. Da der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung schon zum Zeitpunkt des erfolglosen Fristablaufs entstanden ist, kann der Käufer die erst danach angebotene Leistung des Verkäufers verweigern.⁵⁶³

Das Vertretenmüssen bezieht sich auf die Umstände, die zum endgültigen Ausbleiben der mangelfreien Leistung geführt haben. Nicht erforderlich ist das Vertretenmüssen des Verkäufers bezüglich der ursprünglich nicht mangelfreien Leistung – woran es regelmäßig fehlen wird, da nach h.M. eine allgemeine Untersuchungspflicht des Verkäufers nicht besteht. Es genügt, dass der Verkäufer das Scheitern der Nacherfüllung zu vertreten hat.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Siehe oben 3. Kapitel B. II. 2.

⁵⁶² *Arnold*, ZIP 2004, 2412; *Bressler*, NJW 2004, 3384; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 251; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *U. Huber*, in: FS *Schlechtriem* (2003), S. 527; *St. Lorenz*, NJW 2003, 1418, Fn. 9; *Oechsler*, NJW 2004, 1826; *Schroeter*, JR 2004, 443 f.; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 9; eingehend *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 25 ff.

⁵⁶³ *Bressler*, NJW 2004, 3384 f.

⁵⁶⁴ Zur Pflichtverletzung und Vertretenmüssen bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 vgl. oben 4. Kapitel B. I.

2. Die voreilige Selbstvornahme ohne Fristsetzung oder vor Fristablauf

Häufig kommt es aber vor, dass der Käufer den Mangel selbst beseitigt, ohne zuvor dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, obwohl diese nicht entbehrlich war oder bevor die gesetzte Frist abgelaufen ist. Hier ist äußerst umstritten, ob der Käufer die Kosten der voreiligen Selbstvornahme oder zumindest die Kosten der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zur Nacherfüllung ersetzt bekommen kann und wenn ja, worauf sich der Anspruch stützt.

a) Keine Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung

aa) Kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281

Einigkeit besteht insoweit darüber, dass dem Käufer im Falle der voreiligen Selbstvornahme keine Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung zustehen. Umstritten ist aber, welche Anspruchsgrundlage zu prüfen ist: §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 oder §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283. Der BGH⁵⁶⁵ und der h.M.⁵⁶⁶ gehen davon aus, dass ebenso wie bei Selbstvornahme nach Fristablauf §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 einschlägig sind. Nimmt der Käufer die Reparatur voreilig vor, bevor die dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzte Frist abgelaufen ist, oder überhaupt keine solche Frist gesetzt hat und diese auch nicht nach §§ 281 Abs. 2, 440 entbehrlich war, dann scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 aus.

⁵⁶⁵ BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3212; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 989.

⁵⁶⁶ *Braun*, ZGS 2004, 426 f.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 251; *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 14; *Oechsler*, NJW 2004, 1826; vgl. auch die Nachweise in Fn. 562.

bb) Kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283

Dagegen wird zum Teil nicht auf §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281, sondern auf §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 abgestellt.⁵⁶⁷ Begründet wird damit, dass die voreilige Selbstvornahme des Käufers die Nacherfüllung durch den Verkäufer unmöglich mache.⁵⁶⁸ Daher komme es auf den Ablauf der Nachfrist nicht an, deren Setzung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 gerade nicht erforderlich sei. Der Schadensersatzanspruch scheitere damit nicht an der fehlenden Fristsetzung, sondern vielmehr daran, dass der Verkäufer für die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe.⁵⁶⁹

(1) Keine Unmöglichkeit bei voreiliger Selbstvornahme

Fraglich ist allerdings, ob durch die voreilige Selbstvornahme des Käufers überhaupt Unmöglichkeit eintritt. Richtigerweise ist diese Frage zu verneinen.⁵⁷⁰ Beseitigt der Käufer den Mangel, ist die Kaufsache mangelfrei. Der vom Verkäufer geschuldete Leistungserfolg ist eingetreten, auch wenn der Erfolg letztlich nicht von ihm, sondern vom Käufer herbeigeführt wird. Wegen der Erfolgsbezogenheit der Verkäuferpflicht liegt eine Erfüllung i.S.v. § 362 vor.⁵⁷¹ Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache besteht daher

⁵⁶⁷ Ball, NZV 2004, 227; Bressler, NJW 2004, 3383; St. Lorenz, NJW 2003, 1418; ders., ZGS 2003, 398; Tonner/Wiese, BB 2005, 907 f.; Staudinger/Otto/Schwarze (2009), § 281 Rn. B 79.

⁵⁶⁸ Ball, NZV 2004 227; Ebert, NJW 2004, 1762 ff.; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; St. Lorenz, NJW 2003, 1418 ff.; Katzenstein, ZGS 2004, 355; Bamberger/Roth/Faust (2007), § 437 Rn. 36; Palandt/Weidenkaff (2010), § 437 Rn. 4a.

⁵⁶⁹ Ball, NZV 2004, 227; Bressler, NJW 2004, 3383; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; St. Lorenz, NJW 2003, 1418; ders., ZGS 2003, 398.

⁵⁷⁰ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 49; Arnold, ZIP 2004, 2414; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 456; Dötsch, MDR 2004, 976; Gsell, ZIP 2005, 923; Oechsler, NJW 2004, 1826; Schroeter, JR 2004, 442 f.; Sutschet, JZ 2005, 575; MünchK/Westermann (2008), § 439 Rn. 10. (Offen gelassen von BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1349)

⁵⁷¹ Kaiser, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 50; Oechsler, NJW 2004, 1826; a.A. Hertzberg, in: FS Huber (2006), S. 341; Katzenstein, ZGS 2004, 354 f.

nicht mehr und kann daher nicht mehr unmöglich werden. Damit sind §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 von vornherein nicht einschlägig.

Übrigens ist auf den Grundsatz des *venire contra factum proprium* hinzuweisen. Es ist dem Käufer nicht erlaubt, durch eigene Handlung die den Verkäufer schützende Fristsetzung entbehrlich zu machen.⁵⁷² Daher bleibt es bei der Anwendung der §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 mit dem Fristsetzungserfordernis.

(2) Die Frage des Vertretenmüssens

Selbst wenn man der Gegenmeinung folgt und den Eintritt der Unmöglichkeit bei Selbstvornahme annimmt, ist der Schluss nicht richtig, dass der Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 am fehlenden Vertretenmüssen des Verkäufers scheitert,⁵⁷³ da ausschließlich der Käufer, der voreilig die nicht mangelfreie Sache repariert, für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung verantwortlich sei. Dabei wird übersehen, dass die Pflichtverletzung der §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 im Falle der nicht mangelfreien Leistung im endgültigen Ausbleiben der mangelfreien Leistung besteht. Dies ist nicht allein auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllung beschränkt, sondern erstreckt sich auf die Erbringung der ursprünglich nicht mangelfreien Leistung.⁵⁷⁴ Für das Vertretenmüssen genügt es, dass der Verkäufer eine der beiden zu vertreten hat.⁵⁷⁵ Daher kann sich der Verkäufer von der Unmöglichkeit der Leistung nicht entlasten, wenn er die ursprünglich nicht mangelfreie Leistung zu vertreten hat: Dadurch hat er schließlich die erste Ursache gesetzt, dass es überhaupt zur Nacherfüllung gekommen ist. Der

⁵⁷² Vgl. *Fest*, ZGS 2006, 175; *Heinrichs*, in: FS *E. Schmidt* (2005), S. 164; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 323 Rn. 29.

⁵⁷³ *Ball*, NZV 2004, 227; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457; *St. Lorenz*, NJW 2003, 1418.

⁵⁷⁴ *Arnold*, ZIP 2004, 2414; *Dauner-Lieb/Arnold*, in: FS *Hadding* (2004), S. 27 f.

⁵⁷⁵ Vgl. oben 4. Kapitel B. II. 2.

Käufer ist daher für die Unmöglichkeit zumindest nicht allein verantwortlich.⁵⁷⁶ Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 scheidet nicht am fehlenden Vertretenmüssen des Verkäufers, sondern daran, dass die Selbstvornahme nicht zur Unmöglichkeit führt.

cc) Fazit

Festzuhalten ist somit, dass dem Käufer, der voreilig eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung vornimmt, ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung weder aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 noch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 283 zusteht.

b) Keine analoge Anwendung des § 637

Die nur vereinzelt vertretene Auffassung, dem Käufer analog § 637 ein Selbstvornahmerecht zuzubilligen,⁵⁷⁷ wird von der ganz überwiegenden Ansicht zu Recht abgelehnt.⁵⁷⁸ Eine solche Analogie steht im Widerspruch zum eindeutigen Willen des Gesetzgebers, im Kaufrecht – anders als im Werkvertragsrecht (§§ 634 Nr. 2, 637) und im Mietrecht (§ 536a Abs. 2) – auf ein (ver-

⁵⁷⁶ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 61; *Arnold*, ZIP 2004, 2414; *Dauner-Lieb/Arnold*, in: FS *Hadding* (2004), S. 27 f.; Palandt/*Grüneberg* (2010), § 323 Rn. 29; *Heinrichs*, in: FS *E. Schmidt* (2005), S. 163; *Looschelders*, in: Schuldrechtsmodernisierung und EU-Vertragsrecht (2008), S. 83; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2007), Rn. 184; *Westermann*, in: FS *Canaris* (2007), S. 1269. Die Frage, ob der Käufer „weit überwiegend“ i.S.v. § 323 Abs. 6 für die Unmöglichkeit verantwortlich ist, ist nur für das Rücktrittsrecht relevant und kann hier offen bleiben. Dazu vgl. *Dauner-Lieb/Arnold*, in: FS *Hadding* (2004), S. 25 ff.; *Gsell*, ZIP 2005, 924.

⁵⁷⁷ *Jauernig/Berger* (2009), § 439 Rn. 16.

⁵⁷⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 47; *Ball*, NZV 2004, 227; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 10; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 251; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008), S. 164 ff.; *Katzenstein*, ZGS 2004, 350; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 97; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 439 Rn. 4.

schuldensunabhängiges) Selbstvornahmerecht des Käufers zu verzichten.⁵⁷⁹ Übrigens wird in § 637 das Recht des Bestellers zur Selbstvornahme nur gewährt, wenn dem Unternehmer zuvor eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt wird; ein Recht zur „voreiligen“ Selbstvornahme hat auch der Besteller nicht.⁵⁸⁰

c) Keine Anrechnung der ersparten Aufwendungen nach § 326

Abs. 2 S. 2

Nach einer verbreiteten Ansicht soll dem Käufer aber ein Anspruch auf Ersatz der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen aus § 326 Abs. 2 S. 2 (direkt oder analog) zustehen.⁵⁸¹ Durch die Selbstvornahme des Käufers werde die Nacherfüllung durch den Verkäufer unmöglich. Zwar behalte der Verkäufer nach § 326 Abs. 1 S. 2 seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Nach § 326 Abs. 2 S. 2 müsse er sich aber die ersparten Aufwendungen für die Nacherfüllung anrechnen lassen, die er ohne die Selbstvornahme des Käufers gem. § 439 Abs. 2 gehabt hätte.

⁵⁷⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 229; BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1349; *Grunewald*, Kaufrecht (2006), § 9 Rn. 60. Unberührt davon ist die Möglichkeit des Käufers, den Ersatz der Selbstvornahmekosten im Wege des (verschuldensabhängigen) Schadenersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 mit 281 zu verlangen; dazu oben 5. Kapitel C. III. 1.

⁵⁸⁰ *Dauner-Lieb*, ZGS 2005, 172; *Hertzberg*, in: FS *Huber* (2006), S. 340; *Jauernig/Mansel* (2009), § 637 Rn. 11; *Palandt/Sprau* (2010), § 637 Rn. 5.

⁵⁸¹ *Braun*, ZGS 2004, 427 f.; *Bydlinski*, ZGS 2005, 130 f.; *Ebert*, NJW 2004, 1762 ff.; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1461; *St. Lorenz*, NJW 2003, 1418 f.; *ders.*, ZGS 2003, 398 f.; *ders.*, NJW 2005, 1321 ff.; *Oetker/Maultzsch* (2007), § 2 Rn. 227; *Wiese*, in: *Tonner/Wiese*, BB 2005, 905 ff.; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 37; *Staudinger/Otto* (2009), § 280 Rn. E 8; *Staudinger/Otto/Schwarze* (2009), § 281 Rn. B 79, C 21.

Diese Lösung überzeugt aber aus mehreren Gründen nicht und wird von dem BGH⁵⁸² und der h.M.⁵⁸³ zu Recht abgelehnt. Wie dargelegt⁵⁸⁴ führt die Selbstvornahme des Käufers nicht zur Unmöglichkeit und damit ist die Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 ausgeschlossen. Abgesehen davon spricht dagegen auch der Gesetzesaufbau des § 326. Im Falle der nicht mangelfreien Leistung ist nach § 326 Abs. 1 S. 2 die Grundregel des § 326 Abs. 1 S. 1 nicht anwendbar. Dies muss auch für § 326 Abs. 2 gelten, der nur eine Ausnahmeregelung des § 326 Abs. 1 darstellt und sich damit auf diesen bezieht. Daher ist (der ganze) § 326 Abs. 2 der Systematik nach bei nicht mangelfreier Leistung nicht anwendbar.⁵⁸⁵

Ferner würde die Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 praktisch immer zu einem Aufwendungsersatzanspruch des Käufers führen und daher der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs und damit das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung unterlaufen.⁵⁸⁶ Dagegen wird eingewandt, dass zwischen den Aufwendungen des Käufers zur Mängelbeseitigung und den ersparten Auf-

⁵⁸² BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988.

⁵⁸³ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 49 ff.; *Arnold*, ZIP 2004, 2412 ff.; *Ball*, NZV 2004, 227; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 250 ff., 455 ff.; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 10 ff.; *Dötsch*, MDR 2004, 975 ff.; *Hertzberg*, in: FS *Huber* (2006), 354; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 98; *Schroeter*, JR 2004, 441 ff.; *ders.*, AcP 207 (2007), S. 59 ff.; *Tiedtke*, JZ 2008, 401; *Tonner*, in: *Tonner/Wiese*, BB 2005, 903 ff.; *AnwK/Büdenbender* (2005), § 437 Rn. 99; *MünchK/Ernst* (2007), § 326 Rn. 108; *Palandt/Grüneberg* (2010), § 326 Rn. 13; *Ermann/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 8; *PWW/Schmidt* (2010), § 437 Rn. 9; *Palandt/Weidenkaff* (2010), § 437 Rn. 4a; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 10.

⁵⁸⁴ Vgl. oben 5. Kapitel C. III. 2. a) bb) (1).

⁵⁸⁵ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 49; *Hertzberg*, in: FS *Huber* (2006), S. 342 f.

⁵⁸⁶ BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1349; BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3212; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 989; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 10; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 250; *dies.*, ZGS 2003, 455 ff.; *Hertzberg*, in: FS *Huber* (2006), S. 347 ff.; *Schroeter*, JR 2004, 442; *Sutschet*, JZ 2005, 574 ff.; *Ermann/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 8; *MünchK/Westermann* (2008), § 439 Rn. 10; *Looschelders*, JA 2007, 674; a.A. *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 50.

wendungen des Verkäufers streng zu unterscheiden sei.⁵⁸⁷ Durch § 326 Abs. 2 S. 2 sei nur der Letztere, nicht aber der Erstere zu ersetzen. Da dem Verkäufer die zweite Andienung nach § 439 Abs. 2 nur um den Preis der Kosten der Nacherfüllung zusteht, werde dies durch § 326 Abs. 2 S. 2 nicht unterlaufen. Das stimmt nicht. Der Zweck der zweiten Andienung besteht darin, dem Verkäufer eine zweite Chance zu geben, durch die Leistung in Natur – sei es durch Beseitigung des Mangels, sei es durch Lieferung einer mangelfreien Sache⁵⁸⁸ – doch noch vertragsgemäß zu leisten und damit den Anspruch des Käufers auf den in Geld bestehenden Schadensersatz statt der Leistung abzuwehren.⁵⁸⁹ Durch eine voreilige Selbstvornahme wird dem Verkäufer gerade diese Gelegenheit genommen: Er kann nicht mehr durch eine Leistung in Natur erfüllen, sondern nur durch einen Geldersatz an den Käufer.⁵⁹⁰ Dies kann dem Verkäufer erhebliche Nachteile bringen, wenn er etwa nur über die zur Reparatur benötigte Werkstatt, nicht aber über ausreichendes Finanzmittel verfügt. Daher liegt als Zweck des Vorrangs der Nacherfüllung gerade in der in Natur bestehenden zweiten Andienungsmöglichkeit, die nicht durch eine voreilige Selbstvornahme des Käufers ausgehöhlt werden soll.

Gegen die Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 spricht auch der abschließende Charakter der Gewährleistungsregelungen der §§ 437 ff.⁵⁹¹ Insoweit ist für einen Rückgriff auf § 326 Abs. 2 S. 2 kein Raum. Die Voraussetzungen der

⁵⁸⁷ *Ebert*, NJW 2004, 1763; *St. Lorenz*, NJW 2003, 1419; *ders.*, NJW 2005, 1322; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1458 f.

⁵⁸⁸ Dass er auch einen Dritten mit der Leistung beauftragen kann, liegt bei seiner Dispositionsfreiheit.

⁵⁸⁹ Siehe oben 3. Kapitel B. I. 1. b).

⁵⁹⁰ Vgl. *Lamprecht*, ZGS 2005, 271; *Schroeter*, AcP 207 (2007), S. 60 f.; *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf (2008), S. 184 f.; *Sutschet*, JZ 2005, 574 f.; a.A. *Brömmelmeyer*, JZ 2006, 495; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1458; *Katzenstein*, ZGS 2005, 307.

⁵⁹¹ BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1349; BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3212; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988 Rn. 14; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 10; *Dötsch*, MDR 2004, 975; *Looschelders*, JA 2007, 674; *Schroeter*, JR 2004, 443; *Westphalen*, BB 2008, 9; Palandt/*Weidenkaff* (2010), § 437 Rn. 4a.

Rechtsbehelfe aus §§ 437 ff. dürfen nicht durch eine direkte oder analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 umgangen werden.

Nicht überzeugend ist allerdings das Argument, dass dem Verkäufer durch eine Selbstvornahme des Käufers die Möglichkeit genommen wird, die Existenz, Art und den Umfang des vom Käufer behaupteten Mangels selbst zu überprüfen und Beweise zu sichern.⁵⁹² Da der Käufer die Beweislast sowohl für das Bestehen einer Nacherfüllungspflicht des Verkäufers als auch für die Höhe der vom Verkäufer ersparten Aufwendung trägt, gehen die Beweisschwierigkeiten wegen der Selbstvornahme zu Lasten des Käufers und nicht des Verkäufers.⁵⁹³ Eine Gefährdung der Beweissicherung des Verkäufers kann lediglich beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 wegen der Beweislastumkehr in Betracht kommen.⁵⁹⁴ Nach einer Selbstvornahme des Käufers ist es für den Verkäufer schwer zu beweisen, dass der gerügte Mangel nicht schon bei Gefahrübergang bestand, sondern auf einem Fehler des Käufers beruht.⁵⁹⁵ Es ist aber Obliegenheit des Käufers, für die Feststellung der Mangelursache Sorge zu tragen. Tut er das nicht, lässt er etwa einen nicht mangelfreien Turbolader des gekauften Fahrzeugs austauschen, ohne diesen aufzubewahren, liegt darin eine fahrlässige Beweisvereitelung und kann hieraus eine Beweiserleichterung für den Verkäufer⁵⁹⁶ oder eine Beweisumkehr folgen.⁵⁹⁷

⁵⁹² BGH 23.02.2005 - VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1350; *Arnold*, ZIP 2004, 2413; *Ball*, NZV 2004, 227; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 13; *Dötsch*, MDR 2004, 978 f.

⁵⁹³ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 51; *Ebert*, NJW 2004, 1764; *Gsell*, ZIP 2005, 926; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1459; *Katzenstein*, ZGS 2004, 354; *Bamberger/Roth/Faust* (2007), § 437 Rn. 38.

⁵⁹⁴ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 51.

⁵⁹⁵ BGH 23.11.2005, VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434; BGH 21.12.2005, VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195; BGH 10.03.2010, VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448.

⁵⁹⁶ BGH 23.11.2005, VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434.

⁵⁹⁷ BGH 23.10.2008, VII ZR 64/07, NJW 2009, 360; *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 51.

Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe dafür, dem Käufer, der voreilig die Kaufsache repariert und damit sich nicht der gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe bedient, keine Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zur Nacherfüllung nach § 326 Abs. 2 S. 2 zu gewähren.

d) Kein Ansprüche aus GoA oder Bereicherungsrecht

Teilweise wird ein Anspruch des Käufers auf Ersatz der Selbstvornahmekosten aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 818 Abs. 2, 684 Abs. 1⁵⁹⁸ oder über Bereicherungsrecht aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2⁵⁹⁹ hergeleitet. Aus den gleichen Gründen gegen § 326 Abs. 2 S. 2 müssen aber auch diese Ansprüche abgelehnt werden.⁶⁰⁰

3. Fazit

Zusammenfassend stellen die Kosten der Selbstvornahme einen Schadensersatz statt der Leistung dar, der grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung verlangt werden kann. Nimmt der Käufer dagegen eine voreilige Selbstvornahme vor, ohne dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen bzw. deren Ablauf abzuwarten, bleibt er auf den Kosten der Selbstvornahme sitzen. Ihm steht weder der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, noch die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zu.

⁵⁹⁸ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 53; *Gsell*, ZIP 2005, 925; *Oechsler*, NJW 2004, 1826; *Erman/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 8.

⁵⁹⁹ *Kaiser*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011), Rn. 53; *Gsell*, ZIP 2005, 925; *Katzenstein*, ZGS 2004, 349 ff.; *Erman/Grunewald* (2008), § 439 Rn. 8.

⁶⁰⁰ BGH 22.06.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3212; BGH 07.12.2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988; *Dauner-Lieb*, ZGS 2005, 170; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2010), Rn. 98; *Sutschet*, JZ 2005, 575; *AnwK/Büdenbender* (2005), § 437 Rn. 98; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 437 Rn. 50.

6. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse

Für die Ersatzfähigkeit der einzelnen Schadensposten ist entscheidend, in welche Schadenskategorie sie einzuordnen sind und welche Anspruchsgrundlage einschlägig ist. Damit ist die Abgrenzung der verschiedenen Schadensersatzansprüche der §§ 280 ff. dogmatisch wie praktisch von großer Bedeutung.

Bei der Abgrenzung ist die Systematik der Schadensersatzregelungen der §§ 280 ff. zugrunde zu legen. Das neue schuldrechtliche Schadensersatzrecht weist ein Mischsystem auf, das ein in erster Linie rechtsfolgenorientiertes Modell mit weiteren Differenzierungen auf der Tatbestandseite kombiniert. Dementsprechend hat die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche zweistufig zu erfolgen: In erster Linie nach Arten des Schadensersatzes auf der Rechtsfolgenseite, auf zweiter Stufe dann nach Arten der Pflichtverletzung auf der Tatbestandseite.

Zunächst ist zwischen den Arten des Schadensersatzes zu unterscheiden. Es handelt sich bei der gesetzlichen Dreiteilung des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 1-3 typologisch gesehen nur um eine Zweiteilung: Es wird zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung unterschieden, wobei der Letztere sowohl den einfachen Schadensersatz als auch Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung umfasst.

Richtigerweise richtet sich die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung nach dem Verhältnis zwischen Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch. Steht der Schadensersatzanspruch mit dem Erfüllungsanspruch in einem Konkurrenzverhältnis und tritt der Schadensersatz an die Stelle der Leistung, handelt es sich um den Schadensersatz statt der Leistung. Stehen dagegen der Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch nebeneinander und lässt der Schadensersatz den Erfüllungsanspruch unberührt, geht es um den Schadensersatz neben der Leistung. Der Schadensersatz statt und neben der Leistung umfassen verschiedenen Schadensposten und schließen sich gegenseitig aus. Sie sollen auch dann auseinander gehalten werden,

wenn schließlich Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird. Von einer Integration des Schadensersatzes neben der Leistung in den Schadensersatz statt der Leistung soll Abstand genommen werden.

Nicht zu folgen ist der h.M., die als Abgrenzungskriterium die Vermeidbarkeit oder Beseitigbarkeit des Schadens durch (Nach-)Erfüllung sieht und danach fragt, ob der geltend gemachte Schaden entfallen wäre, wenn die Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt noch erbracht worden wäre. Dieses zeitlich dynamische Kriterium steht mit der Systematik der §§ 280 ff. im Widerspruch und ist daher abzulehnen.

Dagegen kann die bisherige Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden doch für die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung im neuen Recht fruchtbar gemacht werden. Voraussetzung dafür ist aber eine neue Grenzziehung, wobei sich die Mangelschäden ausschließlich auf den Minderwert der Leistung beschränken und alle anderen Schadensposten den Mangelfolgeschäden zuzuordnen sind. Dadurch können die Mangelschäden als Schadensersatz statt der Leistung, Mangelfolgeschäden als Schadensersatz neben der Leistung eingeordnet werden.

Auf zweiter Stufe ist dann auf der Tatbestandseite nach Arten der Pflichtverletzungen abzugrenzen. Dies erfolgt jeweils im Rahmen des Schadensersatzes statt und neben der Leistung.

Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung besteht die Pflichtverletzung immer in einer Verletzung der Leistungspflichten in Form eines endgültigen Ausbleibens der Leistung. Das Vertretenmüssen bezieht sich auf die Umstände, die zum endgültigen Ausbleiben der Leistung geführt haben.

Für §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 heißt es, dass die Pflichtverletzung grundsätzlich in der endgültigen Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung trotz Fristablauf besteht. Dabei können die ursprüngliche Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung und die während der Nachfrist nicht als doppelte Pflichtverletzungen, sondern als eine einheitliche, fortdauernde Pflichtverletzung angesehen wer-

den. Nach dem Einheitskonzept ist die Nachfrist dann erfolglos abgelaufen, wenn die Leistung bis zum Fristablauf nicht bzw. nicht mangelfrei erbracht wird, und zwar unabhängig davon, weswegen die Nachfrist gesetzt wurde. Aus der einheitlichen Pflichtverletzung ergibt sich, dass als Bezugspunkt des Vertretenmüssens alle Umstände in Betracht kommen, die dazu geführt haben, dass die geschuldete (mangelfreie) Leistung bis zum Fristablauf ausbleibt. Folglich bezieht sich das Vertretenmüssen alternativ entweder auf die ursprüngliche Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung oder auf die Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht. Wegen § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 ist für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung zwischen nicht vollständiger und nicht mangelfreier Leistung zu unterscheiden. Entscheidend dabei ist nach der hier vertretenden Ansicht der einheitlichen Pflichtverletzung der Zeitpunkt des Fristablaufs.

Im Unterschied zu §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 beruht die Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 auf einer nachträglichen Unmöglichkeit. Allerdings ist die Pflichtverletzung nicht in der Herbeiführung der Unmöglichkeit, sondern in der objektiven Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung zu sehen. Die Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben, sind nur für die Frage des Vertretenmüssens relevant. Die vorübergehende Unmöglichkeit stellt keinen Fall der Unmöglichkeit, sondern eine bloße Leistungsverzögerung dar. Dies hat zur Folge, dass für die Schadensersatzansprüche wegen vorübergehender Unmöglichkeit nicht die Unmöglichkeitsregelungen der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283, 311a Abs. 2, sondern die §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281, 280 Abs. 1, 2 mit 286 einschlägig sind.

Im Falle der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 besteht die Pflichtverletzung in der objektiven Nicht- bzw. nicht mangelfreien Leistung wegen Unzumutbarkeit der Leistungsannahme durch eine Schutzpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2. Maßgebend ist dabei nicht die Schutzpflichtverletzung, sondern die daraus resultierende Nicht- bzw. nicht mangelfreie Leistung, also die Leistungspflichtverletzung. Diese hat der Schuldner zu vertreten, wenn er für die Umstände verantwortlich ist, die die Unzumutbarkeit der Leistung herbeigeführt haben.

Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 und §§ 280 Abs. 1, 3 mit 282 kommt es darauf an, ob der „Auslöser“ eine Leistungs- oder Schutzpflichtverletzung ist. Entscheidend dabei ist nicht die Klagbarkeit, sondern der Zweck der Pflichten.

Einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gewährt schließlich auch § 311a Abs. 2, der nicht an den Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 anknüpft und eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt. Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich bei § 311a Abs. 2 nicht um eine Verschuldenshaftung, sondern eine beschränkte Garantiehafung. Zur Abgrenzung mit §§ 280 Abs. 1, 3 mit 283 kommt es auf den Eintrittszeitpunkt des Leistungshindernisses an. Im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit ist eine Analogie zu § 122 bei fehlendem Entlastungsbeweis ebenso wie eine Haftung aus culpa in contrahendo ausgeschlossen.

Im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung können sowohl Leistungspflichten als auch Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2) verletzt werden. Bei der Leistungspflichtverletzung handelt es sich beim Schadensersatz neben der Leistung um ein vorübergehendes Ausbleiben der Leistung. Die Schäden, die ausschließlich auf einem zeitlichen Ausbleiben der Leistung, nämlich auf einer Verzögerung der Leistung beruhen, sind nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 ersatzfähig. Die Pflichtverletzung liegt in der Leistungsverzögerung trotz Mahnung, auf deren Zugang es für das Vertretenmüssen ankommt. Anders als bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 muss das Vertretenmüssen bei §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 aber andauern, wobei die Zufallshaftung des § 287 S. 2 zu beachten ist.

Bleibt die Leistung in qualitativer Hinsicht vorübergehend aus, dann ist allein § 280 Abs. 1 als Anspruchsgrundlage einschlägig. Hier handelt es sich um den einfachen Schadensersatz. Ebenso ist § 280 Abs. 1 die Anspruchsgrundlage für solche Integritätsschäden, die aus einer Verletzung der Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 resultieren. Die Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen decken sich verhaltensbezogen in der Verletzung der Schutzpflichten.

Die zweistufige Abgrenzung ist auch für die Schadensersatzansprüche im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht relevant, da das Gewährleistungsrecht durch die Schuldrechtsmodernisierung weitergehend in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert worden ist.

Eine Besonderheit im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht ist, dass der Erfüllungsanspruch nach Gefahrübergang in einer modifizierten Form vom Nacherfüllungsanspruch i.S.v. § 439 Abs. 1 besteht. Es handelt sich dabei nicht um zwei verschiedene Ansprüche, sondern um einen einheitlichen Anspruch. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 ist kein neuer selbständiger Erfüllungsanspruch, sondern nur die Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs des § 433 Abs. 1 S. 2. Dies hat zur Folge, dass die Nacherfüllung allein keine eigenständige Bedeutung hat und keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch darstellen kann.

Die Ersatzfähigkeit der mangelbedingten Schadensposten hängt davon ab, unter welcher Schadenskategorie sie einzuordnen sind. Besonders wichtig sind die Fragen nach der Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens, der Ein- und Ausbaukosten der nicht mangelfreien Sache sowie der Kosten der Selbstvornahme durch den Käufer.

Der mangelbedingten Betriebsausfallschaden kann weder als Schadensersatz statt der Leistung, noch als Schadensersatz wegen Verzögerung, sondern nur als einfacher Schadensersatz geltend gemacht werden. Es handelt sich dabei nicht um eine bloße Verzögerung der mangelfreien Leistung, sondern um eine Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2. Wegen des einheitlichen Anspruchs kann auch nicht hilfsweise auf die Verzögerung der Nacherfüllung zurückgegriffen werden. Die Anspruchsgrundlage ist ausschließlich § 280 Abs. 1.

Den Verkäufer trifft im Rahmen der Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 weder die Pflicht zum Einbau der nachgelieferten mangelfreien noch die Pflicht zum Ausbau der ursprünglich nicht mangelfreien Sache. Er hat auch nicht die Kosten dafür nach § 439 Abs. 2 zu tragen. Vielmehr sind die Ein-

und Ausbaurkosten als einfacher Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 zu ersetzen.

Die Kosten der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer stellen einen Schadensersatz statt der Leistung dar, der grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung verlangt werden kann. Nimmt der Käufer dagegen eine voreilige Selbstvornahme vor, ohne dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen bzw. deren Ablauf abzuwarten, bleibt er auf den Kosten der Selbstvornahme sitzen. Ihm steht weder der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, noch die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zu.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378-385.

Ady, Johannes: Schadensersatz statt der Leistung bei Vermögens- und Nichtvermögensschäden, ZGS 2003, 13-17.

Althammer, Christoph: Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers, NJW 2006, 1179-1181

Altmeyen, Holger: Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Replik auf *Canaris*, DB 2001 S. 1815, DB 2001, 1821-1824.

Altmeyen, Holger: Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399-1405.

Anwaltkommentar BGB (Hrsg. von Barbara *Dauner-Lieb*; Thomas Heidel; Gerhard Ring) , Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610, Bonn 2005. (zit.: *AnwK/Bearbeiter* (2005))

Arnold, Arnd: Der neue § 438 BGB - eine Zwischenbilanz, ZGS 2002, 438-442.

Arnold, Arnd: Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866-871.

Arnold, Arnd: Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer, ZIP 2004, 2412-2415.

Arnold, Arnd; *Dötsch*, Wolfgang: Ersatz von Mangelfolgeaufwendungen, BB 2003, 2250-2253.

Auktor, Christian: Die Verjährung der Gewährleistungsrechte bei mangelhafter Nacherfüllung nach § 439 BGB, NJW 2003, 120-122.

Ball, Wolfgang: Die Nacherfüllung beim Autokauf, NZV 2004, 217-227.

Bamberger, Heinz Georg; *Roth*, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Aufl., München 2007. (zit.: *Bamberger/Roth/Bearbeiter* (2007))

Beckmann, Roland Michael: Kauf, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2011, S. 645-728. (zit.: *Beckmann*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011))

Bitter, Georg: Der Nachlieferungsanspruch beim Stück-, Vorrats- und Gattungskauf in Sachmängelfällen sowie beim Untergang der Sache – Aufbruch zu neuem Denken im reformierten Schuldrecht, ZIP 2007, 1881-1889.

Braun, Johann: Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers, ZGS 2004, 423-430.

Bressler, Stefan: Selbstvornahme im „Schwebezustand“ nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist, NJW 2004, 3382-3386.

Brömmelmeyer, Christoph: Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts? JZ 2006, 493-499.

Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992. (zit.: *Abschlussbericht* (1992))

Bydlinski, Peter: Die Konsequenzen voreiliger Selbstverbesserung, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen, ZGS 2005, 129-132.

Canaris, Claus-Wilhelm: Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329-336.

- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499-528.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815-1821.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: *Schulze*, Reiner; *Schulte-Nölke*, Hans (Hrsg.): Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 43-66. (zit.: *Canaris*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (2001))
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Schuldrechtsreform 2002, München 2002.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, 321-327.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S. 831-838.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Egon *Lorenz* (Hrsg.): Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung – mit Vorträgen von Claus-Wilhelm *Canaris* und Manfred *Wolf* und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe 2003, S. 5-100. (zit.: *Canaris*, in: Karlsruher Forum 2002)
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, in: *Bucher*, Eugen; *Canaris*, Claus-Wilhelm; *Honsell*, Heinrich; *Koller*, Thomas (Hrsg.): Norm und Wirkung – Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive; Festschrift für Wolfgang *Wiegand* zum 65. Geburtstag, Bern, München 2005, S. 179-254. (zit.: *Canaris*, in: FS *Wiegand* (2005))

- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, in: *Wandt*, Manfred; *Reiff*, Peter; *Looschelders*, Dirk; *Bayers*, Walter (Hrsg.): *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts: Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 2004, S. 147-182. (zit.: *Canaris*, in: FS *E. Lorenz* (2004))
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: *Lorenz*, Stephan; *Trunk* Alexander; *Eidenmüller*, Horst; *Wendehorst* Christiane; *Adolff*, Johannes (Hrsg.): *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 11-38. (zit.: *Canaris*, in: FS *Heldrich* (2005))
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, in: *Baums*, Theodor; *Lutter*, Marcus; *Schmidt*, Karsten; *Wertenbruch*, Johannes (Hrsg.): *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2006, S. 143-163. (zit.: *Canaris*, in: FS *Huber* (2006))
- Däubler*, Wolfgang: Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in: *Lorenz*, Stephan; *Trunk* Alexander; *Eidenmüller*, Horst; *Wendehorst* Christiane; *Adolff*, Johannes (Hrsg.): *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 55-66. (zit.: *Däubler*, in: FS *Heldrich* (2005))
- Dauner-Lieb*, Barbara: Kein Kostenersatz bei Selbstvornahme des Käufers – Roma locuta, causa finita!? ZGS 2005, 169-173.
- Dauner-Lieb*, Barbara (2006): Im Labyrinth der Pflichtverletzungen – Schadensersatz bei Schlechtleistung, in: *Dauner-Lieb*, Barbara; *Hommelhoff*, Peter; *Jacobs*, Matthias; *Kaiser*, Dagmar; *Weber*, Christoph (Hrsg.): *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2006, S. 63-83. (zit.: *Dauner-Lieb*, in: FS *Konzen* (2006))
- Dauner-Lieb*, Barbara: Zur Reichweite des Vorrangs der (Nach-)Erfüllung beim Kauf – Wundersame Vermehrung der Nachfristsetzungen gemäß §§ 281, 323 BGB? in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.]

(Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 143-163. (zit.: *Dauner-Lieb*, in: FS *Canaris* (2007))

Dauner-Lieb, Barbara; *Arnold*, Arnd: Kein Rücktrittsrecht des Käufers bei von ihm geschuldeter Unmöglichkeit der Nacherfüllung? in: *Häuser*, Franz; *Hammen*, Horst; *Hennrichs*, Joachim [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Walther *Hadding* zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 25-31. (zit.: *Dauner-Lieb/Arnold*, in: FS *Hadding* (2004))

Dauner-Lieb, Barbara; *Arnold*, Arnd: Dauerthema Selbstvornahme, ZGS 2005, S. 10-14.

Dauner-Lieb, Barbara; *Dötsch*, Wolfgang: Schuldrechtsreform: Haftungsfahren für Zwischenhändler nach neuem Recht? DB 2001, 2535-2540.

Dauner-Lieb, Barbara; *Dötsch*, Wolfgang: Nochmals: Selbstvornahme im Kaufrecht? ZGS 2003, 455-458.

Dauner-Lieb, Barbara; *Dötsch*, Wolfgang: Selbstvornahme im Kaufrecht? ZGS 2003, 250-253.

Derleder, Peter; *Hoolmans*, Fabian: Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück – Eine Untersuchung der Neuregelung des verspäteten Leistungsangebots des Schuldners, NJW 2004, 2787-2791.

Diederichsen, Uwe: Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101-125.

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln 1996. (zit.: *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht (1996))

Deutsch, Erwin: Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), 889-911.

Döll, Yves; *Rybak*, Christian: Schadensersatz wegen Verzögerung bei mangelhafter Leistung im Kaufrecht? JURA 2005, 582-586.

Donou, Antonios: Erfüllung und Nacherfüllung – Das Verhältnis des ursprünglichen Erfüllungsanspruches zum Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch beim Sachkauf unter besonderer Berücksichtigung von Stückschulden im neuen Schuldrecht, Diss., Frankfurt am Main 2006. (zit.: Donou, Erfüllung und Nacherfüllung (2006))

Dötsch, Wolfgang: Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mangelbeseitigung, MDR 2004, S. 975-979.

Ebert, Ina: Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761-1764.

Ehmann, Horst; Sutschet, Holger; Finkenauer, Thomas; Hau, Wolfgang: Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002. (zit.: Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht (2002))

Ehmann, Horst; Sutschet, Holger: Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehafung? JZ 2004, 62-72.

Emmerich, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005. (zit.: Emmerich, Leistungsstörungen (2005))

Erman - Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UklaG, VAHRG und WEG (Hrsg. von Harm Peter Westermann), Band I, §§ 1-758, AGG, UKlaG, 12. Aufl., Köln 2008. (zit.: Erman/Bearbeiter (2008))

Ernst, Wolfgang: Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, S. 801-809.

Ernst, Wolfgang: Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform, NJW 1994, S. 2177-2181.

Faust, Florian: Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Baums, Theodor; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten; Wertenbruch, Johannes (Hrsg.): Fest-182

schrift für Ulrich *Huber* zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 239-261. (zit.: *Faust*, in: FS *Huber* (2006))

Faust, Florian: Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 219-249. (zit.: *Faust*, in: FS *Canaris* (2007))

Faust, Florian: Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs, JuS 2008, 933-936.

Faust, Florian: Ersatz von Nutzungsausfallschäden bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache, JuS 2009, 863-865.

Fest, Timo: Die Bezugspunkte des Vertretenmüssens im System der §§ 280 ff. BGB, JURA 2005, 734-737.

Fest, Timo: Der Umfang des Ausschlusses des Rücktritts gem. §§ 323 Abs. 6 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB, ZGS 2006, 173-178.

Finkenauer, Thomas: „Garantiehafte“ des Verkäufers für Sachmängel? WM 2003, 665-669.

Finn, Markus: Kann der Gläubiger die (Nach-)Erfüllung zwischen Fristablauf und Schadensersatzverlangen zurückweisen? ZGS 2004, 32-38.

Fliegner, Thomas: Der Leistungsbegriff der §§ 280 ff. BGB und Fragen des Haftungsausschlusses, JR 2002, 314-325.

Fliegner, Thomas: Der Leistungsbegriff des neuen Schuld- und AGB-Rechts, Diss., Baden-Baden 2006. (zit.: *Fliegner*, Leistungsbegriff (2006))

Flume, Werner: Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts, ZIP 1994, S. 1497-1501.

- Gieseler*, Dieter: Die Strukturen des Leistungsstörungenrechts beim Schadensersatz und Rücktritt, JR 2004, 133-136.
- Giesen*, Richard: Verhältnis des Verzögerungsschadens zum Schaden statt der Leistung, in: *Baums*, Theodor; *Lutter*, Marcus; *Schmidt*, Karsten; *Wertenbruch*, Johannes (Hrsg.): Festschrift für Ulrich *Huber* zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 263-289. (zit.: *Giesen*, in: FS *Huber* (2006))
- Grigoleit*, Hans Christoph: Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 275-306. (zit.: *Grigoleit*, in: FS *Canaris* (2007))
- Grigoleit*, Hans Christoph; *Riehm*, Thomas: Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), 727-762.
- Grigoleit*, Hans Christoph; *Riehm*, Thomas: Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden im System des Leistungsstörungenrechts, JuS 2004, 745-749.
- Gröschler*, Peter: Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, in: *Dauner-Lieb*, Barbara; *Hommelhoff*, Peter; *Jacobs*, Matthias; *Kaiser*, Dagmar; *Weber*, Christoph (Hrsg.): Festschrift für Horst *Konzen* zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 109-129. (zit.: *Gröschler*, in: FS *Konzen* (2006))
- Gruber*, Urs Peter: Der Anspruch auf Ersatz von Nutzungs- und Betriebsausfall bei Lieferung einer mangelhaften Sache, ZGS 2003, 130-134.
- Gruber*, Urs Peter: Das drohende Ende der Stückschuld, JZ 2005, 707-712.
- Grundmann*, Stefan: Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag – System und Perspektiven, AcP 204 (2004), 569-605.
- Grunewald*, Barbara: Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433-436.

Grunewald, Barbara: Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, in: *Dauner-Lieb, Barbara; Konzen, Horst; Schmidt, Karsten* (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln 2003, S. 313-319. (zit.: *Grunewald*, in: Schuldrecht in der Praxis (2003))

Grunewald, Barbara: Kaufrecht, Tübingen 2006. (zit.: *Grunewald*, Kaufrecht (2006))

Gsell, Beate: Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in: *Helms, Tobias; Neumann, Daniela; Caspers, Georg; Sailer, Rita; Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.): Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung 5. bis 8. September 2001, Stuttgart 2001, S. 105-131. (zit.: *Gsell*, in: Jb.J.ZivRWiss. 2001)

Gsell, Beate: Rechtlosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v 23-2-2005 - VIII ZR 100/04, ZIP 2005, 861, ZIP 2005, 922-928.

Gsell, Beate: Kaufvertragliche Nacherfüllung in der Schwebe – Leistungsbewirkung nach Nachfristablauf sowie bei verzögerter Wahl der Nacherfüllung durch den Käufer, in: *Baums, Theodor; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten; Wertenbruch, Johannes* (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 299-317. (zit.: *Gsell*, in: FS Huber (2006))

Gsell, Beate: Beschaffungsnotwendigkeit und Ersatzlieferung beim Stück- und beim Vorratskauf, JuS 2007, 97-103.

Gsell, Beate: Mängelleistung und verzögerte Nacherfüllung als einheitliche Pflichtverletzung im neuen Schuldrecht, in: *Heldrich, Andreas; Prölss, Jürgen; Koller, Ingo* [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 337-357. (zit.: *Gsell*, in: FS Canaris (2007))

- Haas, Lothar*: Kaufrecht, in: *Haas, Lothar; Medicus, Dieter; Rolland, Walter; Schäfer, Carsten; Wendtland, Holger* (Hrsg.): Das neue Schuldrecht, München 2002, S. 161-293. (zit.: *Haas*, in: Das neue Schuldrecht (2002))
- Haberzettl, Kai*: Verschulden und Versprechen – Zur Haftung des Schuldners für die Verzögerung der Leistung, Diss., Berlin 2006. (zit.: *Haberzettl*, Verschulden und Versprechen (2006))
- Haberzettl, Kai*: Der Ersatz von Schäden aus Deckungsgeschäften während der Leistungsverzögerung, NJW 2007, 1328-1331.
- Hadding, Walther*: Leistungspflichten und Leistungsstörungen nach „modernisiertem“ Schuldrecht, in: *Dauner-Lieb, Barbara; Hommelhoff, Peter; Jacobs, Matthias; Kaiser, Dagmar; Weber, Christoph* (Hrsg.): Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 193-216. (zit.: *Hadding*, in: FS Konzen (2006))
- Hammen, Horst*: Stellvertretendes commodum bei anfänglicher Unmöglichkeit für jedermann? in: *Häuser, Franz; Hammen, Horst; Hennrichs, Joachim* [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Walther *Hadding* zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 41-56. (zit.: *Hammen*, in: FS *Hadding* (2004))
- Harke, Jan Dirk*: Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, in: *Helms, Tobias; Neumann, Daniela; Caspers, Georg; Sailer, Rita; Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.): Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung 5. bis 8. September 2001, Stuttgart 2001, S. 29-59. (zit.: *Harke*, in: Jb.J.ZivRWiss. 2001)
- Harke, Jan Dirk*: Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht, AcP 205 (2005), 67-92.
- Harke, Jan Dirk*: Pflichtverletzung und Nichterfüllung, JR 2006, 485-489.
- Harke, Jan Dirk*: Schadensersatz und Nacherfüllung, ZGS 2006, S. 9-11.

- Heinrichs, Helmut*: Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungsrechts, in: *Schwenzer, Ingeborg; Hager, Günter* (Hrsg.): Festschrift für Peter *Schlechtriem* zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 503-519. (zit.: *Heinrichs*, in: FS *Schlechtriem* (2003))
- Heinrichs, Helmut*: Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch – Eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: *Bub, Wolf-Rüdiger; Knieper, Rolf; Metz, Rainer; Winter, Gerd* (Hrsg.): Zivilrecht im Sozialstaat; Festschrift für Professor Dr. Peter *Derleder*, Baden-Baden 2005, S. 87-108. (zit.: *Heinrichs*, in: FS *Derleder* (2005))
- Heinrichs, Helmut*: Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner, in: *Brügge-meier, Gert* (Hrsg.): Liber Amicorum Eike *Schmidt* zum 65. Geburtstag am 26.11.2004, Heidelberg 2005, S. 159-185. (zit.: *Heinrichs*, in: FS *E. Schmidt* (2005))
- Heinrichs, Helmut*: Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform – Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB, in: *Heldrich, Andreas; Prölss, Jürgen; Koller, Ingo* [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 421-442. (zit.: *Heinrichs*, in: FS *Canaris* (2007))
- Hellwege, Phillip*: Die §§ 280 ff. BGB – Versuch einer Auslegung und Systematisierung, Berlin 2005. (zit.: *Hellwege*, Die §§ 280 ff. (2005))
- Hellwege, Phillip*: Die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung? AcP 206 (2006), 136-168.
- Herresthal, Carsten; Riehm, Thomas*: Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht, NJW 2005, 1457-1461.

Hertzberg, Christine von: Die Selbstvornahme des Käufers bei der Mängelbeseitigung, in: Baums, Theodor; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten; Wertbruch, Johannes (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 339-354. (zit.: Hertzberg, in: FS Huber (2006))

Himmelschein, Jury: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255-327.

Hirsch, Christoph: Schadensersatz statt der Leistung, JURA 2003, 289-298.

Hirsch, Christoph: Schadensersatz wegen eines Mangels der Kaufsache – „Dackel mit O-Bein“, JURA 2006, 120-126.

Höpfner, Clemens: Von Dachziegeln und Bodenfliesen – Zur Frage der Rücknahme- und Ausbaupflicht des Verkäufers im Fall der Nacherfüllung – Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 14.1.2009 - VIII ZR 70/08, ZGS 2009, 270-277.

Huber, Peter: Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004-1008.

Huber, Peter: Der Inhalt des Schuldverhältnisses, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2011, S. 181-215. (zit.: P. Huber, in: Staudinger/Eckpfeiler (2011))

Huber, Peter: Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht/1, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Heidelberg 2008. (zit.: P. Huber, Besonderes Schuldrecht/1 (2008))

Huber, Peter: Neues deutsches Kaufrecht und UN-Kaufrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara; Hommelhoff, Peter; Jacobs, Matthias; Kaiser, Dagmar; Weber, Christoph (Hrsg.): Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 331-344. (zit.: P. Huber, in: FS Konzen (2006))

Huber, Peter; Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht, München 2002. (zit.: P. Huber, in: Huber/Faust (2002) oder Faust, in: Huber/Faust (2002))

Huber, Ulrich: Leistungsstörungen – Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, S. 647-909. (zit.: U. Huber, in: Gutachten (1981))

Huber, Ulrich: Allgemeine Haftungsprinzipien des Rechts der Leistungsstörungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Canaris, Claus-Wilhelm; Heldrich, Andreas (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, München 2000, S. 251-294. (zit.: U. Huber, in: 50 Jahre BGH (2000))

Huber, Ulrich: Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2273-2284.

Huber, Ulrich: Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst, Wolfgang; Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 31-183. (zit.: U. Huber, in: Ernst/Zimmermann (2001))

Huber, Ulrich: Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht, in: Habersack, Mathias; Hommelhoff, Peter; Hüffer, Uwe; Schmidt Karsten (Hrsg.): Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, S. 1165-1197. (zit.: U. Huber, in: FS Ulmer (2003))

Huber, Ulrich: Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275

Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: *Schwenzer*, Ingeborg; *Hager*, Günter (Hrsg.): Festschrift für Peter *Schlechtriem* zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 527-567. (zit.: *U. Huber*, in: FS *Schlechtriem* (2003))

Huber, Ulrich: Leistungsstörungen, Band II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999. (zit.: *U. Huber*, Leistungsstörungen (1999), Band II)

Jacobs, Matthias: Die Kaufrechtliche Nacherfüllung, in: *Dauner-Lieb*, Barbara; *Konzen*, Horst; *Schmidt*, Karsten (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln 2003, S. 371-394. (zit.: *Jacobs*, in: Schuldrecht in der Praxis (2003))

Jacobs, Matthias: Erfüllungsverlangen und Erfüllbarkeit nach Ablauf der Nachfrist, in: *Krause*, Rüdiger; *Schwarze*, Roland (Hrsg.): Festschrift für Hansjörg *Otto* zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008, Berlin 2008, S. 137-155. (zit.: *Jacobs*, in: FS *Otto* (2008))

Jakobs, Horst Heinrich: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969.

Jansen, Nils: Gewährleistung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache? ZIP 2002, 877-880.

Janz, Alexandra: Die Rechte des Käufers bei eigener Mängelbeseitigung nach Ablauf der Nachfrist, Diss., Berlin 2008. (zit.: *Janz*, Käuferrechte bei eigener Mängelbeseitigung (2008))

Jauernig, Othmar (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, 13. Aufl., München 2009. (zit.: *Jauernig/Bearbeiter* (2009))

Jud, Brigitta: Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht, JuS 2004, 841-846.

Kaiser, Dagmar: Zeitweilige Unmöglichkeit, in: *Häuser*, Franz; *Hammen*, Horst; *Henrichs*, Joachim [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Walther *Hadding* zum 70.

Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 121-143. (zit.: *Kaiser*, in: *FS Hadding* (2004))

Kaiser, Dagmar: Leistungsstörungen, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2011, S. 371-467. (zit.: *Kaiser*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2011))

Kaiser, Dagmar: Schadensersatz neben oder statt der Leistung, in: *Aderhold*, Lutz; *Grunewald*, Barbara; *Klingberg*, Dietgard; *Paefgen*, Walter G. (Hrsg.): Festschrift für Harm Peter *Westermann* zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 351-364. (zit.: *Kaiser*, in: *FS Westermann* (2008))

Kandler, Mandy: Kauf und Nacherfüllung, Diss., Bielefeld 2004.

Katzenstein, Matthias: Die Nichterfüllungshaftung nach § 311a Abs. 2 BGB, JR 2003, 447-452.

Katzenstein, Matthias: Die Systematik des Schadenshaftungsrechts in der Sonderbindung nach modernisiertem Schuldrecht, JURA 2004, 584-596.

Katzenstein, Matthias: Nochmals: Ersatz ersparter Aufwendungen bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung – Zugleich eine Anmerkung zu LG Gießen, ZGS 2004, 238, ZGS 2004, S. 349-357.

Katzenstein, Matthias: Bereicherungsausgleich bei eigenmächtiger „Selbsterfüllung“ schuldrechtlicher Ansprüche – Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Ur. v. 23.2.2005 - VIII ZR 100/04, ZGS 2005, 305-311.

Katzenstein, Matthias: Der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 bis 283 BGB, JURA 2005, 217-224.

Katzenstein, Matthias: Nacherfüllung durch Aus- und Einbau der Kaufsache – Anmerkungen zum Parkettstäbefall des BGH, ZGS 2008, 450-457.

- Katzenstein*, Matthias: Ausbau- und Rücknahmepflicht des Verkäufers bei Ersatzlieferung, ZGS 2009, 29-36.
- Keuk*, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- Kindl*, Johann: Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, 1313-1325.
- Kleine*, Lucas; *Scholl*, Bernd: Das Konkurrenzverhältnis primärer und sekundärer Gläubigerrechte bei Pflichtverletzungen im allgemeinen Schuldrecht, NJW 2006, 3462-3467.
- Knoche*, Joachim P.; *Höller*, Sina: §§ 241 Abs. 2, 282 BGB: Schadensersatz statt der Leistung nach Bewirkung der Hauptleistung, ZGS 2003, 26-33.
- Knütel*, Christian: Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), 555-606.
- Kohler*, Jürgen: Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit – Wiederkehr der §§ 350, 351 a.F.? AcP 203 (2003), 539-574.
- Kohler*, Jürgen: Das Vertretenmüssen beim verzugsrechtlichen Schadensersatz, JZ 2004, 961-965.
- Kohler*, Jürgen: Probleme der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung gemäß § 311a Abs. 2 BGB, JURA 2006, 241-253.
- Krause*, Rüdiger: Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht, JURA 2002, 217-222 (Teil I); 299-305 (Teil II).
- Krebs*, Peter: Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten, München 2000.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg. von Franz Jürgen Säcker; Roland Rixecker),
- Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007; (zit.: *MünchK/Bearbeiter* (2007))
- Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 5. Aufl., München 2008. (zit.: *MünchK/Bearbeiter* (2008))

Kuhlmann, Kai; Nauen, Bernd: Neues und Altes von der vorübergehenden Unmöglichkeit – Primärleistungspflicht und Sekundäransprüche, in: *Sut-schet, Holger* (Hrsg.): Tradition und Moderne – Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform; Festschrift für Horst *Ehmann* zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. 31-93. (zit.: *Kuhlmann/Nauen*, in: *FS Ehmann* (2005))

Lamprecht, Philipp: Nochmals: Gewährleistung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache? Zum Abnahmeverweigerungsrecht des Käufers nach neuem Schuldrecht – zugleich Stellungnahme zu *Jansen*, ZIP 2002, 877, ZIP 2002, 1790-1793.

Lamprecht, Philipp: Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht, ZGS 2005, 266-274.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987. (zit.: *Larenz, Schuldrecht AT* (1987))

Lobinger, Thomas: Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten – Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F., Tübingen 2004.

Looschelders, Dirk: Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, in: *Heldrich, Andreas; Prölss, Jürgen; Koller, Ingo* [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 737-756. (zit.: *Looschelders*, in: *FS Canaris* (2007))

Looschelders, Dirk: Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung, JA 2007, 673-679.

Looschelders, Dirk: Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts? in: Remien, Oliver (Hrsg.): Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht – Zwischenbilanz und Perspektiven – Würzburger Tagung vom 27. und 28.10.2006, Tübingen 2008, S. 63-84. (zit.: Looschelders, in: Schuldrechtsmodernisierung und EU-Vertragsrecht (2008))

Looschelders, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2010. (zit.: Looschelders, Schuldrecht AT (2010))

Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., München 2010. (zit.: Looschelders, Schuldrecht BT (2010))

Lorenz, Stephan: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742-745.

Lorenz, Stephan: Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten? NJW 2002, 2497-2505.

Lorenz, Stephan: Anmerkung zu AG Daun (Urt. v. 15.1.2003 - 3 C 664/02), ZGS 2003, 398-399.

Lorenz, Stephan: Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417-1419.

Lorenz, Stephan: Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht – was bleibt vom „Dachziegel“-Fall? ZGS 2004, 408-411.

Lorenz, Stephan: Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889-1896.

- Lorenz, Stephan*: Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, *NJW* 2005, 1321-1324.
- Lorenz, Stephan*: Einmal Vertretenmüssen – immer Vertretenmüssen? Zum Verhältnis von Fristablauf und Vertretenmüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, in: *Baums, Theodor; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten; Wertbruch, Johannes* (Hrsg.): Festschrift für Ulrich *Huber* zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 423-435. (zit.: *St. Lorenz*, in: *FS Huber* (2006))
- Lorenz, Stephan*: Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur weiten Andienung“, *NJW* 2006, 1175-1179.
- Lorenz, Stephan*: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: *Lorenz, Egon* (Hrsg.): *Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002 – mit Vorträgen von Stephan Lorenz und Peter Reiff und Dokumentation der Diskussion*, Karlsruhe 2006, S. 5-138. (zit.: *St. Lorenz*, in: *Karlsruher Forum 2005*)
- Lorenz, Stephan*: Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, *NJW* 2007, 1-8.
- Lorenz, Stephan*: Grundwissen – Zivilrecht: Vertretenmüssen (§ 276 BGB), *JuS* 2007, 611-613.
- Lorenz, Stephan*: Grundwissen – Zivilrecht: Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)? *JuS* 2007, 213-215.
- Lorenz, Stephan*: Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), *JuS* 2008, 203-206.
- Lorenz, Stephan*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.06.2009 - V ZR 93/08, *NJW* 2009, 2674: Nutzungsausfallschaden bei Lieferung mangelhafter Sache als Schadensersatz neben der Leistung, *LMK* 2009, 286449.

- Lorenz, Stephan*: Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633-1637.
- Lorenz, Stephan; Riehm, Thomas*: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002. (zit.: *Lorenz/Riehm (2002)*)
- Lorenz, Stephan; Stringari, Katerina*: Mangelschaden und Mangelfolgeschäden im reformierten Deutschen und Griechischen Schuldrecht, in: *Stathopoulos, Michael; Beys, Kostas; Doris, Philippos; Karakostas, Ioannis* (Hrsg.): Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. München 2006, S. 237-279. (zit.: *Lorenz/Stringari*, in: *FS Georgiades (2006)*)
- Madaus, Stephan*: Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, 289-292.
- Maier-Reimer, Georg*: Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, in: *Dauner-Lieb, Barbara; Konzen, Horst; Schmidt, Karsten* (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln 2003, S. 291-311. (zit.: *Maier-Reimer*, in: *Schuldrecht in der Praxis (2003)*)
- Mankowski, Peter*: Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von „Mangelfolgeschäden“ (Integritätsschäden), JuS 2006, 481-487.
- Mattheus, Daniela*: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, JuS 2002, 209-219.
- Mattheus, Daniela*: Das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach seiner Neuordnung, in: *Schwab, Martin; Witt, Carl-Heinz* (Hrsg.): Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003, S. 50-120. (zit.: *Mattheus*, in: *Examenswissen (2003)*)
- Maultzsch, Felix*: Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht. In: AcP 207 (2007), 530-563.

Medicus, Dieter: Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Die Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.): Tübinger Festschrift für Eduard *Kern*, Tübingen 1968, S. 313-334. (zit.: *Medicus*, in: FS *Kern* (1968))

Medicus, Dieter: Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521-529.

Medicus, Dieter: Bemerkungen zur „vorübergehenden Unmöglichkeit“, in: *Lorenz*, Stephan; *Trunk* Alexander; *Eidenmüller*, Horst; *Wendehorst* Christiane; *Adolff*, Johannes (Hrsg.): Festschrift für Andreas *Heldrich* zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 347-357. (zit.: *Medicus*, in: FS *Heldrich* (2005))

Medicus, Dieter; *Petersen*, Jens: Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsg Grundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 22. Aufl., Köln 2009. (zit.: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht (2009))

Medicus, Dieter: Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 835-855. (zit.: *Medicus*, in: FS *Canaris* (2007))

Medicus, Dieter; *Lorenz*, Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010. (zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT (2010))

Medicus, Dieter; *Lorenz*, Stephan: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 15. Aufl., München 2010. (zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT (2010))

Münch, Joachim: Die „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, JURA 2002, 361-374.

Musielak, Hans-Joachim: Die Nacherfüllung beim Stückkauf, NJW 2008, 2801-2806.

- Oechsler*, Jürgen: Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, 1825-1830.
- Oechsler*, Jürgen: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., München 2007.
- Oetker*, Hartmut; *Maultzsch*, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 2007. (zit.: *Oetker/Maultzsch* (2007))
- Otte*, Gerhard: Die Kostentragung beim Rücktritt des Käufers wegen Sachmangels – der „Dachziegelfall“ (BGHZ 87, 104 ff.) im Lichte des neuen Schuldrechts, in: *Bauer*, Jobst-Hubertus; *Boewer*, Dietrich (Hrsg.): Festschrift für Peter *Schwerdtner* zum 65. Geburtstag, München 2003, S. 599-608. (zit.: *Otte*, in: FS *Schwerdtner* (2003))
- Otto*, Hansjörg: Der Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 2 und 3 BGB im Schwebezustand, in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 945-962. (zit.: *Otto*, in: FS *Canaris* (2007))
- Palandt*, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB- Informationspflichten-Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 69. Aufl., München 2010. (zit.: *Palandt/Bearbeiter* (2010))
- Penner*, Andreas; *Gärtner*, Veronika: Unmöglichkeit nach Angebotsabgabe, JA 2003, 940-948.
- Petersen*, Jens: Die Nacherfüllung, JURA 2002, 461-464.
- Pohlmann*, Petra: Vom Verzug zur verspäteten Leistung? in: *Dauner-Lieb*, Barbara; *Konzen*, Horst; *Schmidt*, Karsten (Hrsg.): Das neue Schuldrecht

in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln 2003, S. 273-289.
(zit.: *Pohlmann*, in: Schuldrecht in der Praxis (2003))

Prütting, Hanns; *Wegen*, Gerhard; *Weinreich*, Gerd (Hrsg.): BGB Kommentar,
5. Aufl., Köln 2010. (zit.: *PWW/Bearbeiter* (2010))

Recker, Wilfried: Schadensersatz statt der Leistung – oder: Mangelschaden
und Mangelfolgeschaden, NJW 2002, 1247-1248.

Reichenbach, Sandy Bernd: Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung
im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2003, 512-520.

Reinicke, Dietrich; *Tiedtke*, Klaus: Kaufrecht einschließlich Abzahlungsge-
schäfte, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Eigentumsvorbehalt, Facto-
ring, Fernabsatzverträge und elektronischer Geschäftsverkehr, finanzierte
Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produ-
zentenhaftung, Teilzeit-Wohnrechteverträge (Time-sharing), UN-Kaufrecht
und Verbrauchsgüterkaufverträge. 8. Aufl., München 2009. (zit.: *Reini-
cke/Tiedtke* (2009))

Reinking, Kurt: Leistungsort der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertrags-
recht, NJW 2008, 3608-3612.

Reischl, Klaus: Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JuS 2003, 40-48, 250-257,
453-461.

Riehm, Thomas: Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – Zur Dogmatik der
§§ 280 ff. BGB, in: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.]
(Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm *Canaris* zum 70. Geburtstag, Band I,
München 2007, S. 1079-1103. (zit.: *Riehm*, in: FS *Canaris* (2007))

Roth, Herbert: Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangel-
freien Sache, NJW 2006, 2953-2956.

Rütten, Wilhelm: Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis,
in: *Lange*, Hermann; *Nörr*, Knut Wolfgang; *Westermann*, Harm Peter

(Hrsg.), Festschrift für Joachim *Gernhuber* zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 939-959. (zit.: *Rütten*, in: FS *Gernhuber* (1993))

Sailer, Rita: Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen, Baden-Baden 2003.

Schäfer, Christoph: Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 280 I 1 BGB, JA 2003, 600-604.

Schapp, Jan: Empfiehlt sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts? JZ 2001, 583-589.

Schlechtriem, Peter: Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, in: *Coester*, Michael; *Martiny*, Dieter; Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.): Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation; Festschrift für Hans Jürgen *Sonnenberger*, München 2004, S. 125-133. (zit.: *Schlechtriem*, in: FS *Sonnenberger* (2004))

Schlechtriem, Peter: Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen 2003. (zit.: *Schlechtriem*, Schuldrecht BT (2003))

Schlechtriem, Peter; *Schmidt-Kessel*, Martin: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005. (zit.: *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT (2005)).

Schlechtriem, Peter (Begr.); *Schwenzer*, Ingeborg (Hrsg.): Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht – Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 5. Aufl., München 2008. (zit.: CISG-K/*Bearbeiter* (2008))

Schneider, David: Eigentumsverletzungen beim Ausbau mangelhafter Kaufsachen, ZGS 2008, 177-180.

Schneider, David; *Katerndahl*, Christoph: Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr – Vertragliche Vereinbarung einer Selbstvornahme durch den Käufer, NJW 2007, 2215-2220.

- Schneider, David; Katerndahl, Christoph*: Kosten des Einbaus einer nachgelieferten Kaufsache, MDR 2009, 9-12.
- Schollmeyer, Mario; Utlu, Alper*: Die Nacherfüllung im Kauf, JURA 2009, 721-731.
- Schroeter, Ulrich G.*: Kostenerstattungsanspruch des Käufers nach eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? JR 2004, 441-444.
- Schroeter, Ulrich G.*: Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), 28-63.
- Schubel, Christian*: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Kaufrecht, JuS 2002, 313-319.
- Schubel, Christian*: Das neue Kaufrecht, in: *Schwab, Martin; Witt, Carl-Heinz* (Hrsg.): Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003, S. 163-216. (zit.: *Schubel*, in: Examenswissen (2003))
- Schubel, Christian; Koch, Thomas*: Die Nacherfüllung als Haftungsfalle: Das deutsche Kaufrecht auf dem Weg zum Garantiesystem? DB 2004, 119-125.
- Schultz, Michael*: Leistungsstörungenrecht, in: *Westermann, Harm Peter* (Hrsg.): Das Schuldrecht 2002 – Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, Stuttgart 2002, S. 17-104. (zit.: *Schultz*, in: Das Schuldrecht 2002)
- Schulze, Reiner* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2009. (zit.: *HandK/Bearbeiter* (2009))
- Schulze, Reiner; Ebers, Martin*: Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265-272, 462-468.
- Schur, Wolfgang*: Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels, ZGS 2002, 243-248.

Schur, Wolfgang: Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung und Schlechtleistung im Kaufrecht, JA 2006, 223-228.

Schürholz, Martina: Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht – Zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf, Diss., Baden-Baden 2005. (zit.: *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht (2005))

Schwab, Martin: Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, S. 1-8.

Schwab, Martin: Schadensersatzverlangen und Ablehnungsandrohung nach der Schuldrechtsreform, JR 2003, 133-140.

Schwarze, Roland: Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, 73-83.

Schwarze, Roland: Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin 2008. (zit.: *Schwarze*, Leistungsstörungen (2008))

Senne, Petra: Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – Eine Darstellung nach Anspruchsgrundlagen, JA 2002, 424-433.

Skamel, Frank: Leistungsort der Nacherfüllung, ZGS 2006, 227-231.

Skamel, Frank: Nacherfüllung beim Sachkauf – Zum Inhalt von Nachbesserung und Ersatzlieferung sowie deren Abgrenzung vom Schadensersatz, Diss., Tübingen 2008. (zit.: *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf (2008))

Skamel, Frank: Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen, NJW 2008, 2820-2822.

Soergel (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

- Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart 1990. (zit.: *Soergel/Bearbeiter* (1990))

- Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515), 12. Aufl., Stuttgart 1991. (zit.: *Soergel/Bearbeiter* (1991))

- Band 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320-327, 13. Aufl., Stuttgart 2005. (zit.: Soergel/*Bearbeiter* (2005))

Spickhoff, Andreas: Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Dogmatische Einordnung und Rechtsnatur, BB 2003, 589-594.

Staub, Hermann: Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29-56. (zit.: *Staub*, in: FS XXVI. Deutschen Juristentag (1902))

Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einl zu §§ 241 ff, §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben), Neubearbeitung 2005. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2005))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314, Neubearbeitung 2001. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2001))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung 2009. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2009))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragsschluss), Neubearbeitung 2005. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2005))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung 2004. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2004))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-534, Dreizehnte Bearbeitung 1995. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (1995))

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht), Neubearbeitung 2004. (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2004))

Stoll, Hans: Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589-597.

- Sutschet*, Holger: Anmerkung (zu BGH, Urteil v. 23.2.2005 - VIII ZR 100/04), JZ 2005, 574-576.
- Sutschet*, Holger: Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 2005, 1404-1406.
- Teichmann*, Arndt: Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 1485-1492.
- Teichmann*, Arndt; *Weidmann*, Golo: Paradigmenwechsel im Schadensersatzrecht durch die Schuldrechtsmodernisierung, in: *Häuser*, Franz; *Hammen*, Horst; *Henrichs*, Joachim [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Walther *Hadding* zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 287-305. (zit.: *Teichmann/Weidmann*, in: FS *Hadding* (2004))
- Terrahe*, Thomas: Haftungs- und Deckungssituation für Aus- und Einbaukosten nach dem neuen Kaufrecht, VersR 2004, 680-689.
- Tetenberg*, Stefan: Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung, JA 2009, 1-6.
- Tettinger*, Peter W.: Anfänglich oder Nachträglich? – Das zwischen Angebot und Vertragsschluss eintretende Leistungshindernis, ZGS 2006, 452-456.
- Thürmann*, Dagmar: Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457-3461.
- Tiedtke*, Klaus: Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts - Teil 1, JZ 2008, 395-405.
- Tiedtke*, Klaus; *Schmitt*, Marco: Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB – Anwendungsbereich, Abgrenzung und Bezugspunkt des Vertretenmüssens, BB 2005, 615-624.

- Tiedtke*, Klaus; *Schmitt*, Marco: Ersatzlieferung beim Stückkauf, JuS 2005, 583-587.
- Tonner*, Martin; *Wiese*, Volker: Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer – Besprechung des BGH-Urteils vom 23.2.2005 - VIII ZR 100/04, BB 2005, 909, BB 2005, 903-908.
- Tropf*, Karl Friedrich: Zur Vertretbarkeit des Sachmangels beim Kauf, in: *Merle*, Werner; *Krüger*, Wolfgang; *Krämer*, Achim; *Kreuzer*, Heinrich (Hrsg.): Festschrift für Joachim Wenzel zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 443-452. (zit.: *Tropf*, in: FS Wenzel (2005))
- Unberath*, Hannes; *Cziupka*, Johannes: Der Leistungsort der Nacherfüllung, JZ 2008, 867-875.
- Unberath*, Hannes; *Cziupka*, Johannes: Anmerkung (BGH Beschluss v. 14.1.2009 - VIII ZR 70/08), JZ 2009, 313-316.
- Wagner*, Gerhard: Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht? JZ 2002, 475-481.
- Westermann*, Peter Harm: Das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“: bestimmende Leitidee des neuen Kaufrechts oder Ärgernis? In: *Heldrich*, Andreas; *Prölss*, Jürgen; *Koller*, Ingo [u.a.] (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 1261-1280. (zit.: *Westermann*, in: FS Canaris (2007))
- Westphalen*, Friedrich Graf von: Das „neue“ Kaufrecht – Bilanz gelöster und teilweise ungelöster Fragen, BB 2008, 2-10.
- Wieser*, Eberhard: Leistungsstörungen bei der Nacherfüllung des Kaufvertrags, JR 2002, 269-271.
- Wieser*, Eberhard: Schuldrechtsreform – Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht, MDR 2002, 858-862.

- Wilhelm*, Jan: Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht, JZ 2004, 1055-1060.
- Wilmowsky*, Peter von: Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3-31.
- Windel*, Peter A.: Was nie sich fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311a BGB, JR 2004, 265-271.
- Witt*, Carl-Heinz: Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, 369-374.
- Woitkewitsch*, Christopher: Sofortiges Rücktrittsrecht bei mangelhafter Nacherfüllung innerhalb der Frist, MDR 2004, 862-865.
- Wolf*, Christian; *Lange*, Sonja: Der zentrale Fristsetzungstatbestand des Neuen Schuldrechts – eine ökonomische Analyse, in: *Taege*r, Jürgen; *Wiebe*, Andreas (Hrsg.): Informatik – Wirtschaft – Recht, Regulierung in der Wissensgesellschaft; Festschrift für Wolfgang *Kilian* zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2004, S. 801-815. (zit.: *Wolf/Lange*, in: FS *Kilian* (2004))
- Zimmer*, Daniel: Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1-12.
- Zweigert*, Konrad; *Kötz*, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996. (zit.: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996))

